JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
SIEGBERT ALBER
8 päivänä marraskuuta 2001 [1]

I Johdanto

1. Vergabekontrollsenat Wien on tutkiessaan erääseen rakennusurakkaan liittynyttä rajoitettua sopimuksentekomenettelyä esittänyt neljä kysymystä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (jäljempänä direktiivi 93/37/ETY) [2] tulkinnasta. Niissä on kyse hankintaviranomaisen käsitteestä, erityisesti siinä tapauksessa, että asianomaisen laitoksen tehtäviä on myöhemmin lisätty, julkisen rakennusurakan käsitteestä, muutoksenhakua koskevaan määräaikaan liittyvästä sääntelystä sekä siitä, onko myös arviointiperusteet ilmoitettava tarjouspyyntöilmoituksessa.

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.
2 — EYVL L 199, s. 54.

II Sovellettava lainsäädäntö

1. *Direktiivi 93/37/ETY*

2. Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklassa määritetään julkisen rakennusurakan ja hankintaviranomaisen käsitteet seuraavasti:

"1 artikla

Tässä direktiivissä

a) 'julkisia rakennusurakoita koskevilla sopimuksilla' tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty urakoitsijan ja b alakohdassa tarkoitetun hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on johonkin liitteessä II tarkoitettuun toimialaan liittyvän rakennustyön tai c alakohdassa tarkoitetun rakennusurakan toteuttaminen tai sekä sen toteuttaminen että suunnittelu taikka hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset täyttä-

vän rakennusurakan toteuttaminen millä tahansa tavalla;

b) 'hankintaviranomaisilla' tarkoitetaan valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

'Julkisoikeudellisella laitoksella' tarkoitetaan laitosta,

— joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja joka ei harjoita teollista tai kaupallista toimintaa, ja

— joka on oikeushenkilö, ja

— jonka rahoituksesta suurin osa on peräisin valtiolta, alueellisilta tai paikallisilta viranomaisilta taikka muilta julkisoikeudellisilta laitoksilta tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää enemmän kuin puolet.

— — "

2. *Direktiivi 89/665/ETY*

3. Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetussa neuvoston direktiivissä 89/665/ETY (jäljempänä direktiivi 89/665/ETY)[3] säädetään seuraavaa:

1 artiklan 1 kohta:

"Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että

3 — EYVL L 395, s. 33.

direktiivien 71/305/ETY ja 77/62/ETY soveltamisalaan kuuluviin sopimuksentekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten 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."

2 artiklan 7 ja 8 kohta:

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

8. Milloin muutoksenhakumenettelystä vastaavat muut kuin oikeusviranomaiset, niiden on aina perusteltava päätöksensä kirjallisesti. Siinä tapauksessa on lisäksi säädettävä menettelyistä, joilla varmistetaan mahdollisuus saattaa muutoksenhakuelimen väitetyt lainvastaiset toimenpiteet tai sille annettujen toimivaltuuksien väitetyt väärinkäytökset joko oikeusviranomaisen tai muun viranomaisen käsiteltäväksi, joka on perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin ja riippumaton sekä hankintaviranomaisesta että muutoksenhakuelimestä.

Tällaisen riippumattoman elimen jäsenten nimittämistä ja heidän toimikautensa päättymistä tulee koskea samat edellytykset kuin tuomioistuinten jäseniä, siltä osin kuin ne koskevat nimittävää viranomaista, toimikauden pituutta ja tehtävästä vapauttamista. Ainakin tämän riippumattoman elimen puheenjohtajan on täytettävä tuomioistuimen jäsenille asetetut muodollista ja ammatillista pätevyyttä koskevat vaatimukset. Riippumattoman elimen on tehtävä päätöksensä noudattaen menettelyä, jossa molempia osapuolia kuullaan, ja päätösten on kunkin jäsenvaltion päättämällä tavalla oltava oikeudellisesti sitovia."

3. *Wiener Landesvergabegesetz*

4. Wiener Landesvergabegesetz (jäljempänä WLVergG)[4] sisältää nyt käsiteltävän muutoksenhakuasian kannalta merkityksellisessä muodossaan seuraavat säännökset, joilla on merkitystä erityisesti myös arvioitaessa ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamista sen kannalta, onko pyynnön esittänyt Vergabekontrollsenat EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin.

4 — LGBl. nro 36/1995, siinä muodossa kuin se on julkaistuna LGBl:ssä nro 30/1999.

5. WLVergG:n 94 §:n 2 momentin mukaan Vergabekontrollsenat on toimivaltainen ratkaisemaan muutoksenhakuasioita ensimmäisenä ja ylimpänä oikeusasteena. Sen ratkaisuja ei voida kumota tai muuttaa hallintoteitse. Säännöksen 3 momentin mukaan muutoksenhakumenettelyssä sovelletaan Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetziä (yleinen hallintomenettelylaki) ja Allgemeine Verwaltungsvollstreckungsgesetziä (yleinen hallintopäätösten täytäntöönpanoa koskeva laki), mikäli WLVergG:iin ei sisälly erityissäännöksiä.

6. WLVergG:n 95 §:n sanamuoto on seuraava:

"95 §. 1. Vergabekontrollsenatissa on seitsemän jäsentä, jotka osavaltion hallitus nimittää kuusi vuotta kestäväksi virkakaudeksi ja jotka voidaan valita uudelleen. Kolme jäsentä, jotka voivat olla myös Wienin kaupungin kunnallishallinnon virkamiehiä, nimitetään kuulemalla ensin kaupunginvaltuustoa ja aina yhden jäsenen osalta Wienin kauppakamaria, Wienin alueen työntekijöiden ja toimihenkilöiden yhdistystä sekä Wienin, Ala-Itävallan ja Burgenlandin alueen arkkitehti- ja insinööorinkonsulttien yhdistystä. Vergabekontrollsenatin puheenjohtajan on kuuluttava tuomarikuntaan, ja hänet nimitetään kuulemalla ensin Oberlandesgericht Wienin päällikkötuomaria. Jokaiselle jäsenelle nimitetään samalla tavoin ensimmäinen, toinen ja kolmas varajäsen. Jos jäsen on tilapäisesti estynyt toimittamasta virkaansa, varajäsenet toimittavat virkaa nimittämisjärjestyksessään. Jos jäsen eroaa tehtävistään, varajäsenet toimittavat virkaa, kunnes uusi jäsen on nimitetty. Jäsenen tai varajäsenen erotessa tehtävistään on uusi jäsen nimitettävä ensi tilassa.

2. Jäsenillä ja varajäsenillä on oltava hyvät tiedot hankintamenettelyistä ja kaupunginvaltuuston kuulemisen jälkeen nimitettävillä jäsenillä ja varajäsenillä on oltava tällaiset tiedot erityisesti sopimuksentekomenettelyihin liittyvistä taloudellisista tai teknisistä seikoista.

3. Jäsenyys Vergabekontrollsenatissa lakkaa:

1. jäsenen kuollessa,

2. jäsenen luopuessa tehtävästään,

3. jäsenen menettäessä kelpoisuutensa tulla valituksi liittoneuvostoon (vuoden

Nationalrats-Wahlordnungin 41 §, BGBl. nro 471, siinä muodossa kuin se on liittovaltion laissa BGBl. nro 117/1996),

4. virkakauden päättyessä,

5. puheenjohtajan ja hänen varajäsentensä osalta heidän erotessaan tuomarin tehtävistä,

6. Vergabekontrollsenatin erottaessa jäsenen tehtävästään.

3a. Jäsen voidaan erottaa virasta Vergabekontrollsenatin päätöksellä, mikäli jäsen on fyysisen tai henkisen sairauden vuoksi pysyvästi kyvytön hoitamaan asianmukaisesti tehtäviään tai on laiminlyönyt vakavalla tavalla virkavelvollisuutensa. Päätöstä tehtäessä asianomaista jäsentä on kuultava. Asianomaisella jäsenellä ei ole äänioikeutta asiassa.

4. Vergabekontrollsenatin jäsenet ovat virkaa hoitaessaan riippumattomia, eivätkä heitä sido minkäänlaiset toimiohjeet.

5. Vergabekontrollsenatin jäsenet ovat B-VG:n 20 §:n 3 momentin mukaisesti salassapitovelvollisia.

6. Puheenjohtaja kutsuu Vergabekontrollsenatin jäsenet kokouksiin. Mikäli jäsen on tilapäisesti tai pysyvästi esteellinen, on kutsuttava varajäsen. Vergabekontrollsenatin jäsenet eivät saa osallistua sellaisia hankintamenettelyjä koskeviin ratkaisuihin, jotka koskevat sen laitoksen (Wienin kaupungin kunnallishallinnon virkamiesten osalta asianomaisen toimipaikan, osakkuusyrityksen tai laitoksen) toimialaan kuuluvaa hankintasopimusta, jonka palveluksessa he ovat. Mikäli jäsenen esteettömyyttä voidaan epäillä perustelluista syistä, hänet on pidätettävä tehtävänsä hoitamisesta ja hänen on erottava Vergabekontrollsenatin jäsenyydestä. Asianosaiset voivat vaatia Vergabekontrollsenatin jäsenten jäävääämistä. Vergabekontrollsenat ratkaisee jäsenensä mahdollisen esteellisyyden ja jäävääämistä koskevat vaatimukset, jolloin asianomaisella jäsenellä ei ole äänioikeutta. Puheenjohtajan on jokaisen kalenterivuoden alussa julkaistava Wienin kaupungin virallisessa lehdessä Vergabekontrollsenatin jäsenten nimet ja niiden laitosten (Wienin kaupungin virkamiesten osalta toimipaikan, osakkuusyrityksen tai laitoksen) nimet, joiden palveluksessa he ovat.

7. Käsiteltävät asiat tuodaan äänestykseen puheenjohtajan määräämässä järjestyksessä. Päätökset tehdään vähintään viiden jäsenen läsnä ollessa ehdottomalla äänten enemmistöllä. Äänestyksestä pidättyminen ei ole sallittua. Istunnot eivät ole julkisia.

Istunnon kulusta on laadittava päätöspöytäkirja. Ratkaisut on annettava kirjallisina. Niissä on ilmoitettava äänestykseen osallistuneiden Vergabekontrollsenatin jäsenten nimet. Puheenjohtajan on allekirjoitettava päätös. Myös joku jäsenistä voi työjärjestyksen mukaan antaa prosessinjohtotoimia koskevia määräyksiä.

man henkilöstön ja Vergabekontrollsenatin puheenjohtajaa kuultuaan ne tilat, joita tämä tarvitsee. Vergabekontrollsenatin toimintaa johtamaan määrätyt henkilöt ovat tehtäviensä hoidossa sidottuja ainoastaan puheenjohtajan ja kulloisenkin asian esittelevän henkilön määräyksiin. Heidät voidaan erottaa tästä tehtävästä vasta sen jälkeen, kun puheenjohtajaa on kuultu."

8. Vergabekontrollsenatin jäsenet hoitavat virkaansa luottamustehtävänä. Osavaltion päämies kutsuu heidät tehtäväänsä.

Oikeudenkäyntiä edeltävä oikaisumenettely

9. Vergabekontrollsenatin jäsenille korvataan välttämättömät matkakulut sekä ansionmenetys, joiden suuruuden osavaltiohallitus vahvistaa.

"96 § 1. Jos elinkeinonharjoittaja katsoo, että hankintaviranomaisen ennen tarjouskilpailun ratkaisemista tekemä päätös on ristiriidassa tämän lain kanssa ja että hänelle sen vuoksi on aiheutunut tai uhkaa aiheutua vahinkoa, hänen on ilmoitettava tästä hankintaviranomaiselle kirjallisesti ja todisteellisesti ja esitettävä asiaa koskevat perustelut samoin kuin ilmoitus aikomuksesta saattaa muutoksenhakumenettely vireille.

10. Vergabekontrollsenatin on annettava työjärjestys.

11. Wienin osavaltiohallituksen kanslia osoittaa Vergabekontrollsenatille tämän aloitteesta tämän toiminnassaan tarvitse-

2. Hankintaviranomaisen on 1 momentissa tarkoitetun ilmoituksen saatuaan joko välittömästi oikaistava väitetty lainvastaisuus ja ilmoitettava tästä kyseiselle elinkeinonharjoittajalle tai selvitettävä oikaisua vaatineelle elinkeinonharjoittajalle kirjallisesti, miksi asiassa tapahtunutta menettelyä ei ole pidettävä lainvastaisena."

