JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JULIANE KOKOTT

13 päivänä maaliskuuta 2008 [1]

I Johdanto

1. Nyt esillä olevassa asiassa Bundesvergabeamt (Itävalta) esittää Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle erittäin kattavan kysymysluettelon julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön eri säännösten tulkinnasta. Tässä yhteydessä kyse on lähinnä hankintamenettelyä koskevaan lainsäädäntöön sisältyvän ilmauksen ”tehdessään” tulkinnasta. Erityisesti on selvitettävä, millä edellytyksillä voimassa olevan sopimuksen muuttaminen on katsottava uuden julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi sillä seurauksella, että ensin on mahdollisesti järjestettävä hankintamenettely ja että huomiotta jätetyille yrityksille taataan oikeussuoja.

2. Tämän ennakkoratkaisupyynnön taustalla on uutistoimistopalvelujen tarjoamista Itävallan liittovaltion viranomaisille koskeva kiista, jossa pressetext Nachrichtenagentur, verrattain uusi palveluntarjoaja Itävallan markkinoilla, on nostanut kanteen Itävallan tasavallan ja markkinoilla pitkään toimineen Austria Presse Agenturin perinteisistä sopimussuhteista, joihin tehtiin muutoksia vuosina 2000, 2001 ja 2005.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön lainsäädäntö*

3. Nyt esillä olevaa asiaa koskevat yhteisön oikeussäännöt sisältyvät kahteen hankintamenettelyä koskevan lainsäädännön alaan kuuluvaan direktiiviin, jotka ovat

– julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

neuvoston direktiivi 92/50/ETY [2] (jäljempänä direktiivi 92/50) ja

– julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY, [3] sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 92/50 (jäljempänä direktiivi 89/665). [4]

Asiassa merkitykselliset direktiivin 92/50 säännökset

4. Direktiivin 92/50 I osaston yleisiin säännöksiin kuuluvaan 1 artiklan f kohtaan sisältyy seuraava määritelmä:

”[tässä direktiivissä] ’neuvottelumenettelyillä’ tarkoitetaan kansallisia menettelyjä, joissa hankintaviranomaiset ottavat yhteyttä valitsemiinsa palvelujen suorittajiin ja niistä yhden tai useamman kanssa neuvottelevat sopimuksen ehdoista.”

5. Samoin direktiivin 92/50 I osastossa olevassa 3 artiklassa säädetään muun muassa seuraavaa:

”1. Tehdessään julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tai järjestäessään suunnittelukilpailuja hankintaviranomaisten on noudatettava tämän direktiivin säännösten mukaisia menettelyjä.

2. Hankintaviranomaisten on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti.

– –”

6. Direktiivin 92/50 II osastossa otsikon ”Kaksitasoinen soveltaminen” alla olevissa 8–10 artiklassa säädetään seuraavaa:

2 – EYVL L 209, s. 1. Tämä direktiivi kumottiin ja korvattiin julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114). Kyseinen lainmuutos oli kuitenkin pantava täytäntöön kansallisessa lainsäädännössä vasta 31.1.2006 mennessä. Lainmuutosta ei myöskään pantu täytäntöön Itävallan lainsäädännössä ennen tätä määräaikaa, joten sillä ei ole merkitystä vuosia 2000, 2001 ja 2005 koskevan pääasian tosiseikkojen kannalta.

3 – EYVL L 395, s. 33.

4 – Tätä direktiiviä on muutettu lisäksi neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL L 335, s. 31; jäljempänä direktiivi 2007/66). Nämä muutokset ovat kuitenkin tulleet voimaan vasta 9.1.2008, ja ne on pantava täytäntöön 20.12.2009 mennessä. Niillä ei siten ole merkitystä pääasian tosiseikkojen kannalta.

”8 artikla	”Hankintaviranomaiset voivat julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta seuraavissa tapauksissa:
Liitteessä I A lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä III–VI osaston säännösten mukaisesti.	
	– –
9 artikla	
	b) teknisistä tai taiteellisista taikka yksinoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä vain tietty palvelujen suorittaja voi suorittaa palvelut;
Liitteessä I B lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti.	
10 artikla	– –.”
Sopimukset, jotka koskevat sekä liitteessä I A että liitteessä I B lueteltuja palveluja, on tehtävä III–VI osaston säännösten mukaisesti, jos liitteessä I A lueteltujen palvelujen arvo on suurempi kuin liitteessä I B lueteltujen palvelujen arvo. Muissa tapauksissa sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti.”	8. Direktiivin 92/50 VI osastoon kuuluvan 31 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:
7. Direktiivin 92/50 III osasto on otsikoitu ”Sopimusten tekomenettelyjen valinta ja suunnittelukilpailujen säännöt”. Siinä olevan 11 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:	”Jos palvelujen suorittaja ei hyväksyttävästä syystä voi toimittaa hankintaviranomaiselle sen pyytämiä viiteasiakirjoja, palvelujen suorittaja voi osoittaa taloudellisen tilanteensa ja luottokelpoisuutensa jollain muulla hankintaviranomaisen hyväksymällä asiakirjalla.”

Asiassa merkitykselliset direktiivin 89/665 säännökset

9. Direktiivin 89/665 1 artiklassa 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 – – mukaisesti, milloin edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia sääntöjä.

2. Jäsenvaltioiden on huolehdittava, ettei yrityksiä, jotka ilmoittavat kärsineensä vahinkoa sopimuksenteossa, syrjitä yhteisön oikeuden täytäntöön panemiseksi annettujen ja muiden kansallisten säännösten välisen, tämän direktiivin mukaisen valinnan perusteella.

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.”

10. Direktiivin 89/665 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

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

– –

b) joko poistaa lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden poistaminen – –;

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot.

2. Edellä 1 kohdassa säädetyt valtuudet voidaan siirtää muutoksenhakumenettelyn eri osa-alueista vastuussa oleville erillisille laitoksille.

– –

5. Jäsenvaltiot voivat säätää, että päätöksen lainvastaisuuteen perustuva vahingonkorvausvaade voidaan käsitellä vasta sen jälkeen, kun toimivaltainen elin on ensin poistanut riitautetun päätöksen.

– –”

”1. Yrittäjä, joka tavoitteli tämän liittovaltion lain soveltamisalaan kuuluvaa sopimusta, voi, jos väitetystä lainvastaisuudesta on aiheutunut sille vahinkoa, vaatia vahvistettavaksi, että

1. sopimuksen tekeminen suorahankintana tai hankintamenettelyssä julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta on lainvastaista, koska sillä rikotaan tätä liittovaltion lakia tai sen nojalla annettuja säännöksiä taikka välittömästi sovellettavaa yhteisön lainsäädäntöä, tai

– –

4. hankintamenettely, jossa sopimus tehdään suoraan yhden yrittäjän kanssa ja johon muut yrittäjät eivät osallistu, on tämän liittovaltion lain säännösten perusteella selvästi lainvastainen.”

B *Kansallinen lainsäädäntö*

11. Itävallan lainsäädännöstä on syytä mainita julkisia hankintoja koskevan liittovaltion lain, sellaisena kuin se tuli voimaan 1.2.2006, [5] (Bundesvergabegesetz, jäljempänä vuoden 2006 BVergG) 331 §, joka muodostaa oikeusperustan Bundesvergabeamtin (liittovaltion hankintaviranomainen) vahvistamismenettelylle ja jossa säädetään muun muassa seuraavaa:

12. Vuoden 2006 BVergG:n 332 §:n 2 ja 3 momentin nojalla saman lain 331 §:ssä säädetty oikeus vahvistamiseen lakkaa viimeistään kuuden kuukauden kuluttua hankintasopimuksen tekemisestä.

5 – BGBl. I, nro 17/2006.

13. Vuoden 2006 BVergG:n 132 §:n 3 momentista seuraa, että saman lain 331 §:n 1 momentin 4 kohdan nojalla hyväksytty vaatimus johtaa lainvoimaisen vahvistamisen yhteydessä sopimussuhteen toteamiseen mitättömäksi.

14. Vahvistamismenettelystä on erotettava vahingonkorvauskanne, jonka käsittely ei kuulu Bundesvergabeamtille vaan itävaltalaisille siviilituomioistuimille. Vuoden 2006 BVergG:n 341 §:n 2 momentin nojalla vahingonkorvauskanne voidaan ottaa tutkittavaksi vain, jos hankintamenettely on sitä ennen todettu lainvastaiseksi vahvistamismenettelyssä.

III Tosiseikat ja pääasian käsittelyn vaiheet

15. Nyt esillä olevan asian taustalla olevat tosiseikat voidaan ennakkoratkaisupyynnössä annettuihin tietoihin tukeutuen tiivistää seuraavasti.

1. *Asian käsittelyyn osallistuvat uutistoimistot*

16. Austria Presse Agentur (jäljempänä APA) perustettiin Itävallassa toisen maailmansodan jälkeen[6] osuustoiminnallisena yhtiönä,[7] jonka jäseniä ovat lähes kaikki itävaltalaiset päivälehdet ja myös Itävallan yleisradio ÖRF. Yhdessä konsernin muiden yhtiöiden kanssa APA on markkinajohtaja Itävallan uutistoimistomarkkinoilla, ja se on perinteisesti tarjonnut Itävallan tasavallalle erilaisia uutistoimistopalveluja.

17. Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (jäljempänä PN) on toiminut Itävallan uutismarkkinoilla vuodesta 1999 lähtien, mutta on tähän mennessä laatinut vain vähäisen määrän lehdistötiedotteita liittovaltion viranomaisille. PN:n palveluksessa on myös vähemmän toimittajia kuin APA:n, eikä sen tietokanta ole yhtä laaja kuin APA:n. Vuonna 2004 PN tarjosi Itävallan tasavallalle uutistoimistopalveluja, mutta tämä tarjous ei johtanut sopimuksen tekemiseen.

6 – APA:n edeltäjä Österreichische Correspondenz oli perustettu Wienissä jo vuonna 1849.

7 – Asiakirjoista ilmenee, että kyseessä on rekisteröity osuustoiminnallinen rajavastuuyhtiö.

2. *APA:n ja Itävallan tasavallan väliset kiistanalaiset sopimussuhteet*

18. Vuonna 1994, siis ennen liittymistään Euroopan unioniin, Itävallan tasavalta teki APA:n kanssa niin sanotun perussopimuksen tiettyjen palvelujen tarjoamisesta korvausta vastaan.[8] Tämän perussopimuksen myötä Itävallan liittovaltion viranomaiset saivat lähinnä mahdollisuuden saada ja käyttää ajantasaisia tietoja (ns. peruspalvelut), hakea historiallisia tietoja ja aiempia lehdistötiedotteita APA:n APADok-nimisestä tietokannasta sekä käyttää APA:n alkuperäistekstipalvelua (Originaltextservice, OTS) sekä tiedonlähteenä että liittovaltion omien lehdistötiedotteiden laatimiseen. APADok-tietokantaan on tallennettu peruspalvelujen tiedot 1.1.1988 lähtien ja alkuperäistekstipalvelun tiedot 1.6.1989 lähtien.

19. Perussopimus tehtiin määräämättömäksi ajaksi, ja samalla sovittiin irtisanomiskiellosta, jonka vuoksi sopimuksen purkaminen olisi ollut mahdollista aikaisintaan 31.12.1999. Perussopimukseen sisältyi myös määräyksiä ensimmäisten hinnankorotusten ajankohdasta, kunkin korotuksen enimmäismäärästä ja hintojen indeksoinnista vuoden 1986 kuluttajahintaindeksin pohjalta, jolloin viitearvona oli vuodeksi 1994 laskettu indeksiluku.

8 – Asian käsittelyyn osallistuvan liittokanslerinviraston mukaan kyse oli jo vuodesta 1946 vallinneen sopimussuhteen mukauttamisesta.

20. Syyskuussa 2000 APA perusti tytäryhtiön APA-OTS Originaltext-Service GmbH:n (jäljempänä APA-OTS), josta se omisti 100 prosenttia. Näiden kahden yhtiön välillä on voiton- ja tappionjakosopimus, josta käy APA:n ja APA-OTS:n mukaan ilmi, että APA-OTS on rahoituksellisesti, organisatorisesti ja taloudellisesti osa APA-yhtiötä ja että sen liiketoimintaa on hoidettava APA:n ohjeiden mukaan. APA-OTS on lisäksi velvollinen siirtämään vuosittaiset voittonsa APA:lle, kun taas APA:n on vastavuoroisesti katettava APA-OTS:n mahdolliset vuositappiot.

21. APA siirsi alkuperäistekstipalvelunsa toiminnan APA-OTS:lle. Tästä muutoksesta ilmoitettiin Itävallan tasavallalle lokakuussa 2000, jolloin APA:n edustaja vakuutti liittokanslerinviraston asiaa tiedustellessa, että APA on tytäryhtiöittämisen jälkeen ”yhteisvastuussa” APA-OTS:n kanssa eikä sen tarjoamassa kokonaispalvelussa tapahdu mitään muutoksia. Liittokanslerinvirasto kertoo tämän jälkeen antaneensa suostumuksensa siihen, että alkuperäistekstipalveluja tarjoaa jatkossa APA-OTS ja että korvaukset näistä palveluista maksetaan suoraan APA-OTS:lle.

22. Vuonna 1994 tehdyn perussopimuksen korvausta koskevia määräyksiä muutettiin vuonna 2001 ensimmäisellä lisäyksellä. Sen lisäksi, että korvaukset muunnettiin Itävallan šillingeistä euroiksi, tässä lisäyksessä määrättiin liittovaltion viranomaisten lehdistötiedotteiden sisällyttämiselle alkuperäistekstipalveluun vuosiksi 2002, 2003 ja 2004

enimmäiskorvaukset,[9] joita ei voitu korottaa. Lisäksi indeksiehtolauseketta mukautettiin ottamalla käyttöön uusi indeksi, joka on perussopimuksessa käytetyn seuraajaindeksi.

23. Lokakuussa 2005 perussopimukseen, sellaisena kuin se oli muutettuna ensimmäisellä lisäyksellä, tehtiin toinen lisäys, joka tuli voimaan 1.1.2006 ja jolla perussopimukseen tehtiin kaksi uutta muutosta: APA:n tietopalveluista tehtävistä online-hauista maksettaviin korvauksiin sovellettavan alennuksen määrää korotettiin 15 prosentista 25 prosenttiin, ja sopimuspuolet sopivat irtisanomiskiellon jatkamisesta 31.12.2008 saakka.

