YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

19 päivänä kesäkuuta 2008 *

Asiassa C-454/06,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Bundesvergabeamt (Itävalta) on esittänyt 10.11.2006 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 13.11.2006, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

vastaan

Republic Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja A. Rosas sekä tuomarit U. Lõhmus, J. N. Cunha Rodrigues (esittelevä tuomari), A. Ó Caoimh ja A. Arabadjiev,

julkisasiamies: J. Kokott,
kirjaaja: hallintovirkamies B. Fülöp,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 24.1.2008 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– pressetext Nachrichtenagentur GmbH, edustajanaan Rechtsanwalt G. Estermann,

– Itävallan liittovaltio, asiamiehinään A. Schittengruber ja C. Mayr,

– APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, edustajanaan Rechtsanwalt J. Schramm,

– Itävallan hallitus, asiamiehinään M. Fruhmann ja C. Mayr,

– Ranskan hallitus, asiamiehenään J.-C. Gracia,

– Liettuan hallitus, asiamiehenään D. Kriaučiūnas,

– Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään D. Kukovec ja R. Sauer,

kuultuaan julkisasiamiehen 13.3.2008 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) ja julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 92/50 (jäljempänä direktiivi 89/665), tulkintaa.

2 Tämä kysymys on esitetty asiassa, jossa vastakkain ovat yhtenä osapuolena pressetext Nachrichtenagentur GmbH (jäljempänä PN) ja vastapuolena Itävallan liittovaltio, APA-OTS Originaltext-Service GmbH (jäljempänä APA-OTS) ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (jäljempänä APA) ja jossa on kyse uutistoimistopalveluja koskevasta sopimuksesta.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön säännöstö

3 Direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tehdessään julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tai järjestäessään suunnittelukilpailuja hankintaviranomaisten on noudatettava tämän direktiivin säännösten mukaisia menettelyjä.”

4 Saman direktiivin 8 artiklassa todetaan seuraavaa:

”Liitteessä I A lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä III–VI osaston säännösten mukaisesti.”

5 Kyseisen direktiivin 9 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Liitteessä I B lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti.”

6 Saman direktiivin 10 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Sopimukset, jotka koskevat sekä liitteessä I A että liitteessä I B lueteltuja palveluja, on tehtävä III–VI osaston säännösten mukaisesti, jos liitteessä I A lueteltujen palvelujen arvo on suurempi kuin liitteessä I B lueteltujen palvelujen arvo. Muissa tapauksissa sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti.”

7 Direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaiset voivat julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta seuraavissa tapauksissa:

– –

e) kyseessä ovat alkuperäiseen hankkeeseen tai alun perin tehtyyn sopimukseen sisältymättömät lisäpalvelut, jotka ovat ennalta arvaamattomista syistä tulleet tarpeellisiksi siinä määritellyn palvelun suorittamiselle, edellyttäen, että sopimus tehdään kyseisten palvelujen suorittajan kanssa:

– jos kyseisiä lisäpalveluja ei voida erottaa teknisesti tai taloudellisesti pääsopimuksesta aiheuttamatta hankintaviranomaisille huomattavaa haittaa,

tai

– jos kyseiset palvelut, vaikka ne voitaisiin erottaa alkuperäisen sopimuksen toimeenpanosta, ovat ehdottoman välttämättömiä tämän loppuunsaattamiseksi.

Lisäpalveluja koskevien sopimusten ennakoitu yhteisarvo saa kuitenkin olla enintään 50 prosenttia pääsopimuksen arvosta, [jos]

f) kyseessä ovat uudet palvelut, jotka ovat samanlaisten, samojen hankintaviranomaisten aiemman sopimuksen sopimuspuolena olleen palvelujen suorittajan suorittamien palvelujen toistamista, ja nämä palvelut ovat yhdenmukaisia sellaisen perushankkeen kanssa, josta ensimmäinen sopimus tehtiin 4 kohdassa tarkoitettuja menettelyjä noudattaen. Ensimmäisen hankkeen tarjouskilpailun yhteydessä on annettava ilmoitus siitä, että neuvottelumenettelyä saatetaan noudattaa, ja hankintaviranomaisten on otettava huomioon lisäpalvelujen toteuttamisen ennakoitu kokonaisarvo 7 artiklan säännöksiä soveltaessaan. Tätä menettelyä voidaan noudattaa vain kolmen vuoden kuluessa alkuperäisen sopimuksen tekemisestä.”

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

8 APA perustettiin Itävallassa toisen maailmansodan jälkeen osuustoiminnallisena rajavastuuyhtiönä. Lähes kaikki Itävallan päivälehdet samoin kuin Itävallan radio- ja televisioyhtiö ORF olivat tämän osuustoiminnallisen yhtiön jäseninä. APA on yhdessä tytäryhtiöidensä kanssa Itävallan uutistoimistopalvelujen markkinajohtaja, ja se on perinteisesti suorittanut Itävallan liittovaltiolle erilaisia uutistoimistopalveluja.

9 PN on toiminut Itävallan uutistoimistopalvelujen markkinoilla vuodesta 1999 lähtien, mutta se on toimittanut ainoastaan hyvin vähäisessä määrin uutistiedotteita Itävallan liittovaltion viranomaisille. PN:n palveluksessa toimii myös vähemmän toimittajia kuin APA:n palveluksessa, eikä sillä ole yhtä mittavaa arkistoa kuin APA:lla.

10 Itävallan liittovaltio teki vuoden 1994 kuluessa, eli ennen kyseisen valtion liittymistä Euroopan unioniin, APA:n kanssa sopimuksen (jäljempänä perussopimus) eräiden palvelujen suorittamisesta korvausta vastaan. Tämän sopimuksen pääasiallisena sisältönä on Itävallan liittovaltion viranomaisille myönnetty mahdollisuus tutustua ajankohtaisiin tietoihin ja käyttää niitä (ns. peruspalvelu), pyytää historiallisluonteisia tietoja ja uutistiedotteita APA:n ”APADok”-tietokannasta ja käyttää APA:n OTS-nimistä alkuperäistekstipalvelua sekä omia tietotarpeitaan varten että omien lehdistötiedotteidensa jakelemiseksi. APADok-tietokanta sisältää peruspalveluiden kattamat tiedot 1.1.1988 lähtien ja OTS-palvelun käsittelemät lehdistötiedotteet 1.1.1989 lähtien.

11 Perussopimus tehtiin toistaiseksi voimassa olevaksi, mutta siinä on ehto, jonka mukaan osapuolet sitoutuvat olemaan irtisanomatta sitä ennen 31.12.1999.