Muutoksenhaku

"97 § 1. Muutosta voidaan hakea ennen tarjouskilpailun ratkaisemista vain siinä tapauksessa, että elinkeinonharjoittaja on todisteellisesti ilmoittanut hankintaviranomaiselle väitetystä lainvastaisuudesta ja aikomuksestaan saattaa muutoksenhakumenettely vireille (96 §:n 1 momentti), eikä hankintaviranomainen ole kahden viikon kuluessa ilmoittanut lainvastaisuuden oikaisemisesta.

2. Muutosta voi hakea

1) 101 §:ssä tarkoitetun pätemättömyysperusteen osalta elinkeinonharjoittaja, jolla on kaupallinen intressi tehdä tavaranhankintasopimus, rakennusurakkasopimus, käyttöoikeusurakkaa koskeva sopimus tai palveluhankintasopimus taikka vesihuollon, energiahuollon, liikenteen tai teletoiminnan alan sopimus;

2) tarjoaja, joka väittää, että tarjouskilpailua ei vastoin 48 §:n 2 momenttia ole ratkaistu sen hyväksi, vaikka asiassa ei ole ilmennyt 47 §:ssä tarkoitettuja karsintaperusteita.

3. Edellä 2 momentissa tarkoitetussa hakemuksessa on esitettävä

1) tarkka selvitys kyseisestä hankintamenettelystä sekä siitä päätöksestä, johon muutosta haetaan;

2) tarkka selvitys hankintaviranomaisesta;

3) tarkka selvitys asiassa merkityksellisistä tosiseikoista;

4) selvitys muutoksenhakijaa väitetysti uhkaavista tai sille jo aiheutuneista vahingoista;

5) perusteet, joiden vuoksi menettelyä pidetään lainvastaisena;

6) yksityiskohtainen vaatimus siitä, mikä on todettava pätemättömäksi, tai siitä mitä vaaditaan muutettavaksi;

7) edellä 1 momentissa tarkoitetuissa tapauksissa selvitys siitä, että hakija on ennen muutoksenhakua tehnyt 96 §:n

mukaisesti väitteen lainvastaisuudesta ja ilmoittanut aikomuksestaan hakea muutosta, samoin kuin selvitys siitä, että hankintaviranomainen ei ole oikaissut lainvastaisuutta määräajassa.

4. Muutoksenhaulla ei ole lykkäävää vaikutusta kyseisessä hankintamenettelyssä.

5. Muutoksenhakumenettelyssä määrättävä seuraamusmaksu (AVG:n 35 §) voi olla enintään 1 prosenttia hankinnan arvioidusta arvosta, enintään kuitenkin 800 000 ATS."

Määräajat

"98 § Haettaessa Vergabekontrollsenatilta muutosta väitettyjen lainvastaisuuksien perusteella on noudatettava seuraavia määräaikoja:

1) hakemusten hylkäämisen osalta viimeistään kahdessa viikossa ja 52 §:ssä tarkoitetussa tapauksessa viimeistään kolmessa päivässä hylkäävän päätöksen tiedoksiantamisesta;[5]

2) sen sopimusta koskevan ilmoituksen osalta, jossa tarjoajia pyydetään osallistumaan rajoitettuun menettelyyn tai neuvottelumenettelyyn, samoin kuin hankintamenettelyä varten vahvistettujen ehtojen osalta viimeistään kahta viikkoa ja 52 §:ssä tarkoitetussa tapauksessa viimeistään yhtä viikkoa ennen hakemuksille tai tarjouksille asetetun määräajan päättymistä;

3) tarjouskilpailussa tehdyn ratkaisun osalta viimeistään kahdessa viikossa ratkaisun julkistamisesta Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä, tai jos ratkaisua ei julkaista, viimeistään kuudessa kuukaudessa tarjouskilpailun ratkaisemisesta."

III Tosiseikat

1. *Pääasian oikeudenkäynti*

7. Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH (jäljempänä EBS, jolla tarkoite-

5 [] — WLVergG:n 52 § koskee tapauksia, joissa tiettyjä määräaikoja lyhennetään pakottavista syistä. Tilanne ei tässä tapauksessa kuitenkaan ole sellainen.

taan usean yrityksen muodostamaa kokonaisuutta) julkaisi Wienin kaupungin virallisessa lehdessä ilmoituksen aikeestaan järjestää rajoitetun hankintamenettelyn [6] rakennusurakan suorittamisesta Wienin pääpuhdistuslaitoksen laajentamiseksi. Tarkoituksena oli, että viideltä parhaaksi katsotulta ehdokkaalta pyydettäisiin tarjoukset ja että sopimus tehtäisiin taloudellisesti edullisimman tarjouksen pohjalta ilmoituksessa vahvistettujen perusteiden mukaisesti. Osallistumishakemusta koskevissa selityksissä [7] todettiin otsikolla "Osallistumishakemusten paremmuusjärjestykseen asettamisen perusteet" seuraavaa:

"Asetettaessa osallistumishakemukset paremmuusjärjestykseen otetaan huomioon ehdokkaiden, tarjoajien muodostamien yhteenliittymien kunkin yksittäisen yrityksen sekä alihankkijoiden tekninen suorituskyky, jota ne ovat osoittaneet viimeksi kuluneina 5 vuotena.

Tarjousta pyydetään viideltä parhaaksi katsotulta ehdokkaalta.

Osallistumishakemuksia arvioidaan scoring-menettelyn perusteella. [8]

Suoritetut rakennustyöt arvioidaan seuraavassa järjestyksessä:

1. jäteveden puhdistuslaitosten rakentaminen,

2. esijännitettyjen rakennuselementtien teko,

3. laaja-alaiset perustustyöt, joissa kantavina rakenteina on käytetty sorapilareita,

4. painetiivistystyöt,

5. maapohjan korkeapainelaastitus.

Ehdokkaan on mainittava tämän tehtävänasettelun perusteella niihin verrattavissa olevia suosituksina käytettäviä hankkeita, jotka on saatettu päätökseen viimeisten viiden vuoden aikana.

Ainoastaan sellaiset suosituksina käytettävät työt arvioidaan, jotka ehdokas tai alihankkija on itse toteuttanut työkunnan johtajana tai työkunnan teknisenä vastaa-

6 — Rajoitetuilla menettelyillä tarkoitetaan direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan f alakohdan mukaan menettelyjä, joissa vain hankintaviranomaisen kutsumat urakoitsijat voivat jättää tarjouksia.

7 — Ennakkoratkaisupyynnön liite 3, s. 7.

8 — Scoring-menettely tarkoittaa yleensä sitä, kuinka suuri määrä tavoitellusta pisteluvusta on saavutettu.

vana ja rakennuttajana (lomakkeet ovat osallistumishakemuksen liitteenä, 3 kohta)."

8. EBS talletti scoring-menettelyä koskeneet yksityiskohdat julkiselle notaarille 9.4.1999 eli ennen ensimmäisen tarjouksen antamista. Pääasian valittajille, Universale Bau GmbH:lle (jäljempänä Universale) ja Bietergemeinschaft Hinteregger und ÖSTU-STETTINille (jäljempänä Bietergemeinschaft) ilmoitettiin tästä julkiselle notaarille tehdystä talletuksesta osallistumishakemusta koskevissa selityksissä. Niille ei kuitenkaan ilmoitettu ennen hakemuksen tekemistä koskeneen määräajan päättymistä scoring-menettelyn kulusta eikä arviointiperusteista.

9. Pääasian valittajat olivat esittäneet halukkuutensa osallistua rajoitettuun menettelyyn. Saatuaan EBS:ltä tiedon siitä, että ne eivät kuuluneet viiden parhaaksi arvioidun yrityksen joukkoon eikä niiltä näin ollen pyydettäisi tarjousta, valittajat hakivat muutosta Wienin osavaltion Vergabekontrollsenatilta.

2. *EBS oikeushenkilönä ja sen tehtävät*

10. EBS:n perustivat vuonna 1976 Wiener Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH ja BIA Betriebsgesellschaft für Industrieabfall- und Altölbeseitigung GmbH. Alkupääoman maksoivat molemmat osakkaat puoliksi. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen Vergabekontrollsenatin mukaan Wienin kaupunki "käytti määräysvaltaa" Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH:ssa. Nyt käsiteltävän hankintamenettelyn aikaan omistussuhteet olivat seuraavat:

Wiener Holding AG	11 075 000 ATS
Wienin kaupunki	160 425 000 ATS
Wiener Stadtwerke	178 500 000 ATS

11. Vergabekontrollsenatin mukaan EBS:n toimialana oli aluksi ongelmajätelaitoksen ja jätteenpolttolaitoksen suunnittelu, perustaminen ja niiden toiminnan hoitaminen. Kaikki tehtävät täytettiin taloudellisin perustein ja kilpaillen muiden jätehuoltolaitosten, esimerkiksi yksityisten jätealan yritysten kanssa. EBS kantoi yksin toiminnan tulosta koskevat riskit. Yhtiö-

sopimuksessa mikään ei viittaa siihen, että EBS:n olisi tyydytettävä yleisen edun mukaisia tarpeita ja että se ei harjoittaisi teollista tai kaupallista toimintaa.

12. Nykyään voimassa olevan, 12.9.1996 päivätyn EBS:n yhtiösopimuksen 10.2 kohdan perusteella Wienin kaupungin tarkastusvirasto on oikeutettu tarkastamaan juoksevien tilien numerotietojen paikkansapitävyyden, sääntöjenmukaisuuden, säästötoimenpiteiden noudattamisen, taloudellisuuden ja tarkoituksenmukaisuuden, samoin kuin tilinpäätöksen ja muut tiettyä ajankohtaa koskevat vastaavat selvitykset mukaan lukien tositteet ja muut asiakirjat. Sillä on niin ikään oikeus suorittaa toimitilojen ja -paikkojen katsastus ja ilmoittaa tarkastuksen tuloksista toimivaltaisille elimille sekä yhtiön osakkaille ja Wienin kaupungille.

3. *Wienin kaupungin kanssa tehdyt sopimukset*

13. EBS teki vuonna 1985 Wienin kaupungin kanssa vuokrasopimuksen, jonka perusteella se otti 1.1.1986 lähtien hoidettavakseen Wienin kaupungin pääpuhdistuslaitoksen toiminnan. Tämän sopimuksen mukaan Wienin kaupunki suoritti "asianmukaisin ja yhdenmukaisin perustein määritettävän vastikkeen, joka kattaa pääpuhdistuslaitoksen ja olemassa olevien jätteenkäsittelylaitosten kustannukset ja asianmukaisen pääomalle maksettavan koron." Vergabekontrollsenatin esittämien ja pääasian oikeudenkäynnin asianosaisten vahvistamien tietojen mukaan EBS ei harjoita jätevedenpuhdistusta koskevaa tehtäväänsä voittoa tavoitellen. Kyseessä on pikemminkin yksi EBS:lle annetuista huoltotehtävistä, joita se hoitaa kustannusten kattamista koskevan periaatteen mukaisesti. EBS ei siis hoida tätä tehtäväänsä kaupallisena toimintana. Yhtiösopimusta ei muutettu tämän tehtävän siirtämisen vuoksi.

14. Wienin kaupungin pääpuhdistuslaitoksen hoitaminen annettiin myöhemmin EBS:n tehtäväksi 8.7.1996 päivätyllä vuokrasopimuksella, joka korvasi vuoden 1985 sopimuksen. EBS sitoutui sen lisäksi tekemään hankkeeseen liittyvät viemärikanavat ja laajentamaan Wienin pääpuhdistuslaitosta ja EBS-laitoksia omissa nimissään ja omaan lukuunsa (sopimuksen I.2 kohta). Wienin kaupunki järjesti kuitenkin edelleen pääpuhdistuslaitoksen hoitamista varten tarvittavan henkilöstön (I.3 kohta). Wienin kaupunki sitoutui suorittamaan "asianmukaisen ja yhdenmukaisin perustein määritettävän vastikkeen, joka kattaa hoitokustannukset. Kaikki laitosten rakentamisesta ja hoitamisesta sekä hankkeeseen liittyvistä viemärikanavista aiheutuvat kulut korvataan vähennettyinä EBS:n niistä saamilla tuloilla" (IV.1 kohta).

15. Laitoksen toteutukselle ei asetettu mitään erityisvaatimuksia. Sopimuksen II ja III kohdan mukaan EBS:n on kuitenkin varmistettava pääpuhdistuslaitoksen tietynlainen toimintatapa, ilman että Wienin

kaupunki vaikuttaisi rakennustyön konkreettiseen toteuttamiseen.