3. *Bundesvergabeamtin menettely (vahvistamismenettely)*

24. PN vaatii Bundesvergabeamtilta oikeussuojaa hankintamenettelyä koskevien säännösten vastaisena pitämäänsä menettelyä vastaan, jonka seurauksena APA-OTS ryhtyi tarjoamaan palveluja Itävallan tasavallalle ja APA:n ja Itävallan tasavallan väliseen perussopimukseen tehtiin kaksi lisäystä.

25. PN vaati 4. ja 19.7.2006 päivätyillä hakemuksillaan vuoden 2006 BVergG:n 331 §:n nojalla Bundesvergabeamtia vahvistamaan, että APA:n vuonna 2000 tehdyistä uudelleenjärjestelyistä seurannut hankintasopimuksen jakaminen ja PN:n ”tosiasiallisiksi hankintasopimuksiksi” nimittämät perussopimukseen vuosina 2001 ja 2005 tehdyt lisäykset olivat lainvastaisia. Toissijaisesti PN vaati vahvistamaan, että kyseessä olevan hankintamenettelyn valinta oli lainvastainen.[10]

26. Hakemuksia koskevista määräajoista Bundesvergabeamt toteaa, että riidanalaiset toimet toteutettiin vuosina 2000, 2001 ja 2005, mutta kansallisessa lainsäädännössä lainvastaisia hankintasopimusten tekomenettelyjä vastaan käytettävissä oleva oikeussuojakeino eli vahvistamista koskeva hakemus, jonka hyväksyminen johtaa sopimuksen purkautumiseen, luotiin kuitenkin vasta myöhemmin ja oli käytettävissä 1.2.2006 alkaen. Tämän oikeussuojakeinon käyttämiselle asetettu määräaika on sen mukaan kuusi kuukautta lainvastaisen hankintasopimuksen tekopäivästä. Bundesvergabeamt kuitenkin katsoo, että nyt esillä olevassa asiassa on tarkoituksenmukaista soveltaa yleisen siviililain (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, jäljempänä ABGB) 1496 §:ää, jonka mukaan vanhentumisaika ei voi kulua, jos annettu oikeussuojakeino ei toimi, edellyttäen, että tätä säännöstä voidaan yhteisön oikeuden nojalla soveltaa.

9 – Näitä enimmäiskorvauksia sovelletaan verkossa lähetettäviin tiedotteisiin.

10 – Ennakkoratkaisupyynnön mukaan PN:n pääasiallinen vaatimus perustuu vuoden 2006 BVergG:n 331 §:n 1 momentin 4 kohtaan ja toissijainen vaatimus 331 §:n 1 momentin 1 kohtaan.

IV Ennakkoratkaisupyyntö ja menettely yhteisöjen tuomioistuimessa

27. Bundesvergabeamt on 7.11.2006 tekemällään päätöksellä, joka on lähetetty 10.11.2006 ja saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 13.11.2006, lykännyt asian käsittelyä ja esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ’tehdessään’ ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ’tehtävä’ tulkittava siten, että ne käsittävät myös sellaisen tilanteen, jossa julkisen hankintaviranomaisen tarkoituksena on hankkia tulevia palveluja sellaiselta palveluntarjoajalta, joka toimii pääomayhtiön muodossa, kun näitä palveluja tarjosi aiemmin toinen palveluntarjoaja, joka yhtäältä on tulevan palveluntarjoajan ainoa osakkeenomistaja ja toisaalta samanaikaisesti käyttää tulevassa palveluntarjoajassa määräysvaltaa? Onko tällaisessa tilanteessa oikeudellisesti merkitystä sillä, että julkisella hankintaviranomaisella ei ole takuita siitä, että alkuperäisen sopimuskauden kuluessa tulevan sopimuskumppanin osakkeita ei luovuteta kokonaan tai osittain kolmannelle osapuolelle, eikä siitä, että alun perin osuustoiminnallisena yhtiönä toimineen alkuperäisen palveluntarjoajan koostumus ei sopimuskauden kuluessa muutu?

2) Onko direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ’tehdessään’ ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ’tehtävä’ tulkittava siten, että ne käsittävät myös sellaisen tilanteen, jossa tietyn palveluntarjoajan kanssa yhdistettyjen palvelujen tarjoamisesta määräämättömäksi ajaksi tehdyn sopimuksen voimassaoloaikana hankintaviranomainen sopii palveluntarjoajan kanssa muutoksista eräiden sopimuksen nojalla suoritettavien palvelusten korvauksiin ja indeksiehtolausekkeeseen, kun nämä muutokset johtavat korvauksen muuttumiseen ja ovat seurausta euron käyttöönotosta?

3) Onko direktiivin 92/50 3 artiklan 1 kohdassa mainittua ilmausta ’tehdessään’ ja 8 ja 9 artiklassa mainittua ilmausta ’tehtävä’ tulkittava siten, että ne käsittävät myös sellaisen tilanteen, jossa tietyn palveluntarjoajan kanssa yhdistettyjen palvelujen tarjoamisesta määräämättömäksi ajaksi tehdyn sopimuksen voimassaoloaikana hankintaviranomainen sopii palveluntarjoajan kanssa sopimuksen muuttamisesta ensin siten, että sopimuksen irtisanomiskieltoa, joka ei muutoshetkellä enää ollut voimassa, jatketaan kolmella vuodella, ja toiseksi siten, että tiettyjä palveluksia koskeviin määräperusteisiin korvauksiin sovellettavan alennuksen määrää korotetaan?

4) Mikäli johonkin kolmesta ensimmäisestä kysymyksestä vastataan myönteisesti siten, että sopimuksen tekemisen katsotaan tapahtuvan: Onko direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan b alakohtaa tai muita yhteisön oikeuden säännöksiä, kuten avoimuusperiaatetta, tulkittava siten, että niissä sallitaan julkisen hankintaviranomaisen hankkivan palvelut

yhdellä palveluja koskevalla sopimuksella neuvottelumenettelyssä tekemättä ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta, kun osa palveluista kuuluu yksinoikeuksien piiriin direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla? Vai edellyttääkö avoimuusperiaate tai jokin muu yhteisön oikeuden säännös sellaisten palvelujen hankkimisen yhteydessä, jotka pääosaltaan eivät ole ensisijaisia palveluja, että sopimusta koskeva ilmoitus on julkaistava ennen hankintasopimuksen tekemistä, jotta asiasta kiinnostuneet yritykset voivat varmistua, kuuluvatko hankittavat palvelut todella yksinoikeuden piiriin? Vai edellyttävätkö hankintamenettelyä koskevat yhteisön säännökset sitä, että kuvatunkaltaisessa tilanteessa palveluja koskevat hankintasopimukset on tehtävä erillisissä hankintamenettelyissä sen mukaan, kuuluvatko ne yksinoikeuden piiriin vai eivät, jotta mahdollistetaan ainakin osittainen kilpailumenettely?

5) Mikäli neljänteen kysymykseen vastataan siten, että julkinen hankintaviranomainen voi tehdä hankintasopimuksen yksinoikeuden piiriin kuulumattomista palveluista samassa hankintamenettelyssä sellaisten palvelujen kanssa, jotka kuuluvat yksinoikeuden piiriin: Voiko yritys, jolla ei ole oikeutta saada yksinoikeuden piiriin kuuluvia tietoja, joita hallitsee määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, osoittaa, että se on hankintamenettelyä koskevissa säännöksissä tarkoitetulla tavalla kykenevä toimittamaan hankintaviranomaisen pyytämän palvelun kokonaisuudessaan vetoamalla EY 82 artiklaan ja mainittuun määräykseen perustuvaan velvollisuuteen, jonka mukaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen, jonka kotipaikka on jossain jäsenvaltiossa, on myönnettävä käyttöoikeus kyseisiin tietoihin kohtuullisin edellytyksin?

6) Mikäli ensimmäiseen, toiseen ja kolmanteen kysymykseen vastataan siten, että vuonna 2000 toteutettu osittainen sopimuksen luovutus ja/tai yksi tai molemmat sopimusmuutokset muodostivat uuden hankinnan, ja lisäksi, mikäli neljänteen kysymykseen vastataan siten, että kun julkinen hankintaviranomainen tekee hankintasopimuksen yksinoikeuden piiriin kuulumattomien palvelujen osalta erillisessä hankintamenettelyssä tai kun se tekee yhdistetyn sopimuksen (nyt esillä olevassa asiassa lehdistötiedotteiden, peruspalvelun ja APADok:n käyttöoikeuden osalta), sen on ensin julkaistava sopimusta koskeva ilmoitus suunnitellun hankintasopimuksen avoimuuden ja valvottavuuden varmistamiseksi:

Onko direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa mainittua käsitettä ’loukata’ ja saman direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa mainittua käsitettä ’vahinkoa kärsinyt’ tulkittava siten, että nyt esillä olevan asian kaltaisessa tilanteessa yritykselle on syntynyt edellä mainittujen säännösten mukaista vahinkoa, kun siltä on evätty mahdollisuus osallistua hankintamenettelyyn, koska hankintaviranomainen ei julkaissut ennen hankintapäätöksen tekemistä sopimusta koskevaa ilmoitusta, jonka perusteella yritys olisi voinut osallistua tarjouskilpailuun tai tehdä tarjouksen hankinnan kohteena olevista palveluista taikka olisi voinut saattaa hankintamenettelyjä valvovan toimivaltaisen viranomaisen ratkaistavaksi väitteen yksinoikeuden olemassaolosta?

7) Kun huomioon otetaan muut mahdolliset yhteisön oikeuden merkitykselliset säännökset ja määräykset, onko yhteisön oikeuden mukaista vastaavuusperiaatetta ja tehokkaan oikeussuojan vaatimusta taikka tehokkuusperiaatetta tulkittava siten, että niillä myönnetään yrityksille sellainen subjektiivinen ja ehdoton oikeus, johon ne voivat vedota jäsenvaltiota vastaan ja jonka mukaan yrityksellä on oltava siitä hetkestä lähtien, jolloin se olisi voinut saada tiedon siitä, että hankintasopimus oli hankintamenettelyä koskevien säännösten vastainen, vähintään kuuden kuukauden aika ryhtyä toimenpiteisiin korvauksen saamiseksi hankintasopimuksen johdosta sillä perusteella, että yhteisön hankintamenettelyä koskevia säännöksiä on rikottu, ja että yritykselle on myönnettävä lisäaikaa siltä osin kuin se ei ole voinut pätevästi vedota oikeuksiinsa, koska kansallisessa lainsäädännössä ei ole ollut tätä koskevaa oikeudellista perustaa, jos kansallisen lainsäädännön mukaan kansallisten säännösten rikkomiseen perustuviin vahingonkorvausvaateisiin sovelletaan normaalisti kolmen vuoden vanhentumisaikaa alkaen siitä hetkestä, kun vahingontekijä ja syntynyt vahinko tulivat ilmi, ja jos tiettyä oikeudenalaa koskevien oikeussuojakeinojen puuttumisen johdosta vanhentumisaika ei kulu (edelleen)?”

28. Yhteisöjen tuomioistuimessa käytävässä menettelyssä kirjallisia ja suullisia huomautuksia ovat esittäneet PN, APA ja APA-OTS, Itävallan tasavalta ja Euroopan yhteisöjen komissio. Kirjallisesti menettelyyn osallistuivat lisäksi Itävallan liittokanslerinvirasto hankintaviranomaisen ominaisuudessa ja Liettuan hallitus. Ranskan hallitus on esittänyt suullisia huomautuksia.

V Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen

29. Ennen kuin tarkastelen ennakkoratkaisukysymysten sisältöä, on syytä esittää lyhyesti muutamia alustavia huomautuksia ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamisesta.

A. *Bundesvergabeamtin oikeus esittää ennakkoratkaisupyyntöjä*

30. Itävaltalainen Bundesvergabeamt on lailla perustettu, pysyvä elin, jolla on pakollinen toimivalta hankintamenettelyä koskevien säännösten soveltamisalaan kuuluvissa asioissa, joissa liittovaltio on hankintaviranomainen. [11] Se antaa ratkaisun riidanalaisessa menettelyssä Itävallan liittovaltion lainsäädännön säännösten perusteella. Tällöin Bundesvergabeamt on ensimmäinen ja samalla viimeinen oikeusaste. [12] Sen jäseniä eivät sido mitkään ohjeet heille kuuluvien tehtävien hoidossa, ja heidät nimitetään vähintään viideksi vuodeksi, osittain myös määräämättömäksi ajaksi. [13]

11 – Vuoden 2006 BVergG:n 291 §.

12 – Vuoden 2006 BVergG:n 291 §:n 2 momentin toinen virke.

13 – Vuoden 2006 BVergG:n 292 ja 295 §.

31. Bundesvergabeamt on siten EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin [14] ja oikeutettu esittämään yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyyntöjä. Yhteisöjen tuomioistuin onkin jo useasti [15] vastannut Bundesvergabeamtin esittämään ennakkoratkaisupyyntöön. [16]

B. *Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen yleisesti*

32. APA:n ja APA-OTS:n ennakkoratkaisupyynnön monimutkaiseen ja vaikeasti ymmärrettävään muotoiluun kohdistama arvostelu ei muuta sitä seikkaa, että ennakkoratkaisukysymykset ovat kokonaisuutena ottaen vielä ymmärrettäviä. Bundesvergabeamtin ennakkoratkaisupyynnössä esittämistä selvityksistä käyvät riittävän tarkasti ilmi kysymyksiin liittyvät tosiasiat ja oikeussäännöt sekä se, miksi Bundesvergabeamt pitää kysymyksiä merkityksellisinä nyt esillä olevan asian ratkaisemisen kannalta.

33. Ennakkoratkaisupyynnöstä voidaan erityisesti päätellä, että sen tarkoituksena on selvittää, onko kansallisessa menettelyssä tarpeen toteuttaa kattavia selvittämistoimia tiettyjen tosiseikkojen osalta vai voidaanko pääasia ratkaista myös ilman näitä selvittämistoimia.

