YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)

12 päivänä joulukuuta 2002 *

Asiassa C-470/99,

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

Universale-Bau AG,

Bietergemeinschaft: **1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg,**
2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH,

vastaan

Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH,

ennakkoratkaisun julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54) 1 artiklan a, b ja c kohdan sekä

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1), tulkinnasta,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja J.-P. Puissochet sekä tuomarit R. Schintgen, C. Gulmann, V. Skouris (esittelevä tuomari) ja F. Macken,

julkisasiamies: S. Alber,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies H. A. Rühl,

ottaen huomioon kirjalliset huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Universale-Bau AG, edustajinaan Direktor der Rechtsabteilung M. Neidhart ja Vorstandsdirektor Ingenieur J. Mauch,

— Bietergemeinschaft 1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH, edustajinaan Rechtsanwalt J. Olischar ja Rechtsanwalt M. Kratky,

— Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, edustajanaan Rechtsanwalt T. Wenger,

— Itävallan hallitus, asiamiehenään H. Dossi,

— Alankomaiden hallitus, asiamiehenään M. Fierstra,

— Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään M. Nolin, avustajanaan Rechtsanwalt R. Roniger,

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH:n, edustajanaan Rechtsanwalt C. Casati, Itävallan hallituksen, asiamiehenään M. Fruhmann, ja komission, asiamiehenään H. van Lier, avustajanaan Rechtsanwalt R. Roniger, 12.9.2001 pidetyssä istunnossa esittämät suulliset huomautukset,

kuultuaan julkisasiamiehen 8.11.2001 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Wienin osavaltion hankintamenettelyjen valvontalautakunta) on 12.11.1999 tekemällään päätöksellä, joka saapui yhteisöjen tuomioistuimeen 7.12.1999, esittänyt EY 234 artiklan nojalla neljä ennakkoratkaisukysymystä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54) 1 artiklan a, b ja c kohdan sekä julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1, jäljempänä direktiivi 89/665/ETY), tulkinnasta.

2 Nämä kysymykset on esitetty asiassa, jossa kantajana on Universale-Bau AG (jäljempänä Universale-Bau) ja yritysten yhteenliittymä (Bietergemeinschaft), joka muodostuu Hinteregger & Söhne Bauges.mbH -nimisestä yrityksestä ja ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH -nimisestä yrityksestä (jäljempänä yritysten yhteenliittymä), ja vastaajana Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (jäljempänä EBS) ja joka koskee rakennusurakoiden hankintamenettelyä.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön oikeussäännöt

3 Direktiivin 89/665/ETY ensimmäisestä ja toisesta perustelukappaleesta ilmenee, että direktiivin antamispäivänä voimassa olleilla, julkisia hankintoja koskevien yhteisön direktiivien tehokkaan soveltamisen varmistamiseksi tarkoitetuilla, niin kansallisilla kuin yhteisön tasolla suoritetuilla järjestelyillä ei aina voida varmistaa asiaa koskevien yhteisön säännösten noudattamista, varsinkaan siinä vaiheessa, jolloin virheellisiä menettelyjä voitaisiin oikaista.

4 Tämän direktiivin kolmannessa perustelukappaleessa todetaan, että "julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle yhteisössä edellyttää, että takeita avoimuuden toteuttamisesta ja syrjinnän estämisestä lisätään merkittävästi; tämän toteuttamiseksi on julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden tai sen täytäntöön panemiseksi annettujen kansallisten säännösten vastaisten virheellisten menettelyjen varalta oltava käytettävissä tehokkaita ja nopeita muutoksenhakukeinoja".

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

"1. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivien 71/305/ETY, 77/62/ETY ja 92/50/ETY — — soveltamisalaan kuuluviin sopimusten tekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin

mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, kun edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia sääntöjä.

— —

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

6 Direktiivin 93/37/ETY ensimmäisen perustelukappaleen mukaan tällä direktiivillä yhdistetään julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annetun neuvoston direktiivin 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5), sellaisena kuin se on myöhemmin muutettuna, säännökset selvyyden ja järkiperäisyyden vuoksi.

7 Direktiivin 93/37/ETY toisen perustelukappaleen mukaan "valtion, alueellisten tai paikallisten viranomaisten ja muiden julkisoikeudellisten laitosten jäsenvaltioissa tekemiin julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvän sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden toteuttamiseksi samanaikaisesti on sekä poistettava niitä koskevat rajoitukset että sovitettava yhteen julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten kansalliset tekomenettelyt".

8 Direktiivin 93/37/ETY kymmenennessä perustelukappaleessa todetaan, että "todellisen kilpailun kehittyminen julkisten rakennusurakoiden alalla edellyttää jäsenvaltioiden hankintaviranomaisten hankintoja koskevien ilmoitusten yhteisönlaajuista julkisuutta; näihin ilmoituksiin sisältyvien tietojen perusteella yhteisössä toimivien urakoitsijoiden on voitava päätellä, ovatko ne kiinnostuneita kyseisistä hankintoja koskevista sopimuksista; tämän vuoksi on suotavaa, että näille annetaan tarvittavat tiedot toimitettavista suoritteista ja niihin liittyvistä edellytyksistä; erityisesti rajoitetuissa menettelyissä julkistamisen tarkoituksena on antaa jäsenvaltioiden urakoitsijoille mahdollisuus ilmaista kiinnostuksensa sopimukseen pyytämällä hankintaviranomaiselta tarjouspyyntöä vaadituilla edellytyksillä."

9 Direktiivin 93/37/ETY yhdennessätoista perustelukappaleessa todetaan, että "sopimuksia koskevat lisätiedot on jäsenvaltioiden käytännön mukaisesti annettava kunkin sopimuksen sopimusasiakirjoissa tai muussa vastaavassa asiakirjassa".

10 Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan a, b ja c kohdassa säädetään seuraavaa:

"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 täyttävän 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 täyttämään yleisen edun mukaisia [muita kuin teollisia tai kaupallisia] tarpeita *

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.

— —

* — Lainausta on korjattu yhteisöjen tuomioistuimessa, koska direktiivin suomenkielinen versio on tältä osin virheellinen.

c) 'rakennusurakalla' tarkoitetaan sellaista talon- tai maanrakennustöiden kokonaisuutta, joka itsessään on tarkoitettu täyttämään taloudellisen tai teknisen tarkoituksen."

11 Direktiivin 93/37/ETY 7 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Hankintaviranomaiset voivat seuraavissa tapauksissa noudattaa julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia tehdessään neuvottelumenettelyä, julkaistuaan ennalta sopimusta koskevan ilmoituksen ja valittuaan ehdokkaat tunnetuilla laadullisilla perusteilla:

— — ."

