JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
SIEGBERT ALBER
10 päivänä huhtikuuta 2003 [1]

I Johdanto

1. Itävallan Bundesvergabeamtin esittämä ennakkoratkaisupyyntö koskee tarjoajien esittämien vaihtoehtojen käsittelyä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyissä. Eräs tarjoaja teki tarjouksen tarjouspyynnön kohteena olevan betonipäällysteen sijasta (edullisemmasta mutta tarjoajan mukaan vastaavasta) asfalttipäällysteestä, mutta tätä tarjousta ei otettu tienrakennusurakan jaossa huomioon. Kyseessä ovat yhtäältä ne edellytykset, joiden perusteella vaihtoehtoinen tarjous olisi pitänyt voida jättää ja joiden mukaan sitä olisi pitänyt arvioida (ennakkoratkaisukysymykset 1—3). Toisaalta kyse on niistä mahdollisista vaikutuksista, joita aiheutuu vaihtoehtoisten tarjousten mahdollisesti virheellisestä käsittelystä hankintamenettelyssä.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus: julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi 93/37/ETY* [2]

2. Direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Kun sopimuksenteon perusteena on taloudellisesti edullisin tarjous, hankintaviranomaiset voivat ottaa huomioon tarjoajien esittämät vaihtoehdot, jos ne täyttävät hankintaviranomaisten asettamat vähimmäisvaatimukset.

Hankintaviranomaisten on mainittava sopimusasiakirjoissa vaihtoehdoille asetettavat vähimmäisvaatimukset sekä niiden esittämistä koskevat yksityiskohtaiset säännöt. Jos vaihtoehdot eivät ole sallittuja,

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.

2 — EYVL L 199, s. 54.

niiden on ilmoitettava asiasta sopimusta koskevassa ilmoituksessa.

— — »

3. Direktiivin 93/37/ETY 30 artiklassa säädetään seuraavaa:

»1. Hankintaviranomaisen on sopimuksia tehdessään käytettävä perusteena:

a) pelkästään alinta hintaa;

b) kun sopimus tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, eri perusteita sopimuksen mukaan: esimerkiksi hintaa, toteutusaikaa, käyttökustannuksia, kannattavuutta tai teknisiä ansioita.

2. Edellä 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetussa tapauksessa hankintaviranomaisen on ilmoitettava sopimusasiakirjoissa tai sopimusta koskevassa ilmoituksessa ne sopimuksen tekemisen perusteet, joita se aikoo soveltaa, mahdollisuuksien mukaan alenevassa järjestyksessä.

— — »

B *Kansallinen lainsäädäntö: Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997, vuonna 1997 annettu liittovaltion laki julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä; jäljempänä BVergG)* [3]

4. BVergG:n 42 §:ssä säädetään seuraavaa:

»1. Mikäli neuvottelumenettelyä ei sovelleta, tarjoajan on jätettävä tarjous esitetyn tarjouspyynnön mukaisesti. Tarjouspyynnössä asetettuja ehtoja ei voi muuttaa eikä täydentää.

— —

3 — BGBl. I, nro 56/1997.

4. Vaihtoehtoinen tarjous [direktiivin 93/37/ETY terminologian mukaisesti 'vaihtoehto'[4]] on sallittu vain, jos siinä varmistetaan laadullisesti vastaava suoritus. Tarjouksen tekijän on osoitettava vastaavuus. Vaihtoehtoinen tarjous voi koskea kokonaissuoritusta, suorituksen osaa tai suorituksen toteuttamista koskevia oikeudellisia vaatimuksia. Vaihtoehtoinen tarjous on merkittävä sellaiseksi, ja se on esitettävä erikseen.

— — "

5. BVergG:n 117 §:ssä säädetään seuraavaa:

"1. Bundesvergabeamtin on sovittelulautakunnan kyseisestä asiasta antaman lausunnon perusteella kumottava hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä tekemä päätös, jos

1) hankintaviranomaisen päätös on vastoin tämän liittovaltion lain tai sen täytäntöönpanosta annettujen asetusten säännöksiä ja

2) päätöksellä on ratkaiseva merkitys hankintamenettelyn tuloksen kannalta.

2. — —

3. Sen jälkeen kun sopimus urakasta on tehty, Bundesvergabeamtin on 1 momentin edellytysten mukaisesti todettava, pitävätkö väitteet lain rikkomisesta paikkansa."

III Tosiseikat

6. Ala-Itävallan osavaltion hallitus julkaisi yhteisön tasolla 27.11.1997 Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG:n (jäljempänä ASFINAG) nimissä ja toimeksiannosta EU:n laajuisen tarjouspyynnön, joka koski Neumarktista Wieniin vievän tieosuuden rakennustöitä 100,2—108,6 kilometrin kohdalta. Urakan kohteena olivat sillanrakennus- ja tienrakennustyöt, avointa menettelyä noudattamalla.

7. Tarjouspyynnön otsikon "Virallinen suunnitelma" alla ilmoitettiin, että tienpinta oli tehtävä muualla paitsi moottori-

4 — Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mukaan BVergG:n 15 Z §:n 14 momentissa tarkoitettua "vaihtoehtoista tarjousta" on pidettävä tarjoajan esittämään vaihtoehtoon perustuvana tarjouksena eli direktiivissä 93/37/ETY tarkoitettuna vaihtoehtona.

tiesiltojen kohdalla korkealaatuisesta kaksikerroksisesta betonipäällysteestä. Tätä ei kuitenkaan asetettu vähimmäisvaatimukseksi. Tarjouspyynnössä ei myöskään vahvistettu nimenomaisesti mitään teknisiä vähimmäisvaatimuksia, jotka mahdollisten vaihtoehtoisten tarjousten olisi täytettävä. Vaihtoehtoisten tarjousten jättäminen oli tarjouspyynnön mukaan sallittua. Tällöin oli kuitenkin laadittava lisäksi täydellinen tarjouspyynnön mukainen suoritusluettelo (päätarjous). Tarjouspyynnön mukaisten tai vaihtoehtoisten tarjousten taloudellisten ja teknisten ominaisuuksien arvioimiseksi ei asetettu mitään sopimuksen tekemistä koskevia perusteita. Tarjouspyynnössä ei myöskään vahvistettu, että vaihtoehtoisessa tarjouksessa olisi varmistettava viralista suunnitelmaa vastaava suoritus (tämän osalta ei myöskään viitattu BVergG:n 42 §:ään) eikä siinä selitetty, mitä "vastaavalla suorituksella" tarkoitetaan.

8. Pääasian kantaja, Traunfellner, jätti sekä vaihtoehtoisen tarjouksen että tarjouspyynnön mukaisen tarjouksen. Traunfellnerin vaihtoehtoinen tarjous oli kaikista tarjouksista edullisin. Traunfellnerin tarjouspyynnön mukainen tarjous oli tarjouspyynnön mukaisista tarjouksista toiseksi edullisin. Sopimuksen sai edullisimman tarjouspyynnön mukaisen tarjouksen jättänyt yritysryhmä, johon kuuluivat Ilbau-, LSH Fischer- ja Heillit & Woerner -nimiset yritykset.

9. Traunfellnerin vaihtoehtoisessa tarjouksessa ehdotettiin betonipäällysteen korvaamista bitumiseoksesta valmistetulla asfalttipäällysteellä. Teknistä eritelmää varten tarjoukseen liitettiin asiantuntijalausunto, jonka mukaan rakennusalalla vallitsevien olosuhteiden perusteella asfaltin pitäisi kestää 20 vuotta.

10. Ala-Itävallan osavaltion hallituksen teettämässä teknisessä tarkastuskertomuksessa todettiin, että asfalttirakenteen korvaavuudesta oli laadittu tutkimus vuonna 1989. Kokemukset aikaisemmista urakoista ovat selvityksen mukaan kuitenkin osoittaneet, että huolimatta tällaisen asfalttipäällysteen huolellisesta ja sopimuksen mukaisesta rakentamistavasta jo lyhyen ajan jälkeen tienpintaan on ilmaantunut huomattavan syviä uria, joiden vuoksi on täytynyt tehdä ylimääräisiä kunnostustöitä. Kertomuksessa todettiin myös, että mikäli Traunfellnerin vaihtoehtoinen tarjous hyväksyttäisiin, virallisen suunnitelman mukaisen suorituksen varmistamiseksi tarvittaisiin lisäsuorituksia, joiden kustannukset olisivat 2,5 miljoonaa Itävallan sillinkiä (ATS), minkä vuoksi Traunfellnerin tarjoama hintaetu kutistuisi 6,9 miljoonaan ATS:iin. Lisäksi todettiin, että uuden tekniikan ansiosta betonipäällysteen voidaan olettaa kestävän ainakin 30 vuotta. Virallisen suunnitelman mukainen betonipäällyste kestäisi näin ollen 50 prosenttia pidempään kuin vaihtoehtoinen päällyste, ja sen kustannukset olisivat vain 8,5 prosenttia vaihtoehtoisen päällysteen kustannuksia suuremmat. Vaihtoehtoisessa tarjouksessa ei myöskään otettu huomioon tavoitetta, jonka mukaan valmistettaessa laadukasta runkoainetta uutta betonipäällystettä varten olisi hyödynnettävä saatavilla olevaa vanhaa betonia (kierrätysajatus), sillä vaihtoehtoisen

