JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JEAN MISCHO
25 päivänä helmikuuta 2003 [1]

1. Bundesvergabeamt (Itävalta) on pyytänyt ratkaisua julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY, [2] sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY [3] (jäljempänä direktiivi 89/665/ETY), 1 artiklan 3 kohdan tulkinnasta.

2. Bundesvergabeamt, jonka käsiteltävänä olevassa asiassa taloudellinen toimija ei ole noudattanut Itävallan oikeuden edellyttämää sovittelumenettelyä, kysyy, onko edellä mainittu säännös ymmärrettävä siten, että taloudellinen toimija on tai on ollut tavoittelemassa tiettyä hankintasopimusta vain silloin, jos se on käyttänyt kaikki kansallisten säännösten mukaan sen käytettävissä olevat keinot estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa ja saadakseen siten aikaan sen, että sopimus tehdään sen itsensä kanssa.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.
2 — EYVL L 395, s. 33.
3 — EYVL L 209, s. 1.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön lainsäädäntö*

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

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

— —

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

4. Saman direktiivin 2 artiklan 1 ja 6 kohdan mukaan:

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

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

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

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot.

— —

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

Lisäksi, paitsi milloin päätös on poistettava ennen vahinkojen korvaamista, jäsenvaltio voi säätää, että sen jälkeen kun sopimus on tehty, muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvausten määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut.

— — "

B *Kansallinen lainsäädäntö*

5. Direktiivi 89/665/ETY on saatettu osaksi Itävallan kansallista oikeusjärjestystä Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen -nimisellä lailla (Bundesvergabegesetz 1997, liittovaltion laki julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä vuodelta 1997, BGBl. I, 1997/56, jäljempänä BVergG). BVergG:ssä säädetään Bundes-Vergabekontrollkommissionista (tarjouskilpailuja valvova liittovaltion lautakunta, jäljempänä B-VKK) sekä Bundesvergabeamtista (liittovaltion hankintaviranomainen).

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

"(1) Bundes-Vergabekontrollkommissionilla on toimivalta:

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

— —

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

(7) Mikäli B-VKK on ryhtynyt asiassa toimenpiteisiin, ilman hankintayksikön esittämää pyyntöä sen on ilmoitettava tälle välittömästi, että se on ryhtynyt asiassa toimenpiteisiin.

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

7. BVergG:n 113 §:ssä määritellään Bundesvergabeamtin toimivalta. Siinä säädetään:

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

(2) Saadakseen tämän liittovaltion lain ja sen soveltamisasetusten rikkomisen loppumaan Bundesvergabeamt on toimivaltainen hankintasopimuksen tekemiseen asti

1) määräämään välitoimista ja 2) kumoamaan hankintaviranomaisen hankintayksikön tekemät laittomat päätökset.

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

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

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

9. BVergG:n 122 §:n 1 momentin mukaan:

"Valituksi tulemattomalla ehdokkaalla tai tarjoajalla on hankintayksikön elimen rikottua tuottamuksellisesti tätä liittovaltion lakia tai sen soveltamisasetuksia oikeus vaatia hankintaviranomaiselta, jonka tiliin hankintayksikön elimen menettely on luettava, korvausta tarjouksen laatimisesta ja muista hankintamenettelyyn osallistumisesta aiheutuneista kustannuksista."

10. BVergG:n 125 §:n 2 momentin ensimmäisen lauseen mukaan siviilituomioistuimessa nostettu vahingonkorvauskanne otetaan tutkittavaksi ainoastaan, jos Bundesvergabeamt on sitä ennen todennut, että kyseessä on 113 §:n 3 momentin mukainen asia.

II Kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä oleva asia

11. Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-AG (jäljempänä Asfinag) ilmoitti syksyllä 1999 julkisia palveluhankintoja koskevasta tarjouskilpailusta, jonka kohde oli "pää- ja sivutiemaksupaikkoja varten tulevien sähkö-, rakennus- ja konetekniikan asennuksen sekä 'LKW Maut Österreich' -nimistä hanketta koskevien tiedonsiirtolaitteistojen asentamisen paikalla tapahtuva rakennusvalvonta". Tarjoukset avattiin 18.11.1999.

12. Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH on yhdessä useiden yhteistyökumppaniensa kanssa (jäljempänä vastaaja) jättänyt tarjouksen tarjoajaryhmittymänä. Vastaajalle ilmoitettiin 28.1.2000 päivätyllä kirjeellä, että sen tarjous luokiteltiin tarjouksia koskevassa arvioinnissa toiseksi parhaaksi eikä sopimusta siis tehty sen kanssa. Vastaajalle ilmoitettiin 8.2.2001 päivätyllä kirjeellä kilpailijan kanssa tehdystä hankintasopimuksesta ja sen arvosta.

13. Vastaaja pani tämän jälkeen vireille muutoksenhakumenettelyn Bundesvergabeamtissa BVergG:n 113 §:n 3 momentin perusteella ja vaati tätä toteamaan, että hankintasopimusta ei ollut tehty parhaan tarjoajan kanssa, koska hankintaviranomainen oli rikkonut tarjouskilpailuasiakirjoihin ottamillaan sopimuksen tekemistä koskevilla perusteilla BVergG:n 53 §:ssä olevaa velvollisuutta valita ymmärrettävällä tavalla paras tarjoaja.

14. Asfinag on Bundesvergabeamtissa huomauttanut, että BVergG:n 115 §:n 1 momentin mukaan vain yrittäjä, joka esittää, että hänellä on intressi BVergG:n soveltamisalaan kuuluvan sopimuksen tekemiseen, voi riitauttaa hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä tekemän päätöksen sen lainvastaisuuden perusteella, jos tästä lainvastaisuudesta on aiheutunut tai uhkaa aiheutua sille vahinkoa. Asfinagin mukaan vastaajalla ei ilmeisesti ole ylipäänsä ollut intressiä saada hankintasopimusta, koska se ei ole jättänyt sovittelua koskevaa hakemusta B-VKK:lle siten kuin BVergG:n 109 §:n 1 momentti olisi oikeuttanut sen tekemään.

15. Väitteensä tueksi Asfinag on esittänyt, että julkisia hankintoja koskevalla oikeudella ei ole itsetarkoitusta vaan siinä muodostetaan kaikkien hankintamenettelyyn osallistuvien osapuolten, mukaan lukien tarjoajat, välille sopimusta edeltävä velvoitesuhde. Jos tarjoaja uskoo, että sopimuksen tekemistä koskevat perusteet eivät ole lainmukaisia, se on velvollinen, kuten BVergG:n 109 §:n 6 momentissa erityisesti säädetään, ilmoittamaan tästä mahdollisimman pian B-VKK:lle eli mahdollisesti jo ennen tarjousten avaamista. Kilpailuperiaatteen vastaista olisi se, että tarjoaja voisi tietoisena siitä, että sopimuksen tekemistä koskevat perusteet eivät ole lainmukaisia, ensin jättää tarjouksen nähdäkseen, onko se edullisin tarjoaja, ja päättää tämän jälkeen toimia tarjouskilpailun ratkaisun mukaisesti: jos se on edullisin tarjoaja, se ei jätä muutoksenhakuhakemusta; jos sen sijaan hankintasopimusta ei tehdä sen kanssa tai jollei se ole edullisin tarjoaja, se kääntyy toimivaltaisten valvontaelinten puoleen saadakseen tarjouskilpailun kumoamisen perusteella "uuden mahdollisuuden".

16. Asfinagin mukaan BVergG:n 109 §:n 6 momentilla saadaan aikaan prekluusiovaikutus siten, että tarjouspyynnössä olevat virheet, jotka tarjoajan olisi tullut asiaankuuluvaa huolellisuutta noudattaen havaita tarjousta laatiessaan, johtavat oikeudenmenetykseen, mikäli tarjoaja jättää tarjouksensa hankintayksikölle teke-

mättä asiasta tätä ennen hakemusta B-VKK:lle. Mikäli vastaaja tässä tapauksessa olisi saattanut asian B-VKK:n käsiteltäväksi ennen tarjouksen laatimista ja olisi kiinnittänyt Asfinagin huomion väitettyihin virheisiin, tarjouksen laatimisesta aiheutuvia kustannuksia ei olisi syntynyt.

17. Vastaaja on kiistänyt väitteen intressin puuttumisesta osoittamalla, että hankintoja valvovien elinten vakiintuneen päätöskäytännön mukaan tarjouksen oikeaan aikaan tapahtuva jättäminen riittää osoittamaan, että tarjoajalla on hankinnan tavoittelemiseen liittyvä intressi.

