YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)

12 päivänä helmikuuta 2004 *

Asiassa C-230/02,

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

Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG

vastaan

Itävallan tasavalta

ennakkoratkaisun julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33),

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1), 1 artiklan 3 kohdan ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan tulkinnasta,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: V. Skouris, joka hoitaa kuudennen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (esittelevä tuomari) ja J. N. Cunha Rodrigues,

julkisasiamies: L. A. Geelhoed,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies M.-F. Contet,

ottaen huomioon kirjalliset huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG, edustajanaan Rechtsanwalt P. Schmautzer,

— Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

— Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään K. Wiedner,

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG:n, edustajanaan P. Schmautzer, Itävallan hallituksen, asiamiehenään M. Winkler, ja komission, asiamiehenään J. C. Schieferer, 10.9.2003 pidetyssä istunnossa esittämät suulliset huomautukset,

kuultuaan julkisasiamiehen 16.10.2003 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Bundesvergabeamt on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle 14.5.2002 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 20.6.2002, EY 234 artiklan nojalla kolme ennakkoratkaisukysymystä julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1; jäljempänä direktiivi 89/665/ETY), 1 artiklan 3 kohdan ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan tulkinnasta.

2 Nämä kysymykset on esitetty asiassa, jonka asianosaisina ovat Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG (jäljempänä Grossmann) ja liittovaltion valtiovarainministeriön (jäljempänä ministeriö) edustama Itävallan tasavalta ja joka koskee tiettyä julkista hankintamenettelyä.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön lainsäädäntö

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

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

— —

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

4 Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohta kuuluu seuraavasti:

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

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

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

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot."

Kansallinen lainsäädäntö

5 Direktiivi 89/665/ETY on saatettu osaksi Itävallan oikeutta Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997:llä (Bundesvergabegesetz) (vuonna 1997 annettu liittovaltion laki julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä, BGBl. I, 1997/56; jäljempänä BVergG). BVergG:ssä säädetään Bundes-Vergabekontrollkommissionin (tarjouskilpailuja valvova liittovaltion lautakunta; jäljempänä B-VKK) ja Bundesvergabeamtin (liittovaltion hankintaviranomainen) perustamisesta.

6 BVergG:n 109 §:ssä määritetään B-VKK:n toimivalta. Siinä säädetään seuraavaa:

"1. B-VKK:lla on toimivalta:

1) hankintasopimuksen tekemiseen asti sovitella hankintayksikön ja yhden tai useamman ehdokkaan tai tarjoajan välisiä, tämän liittovaltion lain tai sen soveltamisasetusten soveltamiseen liittyviä erimielisyyksiä;

— —

6. Tämän pykälän 1 momentin 1 kohdan mukaan esitettävä pyyntö B-VKK:n ryhtymisestä toimenpiteisiin on esitettävä mahdollisimman pian erimielisyyksien tietoontulon jälkeen kyseisen elimen johdolle.

7. Mikäli B-VKK on ryhtynyt asiassa toimenpiteisiin ilman hankintayksikön esittämää pyyntöä, sen on ilmoitettava näistä toimenpiteistä tälle välittömästi.

8. Hankintayksikkö ei saa hankintasopimuksen mitättömyyden uhalla tehdä hankintasopimusta neljän viikon kuluessa siitä, kun — — se on saanut 7 momentissa mainitun tiedon — — ."

7 BVergG:n 113 §:ssä määritetään Bundesvergabeamtin toimivalta. Tässä säännöksessä todetaan seuraavaa:

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

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

1) määräämään välitoimista ja

2) kumoamaan hankintaviranomaisen hankintayksikön tekemät laittomat päätökset.

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

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

"Yrittäjä, joka väittää tavoittelevansa tämän liittovaltion lain soveltamisalaan kuuluvaa sopimusta, voi riitauttaa hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä tekemän päätöksen muutoksenhakumenettelyssä sillä perusteella, että se on lainvastainen, jos tästä lainvastaisuudesta on aiheutunut tai saattaa aiheutua sille vahinkoa."