12 Direktiivin 93/37/ETY 13 artiklan, jota sovelletaan rajoitettuihin menettelyihin ja neuvottelumenettelyihin, 2 kohdan e alakohdassa säädetään seuraavaa:

"Hankintaviranomaisen on pyydettävä valituilta ehdokkailta tarjoukset samanaikaisesti ja kirjallisesti. Tarjouspyyntökirjeeseen on liitettävä sopimusasiakirjat ja niiden täydennysasiakirjat. Kirjeessä on oltava ainakin seuraavat tiedot:

— —

e) sopimuksen tekemisen perusteet, jos ne eivät ilmene ilmoituksesta."

13 Direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

"1. Hankintaviranomaisen on sopimuksia tehdessään käytettävä perusteena:

a) pelkästään alinta hintaa;

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

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

Kansallinen lainsäädäntö

14 Wiener Landesvergabegesetzin (Wienin osavaltion julkisten hankintasopimusten tekomenettelyä koskeva laki, LGBl. nro 36/1995; jäljempänä WLVergG) 48 §:n 2 momentissa säädetään seuraavaa:

"Urakka on myönnettävä sille, joka on tehnyt hankintailmoituksessa mainittujen perusteiden valossa teknisesti ja taloudellisesti edullisimman tarjouksen — — ."

15 WLVergG:n 96 §:n, jonka otsikko on "Oikeudenkäyntiä edeltävä oikaisumenettely", 1 ja 2 momentissa säädetään seuraavaa:

"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.

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."

16 WLVergG:n 97 §:ssä, jonka otsikko on "Muutoksenhaku", säädetään seuraavaa:

"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.

— — ”

17 WLVergG:n 98 §:ssä, jonka otsikko on "Määräajat", säädetään seuraavaa:

"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;

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.

— — "

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

18 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että EBS esitti tarjouspyynnön sopimuksen tekemiseksi rajoitetussa menettelyssä rakennusurakasta, joka koskee toisen biologisen puhdistusvaiheen rakentamista Wienin pääpuhdistuslaitokseen (maanrakennus-, rakennus- ja asiantuntijatyö).

19 Tarjouspyynnössä, joka julkaistiin Amtsblatt der Stadt Wien -nimisessä julkaisussa 17.3.1999, todettiin otsikon "Myöntämisperusteet" alla, että urakka myönnetään sille, joka on tehnyt taloudellisesti edullisimman tarjouksen tarjouspyynnössä vahvistettujen perusteiden mukaisesti.

20 Osallistumishakemuksia koskevissa selventävissä huomautuksissa EBS ilmoitti kriteerit, joita käytetään asetettaessa näitä hakemuksia paremmuusjärjestykseen, seuraavasti:

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

Tarjousta pyydetään viideltä parhaaksi katsotulta ehdokkaalta.

Osallistumishakemuksia arvioidaan scoring-menettelyn perusteella.

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."

21 EBS ilmoitti näissä selventävissä huomautuksissa ehdokkaille, että tarjoajilta vaaditut viitetyöt arvioitaisiin scoring-menettelyllä, jota kuvaava selvitys talletettaisiin julkiselle notaarille, ja se talletti tätä menettelyä koskevan yksityiskohtaisen selvityksen julkiselle notaarille 9.4.1999 eli ennen ensimmäisen osallistumishakemuksen vastaanottamista.

22 Universale-Bau ja yritysten yhteenliittymä (jäljempänä yhdessä pääasian kantajat) olivat ilmaisseet halukkuutensa osallistua rajoitettuun menettelyyn ilman, että ne olisivat sitä ennen hakeneet muutosta tarjouspyynnön edellytyksiin tai ehtoihin. Saatuaan EBS:ltä 7.7.1999 päivätyllä kirjeellä tiedon siitä, että ne eivät kuuluneet viiden parhaaksi arvioidun yrityksen joukkoon eikä niiltä näin ollen pyydettäisi tarjousta, valittajat hakivat tarjousmenettelyyn muutosta Vergabekontrollsenatilta.

23 Universale-Bau vaati 3.8.1999 nostamassaan kanteessa Vergabekontrollsenatia toteamaan ensisijaisesti, että hankintaviranomaisen päätös tehdä hankintasopimus rajoitetussa menettelyssä on lainvastainen ja mitätön; toissijaisesti että päätös pyytää tarjous ainoastaan viideltä parhaaksi arvioidulta yritykseltä on lainvastainen ja mitätön; vaihtoehtoisesti että käytetty scoring-menettely ei ole avoimuus- ja jäljitettävyysperiaatteiden mukainen ja että hankintaviranomaisen päätös osallistumishakemusten asettamisesta paremmuusjärjestykseen on näin ollen lainvastainen ja mitätön; vielä vaihtoehtoisesti että, jos scoring-menettelyä sovelletaan oikein, paremmuusjärjestykseen on asetettava viisi parasta ehdokasta ja että hankintaviranomaisen päätös paremmuusjärjestykseen asettamisesta on näin ollen lainvastainen ja mitätön.

24 Yritysten yhteenliittymä vaati 20.9.1999 nostamassaan kanteessa, että päätös, jonka mukaan se ei kuulu viiden parhaaksi arvioidun yrityksen joukkoon, todetaan lainvastaiseksi, ja toissijaisesti että rajoitettu menettely todetaan lainvastaiseksi.

25 Pääasian kantajat ovat vaatineet lisäksi, että EBS:ää kielletään väliaikaisesti tekemästä sopimusta.

26 Vergabekontrollsenat korostaa ennakkoratkaisupyynnössään toisaalta, että se on WLVergG:n nojalla toimivaltainen käsittelemään muutoksenhakuasioita, joissa

on kysymys tavaranhankintasopimusten, rakennusurakkasopimusten ja palvelu-hankintasopimusten tekomenettelystä, ja toisaalta, että vuoden 1991 Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetzin (yleinen hallintomenettelylaki, BGBl. 1991/51, jäljempänä AVG), sellaisena kuin se on säädöskokoelmassa BGBl. I 1998/158, 6 §:n 1 momentin mukaan sen on viran puolesta selvitettävä se, onko se asiassa toimivaltainen. Se toteaa myös, että AVG:n 6 §:n 2 momentin mukaan asian-osaiset eivät voi määrätä sitä asiassa toimivaltaiseksi eivätkä määrätä sillä olevan toimivallan muuttamisesta ja että tämän vuoksi pelkästään se seikka, että EBS totesi tarjouspyynnössään, että asiassa sovelletaan WLVergG:tä, ei riitä perus-teeksi sille, että Vergabekontrollsenat olisi asiassa toimivaltainen.

27 Ratkaistaessa sitä, onko Vergabekontrollsenat toimivaltainen, on ensin arvioi-tava sitä, onko EBS direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettu hankintaviranomainen.