34. Tältä osin on huomautettava, että kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää, missä käsittelyn vaiheessa sen on syytä esittää ennakkoratkaisukysymys yhteisöjen tuomioistuimelle. [17] Ratkaisevaa on, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin määrittelee riittävällä tavalla yhteisön oikeuden tulkinnasta esittämänsä ennakkoratkaisupyynnön perustana olevat tosiseikat ja oikeudelliset seikat ja toimittaa yhteisöjen tuomioistuimelle myös kaikki muut tarvittavat tiedot, jotta tämä pystyy antamaan ennakkoratkaisupyyntöön hyödyllisen vastauksen. [18] APA:n ja APA-OTS:n näkemyksestä poiketen näin on nyt esillä olevassa asiassa. Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamiselle yleisesti ei siten ole esteitä.

14 – Tuomioistuimen käsitettä koskevasta vakiintuneesta oikeuskäytännöstä vrt. asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. I-4961, 23 kohta); asia C-53/03, Syfait ym., tuomio 31.5.2005 (Kok. 2005, s. I-4609, 29 kohta) ja asia C-195/06, Österreichischer Rundfunk, tuomio 18.10.2007 (Kok. 2007, s. I-8817, 19 kohta).

15 – Vrt. asia C-411/00, Felix Swoboda, tuomio 14.11.2002 (Kok. 2002, s. I-10567, erityisesti 25–28 kohta); asia C-314/01, Siemens ja ARGE Telekom, tuomio 18.3.2004 (Kok. 2004, s. I-2549) ja asia C-15/04, Koppensteiner, tuomio 2.6.2005 (Kok. 2005, s. I-4855). Vuoden 2006 BVergG:iin perustuva Bundesvergabeamtin nykyinen organisaatiomuoto vastaa ennakkoratkaisupyynnön mukaan pääosin asiassa Koppensteiner annetun tuomion aikaista organisaatiomuotoa.

16 – Yhteisöjen tuomioistuin on vastaavasti tunnustanut Saksan liittovaltion valvontalautakunnan tuomioistuimeksi, jolla on oikeus esittää ennakkoratkaisupyyntöjä (edellä alaviitteessä 14 mainittu asia Dorsch Consult, tuomion 38 kohta).

17 – Asia 72/83, Campus Oil ym., tuomio 10.7.1984 (Kok. 1984, s. 2727, Kok. Ep. VII, s. 615, 10 kohta); asia C-112/00, Schmidberger, tuomio 12.6.2003 (Kok. 2003, s. I-5659, 39 kohta) ja asia C-470/03, AGM-COS.MET, tuomio 17.4.2007 (Kok. 2007, s. I-2749, 45 kohta).

18 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Schmidberger, tuomion 40 ja 41 kohta.

C. *Erityisesti kuudennen ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottaminen*

35. Direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa mainitun käsitteen ”loukata” ja 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa mainitun käsitteen ”vahinkoa kärsinyt” tulkintaa koskevan kuudennen ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottamiseen liittyy kuitenkin erityinen ongelma.

36. Vuoden 2006 BVergG:n 331 §:ään perustuvassa pääasiaa koskevassa menettelyssä Bundesvergabeamtilla on toimivalta ainoastaan *vahvistaa mahdollinen hankintamenettelyä koskevien säännösten rikkominen*, ei kuitenkaan *myöntää vahingonkorvausta*, mikä on varattu itävaltalaisille siviilituomioistuimille.[19] Sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämiä ennakkoratkaisukysymyksiä ei siksi voida ottaa tutkittaviksi, mikäli ne koskevat itse vahingonkorvausten myöntämistä tai vahingonkorvausten myöntämisen edellytyksiä.[20]

37. Tätä taustaa vasten kuudes ennakkoratkaisukysymys voidaan ottaa tutkittavaksi vain siltä osin kuin se koskee direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa säädetyn muutoksenhakua koskevan hakemuksen tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä. Siltä osin kuin kuudennessa ennakkoratkaisukysymyksessä kuitenkin viitataan direktiivin 89/665 2 artiklan 1 kohdan c alakohtaan, sitä ei voida ottaa tutkittavaksi, koska viimeksi mainittu säännös koskee suoraan vahingonkorvauksen myöntämistä.

D. *Välipäätelmä*

38. Nyt esillä oleva ennakkoratkaisupyyntö voidaan täten ottaa tutkittavaksi, lukuun ottamatta kuudennen ennakkoratkaisukysymyksen sitä osaa, jossa viitataan direktiivin 89/665 2 artiklan 1 kohdan c alakohtaan.

VI Ennakkoratkaisukysymysten sisällön arviointi

39. Tämän erittäin laajan ennakkoratkaisupyynnön sisällöllä pyritään lähinnä selvittämään, millä edellytyksillä voimassa olevan sopimuksen muuttaminen on katsottava julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi sillä seurauksella, että ensin on mahdollisesti järjestettävä hankintamenettely ja että huomiotta jätetyille yrityksille taataan oikeussuoja.

40. Erittäin kiinnostava laajempi kysymys siitä, onko toistaiseksi voimassa olevien

19 – Itävalta on käyttänyt direktiivin 89/665 2 artiklan 2 kohdassa mainittua mahdollisuutta siirtää valtuudet muutoksenhakumenettelyssä erillisille laitoksille.

20 – Asia C-315/01, GAT, tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6351, 38 kohta).

sopimusten tekemistä rajoitettu jotenkin hankintamenettelyä koskevissa tai muissa yhteisön oikeuden säännöksissä, ei ole tämän ennakkoratkaisumenettelyn kohteena. Ajallisesti rajoittamaton perussopimus vuodelta 1994 tehtiin ennen Itävallan liittymistä Euroopan unioniin,[21] joten tätä kysymystä ei tarvitse tarkastella lähemmin myöskään ennakkokysymyksenä.[22]

42. Tätä kysymystä ei ole tähän mennessä käsitelty kattavasti yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännössä.[23]

1. Alustava huomautus: merkittävän sopimusmuutoksen kriteeri

A *Ensimmäinen, toinen ja kolmas ennakkoratkaisukysymys*

43. Ennen kaikkea toistaiseksi ja pitkään voimassa olevien sopimusten kohdalla voi täytäntöönpanon aikana olla tarpeen mukauttaa niiden sisältöä, jos sopimusmääräykset eivät ole enää asianmukaisia – esimerkiksi ulkoisten olosuhteiden ennakoimattoman muuttumisen vuoksi. Sopimuksen sisällön mukauttaminen muuttuneisiin olosuhteisiin voi myötävaikuttaa siihen, että sopimuksen tavoite toteutuu paremmin.

41. Kolmella ensimmäisellä kysymyksellään Bundesvergabeamt tiedustelee, millä edellytyksillä hankintaviranomaisen ja palveluntarjoajan voimassa oleviin sopimussuhteisiin tehtävät muutokset on katsottava uuden direktiivissä 92/50 tarkoitetun julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi.

44. Jos alkuperäisen sopimuksen kohteena oli kuitenkin julkinen hankinta, sen sisällön myöhemmän muuttamisen yhteydessä nousee aina myös esille kysymys siitä, onko järjestettävä (mahdollisesti uusi) hankintamenettely. Tällöin hankintasopimuksen täytäntöönpanon mahdollisimman tehokasta jatkamista koskevan pyrkimyksen ja kaikkien tosiasiallisten ja mahdollisten

21 – Vrt. tästä asia C-76/97, Tögel, tuomio 24.9.1998 (Kok. 1998, s. I-5357, 53 ja 54 kohta). Niistä nyt riidanalaisina olevista toimista poiketen, jotka toteutettiin vuosina 2000, 2001 ja 2005 ja jotka kuuluvat yhteisön oikeuden ajalliseen soveltamisalaan, hankintamenettelyä koskevia direktiivejä ei vielä sovellettu perussopimukseen, koska Itävalta ei ollut Euroopan unionin jäsen vuonna 1994.

22 – Vrt. toistaiseksi voimassa olevan sopimuksen kytkemistä irtisanomiskieltoon koskevasta erityisongelmasta jäljempänä, erityisesti tämän ratkaisuehdotuksen 74 kohta.

23 – Saksalaisen Oberlandesgericht Rostockin esittämä ennakkoratkaisupyyntö ei johtanut yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuun (asia C-50/03, poistettu rekisteristä 9.11.2004).

palvelujentarjoajien yhtäläisten mahdollisuuksien kunnioittamista koskevan periaatteen välille syntyy yleensä jännite.

45. Lähtökohtaisesti ei voida suoralta kädeltä sulkea pois sitä, että voimassa olevien sopimusten sisältöön myöhemmin tehtävät muutokset täyttävät (mahdollisesti uudelleen) julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekemisen edellytykset sillä seurauksella, että on järjestettävä hankintamenettely. Oikeudellisia käsitteitä, joissa määritellään hankintamenettelyä koskevien direktiivien soveltamisala, on nimittäin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tulkittava laajasti. [24]

46. Viime kädessä ilmauksen ”tehdessään” tulkinnan on kuitenkin perustuttava kulloisenkin direktiivin tavoitteisiin. Julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisella pyritään poistamaan palvelujen tarjoamisen vapauden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet ja suojaamaan toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden etuja. [25] Tarkoituksena on sulkea pois se mahdollisuus, että hankintaviranomainen suosii sopimuksissaan kansallisia tarjouksen tekijöitä tai ehdokkaita ja toimii hankintasopimuksia tehdessään muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta. [26]

47. Myös direktiivin 92/50 päätavoitteena on näin ollen palveluiden vapaan liikkuvuuden toteutuminen ja markkinoiden avaaminen vääristymättömälle ja mahdollisimman laajalle kilpailulle. [27] Tämä edellyttää avointa ja syrjimätöntä menettelyä julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemisessä, jotta varmistetaan yhtäläiset mahdollisuudet kaikille mahdollisille palveluntarjoajille.

48. Tämän tavoitteenasettelun taustaa vasten kaikki merkityksettömätkin julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin tehtävät muutokset eivät edellytä hankintamenettelyn järjestämistä. Ainoastaan *merkittävät sopimusmuutokset*, jotka ovat käytännössä omiaan vääristämään kilpailua kyseisillä markkinoilla ja asettamaan hankintaviranomaisen sopimuskumppanin edullisempaan asemaan muihin mahdollisiin palveluntarjoajiin nähden, oikeuttavat uuden hankintamenettelyn järjestämisen. [28]

24 – Hankintamenettelyä koskevien direktiivien soveltamisalaa määrittelevien eri käsitteiden laajasta tulkinnasta vrt. asia C-373/00, Adolf Truley, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1931, 43 kohta); asia C-129/04, Espace Trianon ja Sofibail, tuomio 8.9.2005 (Kok. 2005, s. I-7805, 73 kohta) ja asia C-119/06, komissio v. Italia, tuomio 29.11.2007 (43 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

25 – Asia C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-6821, 41 kohta); asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8035, 16 kohta); asia C-507/03, komissio v. Irlanti, tuomio 13.11.2007 (Kok. 2007, s. I-9777, 27 kohta) ja asia C-337/06, Bayerischer Rundfunk ym., tuomio 13.12.2007 (Kok. 2007, s. I-11173, 38 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa). Vrt. myös direktiivin 92/50 johdanto-osan toinen ja kuudes perustelukappale.

26 – Edellä alaviitteessä 25 mainittu asia University of Cambridge, tuomion 17 kohta; edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Felix Swoboda, tuomion 45 kohta ja edellä alaviitteessä 25 mainittu asia Bayerischer Rundfunk ym., tuomion 36 kohta.

27 – Asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005 (Kok. 2005, s. I-1, 44 ja 47 kohta) ja edellä alaviitteessä 25 mainittu asia Bayerischer Rundfunk ym., tuomion 39 kohta.

28 – Vastaavasti myös asia C-337/98, komissio v. Ranska, tuomio 5.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8377, 46, 50 ja 51 kohta) ja asia C-496/99 P, komissio v. CAS Succhi di Frutta, tuomio 29.4.2004 (Kok. 2004, s. I-3801, 117 kohta), jossa viitataan *merkittäviin* sopimusmääräyksiin tai tarjouskilpailun ehtoihin.

49. Sopimusmuutosta on erityisesti pidettävä merkittävänä aina silloin, kun on mahdollista, että sopimuksen alkuperäiset, epäedullisemmat ehdot tekivät julkista hankintaa koskevan tarjouksen laatimisen vähemmän houkuttelevaksi muille palveluntarjoajille tai muut palveluntarjoajat olisivat uusien sopimusehtojen vuoksi nyt kiinnostuneita tekemään julkista hankintaa koskevan tarjouksen tai että aikoinaan hävinneen tarjoajan tarjous voitaisiin uudet sopimusehdot huomioon ottaen hyväksyä. [29]

50. Näiden alustavien toteamusten pohjalta tarkastelen seuraavaksi kolmea ensimmäistä ennakkoratkaisukysymystä.

2. Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

a) Ensimmäisen kysymyksen ensimmäinen osa: APA-OTS:n ottaminen mukaan sopimuksen täytäntöönpanoon

51. Ensimmäisen kysymyksensä ensimmäisellä osalla Bundesvergabeamt tiedustelee lähinnä, onko uuden direktiivissä 92/50 tarkoitetun julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi katsottava se, kun hankintaviranomainen hyväksyy, että voimassa olevan sopimuksen osan täytäntöönpano siirretään palveluntarjoajan tytäryhtiölle, jossa palveluntarjoaja käyttää määräysvaltaa ja jonka ainoa osakkeenomistaja se on, vaikka ei ole takuita siitä, että palveluntarjoaja on tytäryhtiön ainoa osakkeenomistaja koko sopimuskauden ajan.

52. Tämän kysymyksen taustalla on APA:n vuonna 2000 tekemä alkuperäistekstipalvelujen ulkoistaminen sen tytäryhtiölle APA-OTS:lle. Riippumatta siitä, johtivatko nämä APA-konsernin sisäiset uudelleenjärjestelyt sitten sopimuksen ”jakamiseen”, luovutukseen, uudistamiseen tai maksusitoumuksen tekemiseen, [30] joka tapauksessa on selvää, että mainittuja palveluja tarjosi siitä lähtien liittokanslerinviraston suostumuksella suoraan APA-OTS ja myös korvaukset näistä palveluista maksettiin suoraan APA-OTS:lle.