12 Perussopimuksen 2 kohdan c alakohdassa määrättiin seuraavaa:

”APA veloittaa 1 kohdassa määriteltyjen APA:n tietopalvelujen sähköisestä käytöstä ATK-tietokannan käytöstä perittävänä maksuna CPU-minuuttia (nettoaika) kohden hinnan, joka vastaa virallisen hinnaston halvimman kulutuksen mukaista hintaa (tällä hetkellä 67 Itävallan šillinkiä (ATS) CPU-minuuttia kohden ilman veroja) vähennettynä 15 prosentilla.”

13 Kyseiseen sopimukseen sisältyi myös määräyksiä, jotka koskivat ensimmäistä hintojenkorotushetkeä, kunkin korotuksen enimmäismäärää ja hintojen indeksoimista niin, että perustana käytettiin vuoden 1986 elinkustannusindeksiä ja viitearvona oli vuodeksi 1994 laskettu indeksi. Tältä osin mainitun sopimuksen 5 kohdan 3 alakohdassa määrättiin muun muassa seuraavaa: ”Osapuolet sopivat nimenomaisesti, että sopimuksen 2 kohdan a ja b alakohdassa määrättyjen korvausten arvojen pysyvyys taataan. Indeksoinnissa lähtöarvona on pidettävä Itävallan keskustilastotoimiston (ÖSTAT) julkaisemaa kuluttajahintaindeksiä 86 (VPI 86) tai sen korvaavaa seuraavaa indeksiä.”

14 Syyskuussa 2000 APA perusti rajavastuuyhtiön muotoisen 100-prosenttisesti omistamansa tytäryhtiön APA-OTS:n. Näiden kahden yhtiön välillä on tappioiden ja voittojen siirtoa koskeva sopimus, josta APA:n ja APA-OTS:n mukaan seuraa se, että viimeksi mainittu on rahoituksellisesti, hallinnollisesti ja taloudellisesti integroitu APA:han ja että sen on liiketoimiensa suunnittelussa ja toteuttamisessa noudatettava APA:n ohjeita. APA-OTS:n on lisäksi siirrettävä vuotuiset voittonsa APA:lle, jonka puolestaan on tarvittaessa vastattava APA-OTS:n vuotuisista tappioista.

15 Syyskuussa 2000 APA siirsi APA-OTS:lle OTS-palveluun liittyvät toimintansa. Itävallan liittovaltiolle ilmoitettiin tästä muutoksesta lokakuussa 2000. APA:n työntekijä, jolla oli valtuus edustaa mainittua yhtiötä, vakuutti Itävallan viranomaisille, että tämän toimintojen siirtämisen jälkeen APA oli APA-OTS:n kanssa yhteisvastuullisessa vastuussa ja että olemassa oleva palvelu kokonaisuudessaan pysyisi ennallaan. Itävallan viranomaiset antoivat täten suostumuksensa siihen, että OTS-palvelun

tarjoamisesta vastaa APA-OTS, ja tästä eteenpäin ne maksoivat korvauksen kyseisestä palvelusta suoraan APA-OTS:lle.

16 Perussopimuksen määräyksiä muutettiin vuonna 2001 tehdyllä ensimmäisellä sopimusmuutoksella, joka tuli voimaan 1.1.2002. Euroon siirtymisen yhteydessä tällä muutoksella mukautettiin alkuperäistä sopimusta siten kuin tämän tuomion 17–20 kohdassa esitetään.

17 Ensinnäkin artikkeleiden ja media-arkistojen käytöstä perittävä 10 080 000 ATS:n vuosittainen maksu korvattiin 800 000 eurolla. Indeksiehdon johdosta vuoden 2002 hinnan olisi tullut olla 11 043 172 ATS (pyöristettynä euroihin siirtymisen johdosta 802 538,61 euroon). Osapuolet päättivät kuitenkin käyttää tämän summan sijasta tasalukua 800 000 euroa, mikä vastaa 0,3 prosentin alennusta.

18 Toiseksi APA:n tietopalvelujen sähköisestä käytöstä perittävä maksu, joka aiemmin oli 67 ATS minuutilta, korvattiin 4,87 euron minuuttihinnalla. Lukuun ottamatta euroon siirtymisen yhteydessä suoritettua pyöristystä, tämän hinnan varsinaista määrää ei muutettu.

19 Kolmanneksi indeksoinnin laskemisen osalta viitearvona käytetty indeksi, joka oli laskettu vuodeksi 1994 vuoden 1986 kuluttajahintaindeksin perusteella, korvattiin indeksillä, joka oli laskettu vuodelle 2001 vuoden 1996 kuluttajahintaindeksin perusteella. Tältä osin ensimmäisellä sopimusmuutoksella muutettiin muun muassa perussopimuksen 5 kohdan 3 alakohtaa seuraavasti:

”Osapuolet sopivat nimenomaisesti, että sopimuksen 2 kohdan a ja b alakohdassa määrättyjen korvausten arvojen pysyvyys taataan. Indeksoinnissa lähtöarvona on pidettävä Itävallan keskustilastotoimiston (ÖSTAT) julkaisemaa kuluttajahintaindeksiä 96 (VPI 96) tai sen korvaavaa seuraavaa indeksiä.”

20 Neljänneksi tästä indeksimekanismista poiketen tietyt hinnat määritettiin välittömästi vuosiksi 2002–2004. Lehdistötiedotteiden tallentamisesta OTS-palveluun perittävä 8,50 ATS riviä kohti korvattiin kiinteillä rivihinnoilla 0,66 euroa vuodeksi 2002, 0,67 euroa vuodeksi 2003 ja 0,68 euroa vuodeksi 2004. Mikäli indeksiehtoa olisi sovellettu, hinnaksi olisi vuodeksi 2002 tullut 9,31 ATS riviä kohti (pyöristettynä 0,68 euroa riviä kohti). Hintaa siis alennettiin 2,94 prosentilla vuodeksi 2002 ja 1,47 prosentilla vuodeksi 2003.

21 Toisella sopimusmuutoksella, joka tehtiin lokakuussa 2005 ja joka tuli voimaan 1.1.2006, tehtiin perussopimukseen kaksi uutta muutosta. Tällä toisella sopimusmuutoksella perussopimusta muutettiin siten kuin tämä tuomion 22 ja 23 kohdassa esitetään.