9 BVergG:n 122 §:n 1 momentin mukaan "ehdokkaalla tai tarjoajalla, jota ei ole valittu, on hankintayksikön elimen rikottua tuottamuksellisesti tätä liittovaltion lakia tai sen soveltamisasetuksia oikeus vaatia hankintaviranomaiselta, jonka syyksi hankintayksikön elimen menettely on luettava, korvausta tarjouksen laatimisesta ja muista hankintamenettelyyn osallistumisesta aiheutuneista kustannuksista".

10 BVergG:n 125 §:n 2 momentin mukaan vahingonkorvauskanne on nostettava siviilituomioistuimessa ja se otetaan tutkittavaksi ainoastaan, jos Bundesvergabeamt on sitä ennen todennut lainvastaisuuden 113 §:n 3 momentin mukaisesti.

Tämä toteamus sitoo sekä vahingonkorvauskannetta käsittelevää siviilituomioistuinta että Bundesvergabeamtissa asianosaisina olevia tahoja.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

11 Ministeriö julkisti 27.1.1998 tarjouskilpailun, joka koski "Itävallan hallituksen ja sen valtuuskuntien tilauslentojen suorittamista suihkukoneilla ja potkurikoneilla". Grossmann osallistui kyseiseen hankintamenettelyyn tekemällä tarjouksen.

12 Ministeriö päätti 3.4.1998 peruuttaa mainitun ensimmäisen tarjouskilpailun BVergG:n 55 §:n 2 momentin nojalla, jossa säädetään, että "tarjouskilpailu voidaan peruuttaa silloin, kun sen jälkeen, kun tarjouksia on hylätty 52 §:n mukaisesti, ainoastaan yksi tarjous jää jäljelle".

13 Ministeriö julkisti 28.7.1998 uuden tarjouskilpailun, joka koski Itävallan hallituksen ja sen valtuuskuntien tilauslentoja. Grossmann hankki kyseistä tarjouskilpailua koskevat asiakirjat, mutta ei tehnyt uutta tarjousta.

14 Itävallan hallitus ilmoitti 8.10.1998 päivätyllä kirjeellä Grossmannille aikomuksestaan tehdä hankintasopimus Lauda Air Luftfahrtin (jäljempänä Lauda Air) kanssa. Grossmann vastaanotti kyseisen kirjeen seuraavana päivänä. Sopimus Lauda Airin kanssa tehtiin 29.10.1998.

15 Grossmann laati 19.10.1998 Bundesvergabeamtille 23.10.1998 postitetun ja kyseiselle viranomaiselle 27.10.1998 saapuneen hakemuksen, jossa se vaati mainittua viranomaista kumoamaan hankintaviranomaisen päätöksen, jonka perusteella hankintasopimus oli tehty Lauda Airin kanssa. Grossmann väitti hakemuksensa tueksi, että tarjouskilpailu oli alusta alkaen mitoitettu yhdelle tarjoajalle eli Lauda Airille sopivaksi.

16 Bundesvergabeamt hylkäsi 4.1.1999 tekemällään päätöksellä Grossmannin hakemuksen BVergG:n 115 §:n 1 momentin ja 113 §:n 2 ja 3 momentin nojalla sillä perusteella, ettei Grossmann ollut näyttänyt, että sillä olisi ollut oikeudellinen intressi tavoitella koko hankintaa, ja että Bundesvergabeamt ei myöskään ollut enää toimivaltainen toteamaan hankintasopimusta mitättömäksi sen jälkeen, kun se oli tehty.

17 Intressin puuttumisen osalta Bundesvergabeamt on todennut yhtäältä, että koska Grossmannilla ei ollut käytössä suuria lentokoneita, se ei olisi kyennyt suorittamaan kaikkia pyydettyjä palveluja, ja toisaalta, että se ei ollut tehnyt tarjousta toisessa kysymyksessä olevista tarjouskilpailuista.