16. Rakentamispäätöksestä ilmenee, että EBS on hakenut rakennusluvan. Tontin, jolle laitos rakennetaan, omistaa Wienin kaupunki. EBS on selittänyt ennakkoratkaisupyynnön liitteenä 8 olevassa 8.9.1999 päivätyssä kirjeessä seuraavaa: "Puhdistuslaitoksen laajennus on meidän omaisuuttamme. Puhdistuslaitoksen luovutuksesta on sovittu sen varalta, että Wienin kaupungin ja meidän väliset toistaiseksi voimassa olevat vuokra- ja laitoksenhoitosopimukset irtisanotaan. Siinä tapauksessa Wienin kaupungin on muun muassa lunastettava myös meidän puhdistuslaitoksemme vastiketta vastaan. Sen on maksettava meille puhdistuslaitoksesta senhetkisen arvon mukaan." Tällainen järjestely on Vergabekontrollsenatin mukaan yhteensopiva Itävallan oikeuden kanssa.

17. Vergabekontrollsenat katsoo, että Wienin kaupunki ei ole pyrkinyt EBS:n perustamisella ja puhdistuslaitoksen hoitamisen ja laajentamisen siirtämisellä EBS:lle kiertämään julkisia hankintamenettelyjä koskevien säännösten soveltamista. EBS perustettiin jo vuonna 1976. Pääpuhdistuslaitoksen hoitaminen annettiin sen tehtäväksi kuitenkin vasta vuonna 1986.

IV Ennakkoratkaisukysymykset

18. Vergabekontrollsenat on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettuna hankintaviranomaisena pidettävä myös sellaista oikeushenkilöä, joka, vaikka sitä ei ole nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita teollista tai kaupallista toimintaa harjoittamatta, nyttemmin kuitenkin tyydyttää tällaisia tarpeita?

2) Siltä varalta että Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH ei ole hankintaviranomainen: Tarkoitetaanko direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan a alakohdassa, luettuna yhdessä c alakohdan kanssa, julkista rakennusurakkaa koskevalla sopimuksella sellaista Wienin pääpuhdistuslaitoksen toisen biologisen puhdistusvaiheen suunniteltua rakentamista, joka annetaan ulkopuolisen yrityksen tehtäväksi tapaa määrittämättä hankintaviranomaisen asettamien vaatimusten mukaisesti?

3) Siltä varalta että vastaus ensimmäiseen tai toiseen kysymykseen on myöntävä: Onko sellainen kansallinen lainsäädäntö ristiriidassa direktiivin

89/665/ETY kanssa, jossa hankintaviranomaisen konkreettista päätöstä koskevan muutoksenhakumenettelyn osalta asetetaan määräaika, jonka noudattamatta jättäminen merkitsee sitä, että tätä päätöstä ei sopimuksentekomenettelyn kuluessa enää voida myöhemmin riitauttaa? Onko asianomaisen oikeutensa menettämisen uhalla vedottava jokaiseen puutteellisuuteen?

4) Siltä varalta että vastaus ensimmäiseen tai toiseen kysymykseen on myöntävä: Onko pidettävä riittävänä sitä, että hankintaviranomainen vahvistaa ehdokkaiden hakemusten arviointiperusteet julkiselle notaarille talletettavalla selvityksellä vai onko arviointiperusteet julkistettava jo hankintamenettelyä koskevassa ilmoituksessa[9] tai sitä koskevissa asiakirjoissa?"

V Asianosaisten ja muiden osapuolten väitteet ja niiden perustelut sekä kannanotto

1. *Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen*

19. Ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneet osapuolet eivät ole esittäneet epäilyksiä ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymisestä. Vergabekontrollsenat on kuitenkin perustellut yksityiskohtaisesti, miksi sillä on oikeus esittää ennakkoratkaisupyyntö, ja Itävallan hallitus on ottanut tähän kantaa. Molemmat viittaavat yhteisöjen tuomioistuimen Tirolin Vergabesenatin ennakkoratkaisupyyntöön antamaan vastaukseen ja katsovat, että ennakkoratkaisupyyntö on tutkittava. Kyseisessä asiassa julkisasiamies katsoi, että ennakkoratkaisupyyntö oli jätettävä tutkimatta,[10] mutta yhteisöjen tuomioistuin totesi ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottamista koskevien edellytysten täyttyvän.[11] Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen Wienin Vergabekontrollsenatin osalta yhteisöjen tuomioistuin ei ole vielä antanut tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymistä koskevaa ratkaisua. Tätä koskeva kysymys on tullut esiin myös asiassa C-92/00. Julkisasiamies Tizzano on kyseisessä asiassa 28.6.2001 antamassaan ratkaisuehdotuksessa pitänyt implisiittisesti lähtökohtana sitä, että Wienin Vergabekontrollsenatilla on oikeus esittää ennakkoratkaisupyyntö. Hän ei ole kuitenkaan ottanut asiaan nimenomaisesti kantaa. Kyseisessä asiassa ei ole vielä annettu tuomiota. Tästä syystä on asianmukaista ottaa tähän kysymykseen kantaa tässä asiassa.

20. Vakiintuneessa oikeuskäytännössään yhteisöjen tuomioistuin on ottanut ratkaistessaan sitä, onko ennakkoratkaisupyynnön esittänyt elin EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa (josta on tullut EY 234 artikla) tarkoitettu tuomioistuin, huomioon toimielimen lakisääteisyyden,

9 [] — Direktiivissä 93/37/ETY käytetään ilmaisua sopimusta koskeva ilmoitus.

10 — Julkisasiamies Saggion asiassa C-103/97, Köllensperger ja Atzwanger, 24.9.1998 antama ratkaisuehdotus (Kok. 1999, s. I-551, s. I-553, 25—30 kohta).

11 — Asia C-103/97, Köllensperger ja Atzwanger, tuomio 4.2.1999 (Kok. 1999, s. I-551, 22—25 kohta).

pysyvyyden, sen toimivallan pakottavuuden, kontradiktorisen menettelyn noudattamisen asioiden käsittelyssä, sen toimimisen oikeussääntöjen soveltajana ja sen riippumattomuuden. [12]

21. Vergabekontrollsenat on WLVergG:n 94 §:n 2 momentin mukaan ensimmäisenä ja ylimpänä oikeusasteena toimivaltainen tutkimaan hankintaviranomaisen sopimuksentekomenettelyssä tekemät ratkaisut. Näin ollen se on lakisääteinen toimielin ja sen toimivalta on pakottavaa. Se on myös pysyvä toimielin. Hankintaviranomaisen päätösten valvonta perustuu WLVergG:n säännöksiin, ja mikäli siinä ei ole asiasta erityissäännöksiä, WLVergG:n 94 §:n 3 momentin nojalla Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetziin ja Allgemeine Verwaltungsvollstreckungsgesetziin. Siitä, että Vergabekontrollsenat on riippumaton hallintoelimistä, säädetään WLVergG:n 94 §:n 2 momentissa, jonka mukaan sen päätöksiä ei voida muuttaa tai kumota hallintoteitse. WLVergG:n 95 §:n 4 momentissa säädetään lisäksi siitä, että sen jäsenet ovat riippumattomia eikä heille voida antaa viranhoitoa koskevia määräyksiä. WLVergG:n 95 §:n 6 momentissa vahvistetaan esteellisyyssäännökset, joiden merkitystä yhteisöjen tuomioistuin korosti erityisesti asiassa Köllensperger ja Atzwanger antamassaan tuomiossa. [13] Vergabekontrollsenatin ratkaisut annetaan 95 §:n 7 momentin mukaan kirjallisesti. Näiden seikkojen perusteella on todettava, että Vergabekontrollsenat täyttää ne vaatimukset, joita oikeuskäytännössä on asetettu sille, että kyseessä voisi olla EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa (josta on tullut EY 234 artikla) tarkoitettu tuomioistuin. Ennakkoratkaisupyyntö on näin ollen tutkittava.

2. *Ensimmäinen kysymys*

22. Vergabekontrollsenat tiedustelee ensimmäisellä kysymyksellään, onko direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettuna hankintaviranomaisena pidettävä myös sellaista laitosta, joka, vaikka sitä ei ole nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita eikä olemaan harjoittamatta teollista tai kaupallista toimintaa, nyttemmin kuitenkin tyydyttää tällaisia tarpeita.

a) Asianosaisten ja muiden osapuolten väitteet ja niiden perustelut

23. Universale, Bietergemeinschaft ja Itävallan hallitus katsovat, että EBS on direktiivissä tarkoitettu hankintaviranomainen. Näkemys perustuu niihin tehtäviin, joita laitoksella tosiasiallisesti oli tarjouskilpailun ja urakkasopimuksen tekemisen ajankohtana, eikä sen yhtiösopimukseen. Bietergemeinschaft vetoaa näkemystään tukeakseen tähänastiseen oikeuskäytäntöön, josta ilmenee, että tämä käsite on ymmärrettävä toiminnalliseksi

12 — Vrt. edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Köllensperger ja Atzwanger annetun tuomion 17 kohta ja siinä mainittu oikeuskäytäntö; asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. I-4961, 23 kohta).

13 — Edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Köllensperger ja Atzwanger annetun tuomion 22 kohta.

käsitteeksi. Bietergemeinschaftin ja Itävallan hallituksen mukaan perusteella "nimenomaisesti perustettu" ei viitata perustamisajankohtaan, vaan siinä on otettava huomioon myöhemmin tapahtuneet tosiasialliset muutokset. Tämä voi tapahtua myös aikaisemman tehtävänmäärittelyn muutoksella tai uusien tehtävien määrittelyllä. Muussa tapauksessa direktiivin 93/37/ETY säännökset voitaisiin helposti kiertää siten, että yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämistä ei annettaisi tähän tarkoitukseen perustettavan uuden oikeushenkilön tehtäväksi, vaan jo olemassa olevalle, aiemmin muita tehtäviä hoitaneelle laitokselle. Bietergemeinschaft ehdottaa, että peruste olisi ymmärrettävä siten, että sillä tarkoitetaan "omistajien tiettyä tarkoitusta varten perustamaa" laitosta.

24. EBS ja komissio ovat sitä vastoin sitä mieltä, että EBS ei ole direktiivissä tarkoitettu hankintaviranomainen. EBS toteaa aluksi, että se perustettiin vuonna 1976 huolehtimaan ongelmajätteen hävittämisestä kaupallisena toimintana. Sen oli kannettava taloudellinen vastuu omasta yritystoiminnastaan. Vasta 10 vuotta EBS:n perustamisen jälkeen sille annettiin yleisen edun mukainen tehtävä eli jätevesihuolto, jota se hoiti kustannusten kattamista koskevan periaatteen mukaisesti. Sitä ei kuitenkaan perustettu tätä tarkoitusta varten. Arvioitaessa sitä, onko se direktiivissä 93/37/ETY tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos, direktiivin 1 artiklan ja myös tähänastisen oikeuskäytännön perusteella perustamisajankohta on ratkaiseva. Myöhempi yleisen edun mukaisten tehtävien ottaminen ei muuta sen asemaa, koska se edelleen harjoittaa myös kaupallista toimintaa. Hankintaviranomaisen käsitteen tulkitseminen pääasian valittajien ehdottamalla tavalla olisi ristiriidassa direktiivin sanamuodon kanssa. Sen kanssa olisi mahdollisesti yhdenmukainen vielä sellainenkin tulkinta, jonka mukaan laitosta on pidettävä hankintaviranomaisena vain siltä osin kuin kysymyksessä ovat yleisen edun mukaiset tehtävät, mutta ei sen kaupallinen toiminta. EBS ehdottaa tältä osin jakoa sen perusteella, mitä tehtäviä laitos kulloinkin hoitaa. Komissio viittaa vielä siihen, että yhtiön toiminta-ajatuksen muuttamista ei ole vahvistettu muuttamalla yhtiösopimuksessa yhtiön toimialaa eikä lainsäädännössä tehdyllä muutoksella.