53. Tämä johti joka tapauksessa sopimuksen käytännön täytäntöönpanossa palveluntarjoajan osittaiseen vaihtumiseen vuonna 2000.

29 – Käytännössä ei kieltämättä ole aina kovinkaan helppoa erottaa merkittäviä ja merkityksettömiä sopimusmuutoksia, koska se edellyttää kunkin yksittäistapauksen olosuhteiden arvioivaa tarkastelua. Epämääräisten ja tulkintaa vaativien oikeudellisten käsitteiden käyttöä ei kuitenkaan voida välttää millään oikeuden alalla. Se on tuttua myös hankintamenettelyä koskevan lainsäädännön alalla.

30 – Pääasian asianosaiset eivät näytä olevan yksimielisiä tästä asiasta. Myöskään ennakkoratkaisupyynnössä ei käytetä yhdenmukaista terminologiaa. On kuitenkin Bundesvergabeamtin asiana selvittää, miten toimea on luonnehdittava siviilioikeudellisesti.

54. Palveluntarjoajan vaihtuminen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen voimassaoloaikana viittaa lähtökohtaisesti merkittävään sopimusmuutokseen, sillä julkisia hankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpano annetaan kokonaan tai osittain yritykselle, jonka ei tarvinnut kilpailla muiden tarjoajien kanssa ja jonka valinta ei myöskään perustunut mahdollisiin muihin tarjoajiin tehtävään vertailuun. Tällaisessa menettelyssä piilee hankintamenettelyä koskevien säännösten kiertämisen vaara, ja se on omiaan vääristämään kilpailua kyseisillä markkinoilla ja asettamaan uuden palveluntarjoajan edullisempaan asemaan muihin mahdollisiin palveluntarjoajiin nähden.

55. Yksittäistapauksen erityispiirteet voivat kuitenkin osoittaa, etteivät palveluntarjoajan tekemät muutokset poikkeuksellisesti muodosta merkittävää sopimusmuutosta. Siinä tulevat kyseeseen erityisesti seuraavat kaksi tapausryhmää.

56. Ensimmäinen tapausryhmä koskee *alihankkijoiden käyttöä* hankintaviranomaisen sopimuskumppanin toimesta. Jotta mahdollisten palveluntarjoajien joukkoa ei rajattaisi kohtuuttomasti, direktiivissä 92/50 säädetään nimenomaisesti hankintaviranomaisen mahdollisuudesta sallia alihankintasopimusten tekeminen kolmansien kanssa. [31] Tälle tapausryhmälle on tunnusomaista, että pääasiallinen palveluntarjoaja kantaa myös alihankintasopimuksen tekemisen jälkeen täyden sopimusvastuun palveluhankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpanosta tai on joka tapauksessa yhteisvastuussa siitä.

57. Toinen tapausryhmä koskee hankintaviranomaisen sopimuskumppanin *puhtaasti sisäisiä organisaatiomuutoksia*. Siihen voi kuulua myös yhden sopimuskumppanin tytäryhtiön ottaminen mukaan sopimuksen täytäntöönpanoon. Sitä, miten tiivis palveluntarjoajan ja sen asianomaisen tytäryhtiön välisen yhteyden on tällöin oltava, ei tarvitse selvittää tyhjentävästi nyt esillä olevassa asiassa. Tämä käsittää nimittäin joka tapauksessa sellaiset tytäryhtiöt, joita palveluntarjoaja hallitsee samaan tapaan kuin omia osastojaan. Tytäryhtiön ottaminen mukaan sopimuksen täytäntöönpanoon muistuttaa silloin palveluntarjoajan talonsisäistä hankintaa, [32] joka ei muuta merkittävästi julkisia hankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpanon edellytyksiä – ainakaan taloudellisesti tarkasteltuna.

58. Molemmissa mainituissa tapausryhmissä on takeet siitä, ettei palveluntarjoajan tekemä muutos johda kilpailun vääristymiseen eikä siten merkittävään sopimusmuutokseen.

31 – Vrt. direktiivin 92/50 25 artikla ja 32 artiklan 2 kohdan c ja h alakohta sekä asia C-176/98, Holst Italia, tuomio 2.12.1999 (Kok. 1999, s. I-8607, 26 ja 27 kohta). Turvautumista alihankkijoihin sopimuksen *olennaisten osien* täyttämiseksi voidaan kuitenkin kansallisen lainsäädännön nojalla rajoittaa (edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Siemens ja ARGE Telekom, tuomion 45 kohta).

32 – Talonsisäistä hankintaa koskevista edellytyksistä vrt. erityisesti asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121, 50 kohta); edellä alaviitteessä 27 mainittu asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 49 kohta; asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok. 2005, s. I-8585, 62 kohta) ja asia C-295/05, Asemfo, tuomio 19.4.2007 (Kok. 2007, s. I-2999, 55 kohta). Talonsisäisen hankinnan käsitteestä vrt. 1.3.2005 esittämäni ratkaisuehdotus asiassa Parking Brixen, ratkaisuehdotuksen 1 ja 2 kohta.

59. Nyt esillä olevassa asiassa riidanalaisena olevan kaltainen toimi, jolla alkuperäistekstipalvelut siirrettiin APA-OTS:lle vuonna 2000, muistuttaa pintapuolisesti tarkasteltuna alihankintasopimuksen tekemistä APA:n toimesta (ensimmäinen tapausryhmä). Tätä puoltaa se, että kyseisiä palveluja tarjoaa nykyisin APA:n sijasta toinen oikeushenkilö, vaikka APA onkin yhteisvastuussa koko julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpanosta, myös APA-OTS:n hoidettavakseen ottamista tehtävistä.

60. Lähemmin tarkasteltuna APA-OTS:n kaltainen yksikkö ei kuitenkaan muistuta niinkään APA:n itsenäistä alihankkijaa, vaan pikemminkin APA:n omaa osastoa. Toimi, jolla APA-OTS otettiin mukaan julkisia hankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpanoon vuonna 2000, muodostaa palveluntarjoaja APA:n puhtaasti sisäisen organisaatiomuutoksen (toinen tapausryhmä).

61. Osan APA:n suorittamista palveluista tarjoaa nykyisin toinen oikeushenkilö, APA-OTS. Taloudellisesti tarkasteltuna APA-OTS ei kuitenkaan ole kolmas osapuoli, sillä se on täysin emoyhtiönsä APA:n valvonnassa. Paitsi se seikka, että APA on APA-OTS:n ainoa osakkeenomistaja, myös sillä oleva määräysvalta ja yhtiöiden välinen voiton- ja tappionjakosopimus takaavat sen, että emoyhtiö hallitsee APA-OTS:ää kuin omaa osastoaan. Täten julkisia hankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpanon edellytykset eivät ole taloudellisesti tarkasteltuna muuttuneet merkittävästi.

62. Vuonna 2000 toteutetulla toimella ei siten muutettu sopimusta merkittävästi, eikä sitä näin ollen tarvinnut käsitellä (uuden) julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemisenä.

63. Tätä ei estä se, ettei ole takuita siitä, että APA on APA-OTS:n ainoa osakkeenomistaja koko julkisia hankintoja koskevan sopimuksen voimassaoloajan.[33] APA voisi teoriassa luovuttaa milloin tahansa APA-OTS:n osakkeita kolmansille osapuolille. Nyt käsiteltävänä olevan kysymyksen, muutettiinko sopimusta merkittävästi vuonna 2000 ja oliko siten kyseessä uuden julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekeminen, kannalta ratkaisevia ovat kuitenkin pelkästään tapahtumat, jotka olivat tuolloin konkreettisesti ennakoitavissa.

64. Oikeusvarmuuden periaate edellyttää, että velvoitetta hankintamenettelyn toteuttamiseen arvioidaan aina ex ante eli oikeustoimen toteuttamisajankohtana.[34] Sekä hankintaviranomaisen ja sen liikekumppanin että huomiotta jätetyn kilpailijan kannalta on näet oltava jo toimintahetkellä todettavissa, olisiko hankintamenettely pitänyt järjestää vai ei. Myöhempien seikkojen huomioon ottaminen tulee kyseeseen mahdollisesti silloin, kun niiden toteutuminen

33 – Sama pätee voiton- ja tappionjakosopimuksen purkautumiseen.

34 – Vrt. tästä edellä alaviitteessä 32 mainittu ratkaisuehdotukseni asiassa Parking Brixen, 56 kohta. Kysymyksellä osakkeiden kolmansille luovuttamisen *konkreettisesta ennakoitavuudesta* on ratkaiseva asema myös asiassa C-29/04, komissio v. Itävalta, tuomio 10.11.2005 (Kok. 2005, s. I-9705, 38–41 kohta); asiassa C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok. 2006, s. I-3303, 30–32 kohta) ja edellä alaviitteessä 32 mainitussa asiassa Parking Brixen, tuomion 67 kohdan c alakohta.

oli jo toimintahetkellä varmuudella ennustettavissa.

65. Asiakirjoista ilmenee, ettei silloin, kun APA-OTS otettiin mukaan julkisia hankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpanoon, ollut konkreettisia viitteitä esimerkiksi siitä, että APA luovuttaisi osakkeitaan. Pitäydyn näin ollen arviossani, jonka mukaan vuonna 2000 toteutetulla toimella ei muutettu sopimusta merkittävästi eikä se siten edellyttänyt hankintamenettelyä.

b) Ensimmäisen kysymyksen toinen osa: APA:n koostumus

66. Bundesvergabeamt tiedustelee lisäksi, onko vuonna 2000 toteutetun menettelyn yhteydessä merkitystä sillä, että APA:n jäsenistö voi sopimuskauden kuluessa muuttua.

67. Tällaisella muutoksella voi olla merkitystä hankintamenettelyä koskevien säännösten kannalta vain, jos siitä seuraa ainakin osittainen palveluntarjoajan vaihtaminen ja se on näin katsottava merkittäväksi sopimusmuutokseksi.

68. Jos palveluntarjoaja on esimerkiksi pelkkä oikeushenkilöllisyyttä vailla oleva tilapäinen yhteenliittymä, tavallisesti jokaisella yhteenliittymän jäsenellä on hankintaviranomaisen kanssa tehdyn sopimuksen perusteella oikeuksia ja velvollisuuksia. Siinä tapauksessa tilapäisen yhteenliittymän koostumuksen muuttuminen voi johtaa siihen, että julkisia hankintoja koskevan sopimuksen täytäntöönpano annetaan kokonaan tai osittain yritykselle, jonka ei tarvinnut kilpailla muiden tarjoajien kanssa ja jonka valinta ei myöskään perustu mahdollisiin muihin tarjoajiin tehtävään vertailuun. Tällöin kyseessä on – jollei edellä kuvatuista poikkeuksista muuta johdu [35] – merkittävä sopimusmuutos. [36]

69. Jos palveluntarjoaja on sitä vastoin oikeushenkilö, pelkästään tästä oikeushenkilöstä tulee hankintaviranomaisen sopimuskumppani, eivätkä mahdolliset myöhemmät muutokset sen osakkaiden kokoonpanossa johda merkittävään sopimusmuutokseen. [37]

35 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 55–58 kohta.

36 – Asiassa C-57/01, Makedoniko Metro ja Michaniki, 23.1.2003 annetussa tuomiossa (Kok. 2003, s. I-1091, 61 kohta) pelkästään selvennetään, että ryhmittymien kokoonpanosta säätäminen kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan. Jäsenvaltioiden tehtävänä on siis säännellä, onko tarjouksentekijöistä koostuvan ryhmittymän kokoonpanon muuttaminen ylipäätään lainmukaista. Tästä on kuitenkin erotettava nyt esillä olevan asian kannalta kiinnostava kysymys siitä, onko julkisten hankintasopimusten tekemisen *jälkeen* tehtävät muutokset katsottava merkittäviksi sopimusmuutoksiksi ja täyttävätkö ne siten uudelleen julkisten hankintasopimusten tekemisen edellytykset. Viimeksi mainittu on yhteisön oikeuden kysymys.

37 – Jos jokainen oikeushenkilön omistussuhteiden muutos olisi peruste uuden hankintamenettelyn järjestämiselle, julkisia hankintasopimuksia olisi käytännössä mahdotonta tehdä pörssissä noteerattujen osakeyhtiöiden kanssa, joiden osakkaat vaihtuvat toisinaan päivittäin.

70. Nyt esillä olevassa asiassa asiakirjoista ilmenee, että APA on rekisteröity osuustoiminnallinen rajavastuuyhtiö. Näin ollen voidaan olettaa, että APA on oikeushenkilö. Jollei Bundesvergabeamtin tältä osin esittämistä toteamuksista muuta johdu, Itävallan tasavallan sopimuskumppaniksi on siis katsottava APA:n jäsenistön sijaan ainoastaan APA itse. Tällaisessa tapauksessa jäsenistön kokoonpanon mahdolliset muutokset eivät johda merkittävään sopimusmuutokseen.

3. Kolmas ennakkoratkaisukysymys

71. Kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellään Bundesvergabeamt tiedustelee lähinnä, onko uuden direktiivissä 92/50 tarkoitetun julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi katsottava se, kun hankintaviranomainen ja palveluntarjoaja muuttavat voimassa olevaa palveluhankintoja koskevaa sopimustaan sen voimassaoloaikana siten, että

– aiemmin sovittua irtisanomiskieltoa, joka ei ole enää voimassa, jatketaan kolmella vuodella ja

– tietyt korvaukset poikkeavat aiemmin sovitusta, koska niihin sovellettavan hinnanalennuksen määrää korotetaan 10 prosentilla.

72. Tämän kysymyksen taustalla on APA:n ja Itävallan tasavallan vuonna 2005 sopima toinen lisäys perussopimukseen.

a) Kolmannen kysymyksen ensimmäinen osa: irtisanomiskiellon jatkaminen

73. Kolmannen kysymyksen ensimmäinen osa koskee sopimuspuolten irtisanomiskiellon, joka ei ollut enää voimassa, vuonna 2005 sovittua jatkamista.