18 Grossmann valitti Verfassungsgerichtshofiin (Itävalta) Bundesvergabeamtin päätöksestä ja vaati sen kumoamista. Verfassungsgerichtshof kumosi kyseisen päätöksen 10.12.2001 antamallaan tuomiolla sillä perusteella, että päätöksellä oli loukattu perustuslain takaamaa oikeutta saattaa asia lakisääteisen tuomioistuimen käsiteltäväksi, koska Bundesvergabeamt oli virheellisesti jättänyt saattamatta yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi ennakkoratkaisukysymystä siitä, oliko sen esittämä tulkinta BVergG:n 115 §:n 1 momentista yhteisön oikeuden mukainen.

19 Bundesvergabeamt toteaa ennakkoratkaisupyynnössään, että BVergG:n 109 §:n 1, 6 ja 8 momentin tarkoituksena on varmistaa, ettei minkäänlaista sopimusta

tehdä sovittelumenettelyn aikana. Bundesvergabeamt toteaa lisäksi, että jollei sovittelumenettelyssä päästä sovintoratkaisuun, yrittäjä voi vielä ennen hankintasopimuksen tekemistä vaatia hankintaviranomaisen hankintayksikön kaikkien päätösten eli myös tarjouskilpailun ratkaisupäätöksen kumoamista, kun taas tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeen Bundesvergabeamt on toimivaltainen toteamaan ainoastaan sen, että hankintasopimusta ei ole tehty parhaan tarjoajan kanssa BVergG:n tai sen perusteella annettujen säännösten rikkomisen vuoksi.

20 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa käsiteltävänä olevan asian osalta, että Grossmannin hakemus, jossa se vaatii kumoamaan päätöksen, jonka mukaan hankintasopimus tehdään Lauda Airin kanssa, on toki saapunut Bundesvergabeamtiin ennen kuin Lauda Air ja hankintaviranomainen olivat tehneet sopimuksen mutta että Bundesvergabeamt on voinut käsitellä hakemuksen sille annetussa määräajassa vasta sopimuksen tekemisen jälkeen. Kyseinen tuomioistuin korostaa myös sitä, että mainittu hakemus oli postitettu vasta 23.10.1998, vaikka hankintaviranomainen oli ilmoittanut Grossmannille 8.10.1998 päivätyllä ja mainitulle yhtiölle tätä seuraavana päivänä saapuneella kirjeellään aikeestaan tehdä hankintasopimus Lauda Airin kanssa.

21 Bundesvergabeamt toteaa näin ollen, että Grossmann odotti hankintasopimuksen tekemistä koskevan päätöksen tiedoksiantamisen (9.10.1998) jälkeen 14 päivää ennen kuin se jätti muutoksenhakuhakemuksen Bundesvergabeamtiin (23.10.1998) ilman, että B-VKK:lle esitettiin sovittelupyyntöä (eli pyyntöä, jonka tekemisestä olisi alkanut kulua BVergG:n 109 §:n 8 momentissa säädetty neljän viikon määräaika, jonka kuluessa hankintaviranomainen ei voi tehdä hankintasopimusta), tai jos sovittelumenettely olisi epäonnistunut, ilman, että se olisi vaatinut välitoimien määräämistä ja hankintasopimuksen tekemistä koskevan päätöksen kumoamista. Kansallisen tuomioistuimen mukaan on näin ollen pohdittava, voiko Grossmann perustellusti väittää, että sillä on oikeussuojan tarve direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan nojalla, kun se ei tehnyt tarjousta kyseisessä hankintamenettelyssä, koska se ei kyennyt tuottamaan kyseisiä palveluja sen takia, että tarjouskilpailua koskevat asiakirjat sisälsivät sen mukaan mainitun direktiivin 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettuja syrjiviä määräyksiä.

22 Bundesvergabeamt on tässä tilanteessa päättänyt keskeyttää asian käsittelyn ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko — — direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että muutoksenhakumenettelyjen on oltava kaikkien sellaisten yrittäjien käytettävissä, jotka ovat tehneet hankintamenettelyssä tarjouksen tai jotka ovat pyytäneet saada osallistua hankintamenettelyyn?

Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi:

2) Onko edellä mainittu — — säännös ymmärrettävä siten, että yritys on ollut tai on tavoittelemassa tiettyä hankintasopimusta vain silloin, jos se hankintamenettelyyn osallistumisensa lisäksi on käyttänyt kaikki kansallisten säännösten mukaan käytettävissään olevat keinot estääkseen sopimuksen tekemisen toisen tarjoajan tarjouksen mukaisesti?

3) Onko — — direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että sellaiselle yrittäjälle on annettava myös silloin oikeudellinen mahdollisuus sen lainvastaisena tai syrjivänä pitämän hankintailmoituksen laillisuuden tutkituttamiseen, jos se ei kykene tuottamaan tarjouskilpailun kohteena olevaa palvelua kokonaisuudessaan ja se ei ollut sen takia tehnyt tarjousta kyseisessä hankintamenettelyssä?"

Ensimmäinen ja kolmas kysymys

23 Ottaen huomioon pääasian tosiseikat, sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin on ne esitellyt, ensimmäisen ja kolmannen kysymyksen, joita on asianmukaista tarkastella yhdessä, on katsottava tarkoittavan sitä, onko direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että niiden vastaista on katsoa, ettei henkilöllä ole julkisen hankintasopimuksen tekemisen jälkeen oikeutta käyttää mainitussa direktiivissä tarkoitettuja muutoksenhakumenettelyjä silloin, kun kyseinen henkilö ei ole osallistunut hankintamenettelyyn sillä perusteella, ettei se olisi kyennyt tuottamaan kaikkia tarjouskilpailun kohteena olevia palveluita sen takia, että kyseinen henkilö on väittänyt tarjouskilpailua koskevien asiakirjojen sisältävän syrjiviä eritelmiä, tilanteessa, jossa se ei kuitenkaan ole hakenut muutosta kyseisten eritelmien osalta ennen hankintasopimuksen tekemistä.

24 Sen arvioimiseksi, voiko henkilö, joka on sellaisessa tilanteessa kuin tällä tavoin uudelleen muotoilluissa kysymyksissä on esitetty, vedota perustellusti direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdassa tarkoitettuun oikeussuojan tarpeeseen, on tarkasteltava ensin sitä seikkaa, ettei mainittu henkilö ole osallistunut pääasiassa kyseessä olevaan julkiseen hankintamenettelyyn, ja toiseksi sitä seikkaa, ettei hän myöskään ole hakenut tarjouskilpailua koskevan ilmoituksen osalta muutosta ennen kyseisen hankintasopimuksen tekemistä.

Henkilö ei ole osallistunut hankintamenettelyyn

25 Tältä osin on muistettava, että jäsenvaltioiden on direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan nojalla varmistettava, että direktiivissä tarkoitetut muutoksenhakumenettelyt ovat "ainakin" niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa tiettyä hankintasopimusta ja joiden etua on loukattu tai saatetaan loukata julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettujen kansallisten sääntöjen rikkomisella.

26 Tästä seuraa, ettei jäsenvaltioilla ole velvollisuutta saattaa mainittuja muutoksenhakumenettelyjä kaikkien niiden henkilöiden käytettäviksi, jotka ovat tavoittelemassa julkista hankintaa koskevaa sopimusta, vaan jäsenvaltioilla on tämän säännöksen mukaan oikeus edellyttää, että väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata kyseisen henkilön etua (ks. asia C-249/01, Hackermüller, tuomio 19.6.2003, Kok. 2003, s. I-6319, 18 kohta).

27 Kuten komissio on kirjallisissa huomautuksissaan todennut, osallistuminen hankintamenettelyyn voi tässä mielessä olla direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan kannalta lähtökohtaisesti pätevä edellytys, jonka on täytyttävä, jotta asianomainen henkilö voi perustellusti vedota siihen, että hän on ollut tavoittelemassa kyseistä hankintaa tai että hänelle saattaa aiheutua vahinkoa sen takia, että kyseisen hankintasopimuksen väitetään olevan lainvastainen. Jos kyseinen henkilö ei ole tehnyt tarjousta, hänen on vaikeata osoittaa, että hänellä on intressi riitauttaa kyseinen päätös tai että kyseinen hankintapäätös loukkaa tai saattaa loukata hänen etuaan.