III Ennakkoratkaisukysymykset

18. Koska Bundesvergabeamt katsoi, että sen käsiteltävänä olevaan oikeudenkäyntiasiaan sovellettavaa Itävallan lainsäädäntöä on tulkittava direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan valossa ja että kyseisen oikeudenkäyntiasian ratkaiseminen vaatii tämän säännöksen tulkintaa, se päätti 11.7.2001 tekemällään välipäätöksellä lykätä asian käsittelyä kunnes yhteisöjen tuomioistuin antaa ratkaisunsa seuraaviin ennakkoratkaisukysymyksiin:

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

2) Jos tähän kysymykseen vastataan kieltävästi:

Onko edellä mainitun direktiivin säännöstä tulkittava siten, että yrittäjä on tai on ollut tavoittelemassa tiettyä hankintasopimusta vain silloin, jos se — hankintamenettelyyn osallistumisensa lisäksi — käyttää tai on käyttänyt kaikki kansallisten säännösten mukaan sen käytettävissä olevat keinot estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa ja saadakseen siten aikaan sen, että sopimus tehdään sen itsensä kanssa?"

19. Bundesvergabeamt tuo välipäätöksessään esiin, että Verfassungsgerichtshof (Itävalta) (valtiosääntötuomioistuin) on todennut 12.6.2001 antamassaan tuomiossa (B 485/01-12, B 584/01-9, B685/01-6), jossa se on viitannut 8.3.2001 antamaansa tuomioon (B 707/00), että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan[4] direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan mukaisen muutoksenhakumenettelyn aloittamiseen vaadittavaa valtuutta on tulkittava laajasti ja

4 — Ks. asia C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7671, 34 ja 35 kohta).

että muutoksenhakumenettelyn on näin ollen oltava kaikkien sellaisten henkilöiden käytettävissä, jotka haluavat saada tietyn julkisia hankintoja koskevan sopimuksen. Esiin nousee kysymys, onko asia näin myös riippumatta siitä, onko tällä henkilöllä ollut hankintaviranomaisen tarjoama mahdollisuus käyttää kansallisen oikeuden mukaisia oikeusturvakeinoja julkisten hankintojen osalta (ensimmäinen kysymys) vai merkitseekö se, ettei kaikkia kansallisia oikeusturvakeinoja ole käytetty, sitä, että tämän intressin katsotaan kadonneen (toinen kysymys).

IV Arviointi

A *Yhteisöjen tuomioistuimen toimivalta vastata ennakkoratkaisukysymyksiin*

20. Komissio on kirjallisissa huomautuksissaan kyseenalaistanut yhteisöjen tuomioistuimen toimivallan vastata ennakkoratkaisukysymyksiin, koska sen mukaan Bundesvergabeamtin päätökset eivät ole luonteeltaan tuomioistuinpäätöksiä.

21. On todettava, että yhteisöjen tuomioistuin on tällä välin käsitellyt tätä kysymystä asiassa Felix Swoboda 14.11.2002 antamassaan tuomiossa [5] ainakin siltä osin kuin Bundesvergabeamt on esittänyt ennakkoratkaisukysymykset sille hankintasopimuksen tekemisen jälkeen kuuluvan toimivallan nojalla. Tässä yhteydessä yhteisöjen tuomioistuin on pitänyt sitä EY 234 artiklan tarkoittamana tuomioistuimena. [6]

22. Välipäätöksestä käy ilmi, että Bundesvergabeamtin toimivalta pääasian oikeudenkäynnissä perustuu myös hankintasopimuksen tekemisen jälkeiseen toimivaltaan. Asia on tullut vireille BVergG:n 113 §:n 3 momentin [7] nojalla, jonka mukaan "*tarjouskilpailun ratkaisemisen* tai hankintamenettelyn päättymisen *jälkeen* Bundesvergabeamt on toimivaltainen toteamaan, että tarjouskilpailua ei ole ratkaistu tämän liittovaltion lain tai sen nojalla annettujen säännösten rikkomuksen takia parhaan tarjoajan eduksi — — ". [8]

23. Voidaan siis päätyä sille kannalle, että yhteisöjen tuomioistuin on toimivaltainen vastaamaan Bundesvergabeamtin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin.

5 — Asia C-411/00, Felix Swoboda, tuomio 14.11.2002, Kok. 2002, s. I-10567.