28 Vergabekontrollsenat huomauttaa, että yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., 15.1.1998 antamassaan tuo-miossa (Kok. 1998, s. I-73, 21 kohta), että yrityksen on täytettävä kaikki kolme direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa mainittua edellytystä, jotta sitä voidaan pitää tässä säännöksessä tarkoitettuna julkis-oikeudellisena laitoksena.

29 Vergabekontrollsenat toteaa, että EBS on oikeushenkilö ja pääosin Wienin kau-pungin eli alueellisen viranomaisen omistama, ja katsoo tämän perusteella, että EBS täyttää direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan toisessa ja kolmannessa luetelmakohdassa mainitut edellytykset.

30 Vergabekontrollsenat toteaa 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensim-mäisessä luetelmakohdassa mainitun edellytyksen osalta, että yhtiösopimuksensa mukaan EBS huolehtii kaupallisesti jätteenpoistolaitosten toiminnasta. Se toteaa myös, että toiminta ei kuulunut yksinomaan tai osaksi julkisen vallan tehtäviin ja

että yhtiösopimuksessa mikään ei viittaa siihen, että EBS olisi nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita.

31 Vergabekontrollsenatin mukaan olennainen muutos tapahtui, kun EBS määrättiin vastaamaan Wienin kaupungin pääpuhdistuslaitoksen toiminnasta. Tällöin EBS teki Wienin kaupungin kanssa käyttöoikeussopimuksen, jonka perusteella se alkoi huolehtia tämän laitoksen toiminnasta Wienin kaupungin EBS:lle osoittaman henkilökunnan avulla. Wienin kaupungin ja EBS:n 8.7. ja 18.7.1996 tekemien sopimusten nojalla Wienin kaupunki sitoutui lisäksi maksamaan EBS:lle asianmukaista kokonaiskorvausta, jolla katettiin toiminnasta aiheutuneet kulut. Vergabekontrollsenat toteaa, että EBS:n toiminta ei tältä osin tähtää voiton saamiseen. Sen sijaan kysymys on kustannusten kattamisperiaatteella harjoitetusta yleisen edun mukaisesta toiminnasta, jonka Wienin kaupunki on siirtänyt EBS:n vastuulle. Vergabekontrollsenat katsoo näin ollen, että tällä toiminnalla tyydytetään muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita.

32 Vergabekontrollsenatin mukaan sitä, ettei säännöksiä ole yritetty kiertää, tukee se, että EBS perustettiin jätehuoltoyritykseksi jo vuonna 1976 ja että vasta 1.1.1986 sille siirrettiin vastuu pääpuhdistuslaitoksen toiminnasta. Se katsoo, että osoituksena säännösten kiertämistarkoituksen puuttumisesta on tämä pitkä aikaväli sekä se, ettei Itävallan tasavalta kyseisenä aikana ollut yhteisön jäsenvaltio, samoin kuin se, ettei EBS myöskään olisi missään tapauksessa kuulunut tuolloin voimassa olleen direktiivin 71/305/ETY, jossa käytettiin "julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden" käsitettä, soveltamisalaan.

33 Koska muiden kuin teollisten tai kaupallisten tarpeiden tyydyttämistä ei määrätty EBS:n vastuulle sen perustamisesta lähtien vaan vasta myöhemmin, kun sen toiminta-alaa muutettiin, Vergabekontrollsenat pohtii kuitenkin sitä, täyttääkö EBS direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa mainitun edellytyksen.

34 Vergabekontrollsenat toteaa, että EBS:n ja Wienin kaupungin 8.7.1996 tekemän sopimuksen I kohdasta ilmenee, että EBS on velvollinen laajentamaan pääpuhdistuslaitosta ja tekemään tarvittavat sopimukset omissa nimissään ja omaan laskuunsa. Tämän sitoumuksen täyttämiselle ei asetettu mitään erityisvaatimuksia. Sopimuksen II ja III kohdassa EBS tosin velvoitetaan varmistamaan tämän laitoksen tietynlainen toimintatapa, mutta niissä ei kuitenkaan määrätä rakennustyön konkreettisesta toteuttamistavasta.

35 Lisäksi rakennusviranomaisten 30.12.1998 tekemästä päätöksestä ilmenee, että EBS sai rakennusluvan tontille, jonka omistaa Wienin kaupunki. EBS ilmoitti 8.9.1999 päivätyssä kirjeessään, että kyseinen puhdistuslaitos rakennetaan sen nimissä ja sen laskuun, ja totesi seuraavaa: "Puhdistuslaitoksen laajennus on meidän omaisuuttamme. Puhdistuslaitoksen luovutuksesta on sovittu sen varalta, että Wienin kaupungin ja meidän väliset toistaiseksi voimassa olevat käyttöoikeus- ja laitoksenhoitosopimukset irtisanotaan. Siinä tapauksessa Wienin kaupungin on muun muassa lunastettava meidän puhdistuslaitoksemme vastiketta vastaan. Sen on maksettava meille puhdistuslaitoksesta senhetkisen arvon mukaan."

36 Tässä tilanteessa Vergabekontrollsenat pohtii, onko sen käsiteltävänä olevassa asiassa kyseessä olevaa urakkasopimusta pidettävä direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan a alakohdassa, luettuna yhdessä c alakohdan kanssa, tarkoitettuna julkista rakennusurakkaa koskevana sopimuksena, kun otetaan huomioon edellä mainitut sopimukset EBS:n ja Wienin kaupungin välillä, joka alueellisena viranomaisena on joka tapauksessa hankintaviranomainen.

37 Siltä varalta, että Vergabekontrollsenatin on todettava olevansa toimivaltainen tutkimaan sen käsiteltäväksi saatetun asian, se pohtii, ovatko WLVergG:n 96—98 §:n säännökset, joissa säädetään, että muutosta tarjouspyynnön ehtoihin on tutkimatta jättämisen uhalla haettava tietyssä määräajassa, direktiivin 89/665/ETY mukaisia. Tältä osin se toteaa, että jos tarjouspyynnön tietyn ehdon

osalta ei haeta muutosta tai sitä ei haeta määräajassa, hankintaviranomaisen päätöstä ei ole enää mahdollista riitauttaa siltä osin, onko tämä tarjouspyynnön ehto ristiriidassa WLVergG:n tai direktiivin 89/665/ETY kanssa, ja että tällä on merkitystä nyt käsiteltävässä asiassa, sillä EBS on nimenomaisesti vedonnut siihen, että muutosta on haettu liian myöhään.

38 Vergabekontrollsenat korostaa, että sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa sen on myös ratkaistava, oliko oikeutettua, että pääasian kantajien osallistumishakemukset jätettiin jatkoon valittujen hakemusten ulkopuolelle hankintaviranomaisen käyttämän scoring-menettelyn seurauksena, jonka yksityiskohdat ilmoitettiin vasta hakemusten jättämiselle asetetun määräajan ja koko menettelyn päätyttyä. Vergabekontrollsenat toteaa, ettei ole poissuljettua, että tämän scoring-menettelyn tulokset olisivat vaikuttaneet ratkaisevasti hankintaviranomaisen tekemään päätökseen.

