# JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
# JEAN MISCHO
## 10 päivänä kesäkuuta 1999 *

1. Bundesvergabeamtin (Itävalta) käsiteltäväksi on saatettu julkisia hankintoja koskeva riita-asia, jossa on tullut esiin 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 [1] (jäljempänä muutoksenhakudirektiivi) tulkintaa koskevia kysymyksiä.

2. Hankintaviranomaisena oleva Itävallan liittovaltion tiede- ja liikenneministeriö julkaisi toukokuussa 1996 tarjouspyynnön Itävallan moottoriteille asennettavasta automaattisen tietojensiirron mahdollistavasta elektronisesta järjestelmästä.

3. Tarjouskilpailu ratkaistiin 5.9.1996, ja sopimus tehtiin valitun tarjoajan kanssa vielä samana päivänä. Kansallisen tuomioistuimen mukaan muut tarjoajat saivat tiedon sopimuksesta lehdistön välityksellä.

4. Bundesvergabeamt jätti 18.9.1996 antamallaan päätöksellä tutkimatta turvaamistoimihakemukset, joissa vaadittiin tehdyn sopimuksen täytäntöönpanon kieltämistä, ja se teki 4.4.1997 päätöksen, jossa se totesi *Bundesvergabegesetz*iä rikotun useassa suhteessa.

5. Verfassungsgerichtshof kumosi 18.9.1996 tehdyn päätöksen, minkä johdosta Bundesvergabeamt kumosi 4.4.1997 tekemänsä päätöksen ja kielsi sopimuksen täytäntöönpanon toistaiseksi. Tämä kielto kumottiin tilapäisesti Verfassungsgerichtshofin 10.10.1997 antamalla tuomiolla.

6. Bundesvergabeamt esitti 3.3.1998 yhteisöjen tuomioistuimelle muutoksenhakudirektiiviä koskevia ennakkoratkaisukysymyksiä.

7. Direktiivin 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivien 71/305/ETY ja 77/62/ETY soveltamisalaan kuuluviin sopimuksentekomenettelyihin liittyviin hankintaviran-

* Alkuperäinen kieli: ranska.

1 — EYVL L 395, s. 33.

omaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, milloin edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen täytäntöön panemiseksi annettuja kansallisia säännöksiä.

— —

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. — — "

8. Muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

"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."

9. Muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 6 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

Lisäksi, paitsi milloin päätös on poistettava ennen vahinkojen korvaamista, jäsenvaltio

voi säätää, että sen jälkeen kun sopimus on tehty, muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvausten määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut."

10. Pääasiaan sovellettavat kansalliset oikeussäännöt sisältyvät *Bundesvergabegesetz*iin (BGBl. nro 462/1993), sellaisena kuin tämä laki oli voimassa ennen vuoden 1997 lainmuutosta (jäljempänä BVergG).

11. Tarjouskilpailun ratkaiseminen määritellään BVergG:n 9 §:n 14 momentissa seuraavasti:

"Tarjouskilpailun ratkaiseminen tarkoittaa tarjoajalle annettua ilmoitusta, että tämän tarjous on hyväksytty."

12. BVergG:n 41 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

"1. Tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan ajan puitteissa hankintayksikön ja tarjoajan välinen sopimussuhde syntyy sillä hetkellä, kun tarjoaja saa tiedon tarjouksensa hyväksymisestä. Jos tämä määräaika ylittyy tai sopimus ei vastaa tarjousta, sopimussuhde syntyy vasta tarjoajan ilmoitettua kirjallisesti hyväksyvänsä sopimuksen. Tarjoajalle on varattava kohtuullinen määräaika tämän ilmoituksen tekemiseen."

13. Bundesvergabeamtin toimivalta muutoksenhakuelimenä määritellään BVergG:n 91 §:ssä seuraavasti:

"1. Bundesvergabeamt on toimivaltainen ratkaisemaan muutoksenhakumenettelyissä sen käsiteltäväksi saatettuja asioita tämän luvun säännösten mukaisesti.

2. Bundesvergabeamt on tarjouskilpailun ratkaisuhetkeen asti toimivaltainen

1. määräämään turvaamistoimista sekä

2. kumoamaan hankintayksikön asianomaisen elimen tekemät lainvastaiset päätökset

tämän lain ja sen täytäntöönpanoasetusten rikkomisten oikaisemiseksi.

3. Kun tarjouskilpailu on ratkaistu, Bundesvergabeamt on toimivaltainen selvittämään, onko muu kuin paras tarjous tullut tarjouskilpailussa valituksi tämän lain tai sen täytäntöönpanoasetusten vastaisesti. Tällaisessa menettelyssä Bundesvergabeamt on lisäksi toimivaltainen selvittämään hankintaviranomaisen pyynnöstä, olisiko hylätty tarjoaja tai ehdokas tullut tarjouskilpailussa valituksi, jos tätä lakia tai sen täytäntöönpanoasetuksia olisi noudatettu."

14. BVergG:n 94 §:ssä säädetään muun muassa seuraavaa:

"1. Bundesvergabeamtin on, ottaen huomioon sovittelulautakunnan samasta asiasta antama lausunto, kumottava hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä tekemä päätös, jos hankintaviranomaisen päätös

1. on vastoin tämän liittovaltion lain tai sen täytäntöönpanosta annettujen asetusten säännöksiä ja

2. jos se on hankintamenettelyn kannalta määräävä päätös.

— —

3. Kun tarjouskilpailu on ratkaistu, Bundesvergabeamtin on 1 momentissa mainituilla edellytyksillä selvitettävä ainoastaan, pitääkö väite säännösten rikkomisesta paikkansa."

15. Bundesvergabeamt (neljäs jaosto) esitti 3.3.1998 tekemällään päätöksellä yhteisöjen tuomioistuimelle EY:n perustamissopimuksen 177 artiklan (josta on tullut EY 234 artikla) nojalla seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Ovatko jäsenvaltiot pannessaan täytäntöön direktiiviä 89/665/ETY sen 2 artiklan 6 kohdan perusteella velvollisia huolehtimaan siitä, että — siltä osin kuin kysymys on hankintayksikön sopimuksen tekemistä edeltävästä päätöksestä, jolla tämä valitsee hankintamenettelyn perusteella siihen osallistuneista tarjoajista sen, jonka kanssa se tekee sopimuksen, (eli tarjouskilpailun ratkaisemista koskeva päätös) — kaikissa tapauksissa on muutoksenhakumenettely, jossa valittaja voi edellytysten täyttyessä saada kumotuksi tämän päätöksen, vaikka muutoksenhakumenettelyn oikeudelliset vaikutukset voidaan hankintasopimuksen tekemisen jälkeen rajoittaa vahingonkorvauksen tuomitsemiseen?