tarjouksen mukaan ainoastaan osa vanhasta betonista murskattaisiin ja käytettäisiin uudelleen tien- ja sillanrakennuspaikoilla. Suurin osa vanhasta betonipäällysteestä vietäisiin muualle, eikä sen käyttöä ole tarkemmin selvitetty. Kertomuksen mukaan tien päällysteen uusimista betonipäällysteellä virallisen tarjouspyynnön mukaisesti on näin ollen pidettävä joka tapauksessa ensisijaisena vaihtoehtona betonipäällysteen kestävyyden ja lujuuden ansiosta. Betonipäällysteisiä teitä ei tarvitse kunnostaa yhtä paljon eikä niin varhaisessa vaiheessa, jolloin liikenteelle aiheutuvat haitat ovat pienempiä ja liikenteen vaivattomuus, turvallisuus ja sujuvuus kärsivät mahdollisimman vähän. Vaihtoehtoinen tarjous ei näin ollen täytä virallisessa suunnitelmassa asetettuja vaatimuksia, minkä vuoksi se on hylättävä. Kyseisen selvityksen perusteella hankintaviranomainen päätti 17.3.1998 ehdottaa sopimuksen tekemistä Ilbaun, LSH Fischerin ja Heillit & Woernerin yritysryhmän kanssa.

11. Traunfellner vaati Bundesvergabeamtia kumoamaan hankintaviranomaisen päätöksen hylätä Traunfellnerin esittämä vaihtoehtoinen tarjous. Traunfellnerin nostama kumoamiskanne hylättiin 21.4.1998 sillä perusteella, ettei vaihtoehtoisen tarjouksen tekninen vastaavuus ole olennaista. Vaihtoehtoisen tarjouksen katsottiin nimittäin poikkeavan niin merkittävästi tarjouspyynnössä esitetyistä vaatimuksista, ettei sitä voitu pitää sallittuna vaihtoehtoisena tarjouksena. Kansallinen tuomioistuin katsoi toissijaisesti, ettei vaihtoehtoinen tarjous vastannut teknisesti tarjouspyyntöä, sillä hankintaviranomaisella on oikeus tehdä valinta erilaisista teknisistä toteutustavoista.

12. Hankintaviranomaisen päätöksen jälkeen urakka annettiin edullisimman tarjouspyynnön mukaisen tarjouksen esittäjälle, ja rakennusurakka toteutettiin.

13. Verfassungsgerichtshof kumosi Traunfellnerin valituksen perusteella Bundesvergabeamtin 21.4.1998 tekemän päätöksen, koska siinä ei ollut noudatettu perusteluvelvollisuutta. Itävallan oikeuden mukaan sen jälkeen, kun Verfassungsgerichtshof on kumonnut hallintotoimen (nyt esillä olevassa asiassa sen jälkeen, kun 21.4.1998 tehty ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen päätös kumottiin), asian tila palaa siihen vaiheeseen, jossa se oli ennen riidanalaisen päätöksen tekemistä. Ennakkoratkaisukysymyksen esittäneen Bundesvergabeamtin on näin ollen käsiteltävä nyt uudelleen Traunfellnerin 17.4.1998 esittämä vaatimus kumota hankintaviranomaisen päätös, jolla vaihtoehtoinen tarjous hylättiin. Koska urakka on tällä välin tehty, VergG:n 117 §:n 3 momentin nojalla on nyt ainoastaan ratkaistava, oliko päätös hylätä vaihtoehtoinen tarjous lainmukainen.

IV Ennakkoratkaisukysymykset

14. Bundesvergabeamt tiedustelee, milloin kyseessä on direktiivin 93/37/ETY

19 artiklassa tarkoitettu "vaihtoehto", onko "vastaavuuden" peruste, jonka mukaisesti tällaista vaihtoehtoista tarjousta arvioidaan, mainittava tarjouspyyntöä koskevissa asiakirjoissa ja miten hankintaviranomaisen on toimittava, jos jälkikäteen havaitaan, että tämän julkaisemassa tarjouspyynnössä on virheitä. Bundesvergabeamt esittää näin ollen yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko tarjoajan vaihtoehtoinen tarjous, jonka perusteella tarjouspyynnön kohteena oleva ajorata päällystettäisiin betonin sijasta asfaltilla, direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan ensimmäisessä kohdassa tarkoitettu vaihtoehto?

2) Voidaanko sellaista kansallisessa lainsäädännössä vahvistettua perustetta, jonka mukaan direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan ensimmäisessä kohdassa tarkoitetun 'vaihtoehdon' jättäminen on sallittua ja jonka mukaan vaihtoehtoisen tarjouksen 'on varmistettava laadullisesti vastaava suoritus', pitää oikeudellisesti direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan ensimmäisen ja toisen kohdan mukaisena hankintaviranomaisen vahvistamana ja ilmoittamana 'vähimmäisvaatimuksena', kun tarjouspyyntöä koskevissa asiakirjoissa viitataan ainoastaan kansalliseen säännökseen eikä niissä määritellä tarkemmin, minkä konkreettisten arviointiperusteiden mukaisesti 'vastaavuutta' on tutkittava?

3) Estävätkö direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 1 ja 2 kohta avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen yhteydessä hankintaviranomaista pitämästä sellaisen vaihtoehtoisen tarjouksen hyväksymisen, joka eroaa teknisiltä ominaisuuksiltaan tarjouspyynnön mukaisesta tarjouksesta, edellytyksenä kansallisessa säännöksessä vahvistettujen perusteiden, joiden mukaan vaihtoehtoisessa tarjouksessa 'on varmistettava laadullisesti vastaava suoritus', täyttymistä, kun tarjouspyyntöä koskevissa asiakirjoissa viitataan ainoastaan kansalliseen säännökseen eikä niissä määritellä tarkemmin, minkä tosiasiallisten arviointiperusteiden mukaisesti 'vastaavuutta' on tutkittava?

4) a) Mikäli kysymykseen 3 vastataan myöntävästi, voiko hankintaviranomainen saattaa päätökseen kysymyksessä 3 tarkoitetun hankintamenettelyn ja tehdä urakasta sopimuksen?

4) b) Mikäli kysymyksiin 3 ja 4 a vastataan myöntävästi, onko kysymyksessä 3 tarkoitetun hankintamenettelyn käynnistäneen hankintaviranomaisen joka tapauksessa hylättävä tarjoajien ehdottamat vaihtoehdot tutkimatta tarkemmin niiden sisältöä, jos hankintaviranomainen ei ole vahvistanut sopimuksen tekemistä koskevia perusteita vaihtoehdon ja tarjouspyynnön teknisten erojen arvioimiseksi?

5) Mikäli kysymyksiin 3 ja 4 a vastataan myöntävästi ja kysymykseen 4 b kieltävästi, onko kysymyksessä 3 tarkoitetun hankintamenettelyn käynnistäneen hankintaviranomaisen hyväksyttävä vaihtoehto, jonka teknisiä eroja tarjouspyyntöön nähden viranomainen ei voi arvioida sopimuksen tekemistä koskevien perusteiden mukaisesti, koska tarjouspyynnössä ei ilmoiteta näitä perusteita, jos tämä vaihtoehtoinen tarjous on tarjouksista halvin ja jos muita sopimuksen tekemistä koskevia perusteita ei ole vahvistettu?"

15. Perusteluissaan Bundesvergabeamt toteaa, että ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellä on tarkoitus selvittää, onko asfalttipäällysteen tarjoaminen tarjouspyynnön mukaisen betonipäällysteen sijasta direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan ensimmäisessä kohdassa tarkoitettu vaihtoehto ja voidaanko vaihtoehtoja koskevia direktiivin säännöksiä siten soveltaa nyt kyseessä olevaan tarjoukseen.

16. Toisella ennakkoratkaisukysymyksellä on tarkoitus selvittää, riippuuko vaihtoehdon hyväksyntä BVergG:n 42 §:n nojalla siitä, että sillä varmistetaan laadullisesti vastaava suoritus. "Vastaavuuden" tutkiminen on hankintamenettelyissä tärkeää. Hankintaviranomainen on tutkinut vaihtoehdon vastaavuutta myös nyt esillä olevassa asiassa ja todennut, ettei vaihtoehto vastaa tarjouspyyntöä. Hankintaviranomaisen tässä yhteydessä soveltamia perusteita ei kuitenkaan ole Itävallan hankintaviranomaisten käytännön mukaisesti esitetty tarjouspyyntöä koskevissa asiakirjoissa tai sopimusta koskevassa ilmoituksessa.