39 Vergabekontrollsenat otti huomioon nämä seikat ja päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää 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 muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita, *nyttemmin* kuitenkin tyydyttää tällaisia tarpeita?

2) Siltä varalta että Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH 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 puh-

distusvaiheen 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 direktiivin 89/665/ETY kanssa ristiriidassa sellainen kansallinen lainsäädäntö, jossa hankintayksikön konkreettista päätöstä koskevan muutoksenhakumenettelyn osalta asetetaan määräaika, jonka noudattamatta jättäminen merkitsee, 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 hankintayksikkö vahvistaa tarjouksen tekemisestä kiinnostuneiden hakemusten arviointiperusteet julkiselle notaarille talletettavalla selvityksellä vai onko arviointiperusteet julkistettava jo tarjouspyyntöä koskevassa ilmoituksessa tai sitä koskevissa asiakirjoissa?"

Ensimmäinen kysymys

40 Ensimmäisellä kysymyksellään Vergabekontrollsenat pyrkii selvittämään, täyttääkö yksikkö, jota ei ole nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita mutta joka sittemmin on ottanut vastuulleen tällaisten tarpeiden tyydyttämisen, minkä se on tuosta hetkestä lähtien myös tosiasiallisesti tehnyt, direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa asetetun edellytyksen sille, että sitä voitaisiin pitää tässä säännöksessä tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena.

Tutkittavaksi ottaminen

41 Aluksi on todettava, että kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, Vergabekontrollsenat pyrkii selvittämään, onko EBS direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettu hankintaviranomainen, voidakseen määrittää, onko sillä toimivalta tutkia pääasian kantajien EBS:n tekemästä päätöksestä nostamat kanteet.

42 Tältä osin on todettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kunkin jäsenvaltion oikeusjärjestyksessä on osoitettava toimivaltainen tuomioistuin ratkaisemaan oikeusriitoja, jotka koskevat yhteisön oikeusjärjestykseen perustuvia yksilön oikeuksia, ottaen kuitenkin huomioon, että jäsenvaltioilla on velvollisuus taata kussakin yksittäistapauksessa näiden oikeuksien tehokas suoja. Tällä varauksella yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei ole puuttua niiden toimivaltaongelmien ratkaisemiseen, jotka tiettyjen yhteisön oikeuteen perustuvien oikeudellisten tilanteiden luonnehdinta saattaa aiheuttaa kansallisessa lainkäyttöjärjestelmässä (ks. mm. asia C-446/93, SEIM, tuomio 18.1.1996, Kok. 1996, s. I-73, 32 kohta ja asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997, Kok. 1997, s. I-4961, 40 kohta).

43 Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin toimivaltainen osoittamaan kansalliselle tuomioistuimelle ne yhteisön oikeuden seikat, jotka voivat myötävaikuttaa ratkaisun löytämiseen kansallisessa tuomioistuimessa esille tulleeseen toimivaltaongelmaan (ks. mm. em. asia SEIM, tuomion 33 kohta ja yhdistetyt asiat C-10/97—C-22/97, IN.CO.GE.'90 ym., tuomio 22.10.1998, Kok. 1998, s. I-6307, 15 kohta).

44 Lisäksi se, onko EBS hankintaviranomainen vai ei, vaikuttaa vastauksiin, jotka on annettava kolmanteen ja neljänteen ennakkoratkaisukysymykseen, jotka voidaan kiistatta ottaa tutkittavaksi.

45 Näin ollen esitettyyn kysymykseen on vastattava.

Aineellinen kysymys

46 Pääasiassa on kiistatonta, että EBS on siitä lähtien, kun se alkoi huolehtia puhdistuslaitoksen toiminnasta Wienin kaupungin kanssa vuonna 1985 tekemänsä sopimuksen nojalla, tosiasiallisesti tyydyttänyt yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita. Näin ollen se, onko sitä pidettävä direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena, riippuu siitä, onko tämän säännöksen ensimmäisessä luetelmakohdassa asetetun edellytyksen nojalla poissuljettua, että yksikköä, jota ei ole perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita mutta joka sen toiminta-alan muuttamisen vuoksi sittemmin saanut vastuulleen tällaisten tarpeiden tyydyttämisen, voitaisiin pitää hankintaviranomaisena.

Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

47 EBS katsoo, ettei sitä voida pitää direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena, koska tämän säännöksen ensimmäisen luetelmakohdan sanamuodosta ilmenee, että ainoa ratkaiseva tekijä on sille sitä perustettaessa annettu tehtävä. EBS lisää, ettei se, että se on ottanut myöhemmin vastuulleen yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tehtäviä, muuta sen asemaa millään tavalla, koska se jatkaa teollisen ja kaupallisen toiminnan harjoittamista.

48 Myös komissio väittää, ettei EBS:ää voida pitää direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettuna hankintaviranomaisena, sillä sen toiminnan muuttaminen ei johdu sen yhtiösopimuksessa kuvaillun toimialan muuttamisesta eikä laillisesta velvoitteesta.

49 Pääasian kantajat sekä Itävallan ja Alankomaiden hallitukset katsovat sen sijaan, että huomioon on otettava EBS:n nykyinen toiminta eikä sitä perustettaessa tavoiteltu päämäärä, ja toteavat, että muunlaisesta tulkinnasta seuraisi, että yksikön, joka tosiasiallisesti vastaa direktiivissä 93/37/ETY annettua hankintaviranomaisen käsitteen määritelmää, ei tarvitsisi rakennusurakasta sopiessaan noudattaa tässä direktiivissä asetettuja edellytyksiä. Ne väittävät lisäksi, että ainoastaan hankintaviranomaisen käsitteen toiminnallisella tulkinnalla voidaan estää mahdolliset säännösten kiertämisyritykset, sillä muutoin direktiivi 93/37/ETY voidaan helposti kiertää siirtämällä yleisen edun mukaiset muut kuin teolliset tai kaupalliset tehtävät jo olemassa olevalle yksikölle, joka on aiemmin toiminut muulla toimialalla, eikä uudelle tätä tarkoitusta varten perustetulle yksikölle.

Yhteisöjen tuomioistuimen vastaus

50 On todettava, että yhteisöjen tuomioistuin on jo aiemmin tarkentanut direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa käytettyä julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä ja ottanut huomioon erityisesti tämän direktiivin tarkoituksen.

51 Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisella yhteisön tasolla pyritään poistamaan palvelujen tarjoamisen vapauden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet

ja näin suojaamaan sellaisten jäsenvaltioon sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden etuja, jotka haluavat tarjota tavaroita tai palveluja toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneille hankintaviranomaisille (ks. mm. asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000, Kok. 2000, s. I-8035, 16 kohta ja asia C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001, Kok. 2001, s. I-939, 41 kohta).