6 — Ks. em. asia Felix Swoboda, tuomion 26—28 kohta.

7 — Ks. edellä 13 kohta.

8 — Kursivointi tässä.

B *Ennakkoratkaisukysymykset*

24. Ehdotan, kuten Ranskan hallitus, että molemmat ennakkoratkaisukysymykset käsitellään yhdessä.

25. Molemmat ennakkoratkaisukysymykset liittyvät pääasian oikeudenkäynnissä erään asianosaisen puolustamaan väitteeseen, joka koskee asiassa kiistanalaista seikkaa, nimittäin käsitettä "intressi hankinnan saamiseen". Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys heijastelee vastaajan väitettä, jonka mukaan tarjouksen jättäminen hankintamenettelyn aikana tai pyyntö osallistua tällaiseen menettelyyn riittää osoittamaan, että tarjoajalla on intressi saada hankinta, kun taas toinen ennakkoratkaisukysymys heijastelee Asfinagin puolustamaa väitettä, jonka mukaan se seikka, ettei tarjoaja käytä tai ole käyttänyt kaikkia kansallisten säännösten mukaan sen käytettävissä olevia keinoja estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa eli tässä tapauksessa se seikka, ettei se ole pannut asiaa vireille B-VKK:ssa, osoittaa tarjoajan menettäneen intressinsä hankintaan.

26. Vastaaja ja Itävallan hallitus ovat vahvistaneet suullisessa käsittelyssä, että kyseessä olevan pääasian oikeudenkäynnin tosiseikkojen tapahtumahetkellä tarjoajalla ei ollut laillista velvollisuutta panna asiaa vireille B-VKK:ssa sen jälkeen, kun sille oli 28.1.2000 ilmoitettu kirjeellä, että sen tarjous oli tarjousvertailussa sijoittunut toiselle tilalle eikä sopimusta näin ollen tehtäisi sen kanssa.

27. Välipäätöksestä ei käy ilmi sellaisia seikkoja, jotka johtaisivat päätelmään, ettei tämä väite olisi oikea.

28. Ennakkoratkaisukysymykset palautuvat kysymykseen siitä, onko direktiiviä 89/665/ETY tulkittava siten, että tarjoaja on tai on ollut tavoittelemassa sopimusta vain silloin, kun hän on etukäteen pannut asian vireille neuvoa-antavassa lautakunnassa, jonne asian vieminen on ollut vapaaehtoista.

29. Olen sitä mieltä, että vastaus tähän kysymykseen on kieltävä.

30. On selvää, ettei direktiivi 89/665/ETY mitenkään määrittele niitä edellytyksiä, jolloin tarjoajan katsotaan menettävän intressinsä hankintaan.

31. Toisaalta myöntävä vastaus kysymykseen merkitsisi, että direktiivistä johdettaisiin tarjoajalle velvollisuus panna asia

vireille neuvoa-antavassa lautakunnassa, jonne asian vieminen on kansallisen lain mukaan ollut vapaaehtoista, sen uhalla, että hänen muuten katsotaan menettäneen intressinsä hankintaan. Tällaista päätelmää ei saa tehdä.

32. Direktiivin vastaista ei ole se, että taloudellisille toimijoille asetetaan kansallisella lailla tiettyjä velvollisuuksia.

33. Todisteena tästä on esimerkiksi direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan viimeinen lause, jonka mukaan " — — jäsenvaltiot voivat edellyttää erityisesti, että ennen muutoksenhakumenettelyn käynnistämistä hakijan on täytynyt ilmoittaa hankintaviranomaiselle väitetystä virheellisestä menettelystä sekä aikomuksestaan hakea muutosta".

34. Todisteena tästä on myös asiassa Universale-Bau ym. 12.12.2002 annettu tuomio,[9] jossa yhteisöjen tuomioistuin piti direktiivin 89/665/ETY mukaisena kansallisella tasolla esiintyviä määräaikoja, joiden ylittäminen voi johtaa prekluusioon, edellyttäen, että ne ovat kohtuullisia.

35. Direktiivi itse ei kuitenkaan aseta taloudellisille toimijoille tällaisia velvoitteita, mitä se ei voisikaan tehdä, koska direktiivien suora vaikutus suhteessa yksityisiin puuttuu.[10]

36. Ehdotan, että ennakkoratkaisukysymykseen vastataan, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohta itsessään *ei edellytä*, että tarjoaja on tai on ollut tavoittelemassa tiettyä hankintasopimusta vain silloin, jos se — hankintamenettelyyn osallistumisensa lisäksi — käyttää tai on käyttänyt kaikki kansallisten säännösten mukaan sen käytettävissä olevat keinot estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa ja saadakseen siten aikaan sen, että sopimus tehdään sen itsensä kanssa.