22 Yhtäältä perussopimuksessa 31.12.1999 asti jatkuvaksi sovittua irtisanomiskieltoa jatkettiin 31.12.2008 saakka.

23 Toisaalta APA:n tietopalvelujen sähköisestä käytöstä perittävästä hinnasta myönnettyä alennusta, jonka määräksi sovittiin perussopimuksessa 15 prosenttia, korotettiin 25 prosenttiin. Tältä osin toisella sopimusmuutoksella muutettiin perussopimuksen 2 kohdan c alakohtaa seuraavasti:

”[Perussopimuksen, sellaisena kuin se on muutettuna ensimmäisellä sopimusmuutoksella,] alla esitettyjä määräyksiä muutetaan 1.1.2006 alkaen seuraavasti:

1. Sopimuksen 2 kohdan c alakohdassa mainittu 15 prosenttia korvataan 25 prosentilla.

– –”

24 Vuonna 2004 PN tarjosi uutistoimistopalvelujaan Itävallan liittovaltiolle, mutta tämä tarjous ei johtanut sopimukseen.

25 PN vaati 4. ja 19.7.2006 nostamissaan kanteissa Bundesvergabeamtia toteamaan ensisijaisesti, että alkuperäisen sopimuksen jakaminen osiin APA:n vuonna 2000 suoritetun uudelleenjärjestelyn seurauksena samoin kuin vuosina 2001 ja 2005 tehdyt sopimusmuutokset – joita PN pitää ”tosiasiallisina hankintamenettelyinä” – todetaan lainvastaisiksi, ja toissijaisesti, että esillä olevien eri hankintamenettelyjen valinta oli lainvastainen.

26 Kanteen nostamisen määräaikojen osalta Bundesvergabeamt täsmentää, että, vaikka riidanalaiset toimenpiteet on toteutettu vuosina 2000, 2001 ja 2005, kansallisen lainsäädännön mukainen mahdollisuus nostaa kanne lainvastaisista sopimusten tekemisistä (eli vaatia sopimuksen purkamiseen johtavaa ratkaisua) on otettu käyttöön vasta myöhemmin, eli 1.2.2006. Määräaika tällaisen kanteen nostamiselle on kuusi kuukautta lainvastaisen hankintapäätöksen tekemisestä. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että asiassa on sovellettava Itävallan yleisen siviililain (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) 1496 §:ää, jonka mukaan vanhentumisajat eivät kulu, mikäli säädettyjä oikeussuojakeinoja ei ole mahdollista käyttää, edellyttäen kuitenkin, että tällainen soveltaminen on yhteisön oikeuden mukaista.

27 Tässä tilanteessa Bundesvergabeamt on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko direktiivin 92/50 – – 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ’tehdessään’ ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ’tehtävä’ tulkittava siten, että ne koskevat myös sellaista tilannetta, jossa hankintaviranomaisen tarkoituksena on hankkia tulevia palveluja sellaiselta palveluntarjoajalta, joka toimii pääomayhtiön muodossa, kun näitä palveluja tarjosi aiemmin toinen palveluntarjoaja, joka yhtäältä on tulevan palveluntarjoajan ainoa osakkeenomistaja ja toisaalta samanaikaisesti käyttää tulevassa palveluntarjoajassa määräysvaltaa antamalla tälle toimintaohjeita? Onko tällaisessa tilanteessa oikeudellisesti merkitystä sillä, että hankintaviranomaisella ei ole takuita siitä, että alkuperäisen sopimuskauden

kuluessa tulevan sopimuskumppanin yhtiöosuuksia ei luovuteta kokonaan tai osittain kolmannelle osapuolelle, eikä siitä, että alun perin osuustoiminnallisena yhtiönä toimineen alkuperäisen palveluntarjoajan koostumus ei sopimuskauden kuluessa muutu?

2) Onko direktiivin 92/50 – – 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta 'tehdessään' ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta 'tehtävä' tulkittava siten, että ne koskevat myös sellaista tilannetta, jossa palveluntarjoajan kanssa yhdistettyjen palvelujen tarjoamisesta tehdyn, toistaiseksi voimassa olevan sopimuksen voimassaoloaikana hankintaviranomainen sopii palveluntarjoajan kanssa muutoksista eräiden sopimuksen nojalla suoritettavien palvelusten korvauksiin ja indeksiehtolausekkeeseen, kun nämä muutokset johtavat korvauksen muuttumiseen ja ovat seurausta euron käyttöönotosta?

3) Onko direktiivin 92/50 – – 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta 'tehdessään' ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta 'tehtävä' tulkittava siten, että ne koskevat myös sellaista tilannetta, jossa palveluntarjoajan kanssa yhdistettyjen palvelujen tarjoamisesta tehdyn, toistaiseksi voimassa olevan sopimuksen voimassaoloaikana hankintaviranomainen sopii palveluntarjoajan kanssa sopimuksen muuttamisesta siten, että sopimuksen irtisanomiskieltoa, joka ei muutoshetkellä enää ollut voimassa, jatketaan kolmella vuodella, ja kun tällä muutoksella toisaalta korotetaan tiettyjä palveluja koskeviin määräperusteisiin korvauksiin sovellettavan alennuksen määrää?

4) Mikäli johonkin kolmesta ensimmäisestä kysymyksestä vastaa myönteisesti siten, että sopimuksen tekemisen katsotaan tapahtuvan, onko direktiivin 92/50 – – 11 artiklan 3 kohdan b alakohtaa tai muita yhteisön oikeuden sääntöjä, kuten erityisesti avoimuusperiaatetta, tulkittava siten, että niissä sallitaan hankintaviranomaisen myöntävän palvelujen suorittamisen yhdellä palveluja koskevalla sopimuksella neuvottelumenettelyssä julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta, kun osa palveluista kuuluu direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla yksinoikeuksien piiriin? Vai edellyttääkö avoimuusperiaate tai jokin muu yhteisön oikeuden säännös sellaisten palvelujen hankkimisen yhteydessä, jotka pääosaltaan eivät kuulu yksinoikeuden piiriin, että sopimusta koskeva ilmoitus on kuitenkin julkaistava ennen hankintasopimuksen tekemistä, jotta asiasta kiinnostuneet yritykset voivat varmistua, kuuluvatko

hankittavat palvelut todella yksinoikeuden piiriin? Vai edellyttävätkö hankintamenettelyä koskevat yhteisön säännökset sitä, että kuvatunkaltaisessa tilanteessa palveluista on päätettävä erillisissä hankintamenettelyissä sen mukaan, kuuluvatko ne yksinoikeuden piiriin vai eivät, jotta mahdollistetaan ainakin osittainen kilpailumenettely?