52 Yhteisöjen tuomioistuin on todennut tämän perusteella, että direktiivin 93/37/ETY tarkoituksena on sulkea pois se mahdollisuus, että hankintaviranomainen suosii sopimuksissaan kansallisia tarjouksen tekijöitä tai ehdokkaita, ja se mahdollisuus, että valtion rahoittamat tai määräysvallassa olevat laitokset, alueelliset yhteisöt tai muut julkisoikeudelliset laitokset toimivat muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta (ks. em. asia University of Cambridge, tuomion 17 kohta ja em. asia komissio v. Ranska, tuomion 42 kohta).

53 Yhteisöjen tuomioistuin on päätellyt tästä, että näiden tavoitteiden valossa direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa mainittua julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä on tulkittava toiminnallisesti (ks. mm. em. asia komissio v. Ranska, tuomion 43 kohta).

54 Yhteisöjen tuomioistuin totesi em. asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. antamansa tuomion 26 kohdassa sellaisen yksikön luonnehdinnan osalta, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita mutta joka harjoittaa myös kaupallista toimintaa, että direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäisen luetelmakohdan edellytys ei merkitse sitä, että kyseinen yksikkö huolehtisi yksinomaan yleisen edun mukaisten muiden kuin teollisten tai kaupallisten tarpeiden täyttämisestä.

55 Kuten em. asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. annetun tuomion 25 kohdasta ilmenee, yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että on merkityksetöntä, että tällaisten yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämistä koskevan

erityistehtävän lisäksi kyseessä oleva yksikkö voi vapaasti huolehtia muista tehtävistä, mutta sen sijaan se on pitänyt merkityksellisenä sitä, että kyseinen yksikkö huolehtii edelleen niistä tarpeista, jotka sillä on nimenomainen velvollisuus tyydyttää.

56 Tästä seuraa, että sen selvittämiseksi, täyttääkö yksikkö direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa asetetun edellytyksen, on otettava huomioon sen tosiasiallisesti harjoittama toiminta.

57 Tältä osin on korostettava, että direktiivin 93/37/ETY tehokasta vaikutusta ei voida täysin taata, jos direktiivin järjestelmää ei sovellettaisi yksikköön, joka täyttää direktiivin 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa asetetut edellytykset, pelkästään sillä perusteella, että sen käytännössä hoitamia yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tehtäviä ei määrätty sen vastuulle sitä perustettaessa.

58 Direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan tehokkaan vaikutuksen vastaista olisi myös, jos yksiköitä kohdeltaisiin eri tavalla sen mukaan, onko kyseisen yksikön yhtiösopimusta muutettu vastaamaan sen toiminta-alassa tosiasiallisesti tapahtuneita muutoksia vai ei.

59 Lisäksi on todettava, että direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan sanamuodossa ei viitata millään tavalla kyseessä olevan yksikön toiminnan oikeudelliseen perustaan.

60 On myös huomautettava, että yhteisöjen tuomioistuin on todennut direktiivin 92/50/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa esitetyn julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen määritelmän osalta, joka on sanamuodoltaan samanlainen kuin direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa ala-

kohdassa esitetty määritelmä, että yleisen edun mukaisten muiden kuin teollisten tai kaupallisten tarpeiden olemassaoloa tai puuttumista on arvioitava objektiivisesti, joten niiden säännösten, joissa nämä tarpeet on ilmaistu, oikeudellisella muodolla ei ole tässä suhteessa merkitystä (asia C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998, Kok. 1998, s. I-6821, 63 kohta).

61 Tästä seuraa, ettei merkitystä ole sillä, ettei pääasiassa EBS:n yhtiösopimuksen toimialaa koskevia määräyksiä ole muutettu sen toiminta-alan laajentamisen vuoksi.

62 Vaikkei sitä, että EBS otti vastuulleen yleisen edun mukaisten muiden kuin teollisten tai kaupallisten tarpeiden tyydyttämisen, vahvistettu muodollisesti sen yhtiösopimuksessa, siitä kuitenkin määrättiin EBS:n Wienin kaupungin kanssa tekemissä sopimuksissa ja se voidaan näin ollen todeta objektiivisesti.

63 Ensimmäiseen kysymykseen on näin ollen vastattava, että yksikkö, jota ei ole nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita mutta joka sittemmin on ottanut vastuulleen tällaisten tarpeiden tyydyttämisen, minkä se on kyseisestä hetkestä lähtien myös tosiasiallisesti tehnyt, täyttää direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa asetetun edellytyksen sille, että sitä voidaan pitää tässä säännöksessä tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena, edellyttäen, että sen voidaan objektiivisesti todeta ottaneen vastuulleen näiden tarpeiden tyydyttämisen.

Toinen kysymys

64 Kun otetaan huomioon ensimmäiseen kysymykseen annettu vastaus, toiseen kysymykseen ei ole tarpeen vastata, sillä tämä esitettiin yhteisöjen tuomioistuimelle ainoastaan siltä varalta, että ensimmäiseen kysymykseen vastattaisiin kieltävästi.

Kolmas kysymys

65 Kolmannella kysymyksellään ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin pyrkii selvittämään, onko direktiivin 89/665/ETY kanssa ristiriidassa sellainen kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan muutosta hankintayksikön päätökseen on haettava tietyssä määräajassa ja muutoksenhaun tueksi esitettävät väitteet hankintamenettelyn säännöstenvastaisuuksista on prekluusion uhalla esitettävä samassa määräajassa, jonka noudattamatta jättäminen merkitsee sitä, ettei tätä päätöstä enää voida riitauttaa eikä väitettä säännöstenvastaisuudesta esittää.

Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

66 Pääasian kantajat väittävät, että WLVergG:n 97 ja 98 §:ssä valitusten tekemiselle asetettujen lyhyiden määräaikojen kuluessa henkilöt, joita asia koskee, eivät ehdi tarkastella hankintaviranomaisen kielteisen päätöksen perusteluja ja mahdollisesti osoittaa, että esitetyt perustelut ovat harhaanjohtavia. Siksi niiden mielestä on käytännöllisesti katsoen poissuljettua, että näissä määräajoissa voitaisiin tehdä perusteltu valitus, jolla olisi mahdollisuuksia menestyä.

67 Universale-Bau lisää, että muista jäsenvaltioista peräisin olevat ehdokkaat eivät yleensä pysty noudattamaan WLVergG:n 98 §:ssä asetettua kahden viikon määräaikaa, mikä on vastoin yhteisön julkisia hankintoja koskevan politiikan perusperiaatteita eli periaatetta, jonka mukaan julkisia hankintoja koskevat sopimukset on tehtävä syrjimättömästi, ja periaatetta, jonka mukaan yritysten on päästävä yhteismarkkinoiden suurille markkina-alueille, mikä vahvistaa eurooppalaisten yritysten kilpailukykyä.