37. Haluaisin kuitenkin lisäksi vielä tutkia ennakkoratkaisukysymyksiä toisesta näkökulmasta.

38. Ennakkoratkaisukysymykset voidaan ymmärtää myös siinä merkityksessä, että Bundesvergabeamt kysyy, onko direktiivin 89/665/ETY *vastaista* sellainen kansallisen oikeuden säännös, jonka mukaan tarjoaja menettää intressinsä hankinnan saamiseen ellei hän ole käyttänyt kaikkia käytössään olevia keinoja estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa.

9 — Asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002, Kok. 2002, s. I-11617.

10 — Asia 152/84, Marshall, tuomio 26.2.1986 (Kok. 1986, s. 723, Kok. Ep. VIII, s. 457, 48 kohta); asia C-91/92, Faccini Dori, tuomio 14.7.1994 (Kok. 1994, s. I-3325, Kok. Ep. XVI, s. I-1, 22—25 kohta); C-456/98, Centrosteel, tuomio 13.7.2000 (Kok. 2000, s. I-6007, 15 kohta) ja asia C-443/98, Unilever, tuomio 26.9.2000 (Kok. 2000, s. I-7535, 50 ja 51 kohta).

39. En ole löytänyt välipäätöksestä suoraa viittausta sellaiseen Itävallan oikeuden säännökseen, jonka perusteella tarjoajan katsottaisiin menettävän intressinsä hankinnan saamiseen sillä perusteella, että hän ei ole pannut asiaa vireille B-VKK:ssa, vaikka asian sinne vieminen onkin vapaaehtoista. Kuitenkin, koska kansallinen tuomioistuin on ainoa toimivaltainen taho tulkitsemaan kansallista oikeutta, tällaisen säännön olemassaoloa ei tulisi sulkea pois sitä tutkimatta. Jotta Bundesvergabeamt saisi mahdollisimman käyttökelpoisen vastauksen, ehdotan, että sen esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin, sellaisina kuin ne ovat uudelleen muotoiltuina, vastataan samalla tavalla.

40. Suullisessa käsittelyssä Ranskan ja Itävallan hallitukset samoin kuin komissio ovat aivan oikein katsoneet, että vastauksen tällä tavalla muotoiltuihin kysymyksiin tulee saada vaikutteita edellä mainitussa asiassa Universale-Bau ym. annetusta tuomiosta, joka on annettu sen jälkeen, kun nämä ovat jättäneet kirjalliset huomautuksensa.

41. Tässä tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin lausui Bundesvergabeamtin vireille panemassa asiassa seuraavasti:

" — — 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." [11]

42. Kuten edellä mainitut väliintulijatkin, olen sitä mieltä, että tätä tuomiota voidaan soveltaa tässäkin tapauksessa.

43. Kuten edellä mainitussa asiassa Universale-Bau ym., jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että direktiivi 89/665/ETY ei sisällä yhtään säännöstä, joka liittyisi nimenomaisesti siinä luotujen muutoksenhakukeinojen määräaikoihin, [12] tämä sama direktiivi ei, kuten olen jo edellä todennut, [13] sisällä myöskään yhtään säännöstä, joka koskisi seikkaa, jonka mukaan tarjoaja voi menettää kiinnostuksensa hankinnan saamiseen.

44. Direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdassa velvoitetaan, että käytettävissä on muutoksenhakumenettelyt, "jotka ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat tai ovat olleet tavoittelemassa jotain julkisia tavarahankintoja tai rakennusurakoita koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukan-

11 — Em. asia Universale-Bau ym., tuomion 79 kohta.
12 — Em. asia Universale-Bau ym., tuomion 71 kohta.
13 — Ks. edellä 30 kohta.

nut tai saattaa loukata", mutta siinä ei määritellä tavoittelemisen käsitettä eikä niitä mahdollisia edellytyksiä, jolloin tarjoajan aktiivisuuden puute voi saada hänet menettämään kiinnostuksensa hankinnan saamiseen siinä mielessä, että hänellä ei katsota olevan eikä koskaan olleenkaan sellaista kiinnostusta. Näin ollen jokaisen jäsenvaltion sisäiseen oikeusjärjestykseen kuuluu tarpeen tullen säätää tästä. [14]

45. Tullessani päättelyn tälle tasolle siteeraan laajemmin asiassa Universale-Bau ym. annetun tuomion kohtia 72—76, jotka mielestäni soveltuvat suoraan käsillä olevaan kysymykseen:

"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

14 — Ks. vastaavasti em. asia Universale-Bau ym., tuomion 71 kohdan lopussa.