5) Mikäli neljänteen kysymykseen vastataan siten, että hankintaviranomainen voi päättää yksinoikeuden piiriin kuulumattomista palveluista samassa hankintamenettelyssä sellaisten palvelujen kanssa, jotka kuuluvat yksinoikeuden piiriin, voiko yritys, jolla ei ole oikeutta saada yksinoikeuden piiriin kuuluvia tietoja, joita hallitsee määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, osoittaa, että se on hankintamenettelyä koskevissa säännöksissä tarkoitetulla tavalla kykenevä toimittamaan hankintaviranomaisen pyytämän palvelun kokonaisuudessaan, vetoamalla siihen, että EY 82 artiklan ja mainittuun määräykseen perustuvan velvollisuuden nojalla EY:n jossain jäsenvaltiossa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen, on myönnettävä käyttöoikeus kyseisiin tietoihin kohtuullisin edellytyksin?

6) Mikäli ensimmäiseen, toiseen ja kolmanteen kysymykseen vastataan siten, että vuonna 2000 toteutettu osittainen sopimuksen luovutus ja/tai jompikumpi tai molemmat edellä mainituista sopimusmuutoksista muodostivat uuden sopimuksen tekemisen, ja lisäksi, mikäli neljänteen kysymykseen vastataan siten, että hankintaviranomaisen olisi tullut tehdä hankintasopimus yksinoikeuden piiriin kuulumattomien palvelujen osalta erillisessä hankintamenettelyssä tai että se ei voinut tehdä kaikkia palveluja koskevaa sopimusta (nyt esillä olevassa asiassa uutistiedotteiden, peruspalvelun ja APADok:n käyttöoikeuden osalta) julkaisematta ensin sopimusta koskevaa ilmoitusta suunnitellun hankintasopimuksen avoimuuden ja valvottavuuden varmistamiseksi:

Onko direktiivin 89/665 – – 1 artiklan 3 kohdassa mainittua käsitettä ’loukata’ ja saman direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa mainittua käsitettä ’kärsitty vahinko’ tulkittava siten, että nyt esillä olevan asian kaltaisessa tilanteessa yritystä on loukattu tai se on kärsinyt vahinkoa edellä mainittujen säännösten mukaisesti, kun siltä on evätty mahdollisuus osallistua hankintamenettelyyn, koska hankintaviranomainen ei julkaissut ennen hankintapäätöksen tekemistä sopimusta koskevaa ilmoitusta, jonka perusteella yritys olisi voinut ilmoittautua ehdokkaaksi tai tehdä tarjouksen hankinnan kohteena olevista palveluista taikka olisi voinut saattaa hankintamenettelyjä valvovan toimivaltaisen viranomaisen ratkaistavaksi väitteen yksinoikeuden olemassaolosta?

7) Kun huomioon otetaan muut yhteisön oikeuden merkitykselliset säännökset ja määräykset, onko yhteisön oikeuden mukaista vastaavuusperiaatetta ja tehokkaan oikeussuojan vaatimusta taikka tehokkuusperiaatetta tulkittava siten, että niillä myönnetään yrityksille sellainen subjektiivinen ja ehdoton oikeus, johon ne voivat vedota jäsenvaltiota vastaan ja jonka mukaan yrityksellä on hankintamenettelyn päätyttyä oltava mahdollisuus esittää toimivaltaisissa kansallisissa instansseissa vahingonkorvausvaatimus, joka perustuu yhteisön hankintamenettelyä koskevien säännösten rikkomiseen, ainakin kuuden kuukauden ajan siitä hetkestä lähtien, jolloin se olisi voinut saada tiedon siitä, että hankintasopimus oli hankintamenettelyä koskevien säännösten vastainen, ja että yritykselle on myönnettävä lisäaikaa siltä osin kuin se ei ole voinut pätevästi vedota oikeuksiinsa, koska kansallisessa lainsäädännössä ei ole ollut tätä koskevaa oikeudellista perustaa, jos kansallisen lainsäädännön mukaan kansallisten säännösten rikkomiseen perustuviin vahingonkorvausvaatimuksiin sovelletaan normaalisti kolmen vuoden vanhentumisaikaa alkaen siitä hetkestä, kun vahingontekijä ja syntynyt vahinko tulivat ilmi, ja jos tiettyä oikeudenalaa koskevien oikeussuojakeinojen puuttumisen johdosta vanhentumisaika ei kulu?”

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

28 Aluksi on todettava, että vaikka pääasiassa kyseessä oleva sopimus on tehty ennen Itävallan tasavallan liittymistä Euroopan unioniin, asiaa koskevia yhteisön sääntöjä sovelletaan tällaisiin sopimuksiin kyseisen valtion liittymispäivästä lähtien (ks. vastaavasti asia C-76/97, Tögel, tuomio 24.9.1998, Kok. 1998, s. I-5357, 14 kohta).

29 Kolmella ensimmäisellä kysymyksellään Bundesvergabeamt pyrkii pääpiirteissään selvittämään, missä tilanteissa hankintaviranomaisen ja palveluntarjoajan välillä jo olemassa olevaan sopimukseen tehtäviä muutoksia voidaan pitää uutena direktiivissä 92/50 tarkoitettuna julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemisenä.

30 Direktiivissä 92/50 ei anneta nimenomaista vastausta tähän kysymykseen, mutta se sisältää useita merkityksellisiä mainintoja, jotka on syytä nähdä osana julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen muodostamaa kokonaisuutta.

31 Oikeuskäytännöstä ilmenee, että julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen päätavoite on varmistaa palveluiden vapaa liikkuvuus ja hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa (ks. asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005, Kok. 2005, s. I-1, 44 kohta). Tämä kaksiosainen tavoite vahvistetaan nimenomaisesti direktiivin 92/50 2, 6 ja 20 perustelukappaleessa.

32 Tämän kaksiosaisen tavoitteen saavuttamiseksi yhteisön oikeudessa sovelletaan muun muassa kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa, tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja näistä periaatteista seuraavaa avoimuusvelvoitetta (ks. vastaavasti asia C-275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S, tuomio 18.11.1999, Kok. 1999, s. I-8291, 31 kohta; asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000, Kok. 2000, s. I-10745, 60 ja 61 kohta ja asia C-496/99 P, komissio v. CAS Succhi di Frutta, tuomio 29.4.2004, Kok. 2004, s. I-3801, 108 ja 109 kohta).