68 EBS puolestaan väittää, että direktiivillä 89/665/ETY luodaan nopea ja tehokas menettely, joka edellyttää lyhyitä määräaikoja, joiden päätteeksi hankintaviran-

omaisten on voitava olla varmoja siitä, että ne voivat jatkaa hankintamenettelyä. Pääasiassa on ilmennyt juuri lyhyiden määräaikojen välttämättömyys.

69 EBS korostaa erityisesti sitä, ettei mikään estänyt pääasian kantajia esittämästä hyvissä ajoin varaumiaan tarjouspyynnön suhteen, koska se ilmoitti niille samaan aikaan siitä, että se tulee käyttämään scoring-menettelyä valitessaan ehdokkaista ne, jotka hyväksytään esittämään tarjous, sekä siitä, ettei se paljasta tarkkaa päätöksentekomenettelyä. EBS lisää, että valitus sen päätöksestä pyytää tiettyjä ehdokkaita tekemään tarjous oli käsiteltävä mahdollisimman nopeasti, sillä muutoin se ei olisi voinut jatkaa hankintamenettelyä. EBS toteaa lopuksi, että hallintotoimien osalta kahden viikon valitusaika on edelleen yleisimmin käytettävä määräaika, ja mainitsee esimerkkinä AVG:n 63 §:n 5 kohdan, jossa säädetään, että muutosta hallintoviranomaisen päätöksiin on haettava kahden viikon määräajassa.

70 Itävallan ja Alankomaiden hallitukset sekä komissio väittävät, että direktiivissä 89/665/ETY jäsenvaltioiden tehtäväksi annetaan määrätä hankintamenettelyistä tehtävään muutoksenhakuun sovellettavista yksityiskohtaisista säännöistä. Ne katsovat tämän perusteella, että jäsenvaltioilla on muutoksenhaun määräaikoja asettaessaan tiettyä harkintavaltaa edellyttäen, ettei kyseisen direktiivin tavoitteita kierretä ja että yhteisön oikeuden perusperiaatteita noudatetaan. Itävallan hallitus huomauttaa vielä siitä, että pääasiassa kyseessä olevat muutoksenhaun määräajat ehkäisevät hankintamenettelyn liioiteltua hidastamista ja vähentävät oikeussuojakeinojen väärinkäyttämisen vaaraa, ja että nämä vaikutukset ovat tämän direktiivin tavoitteiden mukaisia.

Yhteisöjen tuomioistuimen vastaus

71 Aluksi on todettava, että vaikka direktiivin 89/665/ETY tavoitteena on taata se, että julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden tai sen täytäntöön panemi-

seksi annettujen kansallisten säännösten vastaisten virheellisten menettelyjen varalta on käytettävissä tehokkaita muutoksenhakukeinoja, jotta voidaan varmistaa julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettujen direktiivien tehokas soveltaminen, se ei kuitenkaan sisällä yhtään säännöstä, joka liittyisi nimenomaisesti siinä luotujen muutoksenhakukeinojen määräaikoihin. Näistä määräajoista on näin ollen säädettävä kunkin jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärjestyksessä.

72 Menettelysäännöt, jotka koskevat muutoksenhakukeinoja, joilla pyritään varmistamaan oikeudet, joita yhteisön oikeudessa myönnetään ehdokkaille ja tarjousten tekijöille, joiden etuja hankintaviranomaisten päätökset loukkaavat, eivät kuitenkaan saa vaarantaa direktiivin 89/665/ETY tehokasta vaikutusta.

73 Näin ollen on tutkittava, vaarantaako pääasiassa kyseessä oleva kansallinen lainsäädäntö tämän direktiivin tavoitteeseen nähden yhteisön oikeudessa asianosaisille myönnetyt oikeudet.

74 Tältä osin on huomautettava, että kuten direktiivin 89/665/ETY ensimmäisestä ja toisesta perustelukappaleesta seuraa, direktiivin tavoitteena on vahvistaa julkisia hankintoja koskevien sopimusten alalla annettujen direktiivien tehokkaan soveltamisen varmistamiseksi tarkoitettuja, niin kansallisilla kuin yhteisön tasolla suoritettavia järjestelyitä erityisesti siinä vaiheessa, jolloin virheellisiä menettelyjä voidaan vielä oikaista. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa jäsenvaltioille asetetaan velvoite varmistaa, että lainvastaisiin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja niin nopeasti kuin mahdollista.

75 Direktiivin 89/665/ETY tavoitteen täydellinen toteuttaminen kuitenkin vaarantuisi, jos ehdokkaat ja tarjousten tekijät voisivat missä hyvänsä hankintamenettelyn vaiheessa vedota hankintasäännösten rikkomiseen ja pakottaa hankintaviranomaisen näin aloittamaan koko menettelyn uudelleen rikkomusten korjaamiseksi.

76 On lisäksi todettava, että se, että oikeussuojakeinojen käyttämiselle vahvistetaan kohtuullisia preklusiivisia määräaikoja, pääsääntöisesti vastaa direktiivistä 89/665/ETY johtuvaa tehokkuusvaatimusta, koska kyse on oikeusvarmuuden perusperiaatteen soveltamisesta (ks. vastaavasti yhteisön oikeuden tehokkuusperiaatteen osalta asia C-261/95, Palmisani, tuomio 10.7.1997, Kok. 1997, s. I-4025, 28 kohta ja asia C-78/98, Preston ym., tuomio 16.5.2000, Kok. 2000, s. I-3201, 33 kohta).

77 Edellä esitettyjen näkökohtien valossa on todettava ensinnäkin, että pääasiassa kyseessä olevat määräajat vaikuttavat kohtuullisilta sekä direktiivin 89/665/ETY tavoitteisiin, sellaisina kuin ne on esitetty tämän tuomion 74 kohdassa, että oikeusvarmuuden periaatteeseen nähden.

78 Toiseksi ei ole epäilystä siitä, että prekluusion kaltaiset seuraamukset takaavat sen, että hankintaviranomaisten lainvastaiset päätökset riitautetaan ja korjataan niin pian kuin mahdollista sen jälkeen kun henkilöt, joita asia koskee, ovat havainneet ne, mikä myös on direktiivin 89/665/ETY tavoitteiden sekä oikeusvarmuuden periaatteen mukaista.

79 Tämän vuoksi kolmanteen kysymykseen on vastattava, että direktiivin 89/665/ETY kanssa ei ole ristiriidassa sellainen kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan prekluusion uhalla hankintaviranomaisen päätökseen on haettava muutosta tietyssä määräajassa ja muutoksenhaun tueksi esitettävät väitteet hankintamenettelyn säännöstenvastaisuuksista on esitettävä samassa määräajassa, jonka noudattamatta jättäminen merkitsee sitä, ettei tätä päätöstä enää voida riitauttaa eikä väitettä säännöstenvastaisuudesta esittää, edellyttäen, että kyseinen määräaika on kohtuullinen.