2) Siinä tapauksessa, että vastaus ensimmäiseen kysymykseen on myöntävä,

esitetään yhteisöjen tuomioistuimelle lisäksi seuraava kysymys:

Onko ensimmäisessä kysymyksessä kuvattu velvollisuus siinä määrin konkreettinen ja selvästi määritelty, että jo sen perusteella taataan yhtäältä yksityiselle oikeus direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan vaatimukset täyttävään muutoksenhakumenettelyyn, jossa kansallisella tuomioistuimella on joka tapauksessa oltava mahdollisuus määrätä direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdassa tarkoitetuista turvaamistoimista sekä kumota hankintayksikön tarjouskilpailun ratkaisemisesta tekemä päätös, ja että yksityinen toisaalta voi asiaa koskevassa menettelyssä menestyksellisesti vedota tähän velvollisuuteen jäsenvaltiota vastaan?

3) Siinä tapauksessa, että vastaus toiseen kysymykseen on myöntävä, esitetään yhteisöjen tuomioistuimelle vielä seuraava kysymys:

Onko ensimmäisessä kysymyksessä kuvattu velvollisuus myös siinä määrin konkreettinen ja selvästi määritelty, että kansallisen tuomioistuimen on oikeudenkäynnissä sivuutettava ne kansallisen oikeuden säännökset, joiden noudattaminen estäisi sitä täyttämästä tätä velvollisuuttaan, ja että sen on välittömästi täytettävä tämä velvollisuus osana yhteisön oikeusjärjestystä, vaikka kansallisessa oikeudessa ei olisi toimivaltaperustetta?"

## Alustavat huomiot

16. Sekä pääasian vastaajana oleva Itävallan tiede- ja liikenneministeriö että Itävallan hallitus väittävät, että todellisuudessa ei ole enää mitään pääasiaa. Kyseinen sopimus on nimittäin jo kokonaisuudessaan pantu täytäntöön. Pääasian osalta ei siten ole enää syytä vastata esitettyihin kysymyksiin, sillä valittajat voivat tässä vaiheessa saada ainoastaan vahingonkorvauksia, joiden myöntämisestä joka tapauksessa säädetään kansallisessa laissa.

17. Myös komissiolla on epäilyjä siitä, täyttyvätkö tutkittavaksi ottamisen edellytykset ennakkoratkaisukysymysten osalta. Komission epäilyt perustuvat siihen olettamaan, että vaikka esitetyissä kysymyksissä mainitaan muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 6 kohta, niissä tosiasiassa haetaan tämän säännöksen 1 kohdan tulkintaa. Tämä kohta koskee hankintaa koskevan sopimuksen tekemistä edeltävää aikaa, kun taas esillä olevassa asiassa sopimus on jo tehty.

18. Kansallinen tuomioistuin toteaa ensinnäkin, että kansallisen prosessioikeuden nojalla se tekee päätöksen viimeisenä oikeusasteena, sillä Verfassungsgerichtshofiin tehtävä valitus on ylimääräinen oikeussuojakeino, joka ei luonteeltaan ole muutoksenhakua ylempään oikeusasteeseen. Näin ollen sille asetetaan EY 177 artiklan kolmannessa kohdassa velvollisuus saattaa sen käsiteltävänä olevassa asiassa esille tulevat yhteisön oikeutta koskevat

kysymykset yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi.

19. On kuitenkin huomattava, että se, että kansallinen tuomioistuin tekee päätöksen viimeisenä oikeusasteena, ei estä sitä, että esitetyt kysymykset voivat ovat hypoteettisia.

20. Kansallinen tuomioistuin lisää tähän kuitenkin, että kansallisen oikeuden perusteella nousee vielä esiin se kysymys, oliko Bundesvergabeamt oikeutettu tai yhteisön oikeuden nojalla suorastaan velvoitettu kumoamaan 4.4.1997 tekemänsä päätöksen, jolla se päätti pääasiassa kyseessä olevan ensimmäisen kansallisen menettelyn todeten, että tarjouskilpailua ei ollut ratkaistu parhaimman tarjouksen hyväksi. Tämän pääasian oikeudenkäyntiin liittyvän menettelyä koskevan kysymyksen osalta, joka on ratkaistava joka tapauksessa riippumatta sen taustalla olevasta tarjouskilpailusta, ennakkoratkaisukysymykset säilyttävät merkityksensä, vaikka kyseinen tarjouskilpailumenettely sittemmin olisi jo kokonaisuudessaan päättynyt.

21. Lisäksi kansallinen tuomioistuin korostaa, että asiaa ei vielä tässä vaiheessa voida pitää tällaisena. On nimittäin otettava huomioon se, että kyseisiin suorituksiin liittyvä takuuaika ei ole vielä päättynyt ja hankintayksikkö voi siis mahdollisesti vaatia muutoksia sopimukseen, joten sopimusta ei voida pitää lopullisesti täytäntöön pantuna.

22. Myös komissio katsoo, että yhteisöjen tuomioistuimelta pyydetyllä ennakkoratkaisulla voi olla merkitystä asian myöhemmille vaiheille kansallista oikeutta sovellettaessa.

23. Komissio toteaa ensinnäkin, että sen selvittämiseksi, onko tarjouskilpailua ratkaistaessa menetelty lainvastaisesti, on nostettu syyte. Jos syyte hyväksytään, hankintaviranomaisella on oikeus irtisanoa sopimus, ja komission mukaan yhteisön oikeuden vaatimuksille tässä tapauksessa annettavasta merkityksestä riippuen hankintaviranomainen voi tällöin olla jopa velvollinen irtisanomaan sopimuksen.

24. Komissio korostaa lisäksi, että esitettyihin kysymyksiin annettava vastaus saattaa vaikuttaa valittajille mahdollisesti maksettavien vahingonkorvausten suuruuteen.

25. Lopuksi komissio huomauttaa, että yhteisöjen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen antamasta vastauksesta voi olla seurauksena sopimuksen tai tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen mitättömyys, minkä vuoksi toisen ja kolmannen kysymyksen ratkaiseminen on tarpeen.