33 Direktiivissä 92/50 tarkoitettujen sellaisten sopimusten osalta, jotka koskevat yksinomaan tai pääasiallisesti samaisen direktiivin liitteessä I A lueteltuja palveluja, direktiivillä pannaan täytäntöön edellä mainitut periaatteet sekä avoimuusvelvoite edellyttämällä muun muassa tiettyjä sopimuksentekomenettelyjä. Mainitussa direktiivissä tarkoitettujen sellaisten sopimusten osalta, jotka koskevat yksinomaan tai pääasiallisesti direktiivin liitteessä I B lueteltuja palveluja, direktiivissä ei edellytetä samojen sääntöjen noudattamista sopimustentekomenettelyjen osalta, mutta tähän julkisten palveluhankintojen luokkaan sovelletaan kuitenkin yhteisön oikeuden perustavanlaatuisia sääntöjä ja niistä seuraavaa avoimuusvelvoitetta (ks. vastaavasti asia C-507/03, komissio v. Irlanti, tuomio 13.11.2007, Kok. 2007, s. I-9777, 26, 30 ja 31 kohta).

34 Menettelyjen avoimuuden ja tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun varmistamiseksi julkista hankintaa koskevan sopimuksen määräyksiin sen voimassaoloaikana tehtyjä muutoksia on pidettävä uutena direktiivissä 92/50 tarkoitettuna sopimuksen

tekemisenä, jos nämä muutetut määräykset ovat ominaispiirteiltään olennaisesti erilaisia kuin alkuperäisen sopimuksen määräykset ja jos ne näin ollen ovat omiaan osoittamaan osapuolten tahtoneen neuvotella uudestaan kyseisen sopimuksen keskeiset ehdot (ks. vastaavasti asia C-337/98, komissio v. Ranska, tuomio 5.10.2000, Kok. 2000, s. I-8377, 44 ja 46 kohta).

35 Julkista hankintaa koskevaan sopimukseen sen voimassaoloaikana tehtyä muutosta voidaan pitää olennaisena, kun se sisältää ehtoja, jotka olisivat mahdollistaneet – mikäli ne olisivat sisältyneet alkuperäiseen hankintamenettelyyn – sen, että alun perin hyväksyttyjen tarjoajien lisäksi muutkin tarjoajat olisivat voineet tehdä tarjouksen tai että jokin muu kuin alun perin voittanut tarjous olisi voinut tulla valituksi.

36 Alkuperäiseen sopimukseen tehtävää muutosta voidaan pitää olennaisena myös, kun sillä ulotetaan sopimus merkittävässä määrin sellaisiin palveluihin, joista ei alun perin ollut kyse. Tämä viimeksi mainittu tulkinta vahvistetaan direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan e ja f alakohdassa, joissa säädetään sellaisten julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten osalta, jotka koskevat yksinomaan tai pääasiallisesti samaisen direktiivin liitteessä I A lueteltuja palveluja, rajoituksia siihen, missä määrin hankintaviranomaiset voivat käyttää neuvottelumenettelyä sopiakseen alkuperäisen sopimuksen kohteena olevia palveluja täydentävistä lisäpalveluista.

37 Muutosta voidaan pitää olennaisena myös, kun sillä muutetaan sopimuksen taloudellista tasapainoa sopimuspuoleksi valitun yhtiön eduksi tavalla, josta ei määrätty alkuperäisen sopimuksen ehdoissa.

38 Yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyihin kysymyksiin on vastattava näiden edellä esitettyjen huomautusten valossa.

Ensimmäinen kysymys

39 Ensimmäinen kysymys koskee APA:n vuoteen 2000 asti tarjoamien OTS-palvelujen siirtoa kyseisenä vuonna APA-OTS:lle. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee pääpiirteissään, muodostaako sopimusosapuolen vaihtuminen pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa uuden direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa sekä 8 ja 9 artiklassa tarkoitetun sopimuksen tekemisen.

40 Sen sopimusosapuolen, jolle hankintaviranomainen oli alun perin sopimuksen myöntänyt, vaihtamista uuteen sopimusosapuoleen on yleensä pidettävä kyseisen julkista hankintaa koskevan sopimuksen yhden olennaisen ehdon muutoksena, paitsi jos alkuperäisen sopimuksen ehdoissa määrätään tällaisesta muutoksesta esimerkiksi alihankinnan puitteissa.

41 Ennakkoratkaisupäätöksestä ilmenee, että koska APA-OTS oli perustettu rajavastuuyhtiön muodossa, se oli APA:sta, jolle alkuperäinen sopimus oli annettu, erillinen oikeushenkilö.

42 Niin ikään selvää on, että sen jälkeen kun OTS-palvelut siirrettiin vuonna 2000 APA:lta APA-OTS:lle, hankintaviranomainen on suorittanut kyseiseen palveluun liittyvät maksut suoraan APA-OTS:lle eikä enää APA:lle.

43 Nyt kyseessä olevaan toimintojen siirtoon liittyy kuitenkin eräitä sellaisia ominaispiirteitä, joiden nojalla voidaan katsoa, että tällaiset muutokset eivät pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa toteutettuina muodosta kyseisen sopimuksen olennaisen ehdon muutosta.

44 Oikeudenkäyntiaineistosta ilmenee nimittäin, että APA-OTS on APA:n 100-prosenttisesti omistama tytäryhtiö, että APA:lla on päätösvalta APA-OTS:ssa ja että näiden kahden yhtiön välillä on voittojen ja tappioiden siirtoa koskeva sopimus, josta APA vastaa. Lisäksi asiakirjoista ilmenee, että henkilö, joka oli valtuutettu edustamaan APA:ta, oli vakuuttanut hankintaviranomaiselle, että OTS-palvelujen siirtämisen jälkeen APA oli APA-OTS:n kanssa yhteisvastuullisessa vastuussa ja että olemassa oleva palvelu kokonaisuudessaan pysyisi ennallaan.

45 Tällainen järjestely merkitsee asiallisesti sopimusosapuolen sisäistä uudelleenjärjestelyä, jolla ei muuteta olennaisesti alkuperäisen sopimuksen ehtoja.

46 Kansallinen tuomioistuin pohtii tältä osin sitä, onko sillä seikalla, että hankintaviranomaisella ei ole takuita siitä, että APA-OTS:n yhtiöosuuksia ei luovuteta kolmannelle osapuolelle missään vaiheessa sopimuksen voimassaoloaikaa, oikeudellisia vaikutuksia.