17. Bundesvergabeamt katsoo, että tällainen menettely on direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan sekä avoimuuden periaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastainen. Näin ei olisi ainoastaan siinä tapauksessa, että vaihtoehtoihin sovellettava suorituksen vastaavuutta koskeva vaatimus katsottaisiin direktiivin 19 artiklan toisessa kohdassa tarkoitetuksi "vähimmäisvaatimukseksi". Siinä tapauksessa tosiasiallisia arviointiperusteita ei tarvitsisi ilmoittaa sopimuksen tekemistä koskevina perusteina. Bundesvergabeamt katsoo, että tällainen tulkinta olisi vastoin direktiivin periaatteita. Direktiivin 19 artiklan toisessa kohdassa selkeästi edellytetään, että hankintaviranomaisen on mainittava sopimusasiakirjoissa vaihtoehdoille asetettavat vähimmäisvaatimukset. Pelkkää viittausta sellaiseen kansalliseen säännökseen, jossa vastaavuusperuste määritellään, ei voida Bundesvergabeamtin mukaan pitää hankintaviranomaisen sopimusasiakirjassa vahvistamana vaatimuksena.

18. Bundesvergabeamt katsoo lisäksi, ettei pelkkä viittaaminen tarkemmin määrittelemättömään vastaavuuteen täytä

avoimuuden vaatimuksia eikä se ole yhteensopiva "mainita"-verbin (saksaksi erläutern) merkityksen kanssa. Bundesvergabeamtin mukaan "erläutern" olisi ymmärrettävä pikemminkin selvittämiseksi ja kuvailemiseksi. Hankintaviranomainen ei ole kuitenkaan selvittänyt eikä kuvaillut kyseisiä vähimmäisvaatimuksia.

19. Kolmannesta ennakkoratkaisukysymyksestä Bundesvergabeamt toteaa, että direktiivissä annetaan hankintaviranomaisille mahdollisuus valita ainoastaan joko hintaa tai taloudellisesti edullisinta tarjousta koskevan perusteen välillä. Ensimmäisessä tapauksessa vaihtoehdot eivät ole lainkaan sallittuja direktiivin 19 artiklan ensimmäisen kohdan nojalla. Jälkimmäisessä tapauksessa hankintaviranomaisten on direktiivin 30 artiklan 2 kohdan nojalla vahvistettava tarjousten arvioinnin perusteet joko sopimusta koskevissa ilmoituksissa tai sopimusasiakirjoissa.

20. Tästä vastakkainasettelusta käy ilmi, että erilaisia ominaisuuksia, silloin kun niitä saa sisältyä tarjouksiin, on tutkittava hankintaviranomaisen vahvistamien sopimuksen tekemistä koskevien perusteiden mukaisesti. Ellei hankintaviranomainen kuitenkaan ole vahvistanut sopimuksen tekemistä koskevia perusteita, on Bundesvergabeamtin mukaan ilmeistä, ettei vaihtoehtoja voida arvioida eikä niitä siten voida myöskään hyväksyä. Bundesvergabeamt katsoo, että Itävallan hankintaviranomaisten soveltama käytäntö on tältä osin direktiivin systematiikan vastainen.

21. Tällainen käytäntö on Bundesvergabeamtin mukaan myös avoimuuden periaatteen vastainen. Jos hankintaviranomainen tutkii vaihtoehtoja sellaisten vastaavaa suoritusta koskevien perusteiden nojalla, joita ei ole etukäteen ilmoitettu sopimusten tekemistä koskevina tosiasiallisina arviointiperusteina, arviointi tehdään sellaisten perusteiden mukaisesti, joita ei ole ennalta ilmoitettu. Tämä on Bundesvergabeamtin mukaan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön [5] vastaista, ja näin tarjoajilta evätään mahdollisuus harkita etukäteen ilmoitettujen perusteiden mukaisesti, kannattaako tämän tavoitella suunnitteilla olevaa urakkaa tai laatia vaihtoehtoa. [6] Käytännössä käsitteen "vastaavuus", jota ei ole määritelty ja jonka tosiasiallinen merkitys selviää vasta jälkikäteen hankintaviranomaisen tutkiessa vaihtoehtoisia tarjouksia, käyttö lisää oikeudellista epävarmuutta ja aiheuttaa laajoja oikeusriitoja. Hankintaviranomainen joutuu kiistoihin joko sellaisten tarjoajien kanssa, jotka ovat esittäneet vaihtoehdon, jonka hankintaviranomainen ei kuitenkaan katso vastaavan tarjouspyynnössä asetettuja vaatimuksia, tai sellaisten tarjoajien kanssa, jotka eivät ole esittäneet vaihtoehtoista tarjousta ja jotka epäilevät, vastaavatko vaihtoehdot siinä määrin tarjouspyynnön kuvausta, että hankintaviranomainen voi

5 — Bundesvergabeamt viittaa asiassa 31/87, Beentjes, 20.9.1988 annettuun tuomioon (Kok. 1988, s. 4635, 35 kohta ja sitä seuraava kohta) ja asiassa C-87/94, komissio v. Belgia, 25.4.1996 annettuun tuomioon (Kok. 1996, s. I-2043, 57 kohta ja sitä seuraava kohta).

6 — Bundesvergabeamt viittaa edellä alaviitteessä 5 mainitussa asiassa Beentjes annettuun tuomioon, 21 kohta ja sitä seuraava kohta sekä asiassa C-225/98, komissio v. Ranska, 26.9.2000 annettuun tuomioon (Kok. 2000 s. I-7445, 34 kohta ja sitä seuraava kohta).

ottaa ne arvioitavaksi. Tarjoajat voivat ennakolta ainoastaan arvailla, mitä hankintaviranomaiset pitävät vastaavana tarjouksena. Tämä lisää sekä niiden tarjoajien epävarmuutta, jotka lähes laskelmoivasti laativat vaihtoehtoja, että niiden tarjoajien epävarmuutta, jotka eivät jätä vaihtoehtoja mutta joiden on kuitenkin otettava huomioon, että vaihtoehto, jonka hankintaviranomainen on katsonut vastaavan tarjouspyynnön kuvausta, saattaa syrjäyttää niiden jättämän tarjouksen.

22. Tällainen menettely johtaa Bundesvergabeamtin mukaan lopulta siihen, että pelkästään hintaan ja taloudellisesti edullisimpaan tarjoukseen perustuvien sopimuksen tekemistä koskevien perusteiden väliin syntyy kolmas "sekajärjestelmä", joka ei ole sallittu. Tämä olisi vastoin yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä.[7] Bundesvergabeamtin mukaan myöskään sellaista perustetta ei voida käyttää, jota sovelletaan pelkästään kansalliseen lainsäädäntöön tehtävän viittauksen perusteella.[8]

23. Bundesvergabeamt haluaa selvittää ennakkoratkaisukysymyksillä 4 ja 5, miten hankintaviranomaisen on meneteltävä, jos hankintamenettelyn aikana ilmenee, että Itävallan julkisia hankintoja koskeva käytäntö on lainvastainen. Yksi mahdollisuus olisi jättää urakkaa koskeva sopimus tekemättä ja järjestää uusi tarjouskilpailu. Tätä puoltaisi Bundesvergabeamtin mukaan se, että hankintamenettelyssä on alun alkaen sovellettu lainvastaisiksi osoittautuneita vaatimuksia, eikä niitä pitäisi näin ollen enää soveltaa. Toisaalta hankintamenettelyä olisi Bundesvergabeamtin mukaan mahdollista myös jatkaa. Tällöin hankintamenettely kuitenkin saatettaisiin päätökseen soveltamalla sellaisia rajoituksia, joita ei ole etukäteen ilmoitettu tarjoajille. Tarjoajat ovat esittäneet vaihtoehtoja olettaen, että niiden esittäminen on sallittua ja että hankintaviranomainen tutkii tarjoukset niiden tarkemmin määrittelemättömän vastaavuuden perusteella. Vaikka hankintamenettelyssä ei sovellettaisikaan vastaavuusperustetta, minkä soveltaminen olisi kansallisen lainsäädännön nojalla sallittua, tarjouksen jättämistä koskevia olennaisia edellytyksiä muutettaisiin silti jälkikäteen. Tällaisen tarjouksen perustana olevista edellytyksistä poikkeamisen voidaan Bundesvorgabeamtin mukaan katsoa rikkovan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.[9]

24. Bundesvergabeamt toteaa, että urakkaa koskevan sopimuksen tekemättä jättäminen ja uuden tarjouskilpailun järjestäminen saattavat näin ollen olla ainoa lainmukainen menettelytapa. Tässä tapauksessa hankintaviranomaisen tosiasiallisesti tekemä päätös hylätä tarjouksentekijän vaihtoehtoinen tarjous vastaavuuden puutteen vuoksi olisi joka tapauksessa lainvastainen. Toisaalta sitä, että urakkaa koskeva sopimus jätettäisiin kokonaan tekemättä eli että uusi tarjouskilpailu olisi ehdottomasti

7 — Bundesvergabeamt viittaa asiassa 274/83, komissio v. Italia, 28.3.1985 annettuun tuomioon (Kok. 1985, s. 1077, 24 kohta ja sitä seuraava kohta) ja asiassa C-272/91, komissio v. Italia, 26.4.1994 annettuun tuomioon (Kok. 1994, s. I-1409).