26. Komission esittämien huomioiden perusteella on mielestäni todettava, että esitettyihin kysymyksiin vastaaminen saattaa vaikuttaa pääasian myöhempiin vaiheisiin. Kansallisen tuomioistuimen esittä-

mää ennakkoratkaisupyyntöä ei siten ole jätettävä tutkimatta sillä perusteella, että esitetyt kysymykset olisivat hypoteettisia.

**Ensimmäinen kysymys**

27. Bundesvergabeamt kysyy pääasiallisesti sitä, velvoitetaanko muutoksenhakudirektiivissä jäsenvaltiot huolehtimaan kaikissa tapauksissa siitä, että tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen osalta on olemassa muutoksenhakumenettely, jossa hylätty tarjoaja voi saada päätöksen kumotuksi.

28. Muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 1 kohdassa luetellaan ne muutoksenhakukeinot, joista jäsenvaltioiden on säädettävä. Niiden on mahdollistettava ryhtyminen "kiireellisesti" "väliaikaisiin toimenpiteisiin", joiden tarkoituksena on saada väitetty virheellinen menettely päättymään tai estää kyseisiin etuihin kohdistuvat lisävahingot (a alakohta), lainvastaisesti tehtyjen päätösten poistaminen (b alakohta) ja vahinkojen korvaaminen (c alakohta).

29. Kyseisessä säännöksessä ei määritellä tyhjentävästi "lainvastaisesti tehtyjä päätöksiä", joiden kumoamista voidaan vaatia, vaan siinä ainoastaan mainitaan esimerkkinä tarjouspyynnössä, sopimusasiakirjoissa tai muussa sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa olevat syrjintää aiheuttavat tekniset, taloudelliset tai rahoitusta koskevat eritelmät.

30. Tarjouspyynnön ratkaisemista koskevan lainvastaisen päätöksen on kuitenkin kuuluttava tähän ryhmään. Muutoksenhakudirektiivin tavoitteena on nimittäin sen 1 artiklan 1 kohdasta sekä kolmannesta ja neljännestä perustelukappaleesta ilmenevällä tavalla varmistaa niin tehokkaiden muutoksenhakukeinojen voimaansaattaminen kuin mahdollista, jotta julkisia hankintoja koskevien yhteisön direktiivien, joilla julkiset hankinnat pyritään avaamaan yhteisön kilpailulle, noudattaminen voitaisiin turvata.

31. Tämän tavoitteen toteutuminen vaarannettaisiin, jos menettelyn kannalta tärkeintä päätöstä eli päätöstä tarjouskilpailun ratkaisemisesta ei paradoksaalisesti voitaisi pitää lainvastaisena päätöksenä, jonka kumoamista on voitava vaatia, kuten valittajat täydellä syyllä korostavat.

32. Yhteisöjen tuomioistuin on tämän mukaisesti jo aiemmin korostanut kyseisen direktiivin tavoitteena olevan tämän edellä tarkoitetun tehokkuuden, ja se on todennut, että direktiivillä pyritään "vahvistamaan jo voimassa olevia järjestelmiä sekä kansallisella että yhteisön tasolla, jotta turvattaisiin julkisista hankinnoista sopimista koskevien direktiivien tehokas täytäntöönpano *erityisesti siinä vaiheessa, kun rikkomiset voidaan vielä korjata*".[2]

2 — Ks. asia C-433/93, komissio v. Saksa, tuomio 11.8.1995 (Kok. 1995, s. I-2303, 23 kohta).

33. Tiede- ja liikenneministeriö toteaa, että muutoksenhakudirektiivin edellä mainitussa 2 artiklan 6 kohdassa jäsenvaltiolle annetaan mahdollisuus kuitenkin säätää, että muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu urakan antamisesta johtuvan sopimuksen tekemisen jälkeen virheellisestä menettelystä kärsineiden henkilöiden vahinkojen korvaamiseen.

34. Sen mukaan Itävallan lainsäätäjä on tässä tapauksessa vain käyttänyt tätä mahdollisuutta, mikä on siten muutoksenhakudirektiivin mukaista, vaikka tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen tiedoksiantamisen ja sopimuksen tekemisen mahdollinen samanaikaisuus saattaa johtaa siihen, että tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen kumoamista on mahdotonta vaatia.

35. Tässä ei kuitenkaan oteta huomioon 2 artiklan 1 ja 6 kohdassa säädettyjen muutoksenhakukeinojen keskinäistä aikajärjestystä.

36. Kyseisessä 2 artiklan 6 kohdassa tarkoitettu muutoksenhakukeinojen rajoittaminen koskee nimittäin urakan antamisesta *johtuvaa* (qui suit) sopimusta. Siten tämä säännös merkitsee, että yhteisön lainsäätäjän mukaan sopimuksen tekeminen ja tarjouskilpailun ratkaiseminen eivät voi tapahtua samanaikaisesti.

37. Kuten komissio toteaa, muutoksenhakumenettely jaetaan muutoksenhakudirektiivissä selkeästi kahteen eri vaiheeseen. Ennen sopimuksen tekemistä sovelletaan 2 artiklan 1 kohtaa, jossa jäsenvaltiot velvoitetaan varmistamaan kattava oikeussuoja. Sopimuksen tekemisen jälkeen voidaan soveltaa 2 artiklan 6 kohdassa säädettyä rajoitusta ja muutoksenhaun oikeusvaikutukset voidaan rajoittaa vahingonkorvauksen myöntämiseen.

38. Näiden kahden eri vaiheen välisen eron merkittävyyttä ei sitä paitsi pidä aliarvioida. Tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen kumoaminen johtaa siihen, että kumoamista vaatinut tarjoaja säilyttää mahdollisuutensa saada sopimus. Sen sijaan pelkkä vahingonkorvaus on vain harvoin tyydyttävä sopimuksentekomenettelyn ulkopuolelle jätetylle yritykselle ottaen etenkin huomioon ne vaikeudet, joita yritys voi kohdata pyrkiessään osoittamaan vahingon suuruuden sekä vahingon ja yhteisön oikeuden rikkomisen välisen syy-yhteyden. Hankintaviranomaisen on nimittäin helppo väittää, ettei valittajalla joka tapauksessa olisi juurikaan ollut menestymismahdollisuuksia. Lisäksi valittaja saattaa olla vastahakoinen vahingoittamaan kanteen nostamisella myöhempiä suhteitaan hankintaviranomaiseen, koska

hankintaviranomainen ei kuitenkaan missään tapauksessa tekisi valittajasta jälkikäteen tarjouskilpailun voittajaa. [3]

39. Muutoksenhakudirektiivin tehokas vaikutus ja etenkin direktiivin 1 artiklassa mainittu tavoite tehokkaiden ja nopeiden muutoksenhakukeinojen voimaansaattamisesta vaarantuisi, jos jäsenvaltio voisi vapaasti pitää 2 artiklan 6 kohdassa säädettyä rajoitusta niin laajana, että hankintaviranomaisen tärkein päätös eli tarjouskilpailun ratkaisemista koskeva päätös, kuuluisi systemaattisesti sen soveltamisalaan jääden siten 2 artiklan 1 kohdassa vahvistetun kattavan suojan ulkopuolelle.