25. Alankomaiden hallitus vetoaa Bietergemeinschaftin tapaan toiminnalliseen tulkintaan, jota oikeuskäytännössä sen mielestä on sovellettu hankintaviranomaisen käsitteeseen. Se tekee tämän perusteella sen päätelmän, että yksityisoikeudellista laitosta, jota ei ole perustettu tällaista erityistarkoitusta varten mutta joka kuitenkin hoitaa yleisen edun mukaisia tehtäviä, on pidettävä direktiivissä 93/37/ETY tarkoitettuna hankintaviranomaisena. Komission tavoin sekin kuitenkin edellyttää, että tämä seikka voidaan todeta objektiivisella tavalla. Se huomauttaa, että direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa ei viitata asianomaisen laitoksen tehtävien oikeudelliseen perustaan. Nyt käsiteltävässä asiassa ei voida sen mielestä todeta objektiivisella tavalla, että EBS tyydyttäisi yleisen edun mukaisia tarpeita teollista tai kaupallista toimintaa harjoit-

tamatta. Wienin kaupungin (joka on hankintaviranomainen) kanssa tehty sopimus merkitsee pikemminkin julkisen toimeksiannon hoitamista tai toimiluvan antamista. Näiden seikkojen pohjalta on joka tapauksessa tutkittava, onko tarjouskilpailumenettely ollut asianmukainen menettelytapa.

b) Kannanotto

26. Ensimmäinen kysymys koskee direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa käytetyn julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen määrittelemistä. Kaikki oikeudenkäynnin osapuolet ovat yhtä mieltä siitä, että EBS on rajavastuuyhtiönä erillinen oikeushenkilö ja että se on suurimmaksi osaksi Wienin kaupungin eli alueellisen viranomaisen määräysvallassa.

27. Riidanalaista on ainoastaan se, täyttääkö EBS myös kolmannen lainsäädännön mukaisen määritelmän edellytyksen eli onko EBS nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita teollista tai kaupallista toimintaa harjoittamatta. Oikeudenkäynnin osapuolet ovat yhtä mieltä siitä, että EBS hoitaa pääpuhdistuslaitosta käyttäessään tosiasiallisesti yleisen edun mukaista tehtävää. Kun otetaan huomioon asiassa BFI Holding annettu tuomio, jossa kotitalousjätteen noutamista ja käsittelemistä pidettiin yleisen edun mukaisena tehtävänä,[14] tähän näkemykseen on yhdyttävä. Koska Wienin kaupunki korvaa EBS:lle tästä tehtävästä aiheutuvat kulut, eikä EBS:lle aiheudu näin ollen kuluriskejä, kyseessä on myös muu kuin kaupallinen toiminta,[15] mitä myös ennakkoratkaisupyynnön esittänyt Vergabekontrollsenat pitää lähtökohtana.

28. On kuitenkin kiistanalaista, voidaanko EBS katsoa olevan "nimenomaisesti perustettu" tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita teollista tai kaupallista toimintaa harjoittamatta. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen Vergabekontrollsenatin mukaan EBS perustettiin vuonna 1976 huolehtimaan ongelmajätteistä kaupallisena toimintana. Yhtiösopimukseen ei sen alkuperäisessä muodossa sisältynyt mitään viitteitä siitä, että EBS olisi perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita teollista tai kaupallista toimintaa harjoittamatta. Jos siis nojaudutaan yksinomaan yhtiösopimukseen siinä muodossa, jossa se oli EBS:ää perustettaessa, EBS ei näin ollen täytä direktiivissä 93/37/ETY julkisoikeudelliselle laitokselle asetettuja edellytyksiä.

14 — Asia C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-6821).

15 — Vrt. tämän edellytyksen osalta yhdistetyissä asioissa C-223/99 ja C-260/99, Agorà ja Excelsior, 30.1.2001 antamani ratkaisuehdotus (Kok. 2001, s. I-3605, s. I-3607, 57 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

29. Puhdistuslaitoksen hoitaminen siirtyi EBS:lle vasta vuonna 1986. EBS:n yhtiösopimukseen sisältyvää yhtiön toimialaa koskevaa tietoa ei kuitenkaan muutettu tämän toiminnan laajentumisen vuoksi. Myöhemminkään, erityisesti vuonna 1996, jolloin EBS sopi Wienin kaupungin kanssa puhdistuslaitoksen laajentamisesta, jonka yhteydessä pääasian oikeudenkäynti pantiin vireille, yhtiösopimukseen sisältyvää yhtiön toimialaa koskevaa tietoa ei muutettu. Jos siis asianmukaisena lähtökohtana tässä käsiteltävän kysymyksen ratkaisemiseksi pidettäisiin yksinomaan yhtiösopimusta, EBS:ää ei voitaisi pitää direktiivissä 93/37/ETY tarkoitettuna hankintaviranomaisena.

30. Yhtiösopimusta tarkastelemalla saatu lopputulos vaikuttaa kuitenkin epäilyttävältä sen tosiseikan valossa, että EBS on tosiasiallisesti hoitanut vuodesta 1986 yleisen edun mukaisia tehtäviä kaupallista toimintaa harjoittamatta. Pääasian valittajat ja Itävallan hallitus vetoavat tästä syystä julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen "toiminnalliseen" tarkastelutapaan ja ehdottavat, että tämä EBS:n toimialan myöhempi tosiasiallinen muuttaminen otettaisiin huomioon ja että EBS:ää pidettäisiin julkisoikeudellisena laitoksena yhtiösopimuksen määräyksistä riippumatta.

31. Yhteisöjen tuomioistuin on tutkinut perustetta, joka koskee laitoksen nimenomaista perustamista siinä tarkoituksessa, että se tyydyttää yleisen edun mukaisia tarpeita, tähän mennessä erityisesti kahden oikeudenkäynnin yhteydessä. Näitä ovat asia C-44/96, Mannesmann, jossa oli kyseessä Itävallan valtion painatuskeskus, ja asia C-360/96, BFI Holding. Asiassa C-44/96 antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin nojautui painatuskeskuksen perustamisasiakirjaan, joka on liittovaltion laki Bundesgesetz über die Österreichische Staatsdruckerei. Painatuskeskuksen oikeudellisen perustan tarkastelun jälkeen yhteisöjen tuomioistuin otti kuitenkin huomioon myös tosiasiallisen tilanteen eli sen, että painatuskeskus oli myöhemmin ottanut itselleen myös muita eli kaupallisia tehtäviä. Yhteisöjen tuomioistuin totesi siinä yhteydessä, että niin kauan kuin laitos jatkaa tehtävistään huolehtimista erityisten velvoitteidensa mukaisesti, se ei lakkaa olemasta julkisoikeudellinen laitos vain siitä syystä, että se hoitaa muitakin tehtäviä. [16] Kehittäessään tätä oikeuskäytäntöä edelleen asiassa C-360/96 yhteisöjen tuomioistuin totesi, että se ei myöskään vaikuta asiaan, että yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttäminen on vain vähämerkityksinen osa laitoksen hoitamista tehtävistä, mikäli se edelleen kuitenkin hoitaa tällaisiakin tehtäviä. [17]

32. Tämän oikeuskäytännön perusteella on tehtävä aluksi kaksi päätelmää. Ensinnäkin tämän oikeuskäytännön mukaan ei pidä pysähtyä tarkastelemaan yksinomaan perustamisajankohtaa vaan myös laitoksen myöhempi kehitys on otettava huomioon. Toiseksi ei pidä ottaa huomioon ainoastaan hoidettavien tehtävien oikeudellisia muu-

16 — Tuomion 25 ja 26 kohta.

17 — Edellä alaviitteessä 14 mainitussa asiassa BFI Holding annetun tuomion 55 kohta.

toksia vaan huomioon on otettava myös tosiasialliset muutokset. Tästä syystä on merkityksetöntä, että vuonna 1976 tehdyssä alkuperäisessä yhtiösopimuksessa ei ole mitään viittausta siihen, että EBS olisi nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita. Perustamisajankohdan tilanne ei ole ratkaiseva, vaan myöhempi kehitys on otettava huomioon. Myöskään se, että EBS:n yhtiösopimusta ei myöhemmin muutettu, ei merkitse sitä, että sitä ei tästä huolimatta voitaisi pitää julkisoikeudellisena laitoksena. EBS:n tilannetta määritettäessä on otettava huomioon se, että se on myöhemmin tosiasiallisesti ottanut hoitaakseen puhdistuslaitoksen ja sen laajennuksen.

33. Mainittujen tuomioiden perusteella myöskään se, että EBS huolehtii puhdistuslaitoksen lisäksi edelleen myös kaupallisesti ongelmajätteistä, ei merkitse sitä, että sitä ei voitaisi pitää direktiivissä 93/37/ETY tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena. EBS voi hoitaa samanaikaisesti toisaalta kaupallisia tehtäviä ja toisaalta yleisen edun mukaisia tehtäviä kaupallista toimintaa harjoittamatta. Asiaan ei vaikuta se, että EBS hoitaa lähinnä yleisen edun mukaisia tehtäviä. Se, missä määrin muuta kuin kaupallista toimintaa ja kaupallista toimintaa harjoitetaan, ei vaikuta siihen, miten laitos luokitellaan. [18]

34. Yhteisöjen tuomioistuin on tältä osin todennut, että se, että laitoksen katsotaan olevan julkisoikeudellinen laitos, pätee kaikkeen laitoksen harjoittamaan toimintaan. [19] Tätä oikeuskäytäntöä on noudatettava. Asianomaisen laitoksen luokittelemisessa on noudatettava oikeusvarmuuden periaatetta. Luokitteleminen kulloinkin hoidettavien tehtävien mukaan on ristiriidassa kyseisen periaatteen kanssa. EBS:n toissijaisesti esittämä ehdotus, jonka mukaan sitä olisi pidettävä hankintaviranomaisena vain siltä osin kuin se hoitaa puhdistuslaitosta, on näin ollen hylättävä oikeuskäytännön vastaisena.

35. On tosin muistettava, että toisin kuin nyt käsiteltävässä asiassa, asiassa C-44/96 oli kyseessä yritys, joka oli aluksi kiistatta nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita teollista tai kaupallista toimintaa harjoittamatta. Kaupallinen toiminta liitettiin näihin tehtäviin vasta myöhemmin. EBS:n tilanne oli juuri päinvastainen. Se perustettiin harjoittamaan kaupallista toimintaa, ja se on vasta myöhemmin ottanut yleisen edun mukaisia muita kuin kaupallisia tehtäviä. Tästä syystä on tutkittava, voiko yritys muuttua myöhemmin hankintaviranomaiseksi.

36. Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan sanamuodon perusteella tällaista mahdollisuutta ei ainakaan ensi arviolta ole olemassa. Siinä edellytetään

18 — Edellä alaviitteessä 14 mainitussa asiassa BFI Holding annetun tuomion 56 kohta.

19 — Asia C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-73, 32 kohta).

nimenomaisesti, että asianomainen laitos on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita. Tästä syystä olisi tarkasteltava perustamisajankohdan tilannetta, kuitenkin ainakin perustamisasiakirjaa. On kuitenkin kiistatonta, että EBS:ää ei ole perustettu nimenomaisesti hoitamaan kaupungin puhdistuslaitosta eikä tätä tarkoitusta ole millään tavoin myöhemminkään otettu yhtiöjärjestykseen, kun EBS on ottanut tämän tehtävän tosiasiallisesti hoitaakseen.

37. Tässä yhteydessä on yhdyttävä Alankomaiden hallituksen näkemykseen siitä, että direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan sanamuoto ei merkitse sitä, että oikeudellinen tarkastelu olisi rajoitettava laitoksen perustamisasiakirjaan. Se, mitä tarkoitusta varten laitos on perustettu, voi ilmetä muistakin lähteistä. [20]

38. Alankomaiden hallituksen ja komission tavoin on ainoastaan edellytettävä, että todetaan objektiivisella tavalla, että laitos on nimenomaisesti olemassa — ei siis yksinomaan perustettu, sillä myöhäisempi kehityshän on otettava huomioon — tyydyttääkseen yleisen edun mukaisia tarpeita teollista tai kaupallista toimintaa harjoittamatta.

39. EBS:lle on annettu yleisen edun mukaisia tehtäviä Wienin kaupungin kanssa tehdyllä sopimuksella. Sopimus on objektiivinen seikka, joka on objektiivisen tutkijan tarkasteltavissa yhtä hyvin kuin yhtiösopimus tai säädös. Ei siis ole mitään perustetta sille, että tähän sopimukseen tai tarkemmin ilmaistuna kumpaankaan EBS:n ja Wienin kaupungin välillä vuosina 1986 ja 1996 tehtyyn sopimukseen ei pitäisi tukeutua määritettäessä EBS:n toiminnan tarkoitusta. Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan sanamuodon perusteella tarkastelua ei rajoiteta pelkästään laitoksen perustamisasiakirjaan, kuten edellä on todettu. Kun direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohtaa tulkitaan tällä tavoin, voidaan lähtökohtana pitää sitä, että EBS on kyseisessä säännöksessä tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos.