8 — Bundesvergabeamt viittaa edellä alaviitteessä 5 mainitussa asiassa Beentjes annettuun tuomioon, 35 kohta ja sitä seuraava kohta.

9 — Bundesvergabeamt viittaa soveltuvin osin asiassa C-243/89, komissio v. Tanska, 22.6.1993 annettuun tuomioon (Kok. 1993, s. I-3353, Kok. Ep. XIV, s. I-263).

järjestettävä, voitaisiin pitää liian pitkälle menevänä seurauksena yhteisön oikeuden yksittäisen säännöksen rikkomisesta, etenkin kun asiaa koskevat yhteisön oikeuden vaatimukset voitaisiin ottaa huomioon pelkästään siten, ettei tarkemmin määrittelemätöntä "vastaavuuden" perustetta lainvastaisesti sovellettaisi.

25. Mikäli menettely olisi sen sijaan vietävä päätökseen, on Bundesvergabeamtin mielestä epäselvää, millaisin perustein sopimus olisi tehtävä. Kansallisen tuomioistuimen mukaan kyseeseen tulee kaksi mahdollisuutta. Ensimmäisenä vaihtoehtona hankintaviranomainen hylkää vaihtoehdon ja antaa urakan joko alimman hinnan tai taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella ja soveltaa tässä yhteydessä ainoastaan itse vahvistamiaan perusteita. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että tämä vaihtoehto on direktiivin tavoitteiden mukainen, koska direktiivin 30 artiklan systematiikan perusteella sellaisia eri ominaisuuksiin perustuvia tarjouksia, joiden jättäminen on sallittua, on arvioitava sopimuksen tekemistä koskevien perusteiden mukaisesti. Mikäli ominaisuudet eroavat siinä määrin tarjouspyynnöstä, ettei niitä voida arvioida näiden perusteiden mukaisesti, tarjousta ei voida kansallisen tuomioistuimen mukaan vertailla kilpailevien tarjousten kanssa. Jos tarjousta ei voida verrata muihin tarjouksiin, se on yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaisesti hylättävä.

26. Toinen mahdollisuus on velvoittaa hankintaviranomainen hyväksymään vaihtoehto ja jättämään vaihtoehdon erilaiset ominaisuudet huomioimatta. Tämä ei kuitenkaan olisi kansallisen tuomioistuimen mukaan kovin tarkoituksenmukaista, koska hankintaviranomaisen olisi tällöin hyväksyttävä tarjous, joka ei vastaa sen itsensä vahvistamia laadullisia vaatimuksia, eikä hankintaviranomaisella olisi mahdollisuutta arvioida tällaisen tarjouksen erilaisia ominaisuuksia minkään perusteiden mukaisesti. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että tällainen mahdollisuus olisi vastoin direktiivin tavoitetta, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin on sen muotoillut, [10] koska hankintaviranomainen ei tällöin pystyisi vertaamaan tarjouksia keskenään ja valitsemaan puolueettomin perustein hankintaviranomaisen kannalta edullisinta tarjousta.

V Asianosaisten lausumat ja asian arviointi

A *Tutkittavaksi ottaminen*

27. Komissio katsoo kirjallisessa lausunnossaan, ettei ennakkoratkaisupyyntöä pidä ottaa tutkittavaksi. Se viittaa asiassa C-314/01 esittämiinsä toteamuksiin, joissa se kiisti Bundesvergabeamtin aseman EY 234 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena, koska tämän tekemät päätökset eivät ole sitovia. Suullisessa käsittelyssä komissio kuitenkin perui tämän väitteensä

10 — Bundesvergabeamt viittaa asiassa C-27/98, Metalmeccanica, 16.9.1999 annettuun tuomioon (Kok. 1999, s. I-5697, 31 kohta).

ottaen huomioon tällä välin julkaistun asiassa Swoboda [11] annetun tuomion. Ennakkoratkaisupyyntö otetaan tutkittavaksi.

B *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

1. Asianosaisten lausumat

28. Traunfellner, ASFINAG, Itävallan hallitus ja Ranskan hallitus katsovat, että asfalttipäällystettä koskeva tarjous on betonipäällystettä koskevaan tarjouspyyntöön verrattuna direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitettu vaihtoehto.

29. Traunfellner katsoo, että kyseessä on vaihtoehto, jos tarjouksessa ehdotetaan tarjouspyynnöstä poiketen sellaista uutta toteutustapaa taikka toisenlaista rakennetta, materiaalia tai mahdollisuutta, jolla taataan suorituksen käytännöllisempi tai edullisempi toteuttaminen. Traunfellner pitää asfalttia betonin teknisenä vaihtoehtona. Näin ollen on selvitettävä tarjouksen tekninen vastaavuus, siltojen kantavuus, rakenteen tasaisuus ja pinnan karheus.

30. ASFINAG esittää yleisluonteisia toteamuksia ja katsoo, että kyseessä on vaihtoehto, jos tarjouksessa korvataan osa tarjouspyynnön mukaisista suorituksista muilla suorituksilla.

31. Itävallan hallitus viittaa säädöksen syntyhistoriaan. Komissio vahvisti ehdotuksessaan rakennusurakoita koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin muuttamiseksi, [12] että ainoastaan rakennussuunnitelman tai työmateriaalin muuttamista voidaan ehdottaa.

32. Ranskan hallitus katsoo, että vaihtoehtoisen tarjouksen käsitettä on tulkittava laajasti. Oikeudenkäyntimenettelyn perustana olevassa tarjouspyynnössä ei asetettu betonia pakolliseksi tekniseen eritelmään sisältyväksi tekijäksi. Ranskan hallituksen mukaan asfalttia koskevaa tarjouspyyntöä on näin ollen pidettävä vaihtoehtona.

33. Komissio katsoo, että ennakkoratkaisukysymys koskee tosiseikkoja, minkä vuoksi sitä ei lähtökohtaisesti pitäisi ottaa tutkittavaksi. Siihen olisi vastattava ainoastaan, jos kysymys muotoillaan uudelleen. Komission mukaan kysymys

11 — Asia C-411/00, Felix Swoboda, tuomio 14.11.2002 (Kok. 2002, s. I-10567, 27 kohta ja sitä seuraava kohta). Ks. vastaavasti julkisasiamies Mischon asiassa C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner ym., 25.2.2003 esittämä ratkaisuehdotus (Tuomio 19.6.2003, Kok. 2003, s. I-6413, I-6415, 20—23 kohta). Ks. myös julkisasiamies Geelhoedin asiassa C-315/01, GAT, 10.10.2002 esittämä ratkaisuehdotus (Tuomio 19.6.2003, Kok. 2003, s. I-6351, I-6354, 22 kohta ja sitä seuraava kohta).

12 — KOM(86) 679 lopullinen, 23.12.1986.

olisi muotoiltava siten, että siinä tiedusteltaisiin edellytyksiä ja niiden ohella sitä, voidaanko vaihtoehtoista tarjousta pitää vaihtoehtona. Näin muotoiltuun kysymykseen olisi komission mukaan vastattava, että menettelyn on oltava sellainen, jossa urakasta tehdään sopimus taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteen mukaisesti, jossa arvioidaan myös vaihtoehtoja ja jossa ehdotusten on täytettävä vahvistetut vähimmäisvaatimukset.

2. Asian arviointi

34. Bundesvergabeamt tiedustelee ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessään, onko tarjous käyttää urakassa asfalttipäällystettä vaihtoehto, kun otetaan huomioon, että tarjouspyynnössä edellytetään betonipäällysteen käyttämistä.

35. Tämä kysymys koskee sitä, voidaanko pääasiassa esillä olevan tarjouksen katsoa kuuluvan direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitetun yhteisön oikeuden käsitteen "vaihtoehto" soveltamisalaan. EY 234 artiklassa vahvistetun tehtävien jaon perusteella on kansallisen tuomioistuimen asia soveltaa kussakin yksittäisessä tapauksessa yhteisön oikeussääntöjä. Tällainen soveltaminen ei ole mahdollista ilman asiaan liittyvien tosiseikkojen kokonaisarviointia. [13] Ensimmäistä ennakkoratkaisukysymystä ei näin ollen voida nykyisessä muodossaan ottaa tutkittavaksi.

36. Yhteisöjen tuomioistuin voi kuitenkin esittää kansalliselle tuomioistuimelle sellaisia seikkoja, joiden avulla kansallinen tuomioistuin voi vastata esitettyyn kysymykseen. [14] Toissijaisesti ja siinä tapauksessa, että yhteisöjen tuomioistuin päättää muuttaa ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen muotoilua, on syytä todeta seuraavaa.