40. Muutoksenhakudirektiivin tavoitteena oleva muutoksenhakukeinojen vahvistaminen edellyttää nimittäin, että jäsenvaltioille annettua mahdollisuutta niiden rajoittamiseen pidetään poikkeuksellisena ja että sitä tulkitaan siis suppeasti.

41. Tämä mahdollisuus johtuu vain tarpeesta huolehtia oikeussuojasta suojaamalla sopimusta, jonka erityisasema hankintamenettelyssä, joka periaatteessa päättyy tämän sopimuksen tekemiseen, siten tunnustetaan.

42. Sitä vastoin tästä ei voida johtaa mahdollisuutta rajoittaa sopimuksen tekemistä *edeltäviä* hallintopäätöksiä koskevia muutoksenhakukeinoja.

43. Kansallisessa lainsäädännössä ei siis voida 2 artiklan 6 kohtaan nojautuen torjua oikeutta hakea muutosta tarjouskilpailun ratkaisemista koskevaan päätökseen sen kumoamiseksi.

44. Sitä paitsi on korostettava, että tämä ratkaisu on täysin sen ajatuksen mukainen, että muutoksenhakudirektiivillä ei puututa jäsenvaltioiden voimassa olevaan yksityisoikeuteen. Yksinomaisesti jäsenvaltioiden yksityisoikeudessa nimittäin määritellään sen mukaisten muutoksenhakukeinojen vaikutukset urakan antamisesta *johtuvaan* sopimukseen.

45. Lisään tähän, että jos hyväksyttäisiin, että kansallisen lainsäädännön mukaan sopimuksen tekemisen ajankohta, josta alkaen hylättyjen tarjoajien oikeussuoja on rajoitettu, voitaisiin vahvistaa siten, että kyseinen rajoittaminen vaikuttaa myös tarjouskilpailun ratkaisemista koskevaan päätökseen, tästä olisi tiettyjä paradoksaalisia seurauksia.

46. Kuten olen jo todennut, tärkeintä päätöstä ei tällöin voitaisi vaatia kumottavaksi toisin kuin muita vähemmän tärkeitä pää-

3 — Näiden toteamusten osalta ks. komission ehdotuksen perustelut (KOM(87) 134 lopullinen) sekä muutettu ehdotus (KOM(88) 733 lopullinen).

töksiä, ja tämä vain siitä syystä, että nämä viimeksi mainitut on tehty aikaisemmin.

47. Sitä paitsi kyseiseen päätökseen vaikuttavat sääntöjenvastaisuudet eivät siten todennäköisesti johtaisi mihinkään seuraamukseen tarjouskilpailua ratkaistaessa. Ainoa keino päätöksen kyseenalaistamiseksi olisi nimittäin se, että sopimus yritettäisiin saada kumotuksi, vaikka ongelma ei suoranaisesti johdukaan sopimuksesta vaan siitä, että sopimuksesta erillisen hallintopäätöksen pätevyyttä koskevia edellytyksiä ei ole noudatettu. Menettelyn tehokkuus ja tarkoitus edellyttää siis sellaisen erillisen menettelyn käyttöön ottamista, jonka puitteissa tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen pätevyyttä on mahdollista tutkia ajallaan.

48. Tutkin seuraavaksi näiden edellä esitettyjen periaatteiden vaikutusta esillä olevaan asiaan.

49. Kuten kansallinen tuomioistuin esittää, sopimus katsotaan Itävallan oikeudessa tehdyksi silloin, kun tarjouskilpailun ratkaisemista koskeva päätös on annettu tiedoksi hyväksytylle tarjoajalle. Tätä tiedoksiantoa pidetään yksityisoikeudessa vastauksena, joka annetaan hyväksytyn tarjoajan tarjoukseen.

50. Ainoa poikkeus tästä tilanteesta koskee sitä, kun sopimus on tehty tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan määräajan päätyttyä tai sopimus ei vastaa tarjousta. Tällaisessa tapauksessa sopimus tehdään sen jälkeen, kun valittu tarjoaja on antanut hankintaviranomaiselle kirjallisen vastauksen.

51. Bundesvergabeamtin mukaan tarjouskilpailun ratkaisemista koskeva päätös edeltää muodollisesti sopimuksen tekemistä. Päätös on kuitenkin hankintaviranomaisen sisäinen päätös, jota ei anneta asianosaisille tiedoksi ennen kuin siitä on ilmoitettu valitulle tarjoajalle tämän ilmoituksen ollessa päätöksen ensimmäinen ulkoinen ilmentymä, joka vahvistaa sopimuksen ja jonka jälkeen päätöstä ei siis enää voi vaatia kumottavaksi.

52. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että tarjouskilpailun ratkaisemista koskevaa päätöstä, jossa hankintaviranomainen valitsee sen tarjoajan, jonka kanssa se aikoo tehdä sopimuksen, ei näin ollen voida sellaisenaan riitauttaa. Hylätyt tarjoajat eivät sitä paitsi yleensä tiedä tästä päätöksestä eivätkä he myöskään voi saada siitä tietoa.

53. Tämä merkitsee, että pääsääntöisesti ei ole mahdollista vaatia tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen kumoamista asiaan sovellettavan kansallisen lainsäädännön perusteella.

54. Edellä esitetystä seuraa, että tällainen tilanne ei voi olla muutoksenhakudirektiivissä säädettyjen edellytysten mukainen.

55. Pääasian vastaaja kiistää kuitenkin asiaan sovellettavaa kansallista lainsäädäntöä koskevan kansallisen tuomioistuimen selvityksen.