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)." [15]

46. Aivan kuten prekluusion määräaikojen osalta, joista oli kyse edellä mainitussa asiassa Universale-Bau ym., olen sitä mieltä, että kansallinen säännös, joka velvoittaa tarjoajan käyttämään kaikkia kohtuullisesti sen käytössä olevia keinoja, sillä uhalla, että sen muuten katsotaan menettäneen kiinnostuksensa hankinnan saamiseen, estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa ja saadakseen siten aikaan sen, että sopimus tehdään sen itsensä kanssa, on osa direktiivin 89/665/ETY tavoitetta varmistaa, että luodaan tehokas ja mahdollisimman nopea muutoksenhakumenettely. [16] Säännös on myös direktiivistä 89/665/ETY johdetun tehokkuusvaatimuksen mukainen, edellyttäen että se on oikeusvarmuuden intressissä.

47. Korostan kuitenkin, että tämä kiinnostuksen menettäminen hankinnan saamiseen ei mielestäni voi tulla kyseeseen muuten kuin silloin, kun tarjoaja ei ole käyttänyt kaikkia *kohtuudella* hänen käytössään olevia keinoja, aivan kuten määräaikojenkin tuli olla kohtuullisia. [17]

15 — Kursivointi tässä.

16 — Ks. myös em. asia Alcatel Austria ym., tuomion 34 kohta ja asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002 (Kok. 2002, s. I-5553, 52 kohta).

17 — Em. asia Universale-Bau ym., tuomion 79 kohta.

48. Vastaaja on suullisessa käsittelyssä ilmoittanut, että sillä ei ollut tarpeeksi tietoa voidakseen panna asia vireille B-VKK:ssa sen jälkeen, kun sille oli kirjeitse 28.1.2000 ilmoitettu, että sen tarjous oli asetettu toiselle tilalle tarjousvertailussa ja että sopimusta ei tehtäisi sen kanssa.

49. Kansallisen tuomioistuimen tulee tutkia, ottaen huomioon nämä olosuhteet, oliko vastaajalla *kohtuullinen* mahdollisuus panna asia vireille B-VKK:ssa. Jollei näin ollut, vastaajaa ei voida moittia siitä, ettei se ole käyttänyt tätä mahdollisuutta.

50. Ehdotan siis, että ennakkoratkaisukysymyksiin vastataan, että direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan vastaista ei ole sellainen kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan yrittäjä on tai on ollut tavoittelemassa tiettyä hankintasopimusta vain silloin, jos se — hankintamenettelyyn osallistumisensa lisäksi — käyttää tai on käyttänyt kaikki kansallisten säännösten mukaan kohtuudella sen käytettävissä olevat keinot estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa ja saadakseen siten aikaan sen, että sopimus tehdään sen itsensä kanssa.

V Ratkaisuehdotus

51. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Bundesvergabeamtin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY, 1 artiklan 3 kohta ei edellytä, että yrittäjä on tai on ollut tavoittelemassa tiettyä hankintasopimusta vain silloin, jos se — hankintamenettelyyn osallistumisensa lisäksi — käyttää tai on käyttänyt kaikki kansallisten säännösten mukaan sen käytettävissä olevat keinot estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa ja saadakseen siten aikaan sen, että sopimus tehdään sen itsensä kanssa.

Direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan vastaista ei kuitenkaan ole sellainen kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan yrittäjä on tai on ollut tavoittelemassa tiettyä hankintasopimusta vain silloin, jos se — hankintamenettelyyn osallistumisensa lisäksi — käyttää tai on käyttänyt kaikki kansallisten säännösten mukaan kohtuudella sen käytettävissä olevat keinot estääkseen sopimuksen tekemisen muun tarjoajan kanssa ja saadakseen siten aikaan sen, että sopimus tehdään sen itsensä kanssa.