37. Kun otetaan huomioon, että Itävallan Verfassungsgerichtshof kumosi 21.4.1998 Bundesvergabeamtin tässä asiassa tekemän ensimmäisen päätöksen, ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys on ymmärrettävä siten, että sillä pyritään selvittämään, mitkä ovat direktiivin 19 artiklassa tarkoitetun vaihtoehdon rajat, milloin kyse on vaihtoehdosta ja milloin ehdotettu suoritus poikkeaa siinä määrin tarjouspyynnöstä, ettei vaihtoehtoa voida hyväksyä.

38. Näin muotoiltuna ensimmäisestä ennakkoratkaisukysymyksestä tulee oikeudellinen kysymys, johon yhteisöjen tuomioistuin voi lähtökohtaisesti vastata. On kuitenkin otettava huomioon, että Bundesvergabeamtin menettelyssä on kyse urakan antamista koskevasta vaiheesta eikä vaihtoehtojen hyväksyttävyyden tutkimisesta. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan hankintaviranomainen ei katsonut, ettei vaihtoehtoa olisi pitänyt ottaa arvioita-

13 — Asia C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, tuomio 8.2.1990 (Kok. 1990, s. I-285, Kok. Ep. X, s. 311, 11 kohta) ja asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121, 31 kohta).

14 — Asia C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, tuomio 4.5.1993 (Kok. 1993, s. I-2239, Kok. Ep. XIV, s. I-191, 8 kohta) ja edellä alaviitteessä 13 mainitussa asiassa Teckal annettu tuomio, 33 kohta.

vaksi, vaan se katsoi, ettei vaihtoehto vastannut tarjouspyyntöä. Suppeasti tulkittuna ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen ei näin ollen tarvitse vastata pääasian oikeudenkäynnissä, sillä sitä voitaisiin pitää hypoteettisena kysymyksenä, jota ei voida yhteisön vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ottaa tutkittavaksi.[15] Sama pätee toiseen ennakkoratkaisukysymykseen.

39. Kaksi ensimmäistä ennakkoratkaisukysymystä ovat merkityksellisiä ainoastaan, jos yhdytään Bundesvergabeamtin toteamukseen siitä, että hankintaviranomaisen päätöstä vastaan nostettu kumoamiskanne ei täyttänyt tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä, koska hankintamenettelyssä toimittiin virheellisesti jo sen varhaisessa vaiheessa (nyt esillä olevassa asiassa siinä, ettei tarjouspyynnössä asetettu vähimmäisvaatimuksia, ja arvioitaessa vaihtoehtojen hyväksyttävyyttä), mutta näihin virheisiin ei kuitenkaan ole vedottu (muutosta haettiin vasta urakan antamista koskevassa vaiheessa). Asiassa C-315/01, GAT (GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH), on tarkasteltu sitä, missä määrin tämä oikeudellinen tulkinta on yhteensopiva yhteisön oikeuden ja erityisesti 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[16] kanssa. Julkisasiamies Geelhoed on katsonut 10.10.2002 esittämässään ratkaisuehdotuksessa, että tällainen menettely on direktiivin 89/665/ETY vastainen.[17] Kyseisessä asiassa ei ole vielä annettu tuomiota. Kysymys on näin ollen jätettävä tarkastelematta, koska asiaa ei ole vielä käsitelty oikeudenkäyntimenettelyssä.

40. Toissijaisesti on näin ollen todettava, että direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan vaihtoehtoja ei voida hyväksyä, jos ne eivät täytä hankintaviranomaisen asettamia vähimmäisvaatimuksia. Se, onko kyseessä vaihtoehto, riippuu siis niistä hankintaviranomaisen tapauskohtaisesti asettamista vähimmäisvaatimuksista, jotka on ilmoitettava tarjouspyynnössä.

41. Asianosaisten ensimmäisestä ennakkoratkaisukysymyksestä esittämät toteamukset vahvistavat päätelmän siitä, että asiaa on tarkasteltava tapauskohtaisesti. Komissio korostaa ennen kaikkea menettelyyn liittyviä oikeudellisia näkökohtia, kuten sopimuksen tekemistä taloudellisesti edullisinta tarjousta koskevan perusteen mukaisesti ja sitä, ettei vaihtoehtoja jätetty huomioimatta. Lisäksi myös komissio tuo esiin asetettujen vähimmäisvaatimusten noudattamisen. Muut asianosaiset mainitsevat muita yksittäisiä seikkoja tarjouspyynnön kohteena olevasta suorituksesta,

15 — Asia C-379/98, PreussenElektra, tuomio 13.3.2001 (Kok. 2001, s. I-2099, 39 kohta) ja asia C-390/99, Canal Satélite Digital, tuomio 22.1.2002 (Kok. 2002, s. I-607, 19 kohta).

16 — EYVL L 395, s. 33.

17 — Edellä alaviitteessä 11 mainittu asiassa C-315/00, GAT, esitetty ratkaisuehdotus, 45 kohta ja sitä seuraava kohta.

kuten uudet (rakentamisen) toteutustavat ja uudet materiaalit.

42. Direktiivin 19 artikla perustuu komission aloitteeseen. Komission ehdotuksessa direktiivin 71/305/ETY muuttamiseksi todettiin, että vaihtoehdoissa voi olla kyse rakennussuunnitelman olennaisesta muuttamisesta, ennalta määrätyn rakennusmateriaalin vaihtamisesta tai työmenetelmien tai ennalta määrätyn työtekniikan muuttamisesta.[18] Yrityksillä on oltava mahdollisuus ehdottaa uuteen tekniikkaan perustuvia ratkaisuja.[19] Komissio laajensi myöhemmin lainsäädäntömenettelyssä tätä ehdotustaan siten, että vaihtoehtojen on vastattava ainoastaan hankintaviranomaisen asettamia vähimmäisvaatimuksia.[20] Komission ehdotuksen perusteella laadittiin julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta 18 päivänä heinäkuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/440/ETY[21] 20 a artikla, jonka sanamuoto on sama kuin direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan sanamuoto. Säädöksen syntyhistoriasta käy ilmi, että vaihtoehdon kohteena voi lähtökohtaisesti olla mikä tahansa tarjouspyynnön osa. Myös säännöksen nykyisellä versiolla pyritään edistämään rakennusalan teknistä kehitystä. Säännös on tarkoituksellisesti muotoiltu väljästi, ja se antaa hankintaviranomaiselle mahdollisuuden harkita, hyväksyykö se vaihtoehtoisia tarjouksia ja minkä tyyppiset vaihtoehtoiset tarjoukset se ottaa arvioinnissa huomioon.[22] Direktiivin 19 artiklan ainoa vaatimus koskee tarjouksen hyväksyttävyyttä, ja sen mukaan vaihtoehtoon sisältyvän suorituksen on vastattava tarjouspyynnössä kuvattua suoritusta. Vastaavuutta on tutkittava hankintaviranomaisen asettamien vähimmäisvaatimusten perusteella.

43. Edellä esitetyn perusteella on selvää, että ainoastaan hankintaviranomainen voi ratkaista, onko kyseessä vaihtoehto vai tarjous, jota ei voida hyväksyä. Tuomioistuinvalvonnan yhteydessä voidaan ainoastaan varmistaa, että direktiivissä 93/37/ETY vahvistettuja menettelyyn liittyviä oikeudellisia vaatimuksia ja hankintaviranomaisen asettamia vähimmäisvaatimuksia on noudatettu ja ettei hankintaviranomainen ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja tutkiessaan tarjouksia eli ettei tämä ole esimerkiksi esittänyt asiaankuulumattomia arvioita vastaavuutta tutkiessaan. Tarjouksen sisällön arviointi ja sen toteaminen, vastaako tarjottu suoritus tarjouspyyntöä, on hankintaviranomaisen tehtävä, sillä ainoastaan tämä pystyy erityistuntemuksensa perusteella arvioimaan, vastaako tarjous tarjouspyynnössä kuvattua suoritusta.

18 — Edellä alaviitteessä 12 mainittu asiakirja KOM(86) 679 lopullinen, s. 43, uuden 20 a artiklan 2 kohta.

19 — Edellä alaviitteessä 12 mainittu asiakirja KOM(86) 679 lopullinen, s. 12.

20 — KOM(88) 354 lopullinen, 21.6.1988, s. 13 ja 22, 20 a artikla.

21 — EYVL L 210, s.1.

22 — Ks. Guide to the Community rules on public works contracts (komission laatima opas julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekemisessä noudatettavista yhteisön säännöistä), s. 53, 6.4.1 kohta, saatavilla komission sisämarkkina-asioiden pääosaston Internet-sivulta www.europa.eu.int/comm/internal_market.