56. Tämän kysymyksen pohtiminen kuuluu kuitenkin kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan, sillä sen tehtävänä on yhteisöjen tuomioistuimen nyt käsiteltävässä asiassa vahvistamien periaatteiden konkreettinen soveltaminen. Yhteisöjen tuomioistuin ei voi korvata asiaan sovellettavaa kansallista lainsäädäntöä koskevaa kansallisen tuomioistuimen selvitystä omilla arvioillaan.

57. Tiede- ja liikenneministeriö kiistää erityisesti sen, että hylätyt tarjoajat eivät voisi saada tietoa tarjouskilpailun ratkaisemista koskevasta päätöksestä ennen sopimuksen tekemistä. Ministeriö väittää tältä osin, että hylätyt tarjoajat voivat vedota hallinnollisten asiakirjojen julkisuutta koskevaan lainsäädäntöön ja sen nojalla pyytää viranomaisilta tietoa näiden tekemästä päätöksestä.

58. On kuitenkin korostettava, että jotta hylätyillä tarjoajilla olisi tosiasiallinen mahdollisuus vaatia kumoamista, tätä edellä kuvattua keinoa ei voida pitää asianmukaisena vastauksena siihen, että viranomaisilla ei ole velvollisuutta antaa tarjouskilpailun ratkaisemista koskevaa päätöstä tiedoksi hylätyille tarjoajille ennen sopimuksen tekemistä.

59. Tämä koskee etenkin tarjouskilpailuja, joissa sopimuksentekomenettelyt ovat muutoksenhakudirektiivissä mainitulla tavalla hyvin lyhyitä, olkoonkin että suullisessa käsittelyssä on esitetty, että hallinnollisten asiakirjojen julkisuutta koskevassa kansallisessa lainsäädännössä viranomaisille annetaan kahden kuukauden määräaika vastauksen antamiseen.

60. Itävallan hallitus väittää, että vaikka muutoksenhakudirektiiviä olisi tulkittava siten, että tarjouskilpailun ratkaiseminen ja sopimuksen tekeminen on erotettava toisistaan, siinä ei kuitenkaan mitenkään täsmennetä sitä määräaikaa, joka näiden kahden tapahtuman välille olisi jäätävä. Tämä aika voi siis supistua yhdeksi hetkeksi.

61. On kuitenkin otettava huomioon muutoksenhakudirektiivin tehokkaan vaikutuksen edellytykset. Kuten on todettu, direktiivissä edellytetään, että tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen kumoamista on voitava vaatia. Tästä seuraa väistämättä, että siitä hetkestä, jolloin tarjouskilpailun ratkaisemista koskeva päätös annetaan tiedoksi hylätyille tarjoajille, jotka voivat siis riitauttaa päätöksen, sopimuksen tekemiseen, josta alkaen sovelletaan 2 artiklan 6 kohtaa, on oltava kohtuullinen aika, jonka kestoa arvioitaessa otetaan tietenkin huomioon hankintamenettelyjen lyhyt kesto.

62. Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus korostaa, että on olemassa erilaisia tarjouskilpailuja. Näin ollen ei voida vahvistaa

kestoltaan vain yhtä ajankohtaa. Aloitteen tekeminen tässä asiassa kuuluu siten lainsäätäjälle.

63. Katson kuitenkin, että se, että muutoksenhakudirektiivissä ei mainita tarkkaa kestoa, ei estä yhteisöjen tuomioistuinta määrittelemästä sitä tehokkaan vaikutuksen edellytysten mukaiseksi. Kuten on huomattu, tehokas vaikutus toteutuu vain, mikäli tarjouskilpailun ratkaisemista koskeva päätös on riitautettavissa. Tätä varten on siis oltava kestoltaan kohtuullinen aika, jonka pituus tietenkin vaihtelee olosuhteista ja etenkin kyseessä olevan hankintamenettelyn luonteesta riippuen.

64. Itävallan hallitus muistuttaa Saksan hallituksen tukemana, että muutoksenhakudirektiivi on yhteensovittamisdirektiivi eikä yhdenmukaistamisdirektiivi. Siten on oletettava, että neuvosto ei ole halunnut velvoittaa Itävallan tasavallan, Saksan liittotasavallan eikä tietyssä määrin myöskään Yhdistyneen kuningaskunnan kaltaisia jäsenvaltioita, joissa tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen tiedoksiantaminen ja sopimuksen tekeminen voivat tapahtua samanaikaisesti, muuttamaan sopimuksentekomenettelyään.

65. On kuitenkin todettava, että tämä väite ei saa tukea muutoksenhakudirektiivin valmisteluasiakirjoista.

66. Sitä vastoin muutetun direktiiviehdotuksen perusteluissa komissio mainitsee kansallisia muutoksenhakujärjestelmiä koskevien puutteiden joukossa nimenomaisesti sen seikan, että tarjouskilpailun ratkaisemista koskevaa päätöstä ei kaikissa jäsenvaltioissa ole mahdollista saada kumotuksi valittamalla siitä joko hallinnolliseen- tai lainkäyttöelimeen. [4]

67. On siis selvää, että ainakin komission mielessä oli sisällyttää muutoksenhakudirektiiviin säännökset tällaisen mahdollisuuden tarjoamisesta.

68. Muutoksenhakudirektiivin sanamuoto, sellaisena kuin lainsäätäjä on sen vahvistanut, on kuitenkin ratkaiseva. Vaikka sanamuoto ei ole niin selvä, että se ei vaatisi tulkintaponnisteluja, se ei myöskään ole niin epäselvä, että lainsäätäjän tahdon määrittäminen edellyttäisi sanamuodon tulkinnan lisäksi muiden keinojen käyttöä.

4 — Muutettu ehdotus neuvoston direktiiviksi julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskevien sopimusten sisältämien menettelymääräysten soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (ETY:n perustamissopimuksen 149 artiklan 3 kohdan nojalla annettu komission esitys). Asiakirja (88) 733 lopullinen.

69. Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus väittää lisäksi, että komission ja valittajien ehdottama muutoksenhakudirektiivin tulkintatapa on välittömässä ristiriidassa julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetulla neuvoston direktiivillä 93/36/ETY [5] vahvistetun järjestelmän kanssa. Tämä direktiivi on yksityiskohtainen ja tyhjentävä, kuten sen 7, 9 ja 10 artikla osoittavat. Direktiivissä ei kuitenkaan säädetä, että tarjouskilpailun ratkaisemisen ja sopimuksen tekemisen välissä olisi tietty aika.