Neljäs kysymys

80 Neljännellä kysymyksellään ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin pyrkii selvittämään, onko direktiivin 93/37/ETY vastaista se, että hankintaviranomainen valitsee rajoitetussa menettelyssä ehdokkaista ne, joita pyydetään esittämään tarjous, arviointimenettelyllä, jonka yksityiskohtia ei ilmoitettu sopimusta koskevassa ilmoituksessa tai tarjouspyyntöön liittyvissä asiakirjoissa, vaikka tätä menettelyä kuvaava selvitys on talletettu julkiselle notaarille.

Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

81 Pääasian kantajat väittävät, että EBS:n käyttämässä menettelyssä, jonka kuluessa ehdokkaille ei ilmoitettu mainitun scoring-menettelyn yksityiskohdista eikä niiden eri kriteerien merkityksellisyydestä, joita käytetään osallistumishakemusten asettamisessa paremmuusjärjestykseen, ei noudatettu avoimuus- ja objektiivisuusperiaatteita. Ne lisäävät, että niiden eri kriteerien merkityksellisyyden, joita käytetään osallistumishakemusten asettamisessa paremmuusjärjestykseen, on joka tapauksessa käytävä ilmi sopimusta koskevasta ilmoituksesta, jotta hankintaviranomaisen päätöksestä voitaisiin sulkea pois kaikki mielivaltaisuus ja jotta ehdokkaille voitaisiin antaa mahdollisuus valvoa tämän päätöksen laillisuutta ja käyttää muutoksenhakuoikeuttaan.

82 EBS ja Itävallan hallitus puolestaan väittävät, että hakemusten arviointimenettelyn yksityiskohtia kuvaavan selvityksen tallettaminen julkiselle notaarille tarjoaa riittävät takeet syrjimättömyys- ja objektiivisuusperiaatteiden noudattamisesta. Ne katsovat, että vaikka näiden periaatteiden mukaan hankintaviranomaisen on vahvistettava etukäteen menettely, jota se käyttää ehdokkaita valitessaan, eikä se voi myöhemmin muuttaa tätä valintamenettelyä, näissä periaatteissa ei kuitenkaan edellytetä sitä, että hankintaviranomaisten olisi paljastettava hakemusten arviointimenettelyn täsmälliset yksityiskohdat.

83 EBS korostaa, että pääasiassa se on maininnut tärkeysjärjestyksessä ne pääasialliset kriteerit, joita se käyttää asettaessaan osallistumishakemukset paremmuusjärjestykseen, ja että se ei ilmoittanut ehdokkaille etukäteen hakemusten arviointimenettelyn täsmällisiä yksityiskohtia, koska se pyrki suosimaan vilpitöntä ja tasapuolista kilpailua. EBS tutki viisi kyseessä olevan julkisen rakennusurakan kannalta objektiivisesti parasta rakennusliikettä eikä yhtiöitä, jotka mukauttavat tarjouksensa hankintaviranomaisen näkemyksiin, jotka ilmenevät yleensä arviointimenettelyn yksityiskohdista.

Yhteisöjen tuomioistuimen vastaus

84 Aluksi on korostettava, että pääasiassa on kiistatonta, että EBS on päättänyt jo hankintamenettelyn alussa, miten merkittävänä se pitää kutakin käyttämäänsä valintakriteeriä, muttei ilmoittanut tästä lainkaan tarjouspyynnössä vaan ainoastaan talletti scoring-menettelyä koskevat asiakirjat julkiselle notaarille.

85 Tässä asiassa ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ei näin ollen pyri selvittämään, onko hankintaviranomaisen yhteisön oikeuden mukaan vahvistettava käyttämiensä valintakriteerien painotusta koskevat säännöt ennen sopimusta koskevaa ilmoitusta, vaan se esittää yhteisöjen tuomioistuimelle kysymyksen ainoastaan direktiivissä 93/37/ETY asetettujen julkistamisvaatimusten noudattamisesta tilanteessa, jossa hankintaviranomainen on vahvistanut tällaiset säännöt etukäteen.

86 Neljäs kysymys on näin ollen ymmärrettävä siten, että sillä pyritään selvittämään, onko direktiiviä 93/37/ETY tulkittava siten, että jos hankintaviranomainen on

rajoitetussa menettelyssä etukäteen vahvistanut niiden valintakriteerien painotusta koskevat säännöt, joita se käyttää valitessaan ehdokkaat, joita pyydetään esittämään tarjous, sen on ilmoitettava ne sopimusta koskevassa ilmoituksessa tai tarjouspyyntöön liittyvissä asiakirjoissa.

87 Jotta tähän uudelleen muotoiltuun kysymykseen voitaisiin vastata, on todettava aluksi, että direktiivi 93/37/ETY ei sisällä nimenomaisia säännöksiä vaatimuksista, jotka koskevat niiden valintakriteerien julkaisemista ennakolta, joita se käyttää valitessaan ehdokkaat, joita rajoitetussa menettelyssä pyydetään esittämään tarjous.

88 Direktiivin 93/37/ETY otsikosta ja toisesta perustelukappaleesta ilmenee, että direktiivin tarkoituksena on ainoastaan kansallisten julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittaminen, joten siinä ei anneta asiaa koskevaa tyhjentävää yhteisön säännöstöä (ks. mm. yhdistetyt asiat C-285/99 ja C-286/99, Lombardini ja Mantovani, tuomio 27.11.2001, Kok. 2001, s. I-9233, 33 kohta).

89 Direktiivillä 93/37/ETY pyritään, kuten sen johdanto-osasta sekä sen toisesta ja kymmenennestä perustelukappaleesta ilmenee, kuitenkin poistamaan julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvät sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevat rajoitukset siten, että eri jäsenvaltioissa olevat yrittäjät voivat keskenään tehokkaasti kilpailla näistä urakoista (ks. em. asia Lombardini ja Mantovani, tuomion 34 kohta).

90 Kuten yhteisöjen tuomioistuin on jo todennut direktiivin 71/305/ETY osalta, jonka säännökset on, kuten tämän tuomion 6 kohdassa todetaan, yhdistetty direktiivillä 93/37/ETY, tämän tavoitteen saavuttamiseksi hankintaviranomaisten on julkistettava kutakin julkista hankintaa koskevat arviointiperusteet ja edellytykset riittävän laajasti (asia 31/87, Beentjes, tuomio 20.9.1988, Kok. 1988, s. 4635, 21 kohta).