44. Vastaukseksi ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on näin ollen toissijaisesti ehdotettava, että kyseessä on direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitettu vaihtoehto, kun siitä päätetään avoimessa hankintamenettelyssä taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteen mukaisesti, kun vaihtoehtojen esittämistä ei ole kielletty, kun ehdotuksella korvataan jokin tarjouspyynnön kohteena olevan suorituksen osa ja kun ehdotus täyttää vähimmäisvaatimukset.

C *Toinen ja kolmas ennakkoratkaisukysymys*

45. ASFINAG, Itävallan hallitus ja Ranskan hallitus tarkastelevat toista ja kolmatta ennakkoratkaisukysymystä yhdessä. Molemmat kysymykset koskevat pääasiassa velvollisuutta julkaista hankintaviranomaisen soveltamat arviointiperusteet. Siinä mielessä voidaan katsoa, että kysymyksiä on tarkasteltava yhdessä.

1. Asianosaisten lausumat

46. Traunfellner katsoo, että — jollei tarjouspyynnössä aseteta vähimmäisvaatimuksia — BVergG:n 42 §:n 4 momentissa vahvistettua vastaavuuden vaatimusta on pidettävä direktiivin 19 artiklassa tarkoitettuna vähimmäisvaatimuksena. Tarjouspyynnössä ilmoitettu ja siten kaikkien tarjoajien tuntema päämäärä, johon suorituksella on tarkoitus päästä, muodostaa keskeisen lähtökohdan vastaavuuden tutkimiselle.

47. Traunfellnerin mukaan vaihtoehtoja on arvioitava myös silloin, kun tarjouskilpailussa ei ole mainittu mitään arviointiperusteita. Tällaisissa tapauksissa hankintaviranomaisen on ainoastaan varmistettava laadullisesti vastaava suoritus.

48. ASFINAG ja Itävallan hallitus korostavat, että vähimmäisvaatimuksia on vaikea asettaa käytännössä. ASFINAG toteaa, että erityisesti rakennusurakat jakaantuvat lukuisiin osiin. Hankintaviranomainen ei voi etukäteen tietää, mistä tarjouspyynnön osista tehdään vaihtoehtoisia tarjouksia. ASFINAG:n mukaan ei ole myöskään tarpeen asettaa tosiasiallisia arviointiperusteita kaikkia rakennusurakan osia varten, koska suorituksen vastaavuutta koskeva yleinen peruste riittää. Avoimuuden periaatetta ei näin ollen loukata, mikäli varmistetaan, että kaikkia tarjouksia arvioidaan samoin sopimuksen tekemistä koskevin perustein. Direktiivin 30 artikla ei estä asettamasta vaihtoehdon hyväksymisen edellytykseksi sitä, että kyseisessä tarjouksessa varmistetaan laadullisesti vastaava suoritus.

49. Itävallan hallitus toteaa, että sen mielestä kansallinen tuomioistuin sekoittaa direktiivin 19 artiklan mukaiset vähimmäisvaatimukset ja direktiivin 30 artiklan mukaiset vähimmäisvaatimukset keskenään. Ensin mainitut koskevat vaihtoehtojen hyväksyttävyyttä, jälkimmäiset arvioitaviksi otettujen tarjousten arviointia. Komissio yhtyy tähän näkemykseen.

50. Itävallan hallitus katsoo, että vähimmäisvaatimukset on vahvistettava siitä riippumatta, hyväksytäänkö vaihtoehdot. Vähimmäisvaatimukset on mainittava; hankintaviranomaisen on toisin sanoen ilmaistava selkeästi, mitkä vaatimukset on ehdottomasti täytettävä ja minkä vaatimusten perusteella se arvioi tarjousten vastaavuutta.

51. Itävallan hallitus katsoo lisäksi, että mikäli vähimmäisvaatimukset on asetettu, tarjouspyynnössä voidaan viitata julkisesti saatavilla oleviin yleisiin normeihin. Itävallan hallituksen mukaan BVergG:n 35 §:n 2 momentissa nimenomaisesti vaaditaan, että tarjouspyynnössä on ilmoitettava, että sen yhteydessä voidaan soveltaa BVergG:tä. Tarjouspyynnöstä kiinnostuneet tarjoajat voivat perehtyä näihin normeihin. Viittaus sovellettaviin säännöksiin pienentää julkaistavien tarjouspyyntöjen tekstien laajuutta. Itävallan hallitus toteaa, että direktiivin 23 artiklan nojalla voidaan myös nimetä viranomainen, jolta saa tietoa tarjoukseen sovellettavista työlainsäädännön vaatimuksista. Itävallan hallitus katsoo näin ollen, että viittaus julkiseen, yleiseen säännökseen vastaa vähimmäisvaatimusten asettamista.

52. Ranskan hallitus ja komissio sen sijaan katsovat, että viittaus asiaan sovellettaviin säännöksiin ei yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan täytä avoimuuden vaatimuksia.[23]

53. Ranskan hallitus katsoo, että menettely pääasiassa on johtanut siihen, että muualle kuin Itävaltaan sijoittautuneita tarjoajia syrjitään. Lisäksi ne tarjoajat asetetaan muita huonompaan asemaan, jotka haluaisivat esittää vaihtoehdon mutta eivät tiedä, millä perustein tällaisia tarjouksia arvioidaan.

54. Komissio toteaa lisäksi, että viittaus suorituksen vastaavuuteen ei riitä, jos tarjouspyynnössä edellytetään tiettyjen materiaalien käyttöä. Tarjouspyynnössä olisi päällysteen mahdollisia vaurioita silmällä pitäen lisäksi vahvistettava pitkäikäisyyttä ja kestävyyttä koskevat perusteet.

23 — Ranskan hallitus ja komissio viittaavat edellä alaviitteessä 5 mainitussa asiassa Beentjes annettuun tuomioon ja edellä alaviitteessä 6 mainitussa asiassa komissio vastaan Ranska annettuun tuomioon.

55. Komission mukaan vaihtoehtoja ei pidä hyväksyä, jos vähimmäisvaatimuksia ei ole asetettu. Tällaisessa tapauksessa tarjouspyyntö on yhteisön oikeuden vastainen, koska siinä ei kielletä vaihtoehtojen esittämistä eikä aseteta sovellettavia vähimmäisvaatimuksia. Hankintamenettely on keskeytettävä tällaisissa tapauksissa.

2. Asian arviointi

56. Toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä tiedustellaan, voidaanko tarjouspyynnön viittausta BVergG:n 42 §:ään pitää direktiivin 19 artiklassa tarkoitettujen vähimmäisvaatimusten asettamisena, kun tarjouspyynnössä ei mainita, millä perustein suoritusten vastaavuutta tutkitaan. Tämä kysymys on kaksitahoinen: Ensinnäkin siinä tiedustellaan, täyttääkö viittaus kansalliseen säädökseen avoimuutta koskevan vaatimuksen. Toiseksi siinä tiedustellaan, voidaanko BVergG:n 42 §:n 4 momentin järjestelmää pitää direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitettuna vähimmäisvaatimuksena.

57. Kolmannessa ennakkoratkaisukysymyksessä tiedustellaan, estääkö direktiivin 30 artikla sellaisen kansallisen lainsäädännön soveltamisen, jossa vaihtoehtojen hyväksymisen perusteena on tarjottujen suoritusten vastaavuus, kun tätä perustetta ei ole mainittu tarjouspyynnössä vaan pelkästään säädöksessä, johon tarjouspyynnössä viitataan. Myös tässä on ongelmallista menettelytavan yhteensopivuus avoimuuden vaatimuksen kanssa. Kolmas ja toinen ennakkoratkaisukysymys ovat tältä osin päällekkäisiä. Ensin on tarkasteltava avoimuuden vaatimukseen liittyviä näkökohtia.

58. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut asiassa Beentjes ja asiassa komissio vastaan Ranska antamissaan tuomioissa, että kun hankintaviranomaiset käyttävät sopimuksen tekemisen perusteena useita eri perusteita sopimuksen tekemiseksi taloudellisesti edullisimman tarjouksen nojalla, niiden on ilmoitettava nämä perusteet joko sopimusta koskevassa ilmoituksessa tai sopimusasiakirjoissa. Tämän vuoksi yleinen viittaus kansallisen lainsäädännön säännökseen ei täytä tätä julkistamista koskevaa edellytystä.[24]

59. Nämä direktiivin 93/37/ETY 30 artiklaa koskevat tuomiot perustuvat avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen. Molemmat periaatteet ovat keskeisiä julkisissa hankintamenettelyissä sekä myös direktiivin 93/37/ETY perustana, kuten direktiivin 10. ja 11. perustelukappaleesta käy ilmi. Molemmat periaatteet on näin ollen otettava huomioon direktiivin 19 artiklan tulkinnassa. Tämän vuoksi yleinen viittaus kansalliseen säädökseen ei ole riittävä myöskään vähimmäisvaatimusten asettamiseksi.