70. On kuitenkin todettava, että Yhdistyneen kuningaskunnan mainitsemat säännökset vastaavat aikaisempien direktiivien, erityisesti direktiivin 89/440/ETY [6] ja 88/295/ETY, [7] säännöksiä.

71. Muutoksenhakudirektiivistä ilmenee selkeästi, että sillä pyritään täydentämään kahdella edellä mainitulla direktiivillä vahvistettua sääntelykehystä. Muutoksenhakudirektiivin ensimmäisessä perustelukappaleessa todetaan, että näissä direktiiveissä "ei ole erityissäännöksiä, jotka varmistaisivat niiden tehokkaan soveltamisen".

72. Siten on todettava, että edellä mainittu direktiivi 93/36/ETY ei ole sillä tavoin tyhjentävä, että muutoksenhakudirektiivillä ei täydennettäisi sen säännöksiä.

73. Yhdistynyt kuningaskunta viittaa direktiivin 93/36/ETY 7 artiklan 1 kohtaan, sillä — tarjouskilpailun ratkaisemista koskevasta päätöksestä esitettävää kumoamisvaatimusta mainitsematta — siinä rajoitutaan säätämään seuraavaa: "Hankintaviranomaisen on 15 päivän kuluessa asiaa koskevan pyynnön vastaanottamisesta kirjallisesti ilmoitettava sitä tiedustelleelle hylätylle ehdokkaalle tai tarjoajalle perusteet, joilla kyseinen ehdokkuus tai tarjous on hylätty, sekä tarjouksen osalta myös sopimuspuoleksi valitun tarjoajan nimi."

74. Tämä säännös vastaa kuitenkin edellä mainitun direktiivin 89/440/ETY 5 a artiklan 1 kohtaa. Tämä direktiivi ei neuvoston mielestä siis sisältänyt muutoksenhakua koskevia säännöksiä.

75. Sitä paitsi voidaan lisäksi pohtia, miksi neuvosto olisi säätänyt, että viranomaisen on vastattava hylätyn tarjoajan esittämään pyyntöön niin lyhyessä määräajassa kuin 15 päivässä, jos se ei olisi halunnut hylätyn tarjoajan saavan tietoa niin hyvissä ajoin, että se voi vielä saada päätöksenkumotuksi,

5 — EYVL L 199, s. 1.

6 — Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta 18 päivänä heinäkuuta 1989 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 210, s. 1).

7 — Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 77/62/ETY muuttamisesta ja direktiivin 80/767/ETY tiettyjen säännösten kumoamisesta 22 päivänä maaliskuuta 1988 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 127, s. 1).

ennen kuin on liian myöhäistä ja sopimus on tehty.

76. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ensimmäiseen kysymykseen seuraavasti.

77. Muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 6 kohdan sekä tämän artiklan 1 kohdan a ja b alakohdan säännöksiä on yhdessä luettuina tulkittava siten, että jäsenvaltiot ovat velvollisia huolehtimaan siitä, että — siltä osin kuin kysymys on hankintaviranomaisen sopimuksen tekemistä edeltävästä päätöksestä, jolla tämä valitsee hankintamenettelyn perusteella siihen osallistuneista tarjoajista sen, jonka kanssa se tekee sopimuksen (eli hankintamenettelyn ratkaisemista koskeva päätös) — kaikissa tapauksissa on muutoksenhakumenettely, jossa valittaja voi edellytysten täyttyessä saada kumotuksi kyseisen päätöksen, vaikka muutoksenhakumenettelyn oikeudelliset vaikutukset voidaan hankintasopimuksen tekemisen jälkeen rajoittaa vahingonkorvauksen tuomitsemiseen.

Toinen kysymys

78. Toisella kysymyksellään Bundesvergabeamt haluaa pääasiallisesti tietää, onko muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdan säännöksillä, sellaisina kuin niitä on tulkittu edellä, välitön oikeusvaikutus.

79. Pääasian vastaaja sekä Itävallan hallitus katsovat, että muutoksenhakudirektiivi jättää jäsenvaltioille harkintavaltaa niiden elinten nimeämisessä, jotka ovat toimivaltaisia ratkaisemaan muutoksenhaun, joka on direktiivin mukaan tehtävä mahdolliseksi.

80. Siten tämä velvollisuus ei ole ehdoton ja täsmällinen, mitä välittömän oikeusvaikutuksen syntyminen edellyttäisi.

81. Pääasian valittajat korostavat sitä vastoin, että jäsenvaltioille annetun velvollisuuden sisältö on selvä ja täsmällinen. Jäsenvaltioilla ei ole asiassa vapaata harkintavaltaa. Niiden harkintavalta rajoittuu toimivaltaisen elimen valintaan.

82. Komissio viittaa ensinnäkin välitöntä oikeusvaikutusta koskevaan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan [8]

" — — tapauksissa, joissa direktiivin säännökset sisältönsä puolesta vaikuttavat olevan ehdottomia ja riittävän täsmällisiä, niihin voidaan näin ollen vedota sellaisia kansallisia säännöksiä vastaan, jotka eivät ole direktiivin säännösten mukaisia silloin kun toimenpiteitä niiden täytäntöönpanemiseksi ei ole toteutettu määräajassa tai

8 — Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90, Francovich ym., tuomio 19.11.1991 (Kok. 1991, s. I-5357).

myös silloin kun niissä määritellään oikeuksia, joihin yksityiset oikeussubjektit voivat vedota suhteessa valtioon."

83. Lisäksi " — — jäsenvaltion mahdollisuus valita useista mahdollisista keinoista direktiivissä säädetyn tavoitteen saavuttamiseksi ei sulje pois yksityisten mahdollisuutta vedota kansallisissa tuomioistuimissa niihin oikeuksiin, joiden sisältö voidaan määritellä riittävän täsmällisesti yksinomaan direktiivin säännösten perusteella".

84. On kiistatonta, että jäsenvaltioilla olevan velvollisuuden sisältö on esillä olevassa asiassa määritelty selvästi. Jäsenvaltioiden on annettava hylätyille tarjoajille mahdollisuus vaatia tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen kumoamista.