40. Myös seuraavat seikat puhuvat sen puolesta, että ei pidä keskittyä yksinomaan perustamisasiakirjaan. Julkisia hankintoja koskevien säännösten soveltaminen ei voi riippua yhtiöoikeudellisista asiakirjoista kuten yhtiösopimuksesta. Se, kuvastaako yhtiösopimus yhtiöoikeudellisesti asianmukaisella tavalla yhtiön tarkoitusta perustamisajankohtana tai onko sitä mahdollisesti muutettu tosiasiallisesti muuttuneiden olosuhteiden mukaan, on puhtaasti yhtiöoikeudellinen ongelma. Tähän kysymykseen ei voida puuttua tulkittaessa julkisia hankintoja koskevia oikeussääntöjä. Muutoin näiden säännösten soveltaminen jätettäisiin yhtiömiesten ratkaistavaksi. Näin ollen on edellytettävä, että laitosta luokiteltaessa ei oteta huomioon yksinomaan perustamisasiakirjaa tai yhtiöjärjestystä sellaisena kuin ne olivat voimassa laitosta perustettaessa vaan kaikki objektiivisesti tarkasteltavissa olevat seikat, joihin voi kuulua myös EBS:n ja Wienin kaupungin tekemän kaltainen sopimus.

20 — Edellä alaviitteessä 14 mainitussa asiassa BFI Holding annetun tuomion 62 kohta).

41. Välipäätelmänä on todettava, että direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan sanamuotoa tarkastelemalla ei voida vastata esitettyyn kysymykseen yksiselitteisesti.

42. Myöskään direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan ja koko direktiivinkään systematiikka eivät johda pidemmälle etsittäessä vastausta tässä esitettyyn kysymykseen.

43. Säännöksen syntyhistoria puhuu sen puolesta, että EBS:ää olisi pidettävä julkisoikeudellisena laitoksena. Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan mukainen määritelmä lisättiin Euroopan parlamentin aloitteesta. Komissio oli puhunut ehdotuksessaan yksinomaan "oikeushenkilöistä" julkisoikeudellisten laitosten sijasta.[21] Jotta rakennusurakoita koskevaa direktiiviä olisi voitu soveltaa mahdollisimman kattavasti, parlamentti lisäsi käsitteen "julkisoikeudellinen elin",[22] joka muutettiin myöhemmin "laitokseksi". Lainsäädännössä esitetyllä määritelmällä oli tarkoitus korvata kuvaukset, joista oli säädetty direktiivin 71/305/ETY 1 artiklan b alakohdassa ja joilla vahvistettiin harkintaviranomaisen käsitteen soveltamisala. Sillä pyrittiin varmistamaan direktiivin aukoton soveltaminen.[23] Tarkoituksena oli laajentaa direktiivin soveltamisalaa koskemaan myös sellaisia kolmansien osapuolten toteuttamia rakennustöitä, jotka välittömästi tai välillisesti rahoitetaan kokonaan tai osittain julkisista varoista.[24]

44. Wienin kaupungin on 8.7.1996 tehdyn sopimuksen IV.2 kohdan mukaan määrä korvata puhdistuslaitoksen laajentamisesta aiheutuvat kulut välillisesti EBS:lle, kuten EBS itsekin myöntää. Kun otetaan huomioon päämäärä, jota lainsäätäjä on säädöksessä esitettyä määritelmää muotoillessaan tavoitellut, eli se, että kaikki julkisista varoista rahoitettavat hankkeet katsottaisiin julkisiksi hankinnoiksi, on siten asianmukaista pitää EBS:ää direktiivin 93/37/ETY 1 artiklassa tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena.

45. Tämä päätelmä vastaa myös direktiivin 93/37/ETY tarkoitusta. Direktiivin toisen perustelukappaleen mukaan direktiivillä 93/37/ETY pyritään toteuttamaan samanaikaisesti julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvä sijoittautumisvapaus ja palvelujen tarjoamisen vapaus. Direktiivillä pyritään estämään kotimaisten tarjoajien tai ehdokkaiden suosiminen urakkasopimuksia tehtäessä ja siten edistämään sisämarkkinoiden luomista rakennusalalla. Arvioitaessa edellytyksiä sille, onko kyseessä julkisoikeudellinen laitos, ratkaisevaa on se, onko olemassa se vaara,

21 — Ehdotus julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta annettavaksi neuvoston direktiiviksi, KOM(86) 679 lopullinen, 23.12.1986, s. 6 ja 22.

22 — Muutosehdotus nro 4, talous-, valuutta- ja teollisuuspoliittisen valiokunnan kertomus, Euroopan parlamentin istuntoasiakirjat, 1988—89, asiakirja A 2 - 37/88, s. 6 sekä perustelut, s. 31.

23 — Vrt. edellä mainittu mietintö, perustelut, s. 31.

24 — Vrt. esittelijä Beumerin esitys Euroopan parlamentin 17.5.1988 pidetyssä istunnossa, Euroopan parlamentin neuvottelut, 17.5.1988, nro 2-365, s. 83.

että laitos toimii urakkasopimuksia koskevia päätöksiä tehdessään muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta.[25] Mikäli näin on, sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden toteutuminen vaarantuu, vaikka direktiivin soveltamisella julkisiin hankintoihin pyritään nimenomaan niiden toteuttamiseen.[26] Viime kädessä on näin ollen ratkaistava, kantaako laitos taloudellisen riskin omasta toiminnastaan.[27] Mikäli näin on, sijoittautumisvapauden ja palvelujen vapaan liikkuvuuden toteutuminen ei vaarannu, mutta mikäli näin ei ole, on tarpeen soveltaa julkisia hankintoja koskevia direktiivejä ja suojeltava sillä tavoin perusvapauksia.

46. Wienin kaupungin kanssa vuonna 1996 tehdyn sopimuksen mukaan EBS ei kanna taloudellista riskiä puhdistuslaitoksen hoitamisesta eikä myöskään sovitusta laajennuksesta. Laajennus piti tosin toteuttaa EBS:n omissa nimissä ja omaan lukuun (vrt. 8.7.1996 tehdyn sopimuksen I.2 kohta). Sopimuksen IV.1 kohdan mukaan Wienin kaupungin suorittamalla vastikkeella oli tarkoitus korvata " — — kaikki laitosten rakentamisesta ja hoitamisesta sekä hankkeeseen liittyvistä viemärikanavista aiheutuvat kulut — — vähennettyinä EBS:n niistä saamilla tuloilla". Koska Wienin kaupunki rahoittaa laajennustyöt, on olemassa se vaara, että EBS ratkaisee rakennusurakkaa koskevan tarjouskilpailun muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta. Näin ollen sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta on suojeltava direktiiviä 93/37/ETY soveltamalla.

47. Kun otetaan huomioon edellä mainittu direktiivin tarkoitus, tapausta, jossa laitos on perustettu kaupallisiin tarkoituksiin ja jossa tämä on myöhemmin ottanut muita kuin kaupallisia tehtäviä, ei voida käsitellä eri tavoin kuin edellä mainittuja yhteisöjen tuomioistuimen jo ratkaisemia asioita Mannesmann ja BFI Holding, joissa kumpikin laitos hoiti toimintansa alkuvaiheessa yleisen edun mukaisia tehtäviä kaupallista toimintaa harjoittamatta ja otti vasta myöhemmin kaupallisia tehtäviä hoitaakseen. Perusvapauksille aiheutuvan vaaran syntymishetkellä ei ole merkitystä. Merkitsevää on yksinomaan se, että näitä vapauksia koskeva vaara on olemassa.

48. Tämän näkemyksen puolesta puhuu kuitenkin ennen kaikkea se, että vain tällä tavoin voidaan yleisesti estää julkisia hankintoja koskevien oikeussääntöjen kiertämisvaara. Mikäli ratkaisevaa olisi se, mitä tehtäviä aluksi hoidetaan, julkisia hankintoja koskevien säännösten soveltaminen voitaisiin helposti kiertää siten, että ensin perustettaisiin laitos, joka harjoittaa kaupallista toimintaa ja joka vasta myöhem-

25 — Asia C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001 (Kok. 2001, s. I-939, 42 kohta) ja asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8035, 17 kohta).

26 — Edellä alaviitteessä 25 mainitussa asiassa C-237/99, komissio v. Ranska, annetun tuomion 41 kohta; edellä alaviitteessä 25 mainitussa asiassa C-380/98, University of Cambridge, annetun tuomion 16 kohta.

27 — Vrt. edellä alaviitteessä 15 mainituissa yhdistetyissä asioissa Agorà ja Excelsior annetun ratkaisuehdotuksen 71 kohta.

min ryhtyisi hoitamaan muuta kuin kaupallista toimintaa. Tällainen muutoin mahdollinen kiertäminen on estettävä, mikäli julkisia hankintoja koskevista säännöksistä pyritään tekemään käytännössä tehokkaita. Muussa tapauksessa direktiivi menettäisi tarkoituksensa.

49. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on kylläkin pyynnössään sulkenut nimenomaisesti pois sen mahdollisuuden, että Wienin kaupunki olisi nyt käsiteltävässä asiassa pyrkinyt kiertämään oikeussääntöjä. Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan tulkinta ei kuitenkaan voi riippua siitä, sisältyykö ennakkoratkaisupyynnön taustalla olevaan tilanteeseen käytännössä säännösten kiertämistä koskeva vaara. Yhteisöjen tuomioistuin päättää ennakkoratkaisumenettelyssä yhteisön oikeuden tulkinnasta, jolla on merkitystä yksittäistä tapausta laajemmalti.

50. Edellä esitetyn perusteella on todettava, että se, että laitos ottaa tosiasiallisesti hoitaakseen yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämisen objektiivisesti todennettavissa olevien seikkojen kuten sopimuksen tekemisen perusteella, on rinnastettava siihen, että se on perustettu nimenomaisesti tällaista tarkoitusta varten. Tästä syystä ensimmäiseen kysymykseen ehdotetaan seuraavaa vastausta:

Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettuna hankintaviranomaisena on pidettävä myös sellaista oikeushenkilöä, joka, vaikka sitä ei ole nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, myöhemmin kuitenkin tosiasiallisesti tyydyttää tällaisia tarpeita, mikäli tällaisten tehtävien siirtäminen perustuu objektiivisesti todennettavissa oleviin seikkoihin.

3. *Toinen kysymys*

51. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tiedustelee toisella kysymyksellään, onko suunniteltu puhdistuslaitoksen laajennus julkinen rakennusurakka. Se on esittänyt tämän kysymyksen ainoastaan sen varalta, että EBS:ää ei ole pidettävä direktiivissä 93/37/ETY tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena. Koska tähän kysymykseen on edellä kuitenkin vastattu myöntävästi, toista kysymystä koskevat näkemykset esitetään vain toissijaisesti sen varalta, että yhteisöjen tuomioistuin ei noudata ensimmäisen kysymyksen osalta esitettyä ratkaisuehdotusta eikä pidä EBS:ää direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena.

a) Asianosaisten ja muiden osapuolten väitteet ja niiden perustelut

52. Bietergemeinschaft ja Itävallan hallitus katsovat, että kyseessä on julkinen rakennusurakka. Tämän näkemyksen puolesta puhuu ensinnäkin se, että kyseessä on

kunnallisen puhdistuslaitoksen rakentaminen kunnan tontille. Vuokrasopimuksen irtisanomisen yhteydessä kunnan on lisäksi otettava laitos hoidettavakseen. Rakentaminen tapahtuu siltä osin hankintaviranomaisen (Wienin kaupunki) ilmoittamin edellytyksin, että puhdistuslaitoksen laajentaminen palvelee sellaisten yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämistä, joiden tyydyttämiseen Wienin kaupungilla on intressi. Lisäksi puhdistuslaitoksen toimintaperiaatteet on määrätty tietynlaisiksi, koska uudisrakennuksen on sovittava yhteen olemassa olevan laitoksen kanssa.

53. EBS sitä vastoin katsoo, että kyseessä ei ole julkinen rakennusurakka. EBS on hoitanut laajennustyöt omissa nimissään ja omaan lukuun. Wienin kaupunki ei myöskään vaikuta millään tavoin laajennustöiden käytännön toteuttamiseen eikä itse hankintamenettelyyn. EBS tekee yksin puhdistuslaitoksen teknistä ja rakennusteknistä toteuttamista koskevat ratkaisut. Lopuksi se toteaa, että laajennuskulujen korvaaminen tapahtuu vain välillisesti puhdistuslaitoksen hoitamiseen yleisesti sovellettavien sopimusten mukaisesti.