24 — Edellä alaviitteessä 5 mainitussa asiassa Beentjes annettu tuomio, 35 kohta ja edellä alaviitteessä 6 mainitussa asiassa komissio vastaan Ranska annettu tuomio, 73 kohta

60. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että toiseen ja kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan seuraavasti: Viittaus kansalliseen säädökseen ei ole riittävä direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitettujen vähimmäisvaatimusten asettamiseksi eikä saman direktiivin 30 artiklassa tarkoitettujen sopimuksen tekemisen perusteiden vahvistamiseksi.

61. Tämän vuoksi ei suppeasti tulkittuna ole enää tarpeen vastata toisen ennakkoratkaisukysymyksen jälkimmäiseen osaan eli siihen, missä määrin voidaan katsoa, että kyseiset vähimmäisvaatimukset asetetaan BVergG:n 42 §:n 4 momentissa. Tähän kysymyksen osaan on otettava kantaa ainoastaan toissijaisesti siinä tapauksessa, että yhteisöjen tuomioistuin päätyy erilaiseen tulkintaan julkistamista koskevasta edellytyksestä.

62. Direktiivissä ei määritellä sen 19 artiklassa tarkoitettua käsitettä "vähimmäisvaatimukset". Kuten jo ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen yhteydessä todettiin, hankintaviranomaisella on vähimmäisvaatimuksia asettaessaan harkintavaltaa. Nämä vaatimukset koskevat tarjouspyynnön kohteena olevan suorituksen ominaisuuksia tai lopputulosta, jotka on varmistettava tarjotun suorituksen avulla.

63. Kuten jo ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen yhteydessä todettiin, hankintaviranomaisella on lähtökohtaisesti vapaus harkita itse, hyväksyykö se vaihtoehtoja. Jos vaihtoehdot eivät ole sallittuja, hankintaviranomaisen on direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan toisen kohdan toisen virkkeen mukaisesti ilmoitettava siitä nimenomaisesti sopimusta koskevassa ilmoituksessa. Jos vaihtoehdot ovat sallittuja, tarjouspyyntöön ei tarvitse sisältyä vastaavaa mainintaa.[25]

64. Kuten direktiivin 19 artiklan toisen kohdan ensimmäisestä virkkeestä käy ilmi, siinä tapauksessa, että vaihtoehdot ovat sallittuja, hankintaviranomaisen on kuitenkin mainittava sopimusta koskevassa ilmoituksessa ne vähimmäisvaatimukset, jotka tarjousten on täytettävä.[26] Tämä velvollisuus seuraa verbin sanamuodosta "on mainittava — — vähimmäisvaatimukset". Jos hankintaviranomainen voisi vapaasti harkita, asettaako se vähimmäisvaatimuksia vai ei, olisi todennäköisesti käytetty sanamuotoa "voi mainita — — vähimmäisvaatimukset".

65. Tämän sanamuodon perusteella tehty tulkinta vastaa myös säädöksen tarkoitusta. Jos vaihtoehdot ovat sallittuja, tarjoajien on tiedettävä, millä perustein hankintaviranomainen arvioi heidän ehdotuksiaan. Arvioinnissa sovelletaan vähimmäisvaatimuksia, joissa hankintaviranomainen tuo esiin tarjouspyynnön kohteena olevaa

25 — Ks. edellä alaviitteessä 22 mainittu julkisia hankintoja koskeva opas, s. 53, 6.4.1 kohta.

26 — Ks. edellä alaviitteessä 22 mainittu julkisia hankintoja koskeva opas, s. 53, 6.4.1 kohta.

suoritusta koskevat odotuksensa. Ainoastaan silloin, kun vaihtoehdot täyttävät nämä etukäteen asetetut — yhdenvertaisen kohtelun periaate — ja tarjouspyynnössä ilmoitetut — avoimuuden periaate — vaatimukset, ovat vaihtoehtoina esitetyt tarjoukset sallittuja.[27] Tarjouspyyntö, jossa ei nimenomaisesti kielletä jättämästä vaihtoehtoja eikä myöskään aseteta mitään vähimmäisvaatimuksia, ei näin ollen vastaa direktiivin 93/37/ETY vaatimuksia.

66. Näin ollen on hylättävä väite, jonka mukaan käytännössä olisi mahdotonta antaa etukäteen kaikkia arvioinnissa sovellettavia perusteita, koska ei voida tietää, mitä tarjouspyynnön osia vaihtoehdot koskevat. Hankintaviranomaisen pitäisi kyetä ilmaisemaan odotuksensa tarjouspyynnön kohteena olevasta suorituksesta ja mainita ne tarjouspyynnön kuvauksen alakohdissa. Tällaisia mainittavia asioita voivat olla esimerkiksi siltojen kantavuus sekä tien kuormitettavuus ja päällysteen kesto. Rakennusurakkaa koskevassa tarjouspyynnössä olisi erityisesti ilmoitettava hankintaviranomaisen toivoma lopputulos. Sitä, varmistetaanko tarjouksella toivottu lopputulos, on sekä tarjouspyynnön mukaisten tarjousten että vaihtoehtojen kohdalla arvioitava objektiivisin perustein, jotka on ilmoitettava tarjoajille tarjouspyynnössä. Tässä yhteydessä ei ole merkitystä sillä, koskevatko nämä perusteet tarjousten arvioitavaksi ottamista direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan mukaisesti vai sopimuksen tekemistä direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan mukaisesti. Tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuuden periaatetta sovelletaan molempien säännösten yhteydessä.

67. BVergG:n 42 §:n 4 momentissa edellytetään, että vaihtoehdossa kuvatun suorituksen on vastattava tarjouspyynnössä kuvattua suoritusta. Tämä peruste ei koske tarjouspyynnön kohteena olevan suorituksen ominaisuuksia tai lopputulosta. Se koskee pikemminkin tarjottavan suorituksen ja tarjouspyynnössä kuvatun suorituksen vertailemista keskenään.

68. Vastaavuuden peruste mainitaan myös direktiivin 93/37/ETY 19 artiklan ensimmäisen kohdan lopussa, jossa todetaan, että vaihtoehdot voidaan ottaa huomioon, "jos ne täyttävät hankintaviranomaisten asettamat vähimmäisvaatimukset". Komission vuonna 1986 laatiman ehdotuksen mukaan "vaihtoehdot on otettava huomioon, jos ne vastaavat laadultaan vähintään niitä vaatimuksia, jotka on etukäteen asetettu."[28] Tämä sanamuoto, joka muutettiin nykyiseen muotoonsa jo direktiivin 89/440/ETY hyväksyntämenettelyssä, vastaa pääosin BVergG:n 42 §:n 4 momentin sanamuotoa. Kyseisessä momentissa todetaan, että vaihtoehto on sallittu vain, "jos siinä turvataan laadullisesti vastaava suoritus".

27 — Edellä alaviitteessä 9 mainitussa asiassa komissio vastaan Tanska annettu tuomio, 37—40 kohta ja asia C-19/00, SIAC, tuomio 18.10.2001 (Kok. 2001, s. I-7725, 40 kohta ja sitä seuraava kohta).

28 — Edellä alaviitteessä 12 mainittu asiakirja KOM(86) 679 lopullinen, s. 43, 20 a artiklan 3 alakohta.

69. Näistä erilaisista sanamuodoista käy ilmi, että vastaavuuden peruste ei voi olla direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitettu "vähimmäisvaatimus". Se viittaa pikemminkin siihen tulokseen, johon vaihtoehdon avulla on päästävä. Se, päästäänkö tähän tulokseen, on ratkaistava niiden vähimmäisvaatimusten perusteella, joilla hankintaviranomainen on esittänyt tarjouspyynnön kohteena olevaa suoritusta koskevat odotuksensa. Asiaa ei voida arvioida pelkästään vastaavuuden perusteella, sillä se kuvaa ainoastaan tasoa, jolle vaihtoehdon tarjouksen on yllettävä.

70. Mikäli yhteisöjen tuomioistuin pitää tätä tarpeellisena, ehdotan, että toisen ennakkoratkaisukysymyksen tähän osaan vastataan näin ollen seuraavasti: Vaihtoehdon hyväksyttävyyden arvioimiseksi asetettu vastaavuuden peruste ei ole direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitettu hankintaviranomaisen asettama vähimmäisvaatimus.

D *Neljäs ja viides ennakkoratkaisukysymys*

1. Asianosaisten lausumat

71. ASFINAG ja Itävallan hallitus katsovat, ettei neljättä ja viidettä ennakkoratkaisukysymystä pidä ottaa tutkittavaksi, koska ne ovat hypoteettisia. Pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevasta urakasta on tällä välin tehty sopimus, ja työt on saatettu loppuun. Kansallisen tuomioistuimen on enää ratkaistava, oliko vaihtoehdon hylkääminen lainmukaista.