74. Hankintamenettelyä koskevien säännösten kannalta olisi ongelmallista sopia määräämättömäksi ajaksi tehdyn sopimuksen pitkäaikaisesta irtisanomiskiellosta tai evätä hankintaviranomaiselta kokonaan mahdollisuus irtisanoa sopimus. Tällainen sopimusmääräys nimittäin estäisi pitkällä aikavälillä kaiken mahdollisten palveluntarjoajien välisen kilpailun ja olisi siten perustavassa ristiriidassa hankintamenettelyä koskevien direktiivien tavoitteiden kanssa.

75. Tilanne on kuitenkin toinen nyt esillä olevan asian kaltaisen, vuonna 2005 sovitun irtisanomiskiellon osalta, joka on voimassa kolme vuotta. Tällaista irtisanomiskieltoa ei voida suoralta kädeltä katsoa hankintamenettelyä koskevien säännösten vastaiseksi. On kuitenkin tutkittava, olisiko sen vuoksi pitänyt järjestää hankintamenettely. Tämä määräytyy sen perusteella, onko irtisanomiskielto katsottava voimassa olevaan perussopimukseen tehdyksi merkittäväksi muutokseksi. [38]

76. Jotta sopimusmuutosta voidaan luonnehtia merkittäväksi, muutaman vuoden voimassa olevan irtisanomiskiellon on oltava omiaan vääristämään kilpailua kyseisillä markkinoilla ja asettamaan hankintaviranomaisen sopimuskumppanin edullisempaan asemaan muihin mahdollisiin palveluntarjoajiin nähden. [39]

77. Näin voi olla ainoastaan poikkeustapauksessa, nimittäin silloin, kun irtisanomiskiellosta sovittaessa on konkreettisia viitteitä siitä, että hankintaviranomainen olisi muutoin sanoutunut irti voimassa olevasta sopimuksesta irtisanomiskiellolle suunnitellun voimassaoloajan kuluessa. Ainoastaan siinä tapauksessa muilla mahdollisilla palveluntarjoajilla olisi nimittäin ylipäätään voinut olla vilpittömiä toiveita silloisen palveluntarjoajan korvaamisesta kokonaan tai osittain tänä aikana.

78. Tältä osin on ensinnäkin huomattava, ettei hankintaviranomaisella ollut lain mukaan velvoitetta purkaa ennenaikaisesti voimassa olevan lainsäädännön mukaisesti syntynyttä sopimussuhdetta. Itävallan liittyminen Euroopan unioniin ei aiheuttanut hankintaviranomaiselle velvoitetta purkaa jo voimassa oleva perussopimus tai laatia uusi sopimus. [40] Näin ollen Itävallan tasavallalla on voinut alkuperäisen (vuonna 1994) sovitun irtisanomiskiellon umpeutumisesta lähtien olla lain mukaan mahdollisuus purkaa APA:n kanssa tehty palveluhankintoja koskeva sopimus, mutta sen ei ollut missään tapauksessa pakko tehdä näin.

79. Toiseksi Itävallan tasavallalla – jollei Bundesvergabeamtin mahdollisesti vielä esittämistä toteamuksista muuta johdu – ei ollut vuonna 2005 myöskään taloudellista kannustinta vaihtaa palveluntarjoajaa irtisanomiskiellon suunnitellun, verrattain lyhyen voimassaolon aikana, toisin sanoen vuoden 2008 loppuun saakka. Sikäli kuin on havaittavissa, hankintaviranomainen on voinut perustellusti olettaa, ettei vuoden 2008 loppuun mennessä tehtäisi samanarvoisia, ehdoiltaan edullisempia tarjouksia, jotka olisivat oikeuttaneet vaihdoksesta aiheutuvat kulut.

80. Käytettävissä olevien tietojen mukaan vuonna 2005 sovitusta irtisanomiskiellon jatkamisesta kolmeksi vuodeksi ei siten

38 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 48 kohta.

39 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 48 ja 49 kohta.

40 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Tögel, tuomion 53 ja 54 kohta.

aiheutunut vaaraa kilpailun vääristymisestä, eikä sitä ole näin ollen luonnehdittava perussopimukseen tehdyksi merkittäväksi sopimusmuutokseksi.

b) Kolmannen kysymyksen toinen osa: hinnanalennusten määrän korottaminen

81. Kolmannen kysymyksen toinen osa koskee APA:n tietopalveluista tehtäviin online-hakuihin sovellettavien alennusten määrän korottamista, josta sovittiin vuonna 2005. Kun vielä perussopimuksessa Itävallan liittovaltion viranomaisille myönnettiin tältä osin 15 prosentin alennus, sopimukseen tehdyn toisen lisäyksen jälkeen alennuksen määrä oli 25 prosenttia.

82. Kuten edellä on jo todettu,[41] uuden julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemisestä voidaan puhua ainoastaan silloin, kun sopimusta muutetaan merkittävästi. Tämä pätee myös sopimuksessa sovitun korvauksen muuttamiseen. Vaikka maksutavat sinänsä ovatkin olennainen osa sopimuksen sisältöä,[42] kerran sovittujen korvausmääräysten jokaista vähäistäkin muutosta ei ole heti katsottava merkittäväksi sopimusmuutokseksi.

83. Aluksi on tarkasteltava, onko alun perin myönnetyn alennuksen korottamisessa 10 prosentilla ylipäätään kyse julkisia palveluhankintoja koskevaan sopimukseen sovellettavien korvausmääräysten *sisällön muuttamisesta*.

84. APA ja APA-OTS väittävät, että nykyisin myönnettävä 25 prosentin alennus on ainoastaan looginen jatke sille, mistä oli jo muutenkin sovittu perussopimuksessa. Jo perussopimuksessa nimittäin viitattiin APA:han sovellettavaan porrastettuun hinnoitteluun. Uuden, suuremman alennuksen on niiden mukaan katsottava vastaavan uuden, alhaisemman hinnan käyttöönottoa APA:han sovellettavassa hinnoittelussa.

85. Tästä on syytä huomauttaa, että Bundesvergabeamtin tehtävänä on arvioida konkreettisesti pääasian kannalta merkityksellisiä tosiseikkoja. Ennakkoratkaisupyynnössä, jossa esitetään nyt esillä olevan ennakkoratkaisumenettelyn kannalta yksin ratkaisevat tosiasiat,[43] käytetään prosenttilukujen muutoksesta 15 prosentista 25 prosenttiin ilmausta ”alennuksen määrää korotetaan”. Tämä viittaa korvausmääräysten sisällön muuttamiseen.

41 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 48 ja 49 kohta.

42 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 28 mainittu asia komissio v. CAS Succhi di Frutta, tuomion 117 kohta.

43 – Yhdistetyt asiat C-482/01 ja C-493/01, Orfanopoulos ja Oliveri, tuomio 29.4.2004 (Kok. 2004, s. I-5257, 42 kohta) ja asia C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, tuomio 12.1.2006 (Kok. 2006, s. I-589, 21 kohta).

86. Tätä käsitystä puoltaa myös se, että jo alun perin myönnetty 15 prosentin alennus tarkoitti ”porrastetun hinnoittelun alinta hintaa”. Hankintaviranomaiselle myönnettiin siis jo perussopimusta tehtäessä vuonna 1994 edullisin mahdollinen hinta. Näin ollen voidaan olettaa, että kyseisenä ajankohtana sopimuskumppanit suunnittelivat tai pitivät ainoastaan mahdollisena vielä edullisemman hintaluokan käyttöönottoa. Vuonna 2005 myönnetty 10 prosenttia suurempi alennus, joka puolestaan tarkoitti porrastetun hinnoittelun alinta hintaa, viittaa todelliseen hinnoittelun muuttamiseen eikä pelkästään perussopimuksessa jo muutenkin sovitun korvausten laskennan loogiseen jatkeeseen.

87. Tällainen hinnoittelumuutos on kuitenkin katsottava *merkittäväksi sopimusmuutokseksi* ainoastaan siinä tapauksessa, että se on käytännössä omiaan vääristämään kilpailua kyseisillä markkinoilla ja asettamaan hankintaviranomaisen sopimuskumppanin edullisempaan asemaan muihin mahdollisiin palveluntarjoajiin nähden.

88. Tämän arvioimiseksi on ensinnäkin määritettävä hinnoittelumuutoksen laajuus kunkin palvelun osalta. Toiseksi tämä hinnoittelumuutos on kuitenkin myös suhteutettava koko kyseisen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen merkitykseen.

89. Mitä tulee hinnoittelumuutokseen sinänsä, kilpailun vääristymisen vaara on vähäisempi hinnanalennusten kuin hinnankorotusten tapauksessa. Korvauksen alentaminen nimittäin hyödyttää hankintaviranomaista ja tekee lisäksi hankinnan toteuttamisesta tavallisesti taloudellisempaa hankintaviranomaisen kannalta.

90. Suoralta kädeltä ei kuitenkaan voida sulkea pois sitä, että myös alhaisemmasta korvauksesta sopiminen voi toisinaan vaikuttaa kilpailua vääristävästi. Liettuan hallitus on perustellusti viitannut tähän.

91. Ratkaisevaa on aina se, mitkä ehdot hankintaviranomainen olisi voinut saada *sopimusmuutoksen tekohetkellä* markkinoilla. Jos esimerkiksi sopimuksen kohteena olevan palvelun hinnat ovat julkisia hankintoja koskevan alkuperäisen sopimuksen tekemisen jälkeen yleisesti laskeneet markkinoilla, pelkkä aiempaa alhaisemmasta korvauksesta sopiminen ei takaa kilpailuperiaatteen ja taloudellisuusperiaatteen noudattamista. Pikemminkin on tutkittava, olisivatko muut mahdolliset palveluntarjoajat voineet sopimusmuutoksen tekohetkellä tarjota toivottua palvelua hankintaviranomaiselle vielä edullisempaan hintaan kuin sen silloinen sopimuskumppani.

92. Käytettävissä olevien tietojen perusteella ei kuitenkaan ole konkreettisia viitteitä siitä, että hankintaviranomainen olisi nyt esillä olevassa asiassa voinut hankintamenettelyn järjestämisen yhteydessä saada vastaavan

palvelun vielä edullisemmalla hinnalla kuin se, josta on sovittu laadittaessa toista lisäystä silloisen palveluntarjoajan APA:n kanssa tehtyyn perussopimukseen.

93. Tarkasteltaessa tehdyn hinnoittelumuutoksen merkitystä suhteessa koko julkisia hankintoja koskevaan sopimukseen on otettava huomioon, että alennuksen määrän korottamisesta sovittiin ainoastaan yhden osapalvelun – APA:n tietopalveluista tehtävien online-hakujen – eikä esimerkiksi kaikkien APA:n tarjoamien palvelujen osalta. Vaikka alennuksen määrän korottaminen 10 prosentilla kyseisen osapalvelun osalta ei olekaan merkityksetöntä, koko sopimukseen suhteutettuna sen painoarvo on huomattavasti pienempi.

94. Viime kädessä Bundesvergabeamtin on kuitenkin esitettävä tarvittavat toteamukset hinnoittelumuutoksen merkityksestä sekä kyseisen osapalvelun osalta että koko julkisia hankintoja koskevaan sopimukseen suhteutettuna.

95. Yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä olevien tietojen perusteella en kuitenkaan ole sitä mieltä, että hinnoittelumuutos, joka oli seurausta alennuksen määrän korottamisesta vuonna 2005 tehdyssä toisessa lisäyksessä, olisi katsottava merkittäväksi sopimusmuutokseksi.

4. Toinen ennakkoratkaisukysymys

96. Toisella ennakkoratkaisukysymyksellään Bundesvergabeamt tiedustelee lähinnä, onko uuden direktiivissä 92/50 tarkoitetun julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi katsottava se, kun hankintaviranomainen ja palveluntarjoaja muuttavat voimassa olevaa palveluhankintoja koskevaa sopimustaan sen voimassaoloaikana siten, että

– sopimuksessa sovittuja korvauksia ei uuteen valuuttaan siirtymisen vuoksi ilmaista enää paikallisena valuuttana vaan euroina,

– sopimukseen sisältyvää indeksiehtolauseketta muutetaan viittaamalla siihen saakka käytetyn indeksin seuraajaindeksiin ja että

– tämän jälkeen tietyt korvaukset poikkeavat aiemmin sovituista korvauksista.

97. Tämän kysymyksen taustalla on perussopimukseen vuonna 2001 tehty ensimmäinen lisäys, jossa korvausmääräyksiä muutettiin tällä tavoin.

98. Puhtaasti teknisillä sopimuksen mukautuksilla, jotka eivät vaikuta ratkaisevasti hankintaviranomaisen ja tämän sopimuskumppanin palvelusuhteeseen, ei muuteta sopimuksen sisältöä. Niitä ei voida etenkään pitää merkittävänä sopimusmuutoksena, joka edellyttäisi hankintamenettelyn järjestämistä.

99. Voimassa olevan sopimuksen muuttamisessa euroon siirtymisen vuoksi siten, että aiemmin sovitut korvaukset ilmaistaan uutena valuuttana niitä kuitenkaan aineellisesti korottamatta tai alentamatta, ei ole kyse merkittävästä sopimusmuutoksesta vaan ainoastaan voimassa olevan sopimuksen teknisestä mukauttamisesta muuttuneisiin ulkoisiin olosuhteisiin.[44] Tähän puhtaasti tekniseen mukauttamiseen kuuluu myös esimerkiksi uudelleen laskettujen euromäärien tarvittava pyöristäminen ylös- tai alaspäin voimassa olevien säännösten mukaisesti.

100. Myös muuhun indeksiehtoon kuin alun perin sovittuun viittaamisessa voi olla kyse puhtaasti teknisestä sopimuksen mukauttamisesta, sikäli kuin molemmat indeksit ovat samanarvoiset. Tällaiseen samanarvoisuuteen viittaa ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvä viittaus, jonka mukaan uusi indeksi on aiemmin käytetyn seuraajaindeksi. Bundesvergabeamtin on kuitenkin vielä varmistuttava siitä, vastaako uusi indeksi myös toimintatavaltaan aiemmin käytettyä indeksiä. Tähän kuuluu erityisesti se, että tuotekorien tai muiden viitearvojen, joihin asianomaiset indeksit viittaavat, on oltava olennaisilta osin yhdenvertaiset.