28 Siinä tapauksessa, että yritys ei ole tehnyt tarjousta sen takia, että tarjouskilpailua koskevat asiakirjat tai sopimusasiakirjat sisältävät syrjiviksi väitettyjä eritelmiä, jotka on nimenomaan estäneet kyseistä yritystä tuottamasta kaikkia vaadittuja palveluja, sillä on kuitenkin oikeus hakea suoraan muutosta kyseisten eritelmien osalta jopa ennen asianomaisen julkisen hankintamenettelyn päättymistä.

29 Olisi nimittäin yhtäältä liiallista vaatia, että yritys, jonka etuja väitetään loukatun tarjouskilpailua koskeviin asiakirjoihin sisältyvillä syrjivillä lausekkeilla, tekee kyseisessä hankintamenettelyssä tarjouksen voidakseen käyttää direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettuja muutoksenhakumenettelyjä kyseisten eritelmien osalta, vaikka sen mahdollisuudet kyseisen hankintasopimuksen tekemiseksi ovat olemattomat mainittujen eritelmien takia.

30 Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan sanamuodosta ilmenee toisaalta selvästi, että muutoksenhakumenettelyjen, jotka jäsenvaltiot ovat direktiivin mukaan velvollisia järjestämään, on mahdollistettava se, että voidaan "poistaa lainvastaisesti tehdyt päätökset — — , mukaan lukien — — syrjintää aiheuttavien teknisten, taloudellisten tai rahoitusta koskevien eritelmien poistaminen". Yrityksen on näin ollen voitava hakea suoraan muutosta tällaisten syrjivien eritelmien osalta odottamatta hankintamenettelyn päättymistä.

Tarjouskilpailua koskevan ilmoituksen osalta ei ole haettu muutosta

31 Grossmann moittii käsiteltävänä olevassa asiassa hankintaviranomaista siitä, että se on tilauslentoja koskevan hankintamenettelyn osalta asettanut vaatimuksia, jotka ainoastaan reittilentopalveluja tarjoava lentoyhtiö kykenee täyttämään, mikä aiheutti sellaisten ehdokkaiden määrän vähentymisen, jotka olisivat kykeneviä tuottamaan kaikki vaaditut palvelut.

32 Asiakirja-aineistosta ilmenee kuitenkin, ettei Grossmann ole hakenut suoraan muutosta hankintaviranomaisen päätökseen, jossa on vahvistettu tarjouskilpailua koskevaan ilmoitukseen sisältyvät eritelmät, vaan se on odottanut sen päätöksen tiedoksiantoon asti, jolla hankintasopimus päätettiin tehdä Lauda Airin kanssa, ennen kuin se on toimittanut Bundesvergabeamtille hakemuksen viimeksi mainitun päätöksen kumoamiseksi.

33 Bundesvergabeamt muistuttaa tältä osin ennakkoratkaisupyynnössään, että yrittäjä voi BVergG:n 115 §:n 1 momentin nojalla hakea muutosta hankintaviranomaisen päätökseen silloin, kun hän väittää, että hän on ollut tavoittelemassa julkista hankintaa, ja kun lainvastaisuus, johon hän vetoaa, on aiheuttanut tai saattaa aiheuttaa hänelle vahinkoa.

34 Kansallinen tuomioistuin pohtii näin ollen sitä, onko direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että sen vastaista on se, että henkilön, joka ei ole osallistunut julkiseen hankintamenettelyyn ja joka ei myöskään ole hakenut millään tavalla muutosta hankintaviranomaisen päätökseen, jolla on vahvistettu tarjouskilpailua koskevaan ilmoitukseen sisältyvät eritelmät, katsotaan menettäneen asemansa julkista hankintaa tavoittelevana henkilönä ja näin ollen oikeuden käyttää mainitussa direktiivissä tarkoitettuja muutoksenhakumenettelyjä.