54. Myöskään komission mielestä kyseessä ei ole julkinen rakennusurakka, josta tehtäisiin sopimus EBS:n välityksellä. Tällainen urakka voisi nyt käsiteltävässä asiassa olla olemassa vain Wienin kaupungin ja EBS:n välillä. Komissio katsoo kuitenkin, että jäteveden puhdistaminen, jonka EBS on ottanut tehtäväkseen ja jonka yhteydessä puhdistuslaitosta laajennetaan, on palvelu eikä rakennusurakka, ja ehdottaa siten, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastattaisiin kieltävästi.

55. Alankomaiden hallitus ottaa kysymykseen kantaa vain yleisellä tasolla. Ratkaiseva peruste vastattaessa kysymykseen, onko kyseessä julkinen rakennusurakka, on se, onko hankintaviranomainen asettanut erityisiä vaatimuksia, ja rakennuksesta on tultava hankintaviranomaisen omaisuutta. Lisäksi julkinen rakennusurakka on aina toteutettava hankintaviranomaisen erityisen toimeksiannon perusteella.

b) Kannanotto

56. Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan a alakohdassa olevan määritelmän mukaan "julkisia rakennusurakoita koskevilla sopimuksilla" tarkoitetaan "rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty urakoitsijan ja b alakohdassa tarkoitetun hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on johonkin liitteessä II tarkoitettuun toimialaan liittyvän rakennustyön tai c alakohdassa tarkoitetun rakennusurakan toteuttaminen tai sekä sen toteuttaminen että suunnittelu taikka hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset täyttävän rakennusurakan toteuttaminen millä tahansa tavalla". Ennakkoratkaisukysymyksen tutkimiseksi on vielä oletettava, että EBS on kyseisessä säännöksessä tarkoitettu urakoitsija eikä — toisin kuin ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen

yhteydessä on todettu — hankintaviranomainen. Asian kannalta merkityksellinen kirjallinen sopimus on Wienin kaupungin eli alueellisen viranomaisen ja siten direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b kohdassa tarkoitetun hankintaviranomaisen kanssa tehty sopimus, jossa EBS sitoutui vuonna 1996 laajentamaan vuokraamaansa ja hoitamaansa puhdistuslaitosta. Sopimuksen IV kohdan mukaan Wienin kaupunki sitoutuu suorittamaan EBS:lle asianmukaisen ja yhdenmukaisin perustein määritetyn vastikkeen laitoksen hoitamisesta sekä vastaamaan laajennuksesta aiheutuvista kuluista, joten kyseessä on myös vastikkeellinen sopimus.

57. Ennakkoratkaisukysymys koskee vain sitä, tarkoitetaanko sopimuksella rakentamista, joka annetaan "ulkopuolisen yrityksen tehtäväksi tapaa määrittämättä hankintaviranomaisen asettamien vaatimusten mukaisesti — — ". Pääasian asianosaisten välillä on riidanalaista se, onko sopimuksen kohteena rakennustyön suorittaminen, samoin kuin se, suoritetaanko rakennustyö Wienin kaupungin asettamien vaatimusten mukaisesti.

58. Komissio epäilee sitä, onko sopimuksen kohteena rakennustyön suorittaminen, ja katsoo, että kyseessä on pikemminkin palvelun suorittamista koskeva sopimus. Tähän on todettava, että sopimuksen I.2 kohdan mukaan EBS sitoutuu laajentamaan Wienin kaupungin pääpuhdistuslaitosta. Sopimuksen II.1 kohdan mukaan se sitoutuu lisäksi puhdistamaan kaiken jäteveden, huolehtimaan puhdistuslietteestä sekä käsittelemään kaiken Wienin kaupungin toimittaman ongelmajätteen. Direktiivin 92/50/ETY [28] liitteessä I A olevan 16 luokan mukaan jätteistä ja jätevesistä huolehtiminen ovat direktiivin 92/50/ETY 8 artiklassa tarkoitettuja palveluja, joita koskee erityinen sopimustentekomenettely. Kun otetaan huomioon EBS:n II.1 kohdan perusteella antamat sitoumukset, vuoden 1996 sopimus ei siis ole rakennusurakka.

59. On siis pohdittava sitä, voidaanko sitä vastoin I.2 kohtaan perustuvaa velvoitetta, jonka mukaan olemassa olevaa laitosta on laajennettava, pitää direktiivissä 93/37/ETY tarkoitettuna rakennusurakkana. Kyseinen velvoite koskee kylläkin rakennustyön suorittamista. Se on kuitenkin toteutettava Wienin kaupungin asettamien vaatimusten mukaisesti. Tämän puolesta puhuu se, että laajennustyötä kuvataan ainakin sen toiminnan kannalta. Laitoksen on kyettävä puhdistamaan kaikki jätevedet 18 m^3:iin/s saakka (II.1 kohta). Sen tueksi, että kyseessä on sopimus rakennustyön suorittamisesta Wienin kaupungin asettamien vaatimusten mukaisesti, voidaan lisäksi esittää, että siinä laajennetaan kunnallista pääpuhdistuslaitosta eli laitosta, jonka toiminnasta Wienin kaupunki viime kädessä vastaa sen julkisen palvelutoiminnan puitteissa. Tämä vastuu ilmenee kuluista vastaamisena (IV kohta),

28 — Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1).

toimintaa varten tarvittavan henkilöstön hankkimisena (I.3 kohta) sekä siinä, että kunnan on lunastettava laitos vuokrasopimuksen päättyessä (vrt. ennakkoratkaisupyynnössä siteerattu EBS:n 8.9.1996 päivätty lausuma).

60. Vuoden 1996 sopimuksessa määrätään kylläkin yksinomaan yhdestä laajennettavan laitoksen toimintatavasta eli siitä, että kapasiteetin on oltava 18 m^3/sek. Sopimukseen ei kuitenkaan sisälly mitään tietoja käytännön seikoista, erityisesti teknisestä ja rakennusteknisestä toteutuksesta. On vähintään kyseenalaista, riittääkö yksistään tämä, jotta voidaan puhua rakennustyön suorittamisesta hankintaviranomaisen asettamien vaatimusten mukaisesti. Lisättäköön vielä, että tarvittavia rakennustöitä koskeneet sopimukset tehdään EBS:n nimissä ja sen lukuun (sopimuksen I.2 kohta). Ei vaikuta siltä, että Wienin kaupunki vaikuttaisi millään tavoin sopimusvelvoitteiden laatimiseen tai yksittäisten tarjouskilpailujen ratkaisemiseen, eli se ei voi täsmentää yleisiä kapasiteettia koskevia määräyksiä hankintamenettelyn myöhemmässä vaiheessa. Asiassa C-331/92 sekä julkisasiamies ratkaisuehdotuksessaan että yhteisöjen tuomioistuin tuomiossaan korostivat sitä, että suoritettavat rakennustyöt on yksilöitävä tarkasti, jotta kyseessä voi olla rakennusurakka. [29] Vuonna 1996 tehtyyn sopimukseen ei kuitenkaan sisälly minkäänlaista työnkuvausta vaan siinä kuvataan ainoastaan saavutettava tulos. Tämän perusteella ei voida katsoa, että kyseessä olisi julkista rakennusurakkaa koskeva sopimus.

61. Täydellisyyden vuoksi on vielä huomautettava, että vaikka rakennuskohteen määräämistä haluttaisiinkin pitää riittävänä perusteena, on tutkittava vielä yksi seikka: kuten edellä todettiin, vuonna 1996 tehtyyn sopimukseen sisältyy myös palvelujen suorittamista koskevaan sopimukseen liittyviä piirteitä. Direktiivin 92/50/ETY 16. perustelukappaleen mukaan direktiivistä 71/305/ETY seuraa, että " — — sopimusta pidetään julkista rakennusurakkaa koskevana sopimuksena vain, jos sen kohteena on rakennusurakan suorittaminen; jos tällainen rakennusurakka on merkitykseltään toissijainen, eikä sopimuksen varsinainen kohde, sopimusta ei pidetä julkista rakennusurakkaa koskevana sopimuksena — — ". Asiaan C-331/92 liittyvän oikeuskäytännön mukaisesti ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen olisi siis tutkittava, onko mahdollinen rakennustyön suorittamista koskeva velvoite merkittävämpi kuin sovittu palvelujen suorittamisvelvoite. [30]

62. Haluamatta vaikuttaa etukäteen kansallisen tuomioistuimen ratkaisuun katson kuitenkin, että tuskin voidaan olettaa, että tuloksena olisi se, että rakennustyö olisi merkittävämpi, kun otetaan huomioon nyt käsiteltävän asian osalta esitetyt seikat. Sopimuksella pikemminkin jatketaan kymmenen vuotta jatkunutta yhteistyötä, ja sovittu rakennustyö, mikäli se sellainen on,

29 — Asia C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, tuomio 19.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1329, 24 kohta) ja ratkaisuehdotuksen 41 kohta.

30 — Edellä alaviitteessä 29 mainitussa asiassa Gestión Hotelera Internacional annetun tuomion 28 kohta.

koskee olemassa olevan kapasiteetin sopeuttamista muuttuneeseen tilanteeseen. Ensisijaisesti kyseessä pitäisi siis olla uusien huolto- ja jätevesihuoltotehtävien siirtäminen, ja nämä tehtävät ovat palveluja, kuten edellä on todettu.

63. Edellä esitetyn perusteella ehdotan toissijaisesti, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastattaisiin seuraavalla tavalla:

Sopimusjärjestely, jossa rakennustyö kuvataan vain sen perusteella, mitä tarkoitusta se palvelee, ja jossa samanaikaisesti määrätään voimassa olevan palvelusopimuksen jatkamisesta, ei ole direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettu julkinen rakennusurakka.

4. *Kolmas kysymys*

64. Vergabekontrollsenat tiedustelee kolmannessa ennakkoratkaisukysymyksessään, onko WLVergG:n 98 §:n mukainen kahden viikon määräaika, jonka kuluessa päätökseen on haettava muutosta, yhteensopiva 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 [31] kanssa.

31 — Mainittu alaviitteessä 3.

a) Asianosaisten ja muiden osapuolten väitteet ja niiden perustelut

65. Universale ja Bietergemeinschaft pitävät WLVergG:n mukaisia muutoksenhaun määräaikoja liian lyhyinä. Universalen mukaan ulkomaiset tarjoajat eivät yleensä kykene noudattamaan näitä määräaikoja. Tämä on ensinnäkin ristiriidassa sen päämäärän kanssa, jonka mukaan julkisia hankintoja koskevat sopimukset on tehtävä ketään syrjimättä, ja toiseksi sen päämäärän kanssa, jonka mukaan yrityksille on taattava pääsy yhteismarkkinoille, joilla menekki on suuri, millä vahvistetaan eurooppalaisten yritysten kilpailukykyä. Se vetoaa näkemyksensä tueksi siihen, että määräaikaa on nyttemmin pidennetty neljään viikkoon. Tosiseikkojen osalta se korostaa vielä sitä, että se kykeni huomaamaan virheen tarjouskilpailun ehdoissa vasta tutustuessaan hakemusasiakirjojen arviointeihin sen jälkeen, kun EBS oli jo hylännyt sen hakemuksen ja kahden viikon määräaika oli päättynyt. Bietergemeinschaft esittää vielä, että ehdokkailla ei ole lyhyen muutoksenhakuajan kuluessa mahdollisuutta tutkia hankintaviranomaisen kielteisen ratkaisun perusteluja ja saada selville näennäisiä perusteluja. Lisäksi WLVergG:n 96 ja 97 §:n mukainen velvollisuus ilmoittaa muutoksenhausta ensin hankintaviranomaiselle johtaa siihen, että kahden viikon muutoksenhakuaika, joka alkaa juosta hylkäyksen tiedoksiantamisesta, on jo kulunut loppuun silloin, kun ilmoituksen saanut hankintaviranomainen vastaa ehdokkaalle.