101. Jos sopimuskumppanit sitä vastoin käyttävät valuutan muuntamista tai indeksin vaihtoa perusteena alun perin sovittujen korvausten myös aineelliseen muuttamiseen, tämä toimenpide on laajempi kuin puhtaasti tekninen sopimuksen mukauttaminen. Tällöin ei voida enää suoralta kädeltä sulkea pois sitä, että kyseessä on merkittävä sopimusmuutos, joka vaikuttaa palveluntarjoajien väliseen kilpailuun.

102. Nyt esillä olevassa asiassa perussopimukseen ensimmäisellä lisäyksellä tehdyt mukautukset johtivat ennakkoratkaisupyynnön mukaan siihen, että liittovaltion viranomaisten tiettyjen lehdistötiedotteiden sisällyttämiseen alkuperäistekstipalveluun sovellettiin vuosina 2002, 2003 ja 2004 enimmäiskorvauksia, joita ei voitu korottaa.

103. Bundesvergabeamtin tehtävänä on tutkia, muutettiinko tällä merkittävästi perussopimuksessa sovittuja korvauksia.

44 – Sopimuksen mukauttaminen uuteen valuuttaan siirtymisen vuoksi ei tosin olisi ollut ehdottoman välttämätöntä, koska jo olemassa olevat säännökset takasivat sen, että kaikki siihen asti paikallisena valuuttana ilmaistut määrät olisi jatkossa ilmoitettava euromääräisinä, mikä ei kuitenkaan edellytä voimassa olevien sopimusvelvoitteiden muuttamista (vrt. myös tietyistä euron käyttöön ottamiseen liittyvistä säännöksistä 17.6.1997 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1103/97 (EYVL L 162, s. 1) 3 ja 5 artikla). Kuten APA ja APA-OTS kuitenkin perustellusti toteavat, sopimuksen nimenomainen mukauttaminen voi tästä huolimatta olla nyt esillä olevan kaltaisen toistaiseksi voimassa olevan sopimuksen kohdalla tarkoituksenmukaista toistuvasta valuutan muuntamisesta aiheutuvan hallintokulujen lisääntymisen välttämiseksi.

Ratkaisevaa on tältä osin se, millainen perussopimuksessa sovittujen indeksoitujen korvausten kehitys olisi objektiivisesti tarkasteltuna ollut odotettavissa vuonna 2001 käytettävissä olleiden tietojen perusteella.

104. Jos vuosiksi 2002, 2003 ja 2004 vahvistetut enimmäiskorvaukset vastaavat pääosin hintoja, jotka olisivat kaikella todennäköisyydellä muotoutuneet myös perussopimuksessa vahvistettua indeksiehtolauseketta sovellettaessa, kyseessä ei ole merkittävä sopimusmuutos.[45] Jos ne sitä vastoin poikkeavat selvästi perussopimuksen perusteella odotettavissa olevasta hintakehityksestä, on tutkittava tämän muutoksen vaikutuksia kilpailuun, mihin pätevät edellä kolmannen kysymyksen toisen osan[46] osalta esitetyt arviointiperusteet.

105. Yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä olevien tietojen perusteella katson kuitenkin, että ensimmäisessä lisäyksessä sovittujen kaltaiset hinnoittelumuutokset noudattelivat vuonna 2001 ennakoitavissa ollutta vuosittaista hintojen nousua eivätkä jo tästä syystä muodosta merkittävää sopimusmuutosta.

45 – Ensimmäisessä lisäyksessä vuosiksi 2002, 2003 ja 2004 sovitut rivikohtaiset enimmäiskorvaukset eroavat ainoastaan vähän toisistaan. Jollei Bundesvergabeamtin myöhemmästä tarkemmasta tutkinnasta muuta johdu, tällaiset vähäiset vuosittaiset hintaerot näyttävät noudattelevan vuonna 2001 arvioitua seuraavien vuosien yleistä hintakehitystä.

46 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 81–94 kohta.

B *Neljäs ja viides ennakkoratkaisukysymys*

106. Neljäs ja viides ennakkoratkaisukysymys, joissa Bundesvergabeamt tarkastelee sovellettavaa hankintamenettelyä ja palvelun suorittajan suorituskyvyn osoittamista, edellyttävät, että vuosina 2000, 2001 ja 2005 toteutettujen kaltaiset toimet on sinänsä katsottava julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi.

107. Yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä olevien tietojen perusteella katson, ettei mikään näistä toimista merkinnyt tällaisen sopimuksen tekemistä.[47] Näin ollen tarkastelen neljättä ja viidettä ennakkoratkaisukysymystä ainoastaan toissijaisesti.

1. Neljäs ennakkoratkaisukysymys

108. Neljännellä ennakkoratkaisukysymyksellään Bundesvergabeamt tiedustelee lähinnä, onko yhtenäisen kokonaisuuden muodostava julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus sallittua tehdä neuvottelumenettelyssä julkaisematta ennakolta

47 – Vrt. ensimmäisestä, toisesta ja kolmannesta ennakkoratkaisukysymyksestä esittämäni toteamukset (edellä tämän ratkaisuehdotuksen 41–105 kohta).

sopimusta koskevaa ilmoitusta, kun sopimuksen kohteena olevat palvelut eivät pääosaltaan ole ensisijaisia palveluja eikä direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitettu yksinoikeus koske kaikkia vaan ainoastaan yksittäisiä tarjottavia palveluja.

a) Ensisijaiset ja muut kuin ensisijaiset palvelut

109. Direktiivissä 92/50 erotetaan sen 8–10 artiklan mukaan ensisijaiset ja muut kuin ensisijaiset palvelut. Ensiksi mainitut on määritelty direktiivin liitteessä I A ja jälkimmäiset liitteessä I B. Tämän sääntelyn taustalla on se, että muita kuin ensisijaisia palveluja koskeviin sopimuksiin ei niiden erityisluonteen johdosta lähtökohtaisesti liity sellaista rajat ylittävää intressiä, joka voisi tehdä perustelluksi, että sopimukset tehdään tarjouspyyntömenettelyssä. [48]

110. Bundesvergabeamt lähtee APA:n ja APA-OTS:n väitteeseen tukeutuen siitä, että nyt esillä olevassa asiassa sovittujen kaltaisissa uutistoimistopalveluissa on kyse ensisijaisten ja muiden kuin ensisijaisten palvelujen yhdistelmästä, [49] jossa muiden kuin ensisijaisten palvelujen arvo on huomattavasti suurempi.

111. Jos tämän käsityksen oletetaan olevan oikea, [50] koko APA:n kanssa tehtyyn julkisia palveluhankintoja koskevaan sopimukseen sovelletaan muita kuin ensisijaisia palveluja koskevaa sääntelyä (direktiivin 92/50 10 artikla). Näin ollen kyseessä on julkisia hankintoja koskeva sopimus, joka ei ylipäätään kuulu minkään direktiivin 92/50 III osastossa tarkoitetun erityisen hankintamenettelyn piiriin. [51]

b) Avoimuusperiaatteen sovellettavuus

112. Myös sellaisissa hankintamenettelyissä, joiden osalta hankintamenettelyä koskevissa direktiiveissä ei säädetä erityisistä menettelysäännöistä, on kuitenkin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yleisesti noudatettava EY:n perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa

48 – Edellä alaviitteessä 25 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 25 kohta.

49 – APA ja APA-OTS ovat sitä mieltä, että niiden dokumentointipalvelujen on katsottava kuuluvan ”kirjastojen palvelujen” toimialaan (”Library services”, CPC-viitenumero 96311) ja alkuperäistekstipalvelujen ”elektronisten viestipalvelujen ja tietopalvelujen” (”Electronic message and information services”, CPC-viitenumero 75232) toimialaan.

50 – Ennakkoratkaisupyynnössä määritellään tosiseikat, joiden perusteella ennakkoratkaisukysymyksiin on vastattava; vrt. tästä edellä alaviitteessä 43 mainittu oikeuskäytäntö.

51 – Direktiivin 92/50 9 artiklan, luettuna yhdessä 10 artiklan kanssa, nojalla tällaisiin sopimuksiin on sovellettava (ainoastaan) saman direktiivin 14 ja 16 artiklaa, joilla ei ole merkitystä nyt esillä olevassa asiassa kiinnostavien kysymysten kannalta. Direktiivissä 92/50 säädettyjä muita menettelysääntöjä, erityisesti niitä, jotka koskevat tarjouskilpailua, jossa julkaistaan ennakolta sopimusta koskeva ilmoitus, ei sitä vastoin voida soveltaa kyseisiin sopimuksiin (edellä alaviitteessä 25 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 23 ja 24 kohta). Niihin sovelletaan kuitenkin direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohdassa säädettyä syrjintäkieltoa (asia C-234/03, Contse ym., tuomio 27.10.2005, Kok. 2005, s. I-9315, 47 kohta).

koskevaa periaatetta. [52] Yhteisöjen tuomioistuin on vasta äskettäin selventänyt, että tämä pätee myös muita kuin ensisijaisia palveluja koskevien hankintasopimusten tekemiseen. [53]

113. Jos muita kuin ensisijaisia palveluja koskevaan sopimukseen siis liittyy varma rajat ylittävä intressi, siihen sovelletaan perusvapauksista johdettua *avoimuusperiaatetta*, eikä sopimusta saa tehdä täysin vailla avoimuutta. [54]

114. Bundesvergabeamtin tehtävänä on tutkia, liittyykö nyt esillä olevassa asiassa sopimuksen kohteena olevien uutistoimistopalvelujen tarjoamiseen varma rajat ylittävä intressi. [55] Siinä yhteydessä on otettava huomioon muun muassa seuraavat näkökohdat:

– Rajat ylittävän intressin olemassaoloa puoltaa se seikka, että monet uutistoimistot toimivat kansainvälisesti. Myös PN:n tulo markkinoille vuonna 1999 osoittaa, että Itävallan markkinat kiinnostavat ainakin jossain määrin uusia palveluntarjoajia.

– Suullisessa käsittelyssä mainitut kulloisillakin kotimarkkinoillaan toimivien eri kansallisten uutistoimistojen nykyiset yhteistyösopimukset eivät lähtökohtaisesti estä sitä, että muutamat näistä toimistoista haluaisivat tulevaisuudessa vahvistaa osallistumistaan Itävallan markkinoihin oman läsnäolonsa avulla.

– Sitä, ettei kyseisten palvelujen tarjoamiseen liity rajat ylittävää intressiä, voisi puoltaa se seikka, että suuri osa Itävallan liittovaltion viranomaisten tarvitsemista palveluista liittyy nimenomaisesti Itävaltaan ja myös paikallisiin tapahtumiin sen osavaltioissa.

52 – Edellä alaviitteessä 32 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 46 kohta. Vrt. myös asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-10745, 60 kohta); asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok. 2005, s. I-7287, 16 kohta); asia C-264/03, komissio v. Ranska, tuomio 20.10.2005 (Kok. 2005, s. I-8831, 33 kohta); edellä alaviitteessä 34 mainittu asia ANAV, tuomion 18 kohta ja asia C-6/05, Medipac-Kazantzidis, tuomio 14.6.2007 (Kok. 2007, s. I-4557, 33 kohta). Vrt. myös asia C-59/00, Vestergaard, määräys 3.12.2001 (Kok. 2001, s. I-9505, 20 kohta).

53 – Edellä alaviitteessä 25 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 29 kohta.

54 – Edellä alaviitteessä 25 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 30 kohta. Vrt. avoimuusperiaatteesta lisäksi edellä alaviitteessä 52 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 62 kohta; edellä alaviitteessä 52 mainittu asia Coname, tuomion 16 ja 17 kohta; edellä alaviitteessä 32 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 46–49 kohta ja edellä alaviitteessä 34 mainittu asia ANAV, tuomion 18–21 kohta.

55 – Edellä alaviitteessä 25 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 29 ja 30 kohta, ks. vastaavasti asia C-380/05, Centro Europa, tuomio 31.1.2008 (Kok. 2008, s. I-349, 67 kohta).

c) Avoimuusperiaatteen sisältö

115. Avoimuusperiaatteen sisältönä on sen takaaminen, että sopimuksesta *ilmoite-*

taan asianmukaisessa laajuudessa.[56] Tähän saakka on ollut suurelta osin epäselvää, mitä vaatimuksia tästä tarkasti ottaen seuraa hankintamenettelyille, joiden osalta hankintamenettelyä koskevissa direktiiveissä ei säädetä erityisistä menettelysäännöistä. Varmaa on ainoastaan, ettei avoimuusperiaatteesta välttämättä seuraa velvoitetta järjestää tarjouskilpailu.[57]

116. Viime kädessä on hankintaviranomaisen tehtävänä arvioida kussakin yksittäistapauksessa, miten sopimuksesta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, jotta sopimusten tekeminen avautuu kilpailulle ja niitä koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa.[58]

117. Avoimuusperiaatetta ei pitäisi yleisesti tulkita siten, että on sovellettava aina hankintamenettelyä, joka vastaa kaikilta yksityiskohdiltaan hankintamenettelyä koskevissa direktiiveissä säädettyä menettelyä.[59] Muutoin olisi nimittäin hyödytöntä erottaa kyseisten direktiivien soveltamisalaan kuuluvia hankintamenettelyjä sellaisista hankintamenettelyistä, jotka eivät kuulu näiden direktiivien soveltamisalaan; myös yhteisön lainsäätäjän vahvistamat kynnysarvot menettäisivät suureksi osaksi merkityksensä.

118. Avoimuusperiaatteesta ei etenkään seuraa hankintamenettelyille, joiden osalta hankintamenettelyä koskevissa direktiiveissä ei säädetä erityisistä menettelysäännöistä, tiukempia vaatimuksia kuin sellaisille hankintamenettelyille, joiden osalta direktiiveihin sisältyy tällaisia menettelysääntöjä.[60] Hankintamenettelyä koskevat direktiivit ovat nimittäin pelkästään avoimuusperiaatteen konkreettinen ilmentymä tiettyjen, erityisen merkittävien hankintamenettelyjen osalta.[61]

119. Avoimuusperiaate ei siis voi edellyttää julkisia hankintoja koskevilta sopimuksilta, joiden kohteena ovat kokonaan tai pääosin muut kuin ensisijaiset palvelut, suurempaa avoimuutta kuin sopimuksilta, joiden kohteena ovat kokonaan tai pääosin ensisijaiset palvelut.