85. On myös selvää, että tästä velvollisuudesta seuraa väistämättä oikeuksia yksityisille, sillä heidän on voitava käyttää sitä muutoksenhakukeinoa, jonka säätämistä muutoksenhakudirektiivissä edellytetään. [9]

86. Näin ollen ainoa ratkaistavana oleva kysymys on, estääkö se, että jäsenvaltioiden on perustettava tarkoituksenmukaiset elimet ja että niillä on tältä osin harkintavaltaa, kyseisen säännöksen välittömän oikeusvaikutuksen.

87. Komissio huomauttaa tältä osin aivan oikein, että tämä kysymys on esitetty jo asiassa Dorsch Consult [10] ja asiassa HI, [11] sekä eräissä muissakin asioissa. [12] Tästä oikeuskäytännöstä seuraa, että muutoksenhakujärjestelmän perustamista koskeva jäsenvaltioiden harkintavalta estää sen, että muutoksenhakudirektiivillä voitaisiin katsoa olevan välitön oikeusvaikutus.

88. Komissio katsoo kuitenkin, että esillä oleva asia eroaa perustavanlaatuisesti edellä mainituista asioista. Itävallan viranomaiset ovat nimittäin jo käyttäneet harkintavaltaansa ja vahvistaneet lopullisesti muutoksenhakudirektiivin säännösten täytäntöönpanemiseksi tarpeelliset elimet ja menettelyt, kun taas kaikissa edellä mainituissa asioissa kyseessä olevissa kansallisissa lainsäädännöissä ei määritelty tarvittavaa toimivallanjakoa, minkä vuoksi kansallisten viranomaisten lisätoimenpiteet olivat vielä tarpeen.

89. Esillä olevassa asiassa tilanne on aivan erilainen. BVergG:n 91 §:ssä säädetään

9 — Ks. muutoksenhakudirektiivin 1 artiklan 1 kohta ja 1 artiklan 3 kohdan ensimmäinen virke.

10 — Asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. I-4961).

11 — Asia C-258/97, HI, tuomio 4.3.1999 (Kok. 1999, s. I-1405).

12 — Asia C-76/97, Tögel, tuomio 24.9.1998 (Kok. 1998, s. I-5357) ja asia C-111/97, EvoBus Austria, tuomio 24.9.1998 (Kok. 1998, s. I-5411).

nimenomaisesti, että Bundesvergabeamt on toimivaltainen tutkimaan BVergG:n soveltamisalalla tarjouskilpailumenettelyn ja sen ratkaisemista koskevien päätösten lainmukaisuuden. Vahingonkorvausten osalta on viittaus yleisiin tuomioistuimiin.

90. Toimivaltaa koskeva järjestelmä on siten lopullisesti vahvistettu, etenkin kun laissa saatetaan voimaan kaikki muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 1 kohdassa tarkoitetut muutoksenhakukeinot. Kansallinen lainsäätäjä on siten jo täyttänyt velvoitteensa muutoksenhakuelimen perustamisesta, ja yksityinen voi aina määrittää toimivaltaisen elimen vaatimuksensa sisällön perusteella.

91. Yhdyn tähän arviointiin.

92. Harkintavallan olemassaoloa koskevaan väitteeseen voidaan nimittäin sen luonteen vuoksi vedota vain niin kauan kuin harkintavaltaa ei ole käytetty. Kun harkintavaltaa on käytetty, sitä ei tietenkään enää ole eikä se voi enää estää välittömän oikeusvaikutuksen tunnustamista.

93. Sillä seikalla, että harkintavaltaa ei esillä olevassa asiassa ole käytetty muutoksenhakudirektiivin mukaisesti, ei tältä osin ole merkitystä.

94. Katson nimittäin, että sellaista tilannetta, että jäsenvaltio on perustanut tarvittavan elimen ja vain jättänyt antamatta sille riittävän laajoja toimivaltuuksia, ei tässä yhteydessä voida käsitellä samalla tavoin kuin sellaista tilannetta, että muutoksenhakukeinon luomista koskevan velvollisuuden täytäntöönpanemiseksi ei ole annettu mitään säännöksiä.

95. Tässä viimeksi mainitussa tapauksessa välittömän oikeusvaikutuksen tunnustamiselle on ehdottomasti ylitsepääsemätön este. Sitä vastoin ensin mainitussa tapauksessa ei ole syytä katsoa, että välitöntä oikeusvaikutusta ei ole, sillä muutoksenhakudirektiivissä vahvistetun velvollisuuden täytäntöön panemiseksi on jo olemassa tarvittava elin.

96. Yhdyn komission näkökantaan myös siltä osin kuin se katsoo, että esillä olevassa asiassa ei ole varmaa, tarvitseeko valittajien edes vedota välittömään oikeusvaikutukseen. Kuten edellä on todettu, kyseessä oleva ongelma johtuu nimittäin siitä, että tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan

päätöksen tiedoksi antaminen ja sopimuksen tekeminen tapahtuvat käytännössä samanaikaisesti.

97. Tämä tilanne ei minusta vaikuta kansallisten säännösten väistämättömältä seuraukselta. Näissä säännöksissä ei nimittäin estetä hankintaviranomaista julkistamasta tarjouskilpailun ratkaisemista koskevaa päätöstä jonkin aikaa ennen sopimuksen tekemistä eikä Bundesvergabeamtia ottamasta tutkittavaksi tätä päätöstä vastaan esitettyä kumoamisvaatimusta ja mahdollisesti antamasta tarvittavia väliaikaismääräyksiä.

98. Tämä vahvistettiin istunnossa, jonka aikana valittajat korostivat tältä osin vastaväitteittä, että eräillä itävaltalaisilla julkisoikeudellisilla elimillä on tapana odottaa tietty aika sen jälkeen, kun tarjouskilpailun ratkaisemista koskeva päätös on annettu tiedoksi hylätyille tarjoajille ja vasta tämän jälkeen tehdä sopimus.

99. Vaikuttaa siis siltä, että asiaa koskevia kansallisia säännöksiä voidaan soveltaa muutoksenhakudirektiivin asettamien vaatimusten mukaisesti. Välittömään oikeusvaikutukseen vetoaminen on siten tarpeetonta.

100. Lienee syytä huomauttaa, että tämä toteamus ei tietenkään merkitse, että muutoksenhakudirektiivi on pantu kyseisillä säännöksillä asianmukaisesti täytäntöön, mitä koskevaa kysymystä ei ole esitetty nyt käsiteltävässä asiassa.

101. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi Bundesvergabeamtin esittämään toiseen kysymykseen, että muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 6 kohdan sekä tämän artiklan 1 kohdan a ja b alakohdan säännöksiä on yhdessä luettuina tulkittava siten, että niissä kuvatut velvollisuudet ovat riittävän konkreettisia ja selvästi määriteltyjä, jotta yksityinen voi asiaa koskevassa menettelyssä menestyksellisesti vedota näihin velvollisuuksiin jäsenvaltiota vastaan, mikäli kyseinen jäsenvaltio on jo antanut muutoksenhakumenettelyistä vastaavien muutoksenhakuelinten toimivaltaa koskevat lopulliset säännökset ja säätänyt muutoksenhaun eri vaiheita koskevista menettelysäännöksistä.

**Kolmas kysymys**

102. Tällä kysymyksellä Bundesvergabeamt haluaa tietää, onko sen sovellettava muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdan säännöksiä, vaikka BVergG ei sisällä tällaisia säännöksiä tai vaikka ne ovat kyseisen lain säännösten vastaisia.

103. Aluksi on huomattava, että tämä kysymys liittyy läheisesti edelliseen kysymykseen. Edellisen kysymyksen tavoin se esitetään vain, mikäli esillä oleva ongelma koskee välitöntä oikeusvaikutusta eikä muutoksenhakudirektiivin mukaisen kansallisen lain tulkintaa tai soveltamista.

104. Tämän jälkeen totean, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä meille annetaan selkeä vastaus, joka kuuluu seuraavasti: jos yhteisön oikeuden säädöksessä annetaan yksityisille oikeuksia jäsenvaltiota vastaan, asiaa käsittelevä kansallinen tuomioistuin on velvollinen täysimääräisesti soveltamaan yhteisön oikeuden oikeussääntöjä ja jättämään siltä osin kuin on tarvetta, soveltamatta yhteisön oikeuden kanssa ristiriidassa olevat kansalliset säännökset.

105. Tämä periaate on vahvistettu jo asiassa Simmenthal annetussa tuomiossa,[13] jossa yhteisöjen tuomioistuin on todennut seuraavaa:

"kansallinen tuomioistuin, jonka tehtävänä on toimivaltansa rajoissa soveltaa yhteisön oikeuden säännöksiä ja määräyksiä, on velvollinen varmistamaan näiden normien täyden vaikutuksen ja jättämään tarvittaessa omasta aloitteestaan soveltamatta kaikki yhteisön oikeuden kanssa ristiriidassa olevat, myös myöhemmin annetut kansalliset säännökset ilman, että sen on vaadittava tai odotettava niiden kumoamista lainsäädäntöteitse tai jollakin muulla perustuslain mukaisella keinolla — —

— — kansallinen tuomioistuin on velvollinen varmistamaan yhteisön oikeusjärjestyksen säännöksillä perustettujen oikeuksien suojaamisen ilman, että sen olisi vaadittava tai odotettava, että asiassa toimivaltaiset kansalliset elimet tosiasiallisesti kumoavat mahdolliset kansalliset toimenpiteet, jotka estävät yhteisön sääntöjen välittömän soveltamisen".

106. Siten ehdotan, että Bundesvergabeamtin kolmanteen kysymykseen vastataan, että kansallinen tuomioistuin, jonka on toimivaltansa rajoissa sovellettava yhteisön oikeuden säännöksiä, on velvollinen varmistamaan yhteisön oikeusjärjestyksen säännöksillä annettujen oikeuksien suojaamisen ja näiden normien täyden vaikutuksen jättämällä tarvittaessa omasta aloitteestaan soveltamatta kaikki niiden kanssa ristiriidassa olevat kansalliset säännökset ilman, että sen on odotettava tai vaadittava, että toimivaltaiset kansalliset elimet kumoavat mahdolliset kansalliset toimenpiteet, jotka estävät yhteisön säännösten välittömän oikeusvaikutuksen.

13 — Asia 106/77, Simmenthal, tuomio 9.3.1978 (Kok. 1978, s. 629).

## Ratkaisuehdotus

107. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että Bundesvergabeamtin esittämiin kysymyksiin vastataan 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 2 artiklan 6 kohdan sekä tämän artiklan 1 kohdan a ja b alakohdan säännöksiä on yhdessä luettuina tulkittava siten, että jäsenvaltiot ovat velvollisia huolehtimaan siitä, että — siltä osin kuin kysymys on hankintaviranomaisen sopimuksen tekemistä edeltävästä päätöksestä, jolla tämä valitsee hankintamenettelyn perusteella siihen osallistuneista tarjoajista sen, jonka kanssa se tekee sopimuksen (eli hankintamenettelyn ratkaisemista koskeva päätös) — kaikissa tapauksissa on muutoksenhakumenettely, jossa valittaja voi edellytysten täyttyessä saada kumotuksi kyseisen päätöksen, vaikka muutoksenhakumenettelyn oikeudelliset vaikutukset voidaan hankintasopimuksen tekemisen jälkeen rajoittaa vahingonkorvauksen tuomitsemiseen.

2) Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 6 kohdan sekä tämän artiklan 1 kohdan a ja b alakohdan säännöksiä on yhdessä luettuina tulkittava siten, että niissä kuvatut velvollisuudet ovat riittävän konkreettisia ja selvästi määriteltyjä, jotta yksityinen voi asiaa koskevassa menettelyssä menestyksellisesti vedota näihin velvollisuuksiin jäsenvaltiota vastaan, mikäli kyseinen jäsenvaltio on jo antanut muutoksenhakumenettelyistä vastaavien muutoksenhakuelinten toimivaltaa koskevat lopulliset säännökset ja säätänyt muutoksenhaun eri vaiheita koskevista menettelysäännöksistä.

3) Kansallinen tuomioistuin, jonka on toimivaltansa rajoissa sovellettava yhteisön oikeuden säännöksiä, on velvollinen varmistamaan yhteisön

oikeusjärjestyksen säännöksillä annettujen oikeuksien suojaamisen ja näiden normien täyden vaikutuksen jättämällä tarvittaessa omasta aloitteestaan soveltamatta kaikki niiden kanssa ristiriidassa olevat kansalliset säännökset ilman, että sen on odotettava tai vaadittava, että toimivaltaiset kansalliset elimet kumoavat mahdolliset kansalliset toimenpiteet, jotka estävät yhteisön säännösten välittömän oikeusvaikutuksen.