47 Jos APA-OTS:n yhtiöosuudet luovutettaisiin kolmannelle osapuolelle pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen voimassaoloaikana, kyseessä ei enää olisi alkuperäisen sopimusosapuolen sisäinen uudelleenjärjestely, vaan sopimusosapuolen todellinen vaihtuminen, mikä lähtökohtaisesti muodostaisi kyseisen sopimuksen olennaisen ehdon muutoksen. Tällainen seikka voisi muodostaa uuden direktiivissä 92/50 tarkoitetun sopimuksen tekemisen.

48 Vastaavanlaista päättelyä olisi sovellettava, mikäli tytäryhtiön yhtiöosuuksien luovutuksesta kolmannelle osapuolelle olisi määrätty jo hetkellä, jolloin kyseessä olevat toiminnat siirrettiin tytäryhtiölle (ks. vastaavasti asia C-29/04, komissio v. Itävalta, tuomio 10.11.2005, Kok. 2005, s. I-9705, 38–42 kohta).

49 Kuitenkin niin kauan kuin tällaista muutosta ei ole tapahtunut, tämän tuomion 45 kohdassa esitetty päätelmä, jonka mukaan kuvatussa tilanteessa on kyse sopimusosapuolen sisäisestä uudelleenjärjestelystä, on edelleen pätevä. Tämän johtopäätöksen

kannalta ei ole vaikutusta sillä, ettei asiassa ollut takeita siitä, ettei tytäryhtiön yhtiöosuuksia luovuteta kolmannelle osapuolelle sopimuksen voimassaoloaikana.

50 Kansallinen tuomioistuin pohtii myös, mitä oikeudellisia vaikutuksia liittyy siihen, ettei hankintaviranomaisella ole takeita siitä, ettei alkuperäisen palveluntarjoajan jäsenten kokoonpanoa muuteta missään vaiheessa sopimuksen voimassaoloaikaa.

51 Julkisia hankintoja koskevia sopimuksia tehdään säännöllisesti oikeushenkilöiden kanssa. Jos oikeushenkilö on perustettu pörssinoteerattuna osakeyhtiönä, jo yhtiön luonteesta seuraa, että sen osakkaat voivat muuttua milloin vaan. Lähtökohtaisesti tällaisella tilanteella ei kyseenalaisteta sen pätevyyttä, että julkista hankintaa koskeva sopimus on tehty tällaisen yhtiön kanssa. Tilanne voi olla toisin poikkeustapauksissa, kuten jos kyse on toimista, joilla pyritään kiertämään julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä.

52 Vastaavanlaisia päätelmiä sovelletaan myös sellaisten julkisia hankintoja koskevien sopimusten osalta, jotka on tehty oikeushenkilöiden kanssa, joita ei ole perustettu osakeyhtiön muotoisina vaan – kuten pääasiassa on kyse – osuustoiminnallisina rajavastuuyhtiöinä. Mahdolliset muutokset tällaisen yhtiön jäsenten kokoonpanossa eivät lähtökohtaisesti merkitse sen kanssa tehdyn sopimuksen olennaista muutosta.

53 Täten myöskään näillä seikoilla ei vaikuteta tämän tuomion 45 kohdassa esitettyyn johtopäätökseen.

54 Tämän johdosta ensimmäiseen kysymykseen on vastattava niin, että direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ”tehdessään” ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ”tehtävä” on tulkittava siten, että ne eivät koske pääasiassa kyseessä olevan

kaltaista tilannetta, jossa alkuperäisen palveluntarjoajan hankintaviranomaiselle suorittamat palvelut siirretään sellaisen toisen palveluntarjoajan suoritettavaksi, joka on perustettu pääomayhtiön muotoisena ja jonka ainoa osakas on alkuperäinen palveluntarjoaja, joka käyttää määräysvaltaa uudessa palveluntarjoajassa ja antaa tälle toimintaohjeita, sikäli kuin alkuperäinen palveluntarjoaja vastaa edelleen sopimusvelvoitteiden noudattamisesta.

Toinen kysymys

55 Kansallisen tuomioistuimen esittämä toinen kysymys koskee perussopimukseen vuonna 2001 tehdyllä ensimmäisellä sopimusmuutoksella tehtyjä muutoksia, jotka tulivat voimaan 1.1.2002. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee pääpiirteissään, muodostavatko eräät hinnanmuutokset uuden direktiivissä 92/50 tarkoitetun sopimuksen tekemisen.

56 Tämä kysymys koskee ensinnäkin hintojen muuttamista euroiksi ilman niiden varsinaisen määrän muuttamista, toiseksi hintojen muuttamista euroiksi siten, että niiden varsinaista määrää alennettiin, ja kolmanneksi hintoihin liitetyn indeksiehdon uudelleen muotoilua.

57 Kysymykseen on vastattava siten, että tilanteessa, jossa euroon siirtymisen yhteydessä olemassa olevaa sopimusta muutetaan siten, että alun perin kansallisissa rahayksiköissä ilmaistut hinnat muutetaan euroiksi, kyseessä ei ole sopimuksen olennainen muutos vaan ainoastaan sen mukauttaminen muuttuneisiin ulkoisiin olosuhteisiin, kunhan euromääräiset luvut on pyöristetty voimassa olevien säännösten ja erityisesti tietyistä euron käyttöön ottamiseen liittyvistä säännöksistä 17.6.1997 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1103/97 (EYVL L 162, s. 1) mukaisesti.

58 Jos euroiksi muutettujen hintojen pyöristys ylittää merkityksellisissä säännöksissä sallitun määrän, kyseessä on alkuperäisessä sopimuksessa määrätyn hinnan varsinaisen määrän muutos. Täten on ratkaistava kysymys siitä, muodostaako tällainen hintojen muuttaminen uuden sopimuksen tekemisen.

59 On selvää, että hinta on tärkeä julkista hankintaa koskeva ehto (ks. vastaavasti em. asia komissio v. CAS Succhi di Frutta, tuomion 117 kohta).

60 Tällaisen ehdon muuttaminen sopimuksen voimassaoloaikana ilman, että alkuperäisessä sopimuksessa on tähän oikeuttavaa nimenomaista määräystä, saattaisi johtaa avoimuusperiaatteen ja tarjouksentekijöiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamiseen (ks. vastaavasti em. asia komissio v. CAS Succhi di Frutta, tuomion 121 kohta)

61 Voimassa olevan sopimuksen hintojen muuttamiseen euroiksi voi kuitenkin liittyä hintojen varsinaisen määrän muutos ilman, että tämä merkitsee uutta sopimuksen tekemistä, edellyttäen, että hintojen muutos on erittäin vähäinen ja objektiivisesti perusteltavissa, kuten tilanteessa, jossa tällä muutoksella pyritään helpottamaan sopimusvelvoitteiden suorittamista esimerkiksi yksinkertaistamalla laskutustoimenpiteitä.