56 – Edellä alaviitteessä 52 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 62 kohta; edellä alaviitteessä 52 mainittu asia Coname, tuomion 16 ja 17 kohta; edellä alaviitteessä 32 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 49 kohta ja edellä alaviitteessä 34 mainittu asia ANAV, tuomion 21 kohta.

57 – Edellä alaviitteessä 52 mainittu asia Coname, tuomion 21 kohta. Tältä osin jää epäselväksi edellä alaviitteessä 32 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 50 kohta, jonka sitovassa saksankielisessä versiossa käytetään ilmausta "Ausschreibung" (tarjouskilpailu), joka kuitenkin kaiketi perustuu ranskankielisen ilmauksen "mise en concurrence" (kilpailuttaminen) epäonnistuneeseen käännökseen.

58 – Edellä alaviitteessä 52 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 62 kohta; edellä alaviitteessä 32 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 49 ja 50 kohta ja edellä alaviitteessä 34 mainittu asia ANAV, tuomion 21 kohta. Hyödyllisiä ohjeita tähän liittyen annetaan myös komission selittävässä tiedonannossa yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan (EUVL 2006, C 179, s. 2).

59 – Vrt. tästä jo edellä alaviitteessä 32 mainitussa asiassa Parking Brixen 1.3.2005 esittämäni ratkaisuehdotuksen 37 kohta.

60 – Vastaavasti julkisasiamies Jacobsin 2.6.2005 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-525/03, komissio v. Italia, tuomio 27.10.2005 (Kok. 2005, s. I-9405, ratkaisuehdotuksen 47 kohta); julkisasiamies Stix-Hacklin 14.9.2006 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-532/03, komissio v. Irlanti, tuomio 18.12.2007 (Kok. 2007, s. I-11353, ratkaisuehdotuksen 111 kohta) ja julkisasiamies Sharpstonin 18.1.2007 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-195/04, komissio v. Suomi, tuomio 26.4.2007 (Kok. 2007, s. I-3351, ratkaisuehdotuksen 76 ja 77 kohta); vrt. myös edellä alaviitteessä 32 mainitussa asiassa Parking Brixen 1.3.2005 esittämäni ratkaisuehdotuksen 46 kohta.

61 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 25 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 27–29 kohta; vrt. myös edellä alaviitteessä 32 mainitussa asiassa Parking Brixen 1.3.2005 esittämäni ratkaisuehdotuksen 47 kohta.

120. Sellaisten palvelusopimusten kannalta, jotka yksinoikeuden suojaamiseen [62] liittyvistä syistä voidaan tehdä ainoastaan tietyn palveluntarjoajan kanssa, tämä tarkoittaa sitä, että ne voidaan aina tehdä neuvottelumenettelyssä julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta siitä riippumatta, onko kyse ensisijaisista vai muista kuin ensisijaisista palveluista. Jos direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan b alakohdassa nimittäin sallitaan tällainen menettely ensisijaisten palvelujenkin osalta, tässä menettelyssä on oltava sallittua tehdä eritoten muita kuin ensisijaisia palveluja koskevia sopimuksia. Siltä osin direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdasta ilmenevät arvioinnit voidaan ulottaa koskemaan myös muita kuin ensisijaisia palveluja. Mikäli direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdassa ei edellytetä sopimusta koskevan ilmoituksen julkaisemista ennakolta, sitä ei voida edellyttää myöskään avoimuusperiaatteen perusteella. [63]

121. Asianmukainen avoimuus, jolla taataan se, että sopimuksen tekeminen avautuu kilpailulle ja niitä koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa, voidaan direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdassa tarkoitettujen palvelujen osalta varmistaa myös ilmoittamalla sopimuksesta jälkikäteen.

d) Yhtenäisen kokonaisuuden muodostavan, erilaisia palveluja käsittävän sopimuksen tekeminen

122. On vielä tutkittava, voidaanko *yhtenäisen kokonaisuuden muodostava* julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus tehdä neuvottelumenettelyssä julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta, kun direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitettu yksinoikeus ei koske kaikkia vaan ainoastaan yksittäisiä tarjottavia palveluja.

123. Koska direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan säännöksissä sallitaan poikkeus niistä säännöistä, joiden tarkoituksena on taata perustamissopimuksessa myönnettyjen oikeuksien tehokkuus julkisten palveluhankintojen alalla, niitä on lähtökohtaisesti tulkittava suppeasti. [64] Useita eri palveluja käsittävien sopimusten tekemisen kannalta tämä seikka puoltaa sitä, että turvautuminen neuvottelumenettelyyn julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta olisi sallittua ainoastaan konkreettisesti 11 artiklan 3 kohdan soveltamisalaan kuuluvien palvelujen osalta.

124. Tällaisen direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitetun erillisen palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekeminen tulee kuitenkin kyseeseen

62 – Bundesvergabeamtin tehtävänä on tutkia, onko nyt esillä olevassa asiassa kyse tällaisesta yksinoikeudesta.

63 – Vastaavasti myös edellä alaviitteessä 58 mainittu komission tiedonanto, 2.1.4 kohta.

64 – Asia C-126/03, komissio v. Saksa, tuomio 18.11.2004 (Kok. 2004, s. I-11197, 23 kohta) ja yhdistetyt asiat C-20/01 ja C-28/01, komissio v. Saksa, tuomio 10.4.2003 (Kok. 2003, s. I-3609, 58 kohta). Vrt. myös direktiivin 92/50 11 artiklan 4 kohta, jonka nojalla ”kaikissa muissa tapauksissa” on sovellettava avointa menettelyä tai rajoitettua menettelyä.

ainoastaan silloin, kun julkisia hankintoja koskeva sopimus voidaan ylipäätään jakaa. Tällöin merkitystä ei voi olla pelkästään sillä, voidaanko sopimus teoriassa jakaa, vaan huomioon on otettava myös palvelujen käyttötarkoitus ja käytännön hyöty sen mukaan, sovitaanko niistä erikseen vai yhdessä.

125. Nyt esillä olevassa asiassa APA ja APA-OTS, Itävallan tasavalta ja liittokanslerinvirasto ovat esittäneet vakuuttavasti, miten tiiviisti perussopimuksessa sovitut eri uutistoimistopalvelut liittyvät toisiinsa. Niiden mukaan olisikin epäasianmukaista tilata toimituksellista aineistoa yhdeltä palveluntarjoajalta ja lähettää sitä koskevat kommentit toisen palveluntarjoajan kautta, koska ei ole takeita siitä, että molemmat palveluntarjoajat palvelevat samaa loppukäyttäjää. Sanomalehdessä A ilmestyneeseen artikkeliin ei voida niiden mukaan vastata sanomalehdessä B julkaistavalla lausunnolla. Lisäksi sillä, että keskenään verkottuneita tietokantoja voidaan käyttää yhtenäisen käyttöliittymän kautta, on myös ratkaiseva merkitys palvelujen käyttäjäystävällisyydelle.

126. Sopimuksen osien erotettavuutta ei puolla esimerkiksi se, että alkuperäistekstipalveluja tarjoaa nykyisin APA-OTS eikä enää APA. Kuten edellä on jo nimittäin mainittu, kyseessä ovat palveluntarjoajan puhtaasti sisäiset uudelleenjärjestelyt. Taloudellisesti tarkasteltuna palveluntarjoaja ei ole vaihtunut, sillä APA pikemminkin valvoo APA-OTS:ää ikään kuin omaa osastoaan. [65] Eri palvelut ovat myös edelleen verkottuneet keskenään ja saatavilla yhtenäisen käyttöliittymän kautta.

127. Kaikki tämä puoltaa sitä – jollei Bundesvergabeamtin tosiseikkojen konkreettisesta arvioinnista muuta johdu – ettei Itävallan tasavallan ja APA:n välistä palveluhankintoja koskevaa sopimusta voida jakaa osiin eikä velvollisuutta tehdä erillisiä hankintasopimuksia eri sopimuksen osista näin ollen ole.

128. Tätä ei muuta myöskään se seikka, että palveluhankintoja koskevan sopimuksen kohteena ovat nyt esillä olevassa asiassa sekä ensisijaiset että muut kuin ensisijaiset palvelut. Kuten direktiivin 92/50 10 artiklan tarkastelu osoittaa, ei ole missään tapauksessa välttämätöntä tehdä erillisiä hankintasopimuksia ensisijaisista ja muista kuin ensisijaisista palveluista. [66]

129. Asia olisi toisin ainoastaan silloin, jos hankintaviranomainen on yhdistänyt keinotekoisesti yksittäiset palvelut yhtenäiseksi palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi tai sen ainoana tarkoituksena on kiertää hankintamenettelyä koskevia säännöksiä. [67] Tästä ei kuitenkaan ole viitteitä. Yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä olevien tietojen mukaan objektiiviset syyt päinvastoin puolsivat yhtenäisen kokonaisuuden muodostavan sopimuksen tekemistä kaikista kyseisistä palveluista. [68]

65 – Vrt. tästä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 20, 61 ja 62 kohta.

66 – Vrt. myös edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Felix Swoboda, tuomion 56 ja 60 kohta.

67 – Edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Felix Swoboda, tuomion 57 ja 60 kohta.

68 – Vrt. erityisesti edellä tämän ratkaisuehdotuksen 125 kohta.

e) Välipäätelmä

130. Yhteenvetona neljännestä ennakkoratkaisukysymyksestä voidaan siten todeta seuraavaa:

Yhtenäisen kokonaisuuden muodostava julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus voidaan tehdä neuvottelumenettelyssä julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta, kun sopimuksen kohteena ovat pääosin muut kuin ensisijaiset palvelut ja kun direktiivin 92/50 11 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitettu yksinoikeus ei koske kaikkia vaan ainoastaan yksittäisiä tarjottavia palveluja, ellei yksittäisiä palveluja ole yhdistetty keinotekoisesti yhtenäiseksi palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi tai tämän ainoana tarkoituksena on kiertää hankintamenettelyä koskevia säännöksiä.

2. Viides ennakkoratkaisukysymys

131. Viidennellä ennakkoratkaisukysymyksellään Bundesvergabeamt tiedustelee lähinnä, saako yritys osoittaa, että se on kykenevä panemaan täytäntöön julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen, pelkästään vetoamalla siihen, että toinen yritys on EY 82 artiklan nojalla velvollinen antamaan sen käyttöön tietyt tiedot kohtuullisin edellytyksin.

132. Tämän kysymyksen taustalla on se, että Itävallan liittovaltion viranomaisten käyttämien uutistoimistopalvelujen tarjoaminen edellyttää käyttöoikeutta laajaan arkistoon, jossa on saatavilla muun muassa historiallisia tietoja ja tekstejä. Ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvien tietojen mukaan PN:n käytettävissä olevaa tietoarkistoa ei voida läheskään verrata APA:n arkistoon. APA ei myöskään myönnä kilpailijoilleen käyttöoikeutta arkistoihinsa, ainakaan siellä olevien tietojen edelleen luovuttamiseksi. Nyt on selvitettävä, voiko PN osoittaa sillä tästä huolimatta olevan direktiivin 92/50 31 artiklassa tarkoitettu kelpoisuus vetoamalla siihen, että sillä on lain mukaan oikeus käyttää APA:n arkistoja ja erityisesti tämän APADok-tietokantaa.

133. Tällä viitataan kilpailuoikeudessa käsiteltyyn niin sanottuun olennaisia toiminta-edellytyksiä koskevaan oppiin. Asian kannalta merkityksellisen oikeuskäytännön mukaan EY 82 artiklan nojalla voidaan – kuitenkin ainoastaan poikkeuksellisissa olosuhteissa – pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä sitä, kun määräävässä markkina-asemassa oleva yritys kieltäytyy antamasta toiselle yritykselle käyttöoikeutta tarvittaviin tavaroihin, palveluihin tai tietoihin (”essential facilities”). [69] Tällaisissa tapauksissa EY 82 artiklasta voi seurata sopimuspakko määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle.

69 – Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P, RTE ja ITP v. komissio, ns. Magill-tapaus, tuomio 6.4.1995 (Kok. 1995, s. I-743, 49–57 kohta); asia C-7/97, Bronner, tuomio 26.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7791, 38–47 kohta) ja asia C-418/01, IMS Health, tuomio 29.4.2004 (Kok. 2004, s. I-5039).

134. Nyt esillä olevassa asiassa ei kuitenkaan tarvitse käsitellä sitä, sisältyykö APA:n ylläpitämään APADok-tietokantaan sen kilpailijoiden kannalta tarpeellisia tietoja eli onko kyseessä olennainen toimintaedellytys (”essential facility”) ja liittyykö nyt esillä olevaan asiaan poikkeuksellisia olosuhteita, jotka velvoittaisivat APA:n myöntämään kilpailijoilleen kohtuullisin edellytyksin käyttöoikeuden arkistoonsa.

135. Palvelun suorittajan, joka aikoo esittää tarjouspyyntömenettelyyn osallistumista varten selvityksen muiden yksiköiden tai yritysten resursseista, on nimittäin esitettävä näyttö siitä, että sillä on *todella* käytettävissään nämä resurssit.[70] Muutoin hankintaviranomaisen on mahdotonta perustellusti verrata kyseisen palveluntarjoajan suorituskykyä muiden mahdollisten palveluntarjoajien suorituskykyyn. Jos hankintaviranomainen luottaa siihen, että palveluntarjoajalla on ainoastaan *mahdollisesti* käytettävissään kyseiset resurssit, vaarana on, että hankintasopimus tehdään sellaisen yrityksen kanssa, jonka suorituskyky osoittautuu puutteelliseksi jälkikäteen – toisin sanoen kun tarvittavien resurssien käytössä ilmenee vaikeuksia. Samanaikaisesti hankintaviranomainen mahdollisesti epäisi hankintasopimuksen toiselta, todella suorituskykyiseltä yritykseltä. Tällainen menettely ei vastaa ajatusta kaikkien mahdollisten palveluntarjoajien yhtäläisistä mahdollisuuksista eikä hankintamenettelyn taloudellisuuden periaatetta.