91 Yhdenvertaisen kohtelun periaate, johon julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyistä annetut direktiivit perustuvat, edellyttää avoimuusvelvollisuutta, jotta tämän periaatteen noudattamisesta voidaan varmistua (ks. mm. asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000, Kok. 2000, s. I-10745, 61 kohta ja asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002, Kok. 2002, s. I-5553, 45 kohta).

92 Tämän hankintaviranomaisia koskevan avoimuusvelvollisuuden sisältönä on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta palvelumarkkinat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa (ks. em. asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 62 kohta).

93 Tästä seuraa, että julkisen hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa, erityisesti rajoitetussa menettelyssä ehdokkaita valittaessa, on siis noudatettava sekä mahdollisten tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta että avoimuuden periaatetta sen varmistamiseksi, että kaikilla on samat mahdollisuudet osallistumishakemustensa tai tarjoustensa ehtojen laatimisessa (ks. vastaavasti tarjousten vertailun osalta asia C-87/94, komissio v. Belgia, tuomio 25.4.1996, Kok. 1996, s. I-2043, 54 kohta).

94 Tässä tarkoituksessa direktiivissä 93/37/ETY säädetään, kuten sen kymmenennessä ja yhdennessätoista perustelukappaleessa todetaan, sekä ehdokkaiden valintakriteerien että sopimuksen tekemisen perusteiden julkistamisvaatimuksista.

95 Valintakriteerien osalta direktiivin 93/37/ETY 7 artiklan 2 kohdassa, joka koskee neuvottelumenettelyä, edellytetään, että ehdokkaat valitaan tunnetuilla laadullisilla perusteilla.

96 Sopimuksen tekemisen perusteiden osalta direktiivin 13 artiklan 2 kohdan e alakohdassa, joka koskee sekä neuvottelumenettelyä että rajoitettua menettelyä, säädetään, että ne kuuluvat tarjouspyynnön sisältävässä kirjeessä ilmoitettaviin vähimmäistietoihin, jos niitä ei ole ilmoitettu jo sopimusta koskevassa ilmoituksessa.

97 Kaikenlaisten menettelyjen osalta, kun sopimus tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 2 kohdassa, jota sovelletaan sekä avoimeen menettelyyn että rajoitettuun menettelyyn tai neuvottelumenettelyyn, hankintaviranomainen velvoitetaan ilmoittamaan sopimusasiakirjoissa tai sopimusta koskevassa ilmoituksessa ne sopimuksen tekemisen perusteet, joita se aikoo soveltaa, mahdollisuuksien mukaan alenevassa järjestyksessä. Tästä artiklasta siis ilmenee, että kun hankintaviranomainen on asettanut tärkeysjärjestykseen ne sopimuksen tekemisen perusteet, joita se aikoo soveltaa, se ei voi tyytyä pelkästään mainitsemaan nämä perusteet sopimusasiakirjoissa tai sopimusta koskevassa ilmoituksessa, vaan sen on lisäksi ilmoitettava tarjouksen tekijöille asettamastaan tärkeysjärjestyksestä.

98 Kuten yhteisöjen tuomioistuin on korostanut, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelystä 17 päivänä syyskuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/531/ETY (EYVL L 297, s. 1) 27 artiklan 2 kohdassa, jonka sanamuoto on lähes sama kuin direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 2 kohdan sanamuoto, hankintayksiköille asetetun velvollisuuden tarkoituksena on juuri se, että mahdollisille tarjoajille annetaan ennen tarjousten valmistelua tiedoksi arviointiperusteet, joita näiden tarjousten on vastattava, sekä näiden perusteiden suhteellinen merkitys, jolloin taataan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden noudattaminen (ks. em. asia komissio v. Belgia, tuomion 88 ja 89 kohta).

99 Tämän vuoksi tulkinta, jonka mukaan silloin kun hankintaviranomainen on rajoitetussa menettelyssä vahvistanut käyttämiensä valintakriteerien painotusta

koskevat säännöt ennen sopimusta koskevan ilmoituksen julkistamista, sen on saatettava ne ehdokkaiden tietoon etukäteen, on ainoa tulkinta, joka täyttää direktiivin 93/37/ETY tarkoituksen, sellaisena kuin se on esitettynä tämän tuomion 89—92 kohdassa, koska ainoastaan se voi taata riittävän avoimuuden ja näin ollen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamisen niissä julkisissa hankintamenettelyissä, joihin tätä direktiiviä sovelletaan.

100 Tämän vuoksi neljänteen kysymykseen on vastattava, että direktiiviä 93/37/ETY on tulkittava siten, että jos hankintaviranomainen on rajoitetussa menettelyssä etukäteen vahvistanut niiden valintakriteerien painotusta koskevat säännöt, joita se käyttää valitessaan ehdokkaat, joita pyydetään esittämään tarjous, sen on ilmoitettava ne sopimusta koskevassa ilmoituksessa tai tarjouspyyntöön liittyvissä asiakirjoissa.

Oikeudenkäyntikulut

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

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on ratkaissut Vergabekontrollsenat des Landes Wienin 12.11.1999 tekemällään päätöksellä esittämät kysymykset seuraavasti:

1) **Yksikkö, jota ei ole nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita mutta joka sittemmin on ottanut vastuulleen tällaisten tarpeiden tyydyttämisen, minkä se on kyseisestä hetkestä lähtien myös tosiasiallisesti tehnyt, täyttää julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa asetetun edellytyksen sille, että sitä voidaan pitää tässä säännöksessä tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena, edellyttäen, että sen voidaan objektiivisesti todeta ottaneen vastuulleen näiden tarpeiden tyydyttämisen.**

2) **Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY, kanssa ei ole ristiriidassa sellainen kansallinen**

lainsäädäntö, jonka mukaan prekluusion uhalla hankintaviranomaisen päätökseen on haettava muutosta tietyssä määräajassa ja muutoksenhaun tueksi esitettävät väitteet hankintamenettelyn säännöstenvastaisuuksista on esitettävä samassa määräajassa, jonka noudattamatta jättäminen merkitsee sitä, ettei tätä päätöstä enää voida riitauttaa eikä väitettä säännöstenvastaisuudesta esittää, edellyttäen, että kyseinen määräaika on kohtuullinen.

3) **Direktiiviä 93/37/ETY on tulkittava siten, että jos hankintaviranomainen on rajoitetussa menettelyssä etukäteen vahvistanut niiden valintakriteerien painotusta koskevat säännöt, joita se käyttää valitessaan ehdokkaat, joita pyydetään esittämään tarjous, sen on ilmoitettava ne sopimusta koskevassa ilmoituksessa tai tarjouspyyntöön liittyvissä asiakirjoissa.**

Puissochet Schintgen Gulmann

Skouris Macken

Julistettiin Luxemburgissa 12 päivänä joulukuuta 2002.

R. Grass

kirjaaja

J.-P. Puissochet

kuudennen jaoston puheenjohtaja