35 Tätä kysymystä on tarkasteltava ottaen huomioon direktiivin 89/665/ETY päämäärä.

36 Tältä osin on muistettava, että kuten direktiivin 89/665/ETY johdanto-osan ensimmäisestä ja toisesta perustelukappaleesta ilmenee, direktiivin 89/665/ETY tavoitteena on vahvistaa julkisia hankintoja koskevien sopimusten alalla annettujen direktiivien tehokkaan soveltamisen varmistamiseksi tarkoitettuja, niin kansallisilla kuin yhteisön tasolla suoritettavia järjestelyitä erityisesti siinä vaiheessa, jolloin virheellisiä menettelyjä voidaan vielä oikaista. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa jäsenvaltioille asetetaan velvoite varmistaa, että lainvastaisiin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja niin nopeasti kuin mahdollista (ks. mm. asia C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1999, Kok. 1999, s. I-7671, 33 ja 34 kohta; asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002, Kok. 2002, s. I-11617, 74 kohta ja asia C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner ym., tuomio 19.6.2003, Kok. 2003, s. I-6413, 30 kohta).

37 On kuitenkin todettava, että se, ettei henkilö ole hakenut muutosta hankintaviranomaisen päätökseen, jolla on vahvistettu tarjouskilpailua koskevaan ilmoitukseen sisältyvät eritelmät, joita kyseinen henkilö pitää itseään syrjivinä niiltä osin kuin ne estävät häntä osallistumasta tehokkaasti kyseiseen hankintamenettelyyn, ja että hän odottaa kyseisen hankintapäätöksen tiedoksiantoa ennen kuin

hän hakee siihen muutosta päätöksen tehneessä viranomaisessa vedoten nimenomaan siihen, että mainitut eritelmät ovat syrjiviä, ei ole yhteensopivaa direktiivin 89/665/ETY nopeutta ja tehokkuutta koskevien tavoitteiden kanssa.

38 Niiltä osin kuin tällainen käyttäytyminen on omiaan ilman objektiivista syytä viivästyttämään sellaisten muutoksenhakumenettelyjen aloittamista, jotka jäsenvaltiot ovat velvolliset saattamaan voimaan direktiivin 89/665/ETY nojalla, on omiaan haittaamaan julkisia hankintoja koskevien yhteisön direktiivien tehokasta soveltamista.

39 Tässä tilanteessa sen toteaminen, ettei henkilö, joka ei ole osallistunut hankintamenettelyyn ja joka ei ole hakenut muutosta hankintaviranomaisen päätökseen, jolla vahvistetaan tarjouskilpailua koskevaan ilmoitukseen sisältyvät eritelmät, ole ollut tavoittelemassa kyseistä hankintaa eikä hänellä näin ollen ole oikeutta käyttää direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettuja muutoksenhakumenettelyjä, ei vaaranna mainitun direktiivin tehokasta vaikutusta.

40 Edellä esitetty huomioon ottaen ensimmäiseen ja kolmanteen kysymykseen on vastattava, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohtaa on tulkittava siten, ettei niiden vastaista ole katsoa, että henkilö on julkisen hankintasopimuksen tekemisen jälkeen menettänyt oikeutensa käyttää mainitussa direktiivissä tarkoitettuja muutoksenhakumenettelyjä silloin, kun kyseinen henkilö ei ole osallistunut kyseiseen hankintamenettelyyn sillä perusteella, ettei hän olisi kyennyt tuottamaan kaikkia tarjouskilpailua koskevassa ilmoituksessa edellytettyjä palveluja sen takia, että tarjouskilpailuun liittyviin asiakirjoihin sisältyi syrjiviksi väitettyjä eritelmiä, ja kun hän ei kuitenkaan ole hakenut kyseisiin eritelmiin muutosta ennen kyseisen hankintasopimuksen tekemistä.