66. EBS vetoaa tässä yhteydessä harkintavaltaan, jota jäsenvaltioille on annettu direktiivillä 89/665/ETY. Yhteisön lainsäätäjä on säätänyt vain siitä, että hankin-

taviranomaisten päätöksiin on voitava hakea muutosta niin nopeasti kuin mahdollista (1 artiklan 1 kohta), että muutoksenhakumenettelyjen on oltava jokaisen käytettävissä, joka on ollut tavoittelemassa sopimusta ja jonka etua väitetty virheellinen menettely saattaa loukata (1 artiklan 3 kohta), että jäsenvaltiot voivat edellyttää ilmoitusta hankintaviranomaiselle ennen menettelyn käynnistämistä (1 artiklan 3 kohta), ja lopuksi vielä siitä, että väliaikaisten toimenpiteiden toteuttamisen, lainvastaisten päätösten poistamisen ja virheellisestä menettelystä kärsineen vahinkojen korvaamisen on oltava mahdollista (2 artiklan 1 kohta). EBS:n käsityksen mukaan lyhyet määräajat vastaavat direktiivin viidennessä perustelukappaleessa mainittua päämäärää eli sitä, että julkisia hankintoja koskevien sopimusten toteuttamista ei viivytettäisi kohtuuttoman pitkään. Kansallisilla menettelymääräyksillä ei kuitenkaan saa tehdä yhteisön oikeuden täytäntöönpanoa käytännössä mahdottomaksi. EBS vetoaa lopuksi siihen, että kahden viikon muutoksenhakuaika on valtion päätösten ja toimien yhteydessä tavanomainen, ja tukee väitettään Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetzin 63 §:n 5 momentilla, jonka mukaan viranomaisten päätöksiin on haettava muutosta kahden viikon sisällä, sekä EO:n 403 §:n 3 momenttiin,[32] jonka mukaan siviilituomioistuinten määräämät turvaamistoimipäätökset on riitautettava kahden viikon sisällä.

67. Itävallan ja Alankomaiden hallitukset sekä komissio toteavat aluksi, että direktiivissä 89/665/ETY itsessään ei säädetä määräajoista vaan ainoastaan vähimmäisvaatimuksista. Jäsenvaltioilla on muutoksenhaun määräaikoja asettaessaan tiettyä harkintavaltaa. Kaikki kolme korostavat kuitenkin, että direktiivissä edellytetään tehokkaan oikeussuojan antamista. Itävallan hallitus huomauttaa tässä yhteydessä vielä siitä, että muutoksenhaun määräajat nopeuttavat menettelyä ja vähentävät oikeussuojakeinojen väärinkäyttämisen vaaraa. Molemmat näkökohdat vastaavat direktiivin 89/665/ETY tavoitteita. Komissio vaatii lisäksi, että oikeussuoja ei saa olla heikompi kuin yksinomaan valtionsisäistä oikeutta koskevien vastaavanlaisten menettelyjen yhteydessä.

b) Kannanotto

68. WLVergG:ssä säädetystä määräajasta, jonka päätyttyä julkaistuun ilmoitukseen sisältyviin päätöksiin ei enää voida hakea muutosta, on aluksi todettava, että direktiivillä 89/665/ETY säädetään vain oikeussuojaa koskevista vähimmäisvaatimuksista. Siinä ei säädetä määräajasta, jonka kuluessa tiettyihin päätöksiin voidaan hakea muutosta, eikä siitä, voidaanko kansallisessa täytäntöönpanolainsäädännössä antaa prekluusiosäännöksiä.

69. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut perusteettomasti suoritettuja veroja koskevien palautusvaatimusten hyväksymisen

32 — "EO" tarkoittaa täytäntöönpanojärjestystä. Mainittuun säännökseen ei tosin sisälly määräaikaa koskevaa sääntelyä.

osalta, että kun yhteisö ei ole antanut asiasta säännöksiä, jäsenvaltioiden sisäisessä oikeusjärjestyksessä on annettava menettelysäännöt, joiden perusteella unionin kansalaiset voivat vedota yhteisön oikeuteen perustuviin oikeuksiinsa. Nämä menettelysäännöt eivät kuitenkaan saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (vastaavuusperiaate), eivätkä ne saa olla sellaisia, että yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaate).[33] Kyseisessä asiayhteydessä yhteisöjen tuomioistuin totesi vielä, että on lähtökohtaisesti tehokkuusperiaatteen mukaista, että oikeussuojakeinojen käyttämiselle asetetaan oikeusvarmuuden turvaamiseksi kohtuulliset määräajat. Tällaiset määräajat eivät ole sellaisia, että niillä tehtäisiin yhteisön oikeusjärjestyksessä taattujen oikeuksien käyttäminen käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi.[34] Kun muutoksenhakuajan päättymistä koskevia määräaikoja koskeva yhteisön oikeuden sääntely puuttuu, mainitun oikeuskäytännön perusteella ei lähtökohtaisesti voida riitauttaa WLVergG:n mukaisia määräaikoja. Kansallisella lainsäätäjällä on siis tältä osin tiettyä harkintavaltaa.

70. Direktiivissä mainitaan kuitenkin muun muassa seuraavat tavoitteet, jotka täytäntöönpanon yhteydessä on saavutettava ja joiden toteutumista ei saa tehdä tyhjäksi prekluusiosäännöksillä. Hankintaviranomaisten päätöksiin on voitava hakea muutosta tehokkaasti ja niin nopeasti kuin mahdollista (1 artiklan 1 kohta); jäsenvaltiot voivat edellyttää, että hankintaviranomaiselle on ilmoitettava suunnitellusta muutoksenhakumenettelystä ennen sen käynnistämistä (1 artiklan 3 kohta); kansallisessa lainsäädännössä on ryhdyttävä väliaikaisiin toimenpiteisiin ja mahdollistettava lainvastaisten päätösten poistaminen ja vahingonkorvauksen suorittaminen (2 artiklan 1 kohta).

71. Direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettu tehokas oikeussuoja annetaan kuitenkin vain silloin, kun säädettyjen oikeussuojakeinojen käyttäminen ei ole määräaikojen vuoksi mahdotonta. Määräajat eivät näin ollen saa olla niin lyhyitä, että tarjoaja ja ehdokas eivät kykene käyttämään oikeuksiaan. Kun otetaan huomioon se, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdassa edellytetään nimenomaisesti hankintaviranomaisten päätöksiin mahdollisimman nopeaa muutoksenhakua, WLVergG:n mukainen kahden viikon määräaika ei kuitenkaan vaikuta kohtuuttomalta. Lähtökohtaisesti myös erityisesti ulkomaiset ehdokkaat voivat noudattaa sitä, ja siinä jätetään asianomaisille ehdokkaille riittävästi aikaa selvittää, onko niiden oikeuksia mahdollisesti loukattu. Muutoksenhakua koskevien määräaikojen ottaminen menettelysäännöksiin palvelee myös oikeusvarmuutta. Ehdokkaiden, joille päätös on myönteinen, on kyettävä luottamaan siihen, että niiden oikeusasema pysyy samana jatkossakin.

72. Se, onko tämä oikeussuoja samanarvoinen kuin se oikeussuoja, jota annetaan kansallisten säännösten perusteella synty-

33 — Asia C-231/96, Edis, tuomio 15.9.1998 (Kok. 1998, s. I-4951, 34 kohta).

34 — Edellä alaviitteessä 33 mainitussa asiassa Edis annetun tuomion 35 kohdassa.

neiden oikeuksien toteuttamisen osalta, ja onko näin ollen vastaavuusperiaatetta noudatettu, on kysymys, joka ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen on tutkittava kansallista oikeutta koskevan selvityksen perusteella. Ennakkoratkaisupyyntöön ei sisälly tästä mitään tietoja. Ensi arviolta tästä ei tosin ole epäilystä oikeudenkäynnin osapuolten, erityisesti EBS:n Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetzin mukaisia muutoksenhaun määräaikoja koskeneiden selvitysten perusteella. Tutkimuksessaan kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon myös se, voidaanko muutosta hakea vain saantitodistusta vastaan vai myös esimerkiksi faxilla tai sähköpostitse. Tältä osin käytettävä keino vaikuttaa määräajan pituuteen.

73. Bietergemeinschaftin esittämästä väitteestä, jonka mukaan WLVerG:n 96 ja 97 §:ssä säädetty velvoite ilmoittaa muutoksenhausta ensin hankintaviranomaiselle johtaa siihen, että WLVergG:n 98 §:n mukainen muutoksenhaun määräaika on jo päättynyt, kun hankintaviranomainen vastaa ehdokkaalle, on todettava, että se voi tuskin koskaan johtaa määräaikojen päällekkäisyyteen. WLVergG:n 96 ja 97 § koskevat tarjouskilpailun ratkaisemista edeltävää määräaikaa, kun WLVergG:n 98 §:n 1 ja 3 momentin määräajat koskevat tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeisiä määräaikoja. Ristiriitaa voi tuskin syntyä myöskään kyseisen säännöksen 2 momentin mukaisen määräajan osalta. Kyseessä on nimittäin tältä osin määräaika ennen hakemuksen esittämistä ja näin ollen myös ennen tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan määräajan päättymistä. Lain 98 §:n mukainen määräaika koskee kuitenkin julkaistun ilmoituksen sisällön riitauttamista. WLVergG:n 96 §:ssä säädetty määräaika koskee sitä vastoin "hankintaviranomaisen ennen tarjouskilpailun ratkaisemista tekemää päätöstä". Se, voiko tällainen "päätös" olla myös julkaistavan ilmoituksen sisällön vahvistaminen, on kysymys, joka ennakkoratkaisupyynnön esittäneen Vergabekontrollsenatin on ratkaistava kansallisen oikeuden perusteella. Vain siinä tapauksessa, että tähän kysymykseen vastataan myöntävästi, päällekkäisyydet ovat mahdollisia ja annetun oikeussuojan tehokkuutta koskeva ongelma saattaa ilmetä. WLVergG:n säännösten sanamuodon perusteella tätä ei kuitenkaan välttämättä tapahdu.

74. Tästä syystä ehdotan, että kolmanteen kysymykseen vastattaisiin seuraavasti:

Sellainen kansallinen lainsäädäntö, jossa hankintaviranomaisen konkreettista päätöstä koskevan muutoksenhakumenettelyn osalta asetetaan määräaika, jonka noudattamatta jättäminen merkitsee, että tätä päätöstä ei sopimuksentekomenettelyn kuluessa enää voida myöhemmin riitauttaa, ei ole ristiriidassa direktiivin 89/665/ETY kanssa, mikäli varmistetaan, että annettava oikeussuoja ei ole epäedullisempi kuin se, joka koskee samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia oikeuksia ja että direktiivillä 89/665/ETY annettujen oikeuksien käyttäminen ei ole käytännössä mahdotonta. Tässä yhteydessä asianomaisten on muutoksenhakuoikeutensa menettämisen uhalla vedottava jokaiseen menettelyyn liittyvään sääntöjenvastaisuuteen.

5. Neljäs kysymys

75. Vergabekontrollsenatin neljäs kysymys koskee hankintaviranomaisen julkaiseman ilmoituksen sisältöä. Kysymys koskee sitä, onko arviointiperusteet, joiden perusteella ehdokkaat, joilta tarjousta pyydetään, valitaan, julkistettava jo ilmoituksessa tai sitä koskevissa asiakirjoissa, ja miltä osin ne on julkistettava.

a) Asianosaisten ja muiden osapuolten väitteet ja niiden perustelut

76. Universale ja Bietergemeinschaft väittävät scoring-menettelyn olevan avoimuuden ja ymmärrettävyyden periaatteiden vastainen. Universale katsoo, että ilmoitettujen yksittäisten valintaperusteiden painoarvot on ilmoitettava selkeästi hankintamenettelyä koskevassa ilmoituksessa, jotta estettäisiin päätöksen tekeminen mielivaltaisesti. Näin ollen ennakkotiedoissa tai hankintaa koskevissa asiakirjoissa on ilmoitettava perusteiden keskinäisen järjestyksen lisäksi myös niiden keskinäiset painoarvot ja siten objektiivisesti ymmärrettävissä olevat arviointiperusteet. Tämä ei toteudu sillä, että arviointiperusteet talletetaan julkiselle notaarille.

77. Alankomaiden hallitus tekee saman päätelmän. Hakemuksia on arvioitava avoimesti ja objektiivisesti. Tästä syystä ehdokkaille on ilmoitettava etukäteen, millä tavoin ja minkä perusteiden mukaisesti hakemuksia arvioidaan.

78. EBS vetoaa sitä vastoin direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 2 kohtaan. Siinä säädetään ainoastaan siitä, että valintaperusteet ilmoitetaan ja että ne ilmoitetaan mahdollisesti, ei siis välttämättä, niille annettavan merkityksen mukaisessa järjestyksessä. Kattavampaan avoimuuteen velvoittavaa määräystä ei voida johtaa myöskään yhteisön primäärioikeudesta. Näin ollen arviointiperusteiden tallettamista julkiselle notaarille ei voida moittia.