62 Yhtäältä pääasiassa artikkeleiden ja media-arkistojen käytöstä perittävää vuosittaista maksua alennettiin vain 0,3 prosenttia, jotta maksu vastaa laskemista helpottavaa tasalukua. Toisaalta lehdistötiedotteiden tallentamisesta OTS-palveluun perittäviä rivikohtaisia hintoja alennettiin vuosina 2002 ja 2003 2,94 ja 1,47 prosentilla, jotta hinnat olisivat tasalukuja niin ikään laskemisen helpottamiseksi. Sen lisäksi, että nämä hintojenalennukset ovat määrältään vähäisiä, niitä ei toteutettu sopimuspuoleksi valitun eduksi vaan tämän vahingoksi, koska tämä suostui alentamaan niitä hintoja, joihin olisi päädytty soveltamalla normaalisti muuntamista ja indeksointia koskevia sääntöjä.

63 Tällaisessa tilanteessa voidaan katsoa, että julkista hankintaa koskevan sopimuksen hintojen muuttaminen sopimuksen voimassaoloaikana ei ole kyseisen sopimuksen olennaisten ehtojen sellainen muutos, joka merkitsee uutta direktiivissä 92/50 tarkoitettua sopimuksen tekemistä.

64 Indeksiehdon uudelleenmuotoilun osalta on todettava, että perussopimuksen 5 kohdan 3 alakohdassa määrättiin, että ”indeksoinnissa lähtöarvona [oli] pidettävä Itävallan keskustilastotoimiston (ÖSTAT) julkaisemaa kuluttajahintaindeksiä 86 (VPI 86) tai sen korvaavaa seuraavaa indeksiä”.

65 Tästä ilmenee, että perussopimuksessa oli otettu huomioon siinä mainitun hintaindeksin korvaaminen uudemmalla indeksillä.

66 Ensimmäisellä sopimusmuutoksella korvattiin perussopimuksessa mainittu hintaindeksi, eli ÖSTAT:n julkaisema vuoden 1986 kuluttajahintaindeksi (VPI 86) saman toimiston julkaisemalla uudemmalla, vuoden 1996 kuluttajahintaindeksillä (VPI 96).

67 Kuten tämän tuomion 19 kohdassa esitetään, tässä muutoksessa lähtöarvoksi valittiin kyseisen muutoksen tekovuodelta, eli vuodelta 2001 laskettu indeksi sen sijaan, että se olisi laskettu vuodelta 1994, jolloin perussopimus tehtiin. Tämä lähtöarvon päivitys on johdonmukainen hintaindeksin päivityksen kanssa.

68 Tästä seuraa, että ensimmäisellä sopimusmuutoksella ainoastaan sovellettiin indeksiehdon päivitystä koskevia perussopimuksen määräyksiä.

69 Tällaisessa tilanteessa on katsottava, että viittaus uuteen hintaindeksiin ei muodosta alkuperäisen sopimuksen olennaisten ehtojen sellaista muutosta, joka merkitsee uutta direktiivissä 92/50 tarkoitettua sopimuksen tekemistä.

70 Tästä syystä toiseen kysymykseen on vastattava niin, että direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ”tehdessään” ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ”tehtävä” on tulkittava siten, että ne eivät koske alkuperäisen sopimuksen mukauttamista muuttuneisiin ulkoisiin olosuhteisiin, kuten alun perin kansallisessa rahayksikössä ilmaistujen hintojen muuttamista euroiksi, näiden hintojen erittäin vähäistä alentamista pyöristystä varten ja viittausta uuteen hintaindeksiin, jonka käyttämisestä aiemmin määrätyn indeksin korvaamiseksi oli määrätty alkuperäisessä sopimuksessa.

Kolmas kysymys

71 Kansallisen tuomioistuimen esittämä kolmas kysymys koskee perussopimukseen lokakuussa 2005 tehdyllä toisella sopimusmuutoksella tehtyjä muutoksia, jotka tulivat voimaan 1.1.2006.

72 Kyseinen tuomioistuin tiedustelee pääpiirteissään, merkitseekö sopimuksen irtisanomiskieltoa koskevasta uudesta lausekkeesta sopiminen ja tiettyjen sopimuksen kohteena olevien palvelujen hinnoista myönnettyjen alennusten korottaminen uuden sopimuksen tekemistä.

73 Ensinnäkin mitä tulee uudesta irtisanomiskieltolausekkeesta sopimiseen toistaiseksi tehdyn sopimuksen voimassaoloaikana, on muistutettava, että julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekeminen toistaiseksi voimassa olevana on jo itsessään

erikoinen toimintatapa julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen järjestelmän ja päämäärän valossa. Tällainen toiminta voi ajan mittaan johtaa mahdollisten palveluntarjoajien välisen kilpailun rajoittamiseen ja julkisten hankintamenettelyjen julkisuuteen liittyvien yhteisön direktiivien säännösten soveltamisen estämiseen.

74 Yhteisön oikeudessa ei kuitenkaan sen nykytilassa kielletä tekemästä toistaiseksi voimassa olevia julkisia palvelunhankintoja koskevia sopimuksia.

75 Vastaavasti lauseketta, jolla osapuolet sitoutuvat olemaan irtisanomatta toistaiseksi voimassa olevaa sopimusta tietyn ajanjakson aikana, ei ole itsessään pidettävä julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden vastaisena.

76 Kuten tämän tuomion 34 kohdasta ilmenee, merkityksellinen arviointiperuste sen määrittämiseksi, muodostaako tällaisesta lausekkeesta päättäminen uuden sopimuksen tekemisen, on kysymys siitä, onko kyseistä lauseketta pidettävä alkuperäisen sopimuksen olennaisena muutoksena (ks. vastaavasti em. asia komissio v. Ranska, tuomion 44 ja 46 kohta).

77 Pääasiassa kyseessä olevalla lausekkeella vahvistetaan irtisanomiskielto vuosiksi 2005–2008.

78 On kuitenkin todettava, että perussopimukseen sisältyneen irtisanomiskiellon päätyttyä 31.12.1999 pääasiassa kyseessä ollut sopimus olisi voitu irtisanoa milloin vaan irtisanomisaikaa noudattaen. Sopimus pysyi kuitenkin voimassa vuodesta 2000 vuoden 2005 loppuun asti, koska hankintaviranomainen tai palveluntarjoaja eivät kumpikaan käyttäneet oikeuttaan irtisanoa sopimus.