Toinen kysymys

41 Ottaen huomioon pääasian tosiseikat, sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin on ne esitellyt, toisen kysymyksen on katsottava koskevan sitä, onko direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että sen vastaista on se, että henkilön, joka on osallistunut julkiseen hankintamenettelyyn, on katsottava menettäneen asemansa kyseistä hankintaa tavoittelevana henkilönä sillä perusteella, että hän on ennen mainitussa direktiivissä tarkoitetun muutoksenhakumenettelyn aloittamista jättänyt saattamatta asian B-VKK:n kaltaisen sovittelulautakunnan käsiteltäväksi.

42 Tältä osin on riittävää muistuttaa, että edellä mainitussa asiassa Fritsch, Chiari & Partner ym. annetun tuomion 31 ja 34 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että vaikka direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdassa nimenomaisesti sallitaan jäsenvaltioiden itse päättää yksityiskohdista, joiden mukaisesti ne varmistavat, että kyseisessä direktiivissä tarkoitetut muutoksenhakumenettelyt ovat niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkista hankintaa ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata, tällä ei kuitenkaan sallita jäsenvaltioiden tulkitsevan käsitettä "julkisen hankinnan tavoitteleminen" siten, että tulkinnalla saatetaan vaarantaa kyseisen direktiivin tehokas vaikutus. Näin ollen se, että edellytykseksi direktiivissä tarkoitettujen muutoksenhakumenettelyjen käyttämiselle asetetaan se, että asia on ensin saatettava B-VKK:n kaltaisen sovittelulautakunnan käsiteltäväksi, on kyseisen direktiivin nopeutta ja tehokkuutta koskevien tavoitteiden vastainen.

43 Toiseen kysymykseen on näin ollen vastattava, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että sen vastaista on se, että henkilön, joka on osallistunut julkiseen hankintamenettelyyn, ei enää katsota tavoittelevan kyseistä hankintaa sillä perusteella, että hän on ennen mainitussa direktiivissä tarkoitetun muutoksenhakumenettelyn aloittamista jättänyt saattamatta asian BVergG:llä perustetun B-VKK:n kaltaisen sovittelulautakunnan käsiteltäväksi.

Oikeudenkäyntikulut

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

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on ratkaissut Bundesvergabeamtin 14.5.2002 tekemällään päätöksellä esittämät kysymykset seuraavasti:

1) **Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä**

92/50/ETY, 1 artiklan 3 kohtaa ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohtaa on tulkittava siten, ettei niiden vastaista ole katsoa, että henkilö on julkisen hankintasopimuksen tekemisen jälkeen menettänyt oikeutensa käyttää mainitussa direktiivissä tarkoitettuja muutoksenhakumenettelyjä silloin, kun kyseinen henkilö ei ole osallistunut kyseiseen hankintamenettelyyn sillä perusteella, ettei hän olisi kyennyt tuottamaan kaikkia tarjouskilpailua koskevassa ilmoituksessa edellytettyjä palveluja sen takia, että tarjouskilpailuun liittyviin asiakirjoihin sisältyi syrjiviksi väitettyjä eritelmiä, ja kun hän ei kuitenkaan ole hakenut kyseisiin eritelmiin muutosta ennen kyseisen hankintasopimuksen tekemistä.

2) Direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 92/50/ETY, 1 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että sen vastaista on se, että henkilön, joka on osallistunut julkiseen hankintamenettelyyn, ei enää katsota tavoittelevan kyseistä hankintaa sillä perusteella, että hän on ennen mainitussa direktiivissä tarkoitetun muutoksenhakumenettelyn aloittamista jättänyt saattamatta asian Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997:llä (vuonna 1997 annettu liittovaltion laki julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä) perustetun Bundes-Vergabekontrollkommissionin (tarjouskilpailuja valvova liittovaltion lautakunta) kaltaisen sovittelulautakunnan käsiteltäväksi.

Skouris Gulmann Cunha Rodrigues

Puissochet Schintgen

Julistettiin Luxemburgissa 12 päivänä helmikuuta 2004.

R. Grass V. Skouris

kirjaaja presidentti