79. Myös Itävallan hallitus ja komissio toteavat, että direktiiviin 93/37/ETY ei sisälly yksityiskohtaisia säännöksiä siitä, miten osallistumishakemuksia on arvioitava tutkittaessa ehdokkaita rajoitetussa menettelyssä. Itävallan hallitus viittaa direktiivin 93/37/ETY 22 artiklaan, jossa ei säädetä ehdokkaiden valinnassa noudatettavasta menettelystä millään tavoin. Valitun menettelyn on yleisten periaatteiden perusteella oltava objektiivinen, eikä se saa olla syrjivä. Ei ole kuitenkaan olemassa mitään velvoitetta esittää ilmoitusta koskevissa asiakirjoissa etukäteen niiden ehdokkaiden valintaa koskevaa arviointisuunnitelmaa, joilta tarjousta pyydetään. Komissio vetoaa siihen, että direktiivin 11 artiklan 6 kohdan mukaan ainoastaan tiettyjä tietoja voidaan vaatia. Valintapäätöksen on perustuttava näihin seikkoihin.

b) Kannanotto

80. Neljännen ennakkoratkaisukysymyksen osalta voidaan aluksi todeta, että direktiiviin 93/37/ETY ei sisälly mitään nimenomaisia säännöksiä siitä, onko hankintaviranomaisen käyttämä arviointitapa julkaistava yksityiskohtaisesti rajoitetun sopimuksentekomenettelyn toteuttamista koskevassa ilmoituksessa tai ilmoitusta koskevissa asiakirjoissa.

81. Direktiivin useisiin kohtiin sisältyy kuitenkin valintaperusteiden vahvistamista koskevia mainintoja. Direktiivin 7 artiklan 2 kohdan mukaan neuvottelumenettely voidaan toteuttaa ainoastaan silloin, kun ehdokkaat on valittu tunnetuilla laadullisilla perusteilla. Tästä seuraa, että laadulliset perusteet on ilmoitettava, mutta siitä ei seuraa, että myös sovellettu arviointitapa olisi ilmoitettava yksittäisten perusteiden osalta.

82. Direktiivin 11 artiklan 6 kohdassa säädetään siitä, mitä tietoja hankintaviranomaiset voivat vaatia ehdokkailta. Tästä ilmenee, kuten komissio on osuvasti esittänyt, mihin perusteisiin ehdokkaita valittaessa voidaan nojautua. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että yksittäisten tietojen arvioinnissa käytetty menetelmä olisi ilmoitettava ehdokkaille.

83. Direktiivin 13 artiklan 2 kohdassa mainitaan tiedot, jotka tarjouspyyntöön on rajoitetuissa menettelyissä ainakin sisällyttävä. Kyseisen 2 kohdan e alakohdan mukaan näihin kuuluvat myös sopimuksen tekemisen perusteet. Tässäkään säännöksessä ei kuitenkaan edellytetä hankintaviranomaisen valintansa perustana pitämän arviointijärjestelmän ilmoittamista.

84. Direktiivin 18 ja 22 artiklassa säädetään siitä, että ehdokkaat, joilta pyydetään tarjousta rajoitetussa menettelyssä, valitaan kunkin urakoitsijan henkilökohtaisesta asemasta saatujen tietojen sekä niiden tietojen ja muodollisuuksien perusteella, jotka ovat tarpeen tälle asetettavien taloudellisten ja teknisten vähimmäisedellytysten täyttämisen arvioimiseksi. Myöskään nämä säännökset eivät kuitenkaan osoita mitään yksittäisten perusteiden arvioinnista.

85. Direktiivin 30 artiklan 2 kohdassa edellytetään lopuksi, että kun sopimus tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, urakka-asiakirjoissa tai hankintamenettelyä koskevassa ilmoituksessa on ilmoitettava ne valintaperusteet, joita aiotaan soveltaa. Ne on "mahdollisuuksien mukaan" ilmoitettava alenevassa järjestyksessä. Tästä voidaan kylläkin johtaa vaatimus kaikkien valintapäätöksen perustana olevien perusteiden ilmoittamisesta täydellisinä. Direktiivin 30 artiklassakin edellytetään kuitenkin vain sitä, että valintaperusteet ilmoitetaan. Tämän säännöksen sanamuotoon sisältyy

lisäksi rajoitus jo siinä, että ne on "mahdollisuuksien mukaan" ilmoitettava alenevassa järjestyksessä. Asiassa on esitetty, että tästä lähtökohtaisesti seuraisi hankintaviranomaiselle velvollisuus ilmoittaa perusteet vastaavassa järjestyksessä. Säännöksen sanamuoto ei kuitenkaan välttämättä edellytä tällaista tulkintaa. Se vastaa kuitenkin direktiivin 93/37/ETY tarkoitusta eli julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten avoimuuden lisäämistä (vrt. direktiivin 10—12 perustelukappale). Tämäkään tulkinta ei kuitenkaan johda pääasian valittajien tavoittelemaan päämäärään. Heti kun kaksi hankintaviranomaisen perustetta näet arvioidaan samanarvoisiksi, niiden keskinäinen järjestys ei enää ilmennä niille annettua arvoa. "Alenevaa järjestystä" ei voida myöskään rinnastaa "scoring-menettelyn yksityiskohtiin". Edes 30 artiklan 2 kohdan tunnontarkka noudattaminen ei siten edellytä yksityiskohtien antamista EBS:n käyttämästä "scoring-menettelystä". Tästä syystä on todettava, että direktiivin 93/37/ETY mainitut säännökset eivät tue pääasian valittajien oikeudellista näkemystä.

86. Myöskään direktiivin tarkoituksesta eli julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvän sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden toteuttamisesta (vrt. toinen perustelukappale) ei voida johtaa mitään, mikä tukisi Universalen ja Bietergemeinschaftin oikeudellista näkemystä. Tämä tarkoitus pitäisi nimittäin saavuttaa sillä, että sopimuksentekomenettelyn kohteena olevat rakennustyöt ilmoitetaan yksityiskohtaisesti. Neljäs ennakkoratkaisukysymys ei kuitenkaan koske rakennustöiden ilmoittamista siten, että kotimaiset ja ulkomaiset yritykset voivat esittää hakemuksensa yhdenvertaisesti. Se koskee pikemminkin riittävää tutustumista arviointiperusteisiin, joita hankintaviranomainen aikoo käyttää ehdokkaita valitessaan.

87. EBS:n soveltama menettely eli osallistumishakemusten paremmuusjärjestykseen asettamista koskevien perusteiden esittäminen hankintamenettelyä koskevassa ilmoituksessa (tekninen suorituskyky ja kilpailun ratkaiseminen taloudellisesti edullisimman tarjouksen hyväksi) sekä hankintamenettelyä koskevissa asiakirjoissa esitetty maininta siitä, että tarjoajien esittämät suosituksina käytettävät työt arvioitaisiin menetelmällä, jota kuvaava selvitys talletettaisiin julkiselle notaarille, merkitsee sitä, että kotimaisia ehdokkaita ei voida asettaa parempaan asemaan kuin muiden jäsenvaltioiden ehdokkaita. Tarjouskilpailun ratkaisemista koskevat perusteet ovat näet kaikkien ehdokkaiden tiedossa, mutta scoring-menettelyn yksityiskohdat eivät. Näin ollen direktiivin 93/37/ETY mukaisen avoimuuden tavoitteen saavuttaminen varmistetaan. Sovellettavaan säädökseen ei sisälly mitään perusteita edellyttää pidemmälle meneviä arviointimenettelyn julkistamista koskevia vaatimuksia.

88. Tässä ehdotettu rajoitus velvoitteeseen ilmoittaa käytettävät tarjouskilpailun rat-

kaisemisperusteet mahdollisesti niille annetun merkityksen mukaisessa järjestyksessä ei ole yhdenmukainen yksinomaan direktiivin 93/37/ETY sanamuodon kanssa. Se vastaa myös intressiä löytää "paras" tarjoaja sopimuksentekomenettelyssä. Mikäli tarjouskilpailun ratkaisemista koskevat yksityiskohdat ilmoitetaan etukäteen, on odotettavissa, että ehdokkaat laativat tarjouksensa niiden mukaisesti ja esittävät selvitystä erityisesti osaamisensa niistä osa-alueista, jotka arvioidaan tärkeimmiksi. Vain sillä tavoin ne kykenevät pääsemään niiden ehdokkaiden piiriin, joilta pyydetään myöhemmin tarjousta. Kun hakemukset mukautetaan tällä tavoin valintaperusteisiin, se kuva, jonka hankintaviranomainen muodostaa ehdokkaista asiakirjojen perusteella, saattaa kuitenkin vääristyä. Tämän menettelyn vaiheen tarkoituksena on kuitenkin antaa hankintaviranomaiselle kattava kuva ehdokkaiden suorituskyvystä. Tämä onnistuu parhaiten silloin, kun tarjoajat kuvailevat mahdollisimman laajasti toimintaansa annettujen ratkaisuperusteiden mukaisesti mutta tuntematta valintaa koskevia yksityiskohtia eli yksityiskohtaista arviointitapaa.

89. On korostettava, että direktiivin 93/37/ETY 8 artiklan 3 kohdan mukaan hankintaviranomaisen on laadittava kirjallinen selvitys sopimuksesta. Siitä on ilmettävä valittujen ehdokkaiden valinnan perustelut ja hylättyjen ehdokkaiden hylkäämisen perusteet. Sen perusteella hankintaviranomaisen päätöstä ja siten myös aikaisemmin julkaisemattomia arviointiperusteita on mahdollista tutkia tuomioistuimessa. Esittämässäni ratkaisussa otetaan huomioon valintamenettelyyn osallistuneiden erilaiset intressit. Sillä estetään mahdollinen syrjintä eikä aseteta direktiivin sanamuotoon tai yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin perustumattomia ja näin ollen ylimääräisiä vaatimuksia sopimuksentekomenettelyn avoimuudelle ja mahdollistetaan muutoksenhaku tuomioistuimessa.

90. Tästä syystä ehdotan, että neljänteen kysymykseen vastattaisiin seuraavasti: Sitä, että hankintaviranomainen vahvistaa ehdokkaiden hakemusten arviointiperusteet julkiselle notaarille talletettavalla selvityksellä, on pidettävä direktiivin 93/37/ETY vaatimusten mukaisena. Valintaperusteiden painotusta koskevia yksityiskohtia ei tarvitse ilmoittaa hankintamenettelyä koskevassa ilmoituksessa eikä menettelyyn liittyvissä asiakirjoissa, mutta ne on voitava tutkia tuomioistuimessa.

VI Ratkaisuehdotus

91. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että Wienin Vergabekontrollsenatin esittämiin kysymyksiin vastattaisiin seuraavasti:

1. Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettuna hankintaviranomaisena on pidettävä myös sellaista oikeushenkilöä, joka, vaikka sitä ei ole nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, myöhemmin kuitenkin tosiasiallisesti tyydyttää tällaisia tarpeita, mikäli tällaisten tehtävien siirtäminen perustuu objektiivisesti todennettavissa oleviin seikkoihin.

2. Sopimusjärjestely, jossa rakennustyö kuvataan vain sen perusteella, mitä tarkoitusta se palvelee, ja jossa samanaikaisesti määrätään voimassa olevan palvelusopimuksen jatkamisesta, ei ole direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettu julkinen rakennusurakka.

3. Sellainen kansallinen lainsäädäntö, jossa hankintaviranomaisen konkreettista päätöstä koskevan muutoksenhakumenettelyn osalta asetetaan määräaika, jonka noudattamatta jättäminen merkitsee, että tätä päätöstä ei sopimuksentekomenettelyn kuluessa enää voida myöhemmin riitauttaa, ei ole ristiriidassa direktiivin 89/665/ETY kanssa, mikäli varmistetaan, että annettava

oikeussuoja ei ole epäedullisempi kuin se, joka koskee samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia oikeuksia ja että direktiivillä 89/665/ETY annettujen oikeuksien käyttäminen ei ole käytännössä mahdotonta. Tässä yhteydessä asianomaisten on muutoksenhakuoikeutensa menettämisen uhalla vedottava jokaiseen menettelyyn liittyvään sääntöjenvastaisuuteen.

4. Sitä, että hankintaviranomainen vahvistaa ehdokkaiden hakemusten arviointiperusteet julkiselle notaarille talletettavalla selvityksellä, on pidettävä direktiivin 93/37/ETY vaatimusten mukaisena. Valintaperusteiden painotusta koskevia yksityiskohtia ei tarvitse ilmoittaa hankintamenettelyä koskevassa ilmoituksessa eikä menettelyyn liittyvissä asiakirjoissa, mutta ne on voitava tutkia tuomioistuimessa.