72. Toissijaisesti ASFINAG ja Itävallan hallitus katsovat ennakkoratkaisukysymyksen 4 a osalta, että menettely voidaan viedä päätökseen. ASFINAG perustaa näkemyksensä tämän osalta direktiivin 89/665/ETY 2 artiklaan.[29] Itävallan hallitus huomauttaa, ettei sopimusta ole pakko tehdä,[30] ja toteaa vastakohtaispäätelmänä, että hankintaviranomainen voi kuitenkin saattaa hankintamenettelyn päätökseen.

73. Traunfellner ja komissio sen sijaan toteavat ennakkoratkaisukysymyksestä 4 a, ettei hankintaviranomainen voi viedä hankintamenettelyä päätökseen vaan sen on laadittava uusi tarjouspyyntö, jos tarjouspyyntömenettelyssä ei ole noudatettu yhteisön oikeutta. Niiden mielestä vaihtoehdot voidaan jättää huomioimatta ainoastaan erittäin tiukoin ehdoin.

29 — Mainittu edellä alaviitteessä 16.

30 — Itävallan hallitus viittaa edellä alaviitteessä 10 mainittuun asiassa Mettalmeccanica annettuun tuomioon.

74. Traunfellner toteaa ennakkoratkaisukysymyksestä 4 b, että jos hankintaviranomainen on sallinut vaihtoehdot, sen on myös arvioitava tarjousten vastaavuutta. Kun mahdollisuudet jättää vaihtoehtoja ovat laajat, on sopimatonta, että hankintaviranomainen hylkää tällaiset tarjoukset niitä tutkimatta. Myös ASFINAG yhtyy toissijaisesti tähän näkemykseen.

75. Komissio sen sijaan katsoo ennakkoratkaisukysymysten 4 b ja 5 osalta, että vaihtoehdot on hylättävä, jos tarjouspyynnön ja vaihtoehtojen teknisten erojen arvioimiseksi ei ole asetettu sopimuksen tekemistä koskevia perusteita.

76. Traunfellner toteaa viidennestä ennakkoratkaisukysymyksestä, että velvollisuus valita edullisin tarjous ei ole direktiivin tavoitteen mukainen. Pääasian oikeudenkäynnissä voidaan sen mukaan arvioida vaihtoehtojen vastaavuuden vuoksi myös niiden ja tarjouspyynnön välisiä teknisiä eroja. Traunfellner katsoo lisäksi, että tienrakennusalan töistä on laaja kokemus, minkä vuoksi ei ole tarpeen ilmoittaa, millä sopimuksen tekemistä koskevin perustein tehtäväkohtaista teknistä vastaavuutta arvioidaan.

2. Asian arviointi

77. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan lähtökohtaisesti yksinään kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. Jos esitetyt kysymykset koskevat yhteisön oikeuden tulkintaa, yhteisöjen tuomioistuimen on siten yleensä ratkaistava esitetyt kysymykset. [31]

78. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin katsonut, että oman toimivaltaisuutensa arvioimiseksi sen on poikkeustapauksissa tutkittava ne olosuhteet, joiden vallitessa kansallinen tuomioistuin esitti ennakkoratkaisukysymyksen. Yhteisöjen tuomioistuin voi kieltäytyä vastaamasta kansallisen tuomioistuimen esittämään ennakkoratkaisukysymykseen vain, jos on ilmeistä, että yhteisön oikeuden tulkitsemisella, jota kansallinen tuomioistuin on pyytänyt, ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen tai jos kyseinen ongelma on luonteeltaan hypoteettinen, eikä yhteisöjen tuomioistuimella ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin. [32]

79. Kuten ASFINAG ja Itävallan hallitus perustellusti katsovat, ennakkoratkaisuky-

31 — Asia C-415/93, Bosman, tuomio 15.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4921, 59 kohta); edellä alaviitteessä 15 mainitussa asiassa PreussenElektra annettu tuomio, 38 kohta ja edellä alaviitteessä 15 mainitussa asiassa Canal Satélite Digital annettu tuomio, 18 kohta.

32 — Vrt. edellä alaviitteessä 15 mainittu oikeuskäytäntö.

symyksiin 4 a, 4 b ja 5 ei ole enää tarpeen vastata. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen antamien tietojen mukaan sillanrakennus- ja tienrakennustöistä on jo tehty sopimus ja työt on saatettu loppuun. Bundesvergabeamtin on näin ollen enää ratkaistava, oliko päätös hylätä Traunfellnerin vaihtoehto lainmukainen. Enää ei tarvitse selvittää, pitäisikö hankintamenettelyä jatkaa ja miten. Neljännellä ja viidennellä ennakkoratkaisukysymyksellä ei näin ollen ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian kohteeseen, ja ne ovat luonteeltaan hypoteettisia. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tällaisiin kysymyksiin ei pidä vastata. [33]

80. Toissijaisesti ja siinä tapauksessa, että yhteisöjen tuomioistuin ottaa nämä kysymykset tutkittavaksi, ehdotan, että niihin vastataan seuraavasti.

81. Ennakkoratkaisukysymys 4 a: Hankintamenettelyä, jonka tarjouspyynnössä ei täsmennetä selvästi, minkä tosiasiallisten arviointiperusteiden avulla tarjousten vastaavuutta tutkitaan, ei pidä viedä päätökseen tekemällä urakasta sopimus. Direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 2 kohdan mukaan hankintaviranomaisen on ilmoitettava kaikki sopimuksen tekemisen perusteet, joita hankintaviranomainen aikoo arvioinnissaan käyttää. Kuten toisen ja kolmannen ennakkoratkaisukysymyksen yhteydessä todettiin, näiden säännösten perustana ovat yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet. Tarjouspyynnössä mainitsemattomien sopimuksen tekemistä koskevien perusteiden käyttö hankintamenettelyn myöhemmässä vaiheessa on näiden periaatteiden vastaista. Tähän tulokseen päätyi myös julkisasiamies Mischo asiassa EVN AG ja Wienstrom GmbH 27.2.2003 esittämässään ratkaisuehdotuksessa. [34]

82. Ennakkoratkaisukysymys 4 b: Kysymys on merkityksellinen ainoastaan, jos hankintamenettely voidaan viedä päätökseen. Edellä esitettyjen toteamusten vuoksi siihen ei ole tarpeen vastata. Ainoastaan lisäselvityksenä on todettava, ettei vaihtoehtoja voida arvioida, jos tarjouspyynnössä ei ole ilmoitettu mitään perusteita niiden arvioimiseksi. Jos niitä kuitenkin arvioidaan, loukataan yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita.

83. Ennakkoratkaisukysymys 5: Jos hankintaviranomainen on päättänyt antaa urakan taloudellisesti edullisimman tarjouksen esittäjälle, se ei voi menettelyn aikana vaihtaa perusteeksi alinta hintaa. Sopimuksen tekemisen perusteiden muuttaminen hankintamenettelyn aikana on avoimuuden periaatteen vastaista. [35] Tämän vuoksi vaihtoehtoa, jonka teknisiä

33 — Asia 244/80, Foglia, tuomio 16.12.1981 (Kok. 1981, s. 3045, Kok. Ep. VI, s. 251, 18—21 kohta); asia C-83/91, Meilicke, tuomio 16.7.1992 (Kok. 1992, s. I-4871, Kok. Ep. XIII, s. I-107, 25 kohta); asia C-318/00, Bacardi, tuomio 21.1.2003, Kok. 2003, s. I-905, 43 kohta.

34 — Asia C-448/01, Tuomio 4.12.2003 (ratkaisuehdotuksen 122 kohta ja sitä seuraava kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

35 — Edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa SIAC annettu tuomio, 43 kohta ja edellä alaviitteessä 5 mainitussa asiassa komissio v. Belgia annettu tuomio, 88 kohta ja sitä seuraava kohta.

eroja tarjouspyyntöön nähden ei voida arvioida sopimuksen tekemistä koskevien perusteiden mukaisesti, koska tarjouspyynnössä ei ilmoiteta näitä perusteita, ei voida hyväksyä, kun se on tarjouksista halvin ja kun muita sopimuksen tekemistä koskevia perusteita ei ole vahvistettu. Jos sopimus tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteen mukaisesti, sopimuksen tekemistä koskevat perusteet, joita on tarkoitus soveltaa, on annettava direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 2 kohdan mukaisesti. Tarjouspyyntö, joka ei täytä näitä edellytyksiä on lainvastainen.

V Ratkaisuehdotus

84. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että

1) ennakkoratkaisukysymyksiä 1, 4 ja 5 ei oteta tutkittaviksi

2) ennakkoratkaisukysymyksiin 2 ja 3 vastataan seuraavasti:

Viittaus kansalliseen säädökseen ei ole riittävä direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitettujen vähimmäisvaatimusten asettamiseksi eikä saman direktiivin 30 artiklassa tarkoitettujen sopimuksen tekemisen perusteiden vahvistamiseksi.

Vaihtoehdon hyväksyttävyyden arvioimiseksi asetettu vastaavuuden peruste ei ole direktiivin 93/37/ETY 19 artiklassa tarkoitettu hankintaviranomaisen asettama vähimmäisvaatimus.