79 Asiakirja-aineistosta ei ilmene, että irtisanomiskieltolausekkeen kattamina vuosina 2005–2008 hankintaviranomaisella olisi ollut todellinen aikomus päättää voimassa oleva sopimus ja kilpailuttaa sopimus uudestaan, mikäli kyseistä lauseketta ei olisi ollut. Vaikka oletettaisiin, että hankintaviranomainen olisi aikonut toimia näin, kyseisen lausekkeen kattama kolmen vuoden aika ei ollut niin pitkä, että se olisi estänyt sitä tekemästä näin kohtuuttoman pitkän ajan verrattuna uuden kilpailuttamisen edellyttämään aikaan. Näissä olosuhteissa ei ole osoitettu, että tällaiseen irtisanomiskieltolausekkeeseen – edellyttäen, ettei sitä järjestelmällisesti sisällytetä sopimukseen uudestaan – sisältyy vaara kilpailun vääristymisestä mahdollisten uusien tarjoajien vahingoksi. Täten sitä ei voida pitää alkuperäisen sopimuksen olennaisena muutoksena.

80 Tästä seuraa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa kolmen vuoden kestoisesta irtisanomiskieltolausekkeesta sopiminen toistaiseksi voimassa olevan palvelusopimuksen voimassaoloaikana ei muodosta uutta direktiivissä 92/50 tarkoitettua sopimuksen tekemistä.

81 Toisessa sopimusmuutoksessa määrätyn alennuksen korottamisen osalta on muistutettava, että perussopimuksessa määrättiin, että kyseisten palvelujen osalta sovelletaan ”virallisen hinnaston halvimman kulutuksen mukaista hintaa – – vähennettynä 15 prosentilla”.

82 Yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen selvitysten mukaan tällä maininnalla tarkoitetaan APA:n soveltamaa alenevaa hinnastoa, jonka mukaisesti kyseessä olevien palvelujen hinta alenee APA:n sopimuskumppanin käyttäessä näitä palveluja enemmän.

83 Eräiden näiden selvitysten mukaan toisessa sopimusmuutoksessa määrätty alennuksen korottaminen 15 prosentista 25 prosenttiin vastaa alhaisemman hinnan soveltamista. Vaikka hinnan alentaminen ja alennusprosentin korottaminen eroavatkin muodollisesti toisistaan, niiden taloudelliset vaikutukset vastaavat toisiaan.

84 Tässä tilanteessa alennuksen korottamista voidaan tulkita siten, että se kuuluu perussopimuksen sisältämien lausekkeiden piiriin.

85 Ensinnäkin alennuksen korottamisella, joka merkitsee sopimuspuoleksi valitulle maksettavan korvauksen alenemista alun perin määrättyyn korvaukseen verrattuna, ei muuteta sopimuksen taloudellista tasapainoa sopimuspuoleksi valitun eduksi.

86 Toiseksi pelkästään se seikka, että hankintaviranomainen saa suuremman alennuksen osasta sopimuksen kohteena olevia palveluja, ei voi johtaa kilpailun vääristymiseen mahdollisten tarjoajien vahingoksi.

87 Edellä esitetystä seuraa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa sitä, että sopimusmuutoksella sovitaan alun perin sovittuja alennuksia suuremmista alennuksista tiettyjä palveluja koskeviin määräperusteisiin hintoihin, ei ole pidettävä sopimuksen olennaisena muutoksena, eikä se täten ole sen luonteinen seikka, että se merkitsisi uutta direktiivissä 92/50 tarkoitettua sopimuksen tekemistä.

88 Täten kolmanteen kysymykseen on vastattava siten, että direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ”tehdessään” ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ”tehtävä” on tulkittava siten, että ne eivät koske pääasiassa kyseessä olevan kaltaista tilannetta, jossa hankintaviranomainen päättää sopimusmuutoksella sopimuspuoleksi valitun kanssa toistaiseksi tehdyn palvelusopimuksen voimassaoloaikana jatkaa kolmella vuodella irtisanomiskieltolauseketta, jonka voimassaolo oli päättynyt hetkellä, jolloin uudesta lausekkeesta päätetään, ja sopii sopimuspuoleksi valitun kanssa alun perin sovittuja alennuksia suuremmista alennuksista tiettyjä palveluja koskeviin määräperusteisiin hintoihin.

89 Kun otetaan huomioon ensimmäiseen, toiseen ja kolmanteen kysymykseen annetut vastaukset, neljänteen, viidenteen, kuudenteen ja seitsemänteen kysymykseen ei ole tarpeen vastata.

Oikeudenkäyntikulut

90 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä yhteisöjen tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla yhteisöjen tuomioistuin (kolmas jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ”tehdessään” ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ”tehtävä” on tulkittava siten, että ne eivät koske pääasiassa kyseessä olevan kaltaista tilannetta, jossa alkuperäisen palveluntarjoajan hankintaviranomaiselle suorittamat palvelut siirretään sellaisen toisen palveluntarjoajan suoritettavaksi, joka on perustettu pääomayhtiön muotoisena ja jonka ainoa osakas on alkuperäinen palveluntarjoaja, joka käyttää määräysvaltaa uudessa palveluntarjoajassa ja antaa tälle toimintaohjeita, sikäli kuin alkuperäinen palveluntarjoaja vastaa edelleen sopimusvelvoitteiden noudattamisesta.**

2) **Direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ”tehdessään” ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ”tehtävä” on tulkittava siten, että ne eivät koske alkuperäisen sopimuksen mukauttamista muuttuneisiin ulkoisiin olosuhteisiin, kuten alun perin kansallisessa rahayksikössä ilmaistujen hintojen muuttamista euroiksi, näiden hintojen erittäin vähäistä alentamista pyöristystä varten ja viittausta uuteen hintaindeksiin, jonka käyttämisestä aiemmin määrätyn indeksin korvaamiseksi oli määrätty alkuperäisessä sopimuksessa.**

3) Direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ”tehdessään” ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ”tehtävä” on tulkittava siten, että ne eivät koske pääasiassa kyseessä olevan kaltaista tilannetta, jossa hankintaviranomainen päättää sopimusmuutoksella sopimuspuoleksi valitun kanssa toistaiseksi tehdyn palvelusopimuksen voimassaoloaikana jatkaa kolmella vuodella irtisanomiskieltolauseketta, jonka voimassaolo oli päättynyt hetkellä, jolloin uudesta lausekkeesta päätetään, ja sopii sen kanssa alun perin sovittuja alennuksia suuremmista alennuksista tiettyjä palveluksia koskeviin määräperusteisiin hintoihin.

Allekirjoitukset