70 – Edellä alaviitteessä 31 mainittu asia Holst Italia, tuomion 29 kohta; edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Siemens ja ARGE Telekom, tuomion 44 kohta ja edellä alaviitteessä 64 mainittu asia komissio v. Saksa, tuomion 22 kohta. Vrt. tulevien tapausten osalta myös direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohta, jossa tämä oikeuskäytäntö on nyt kodifioitu.

136. PN:n kaltainen uutistoimisto ei siis saa ainoastaan olettaa, että sillä on oikeus käyttää APA:n arkistoja, vaan sen on esitettävä konkreettinen näyttö siitä, että sille myös todella myönnetään tämä käyttöoikeus, esimerkiksi nimenomaisen ilmoituksen tai jo tehdyn lisenssisopimuksen muodossa. Muutoin se ei voi menestyksellisesti todistaa suorituskykyään hankintamenettelyssä APA:n arkistoon viittaamalla.

137. Tavallisesti lyhyet määräajat, joiden kuluessa hankintamenettelyssä on tehtävä päätös, eivät anna mahdollisuutta EY 82 artiklaan ja olennaisia toimintaedellytyksiä koskevaan oppiin liittyvien hankalien oikeuskysymysten selvittämiseen, joka vie usein paljon aikaa. Asianomaisen yrittäjän on saatettava mahdollinen niitä koskeva asia päätökseen ennen kuin se tekee tarjouksen julkisia hankintoja koskevasta sopimuksesta.

138. Viidennestä ennakkoratkaisukysymyksestä on näin ollen todettava, ettei yritys saa osoittaa, että se on kykenevä panemaan täytäntöön julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen, pelkästään vetoamalla siihen, että toinen yritys on EY 82 artiklan nojalla velvollinen antamaan sen käyttöön tietyt tiedot kohtuullisin edellytyksin.

C *Kuudes ja seitsemäs ennakkoratkaisukysymys*

139. Kuudennella ja seitsemännellä ennakkoratkaisukysymyksellään Bundesvergabeamt tiedustelee hankintaviranomaisen huomiotta jättämälle yritykselle taattavan oikeussuojan laajuutta. Myös nämä kysymykset edellyttävät loogisesti, että vuosina 2000, 2001 ja 2005 toteutettujen kaltaiset toimet on ylipäätään katsottava julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi. Tämän myös Bundesvergabeamt myöntää ennakkoratkaisupyynnössä.

140. Yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä olevien tietojen perusteella katson, kuten edellä on jo mainittu, ettei mikään näistä toimista merkinnyt tällaisen sopimuksen tekemistä.[71] Näin ollen tarkastelen kuudetta ja seitsemättä ennakkoratkaisukysymystä ainoastaan toissijaisesti.

1. Kuudes kysymys

141. Bundesvergabeamtin kuudes kysymys koskee direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa mainitun käsitteen ”loukata” ja saman direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa mainitun käsitteen ”vahinkoa kärsinyt” tulkintaa. Kuten edellä on jo mainittu,[72] tämä kysymys voidaan ottaa tutkittavaksi vain siltä osin kuin se koskee direktiivin 1 artiklan 3 kohtaa.

142. Kysymyksellään Bundesvergabeamt tiedustelee lähinnä, onko muutoksenhakumenettely järjestettävä jo silloin, kun hakija väittää menettäneensä mahdollisuuden osallistua hankintamenettelyyn sopimusta koskevan ilmoituksen perusteettoman tekemättä jättämisen vuoksi, vai onko hakijan lisäksi esitettävä näyttö siitä, että se on kykenevä panemaan täytäntöön kyseisen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen. Muutoksenhakumenettelyä koskevaa *muutoksenhakuoikeutta* on siis valaistava lähemmin.

143. Direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa sallitaan jäsenvaltioiden rajoittaa muutoksenhakuoikeutta julkisia hankintoja koskevien sopimusten[73] tekemiseen sovellettavan muutoksenhakumenettelyn osalta kahdessa suhteessa: ensinnäkin vaatimalla, että hakijan on tavoiteltava kyseistä julkisia hankintoja koskevaa sopimusta, ja toiseksi vaatimalla, että hakijan etua on loukattu tai saatettu loukata. Tällä tavoin voidaan estää actio popularis -kanteet ja ilmeisen toivottomien tarjouksentekijöiden muutoksenhaut.

71 – Vrt. ensimmäisestä, toisesta ja kolmannesta ennakkoratkaisukysymyksestä esittämäni toteamukset (edellä tämän ratkaisuehdotuksen 41–105 kohta).

72 – Vrt. tästä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 35–37 kohta.

73 – Viittaus julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin on ymmärrettävä direktiivin 89/665 soveltamisalaa laajentaneen direktiivin 92/50 antamisesta lähtien siten, että se käsittää kaikki julkisia hankintoja koskevat sopimukset, siis myös palveluhankintoja koskevat sopimukset. Se, että tässä yhteydessä mukautettiin vastaavasti ainoastaan direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohtaa mutta ei sen 3 kohtaa, näyttää johtuvan sen laadinnassa tapahtuneesta yhteisön lainsäätäjän virheestä, joka korjattiin tulevia tapauksia silmällä pitäen direktiivillä 2007/66.

144. Tällä ei kuitenkaan saa vaarantaa direktiivin tehokasta vaikutusta.[74] Muutoksenhakuoikeuden rajoitusten tulkinnassa on tästä syystä otettava huomioon direktiivin kaksitahoinen tavoite, joka on toisaalta taata yksilölle *tehokas oikeussuoja* julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisen yhteydessä ja toisaalta mahdollistaa asianmukainen hankintaviranomaisten päätösten *laillisuuden valvonta*.

145. Kuten direktiivin 89/665 johdanto-osan ensimmäisestä ja toisesta perustelukappaleesta nimittäin ilmenee, direktiivin tavoitteena on vahvistaa julkisia hankintoja koskevien sopimusten alalla annettujen direktiivien tehokkaan soveltamisen varmistamiseksi tarkoitettuja, niin kansallisilla kuin yhteisön tasolla suoritettavia järjestelyitä. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa jäsenvaltioille asetetaan velvoite varmistaa, että lainvastaisiin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja niin nopeasti kuin mahdollista.[75]

146. Tätä taustaa vasten muutoksenhakuoikeutta julkisia hankintoja koskevien säännösten mukaisessa muutoksenhakumenettelyssä ei saa rajoittaa kohtuuttomasti. Muutoksenhakuhakemuksen *tutkittavaksi ottamiselle* ei erityisesti saa asettaa samoja vaatimuksia kuin sen *perusteltavuudelle*.[76]

147. Kyse ei siis voi olla siitä, että asianomaiselta vaaditaan jo hakemuksen laatimisvaiheessa konkreettinen näyttö siitä, että hänen etuaan on tosiasiallisesti loukattu tai saatetaan loukata. Muutoksenhakumenettelyssä muutoksenhakuoikeuden osalta on pikemminkin riitettävä, että asianomainen *osoittaa* – sen lisäksi, että hankintaviranomainen on syyllistynyt virheelliseen menettelyyn – että hän on tavoitellut tai hän tavoittelee kyseistä sopimusta ja että hänen etuaan on mahdollisesti loukattu.

148. On oletettava, että edun loukkaaminen on mahdollista, jos ei voida selvästi sulkea pois sitä, että ilman hankintaviranomaisen väitettyä virheellistä menettelyä sopimus olisi tehty hakijan kanssa. Jos julkisia hankintoja koskeva sopimus tehtiin – kuten nyt esillä olevassa asiassa – suorahankintana[77] julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta, jo tästä – lainvastaiseksi väitetystä – hakijan hankintamenettelyyn osallistumista koskevan mahdollisuuden epäämisestä seuraa, että hakija on mahdollisesti menettänyt sopimuksen ja että hänen etuaan on näin loukattu.[78]

74 – Asia C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner ym., tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6413, 31 ja 34 kohta); asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002 (Kok. 2002, s. I-11617, 72 kohta) ja asia C-230/02, Grossmann Air Service, tuomio 12.2.2004 (Kok. 2004, s. I-1829, 42 kohta).

75 – Asia C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7671, 33 ja 34 kohta); edellä alaviitteessä 74 mainittu asia Fritsch, Chiari & Partner ym., tuomion 30 kohta; edellä alaviitteessä 74 mainittu asia Universale-Bau ym., tuomion 74 kohta ja edellä alaviitteessä 74 mainittu asia Grossmann Air Service, tuomion 36 kohta.

76 – Pelkästään se seikka, ettei *muutoksenhakumenettelyn päättyessä* voida mahdollisesti osoittaa, että hakijan etua on loukattu tai saatettu loukata, ei sinänsä vielä estä muutoksenhakua koskevan hakemuksen tutkittavaksi ottamista; vastaavasti asia C-249/01, Hackermüller, tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6319, 27 kohta).

77 – Käytetään myös nimitystä ”toimeksiannon antaminen ilman tarjouskilpailua”.

78 – Näin myös Saksan Bundesverfassungsgericht (liittovaltion perustuslakituomioistuin) 29.7.2004 antamassaan tuomiossa (2 BvR 2248/03, 36 kohdan loppu).

149. Hakijalta ei pidä vaatia konkreettista näyttöä suorituskyvystään muutoksenhakuhakemuksessa, kuten ei myöskään näyttöä siitä, että ilman väitettyä virheellistä menettelyä sopimus olisi tehty hänen kanssaan.[79] Muuten muutoksenhakumenettelyn käyttäminen tehtäisiin hänelle käytännössä mahdottomaksi tai joka tapauksessa kohtuuttoman vaikeaksi.[80] Erityisesti nyt esillä olevan asian kaltaisissa tapauksissa, joissa käytetään suorahankintaa, asianomaisen olisi tuskin mahdollistakaan esittää konkreettista näyttöä suorituskyvystään, koska sopimusta koskevan ennakkoilmoituksen tekemättä jättämisen vuoksi häneltä saattavat puuttua tarkat tiedot hankintaviranomaisen asettamista vaatimuksista.

150. Muutoksenhakuhakemus voidaan asianomaisen puuttuvaan suorituskykyyn vedoten jättää jo lähtökohtaisesti tutkimatta ainoastaan poikkeustapauksissa, nimittäin silloin, kun hakijalta puuttuva suorituskyky on jo hakemuksen tekohetkellä niin päivänselvää, ettei sitä ole tarpeen tutkia tarkemmin. Kaikessa muussa on kuitenkin kyse hakemuksen perusteltavuudesta.

151. Kuudennesta ennakkoratkaisukysymyksestä on näin ollen todettava, että direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa tarkoitettua muutoksenhakua koskeva hakemus voidaan ottaa tutkittavaksi jo silloin, kun hakija osoittaa, että hän on ollut tai on tavoittelemassa julkisia hankintoja koskevaa sopimusta, että kyseessä on oikeudellinen virhe ja että hänen etuaan on mahdollisesti loukattu tai niitä saatetaan mahdollisesti loukata. Jos sopimus tehtiin julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta, jo hakijan hankintamenettelyyn osallistumista koskevan mahdollisuuden epäämisestä seuraa, että hakijan etua on mahdollisesti loukattu, ellei hakijalta selvästi puutu tarvittava suorituskyky.

79 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 78 mainitun Bundesverfassungsgerichtin tuomion 26 ja 29 kohta.

80 – Vastaavasti – joskin vahingonkorvauksen myöntämisen osalta – julkisasiamies Geelhoedin 10.10.2002 esittämä ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 20 mainitussa asiassa GAT, ratkaisuehdotuksen 66 kohta.

2. Seitsemäs kysymys

152. Seitsemännellä kysymyksellään Bundesvergabeamt tiedustelee lähinnä, onko vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteen mukaista se, kun kansallisessa lainsäädännössä säädetään julkisia hankintoja koskevien säännösten mukaisen vahvistamishakemuksen, joka on välttämätön edellytys myöhemmälle vahingonkorvauskanteelle, osalta enintään kuuden kuukauden preklusiivisesta määräajasta, joka alkaa väitetyn lainvastaisen hankintasopimuksen tekohetkestä. Bundesvergabeamt kysyy lisäksi, edellyttääkö tehokkuusperiaate sitä, että mainittuun kuuden kuukauden määräaikaan lasketaan mukaan mahdolliset ajanjaksot, jolloin kansallisessa lainsäädännössä ei ollut käytettävissä tehokasta oikeussuojakeinoa.

153. Tämän kysymyksen taustalla on se, että PN jätti muutoksenhakuhakemuksensa Bundesvergabeamtille vasta heinäkuussa 2006, siis kuuden kuukauden kuluessa vuoden 2006 BVergG:n 331 §:ään sisältyvien uusien menettelysäännösten voimaantulosta 1.2.2006, mutta yli kuusi kuukautta nyt esillä olevassa asiassa riidanalaisten toimien toteuttamisesta vuosina 2000, 2001 ja 2005. Bundesvergabeamtin käsityksen mukaan suorahankinnat (”de facto -hankintasopimukset”) voidaan ”tehokkaasti riitauttaa” Itävallassa vasta vuoden 2006 BVergG:n 331 §:n voimaantulosta alkaen.

154. Direktiivissä 89/665 ei säädetä nimenomaisesti sen 1 artiklassa säädettyyn muutoksenhakumenettelyyn sovellettavista määräajoista.

155. Näin ollen lähtökohtana yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyyn kysymykseen vastaamiselle on jäsenvaltioiden menettelyllisen itsemääräämisoikeuden periaate:[81] silloin kun yhteisö ei ole antanut asiaa koskevia säännöksiä, vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on kunkin jäsenvaltion asiana sisäisessä oikeusjärjestyksessään määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja antaa menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuteen perustuvat yksityisten oikeussubjektien oikeudet, kuitenkin siten, että nämä menettelysäännöt eivät saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (vastaavuusperiaate), eivätkä ne saa olla sellaisia, että yhteisön oikeusjärjestyksessä vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaate).[82] Molemmat periaatteet sisältyvät myös direktiivin 89/665 1 artiklaan: vastaavuusperiaate sen 2 kohtaan ja tehokkuusperiaate sen 1 kohtaan.

156. Vastaavuusperiaate ilmentää yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon yleistä periaatetta,[83] joka edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavalla ja että erilaisia tilanteita ei kohdella samalla tavalla, ellei tällaista eroa voida objektiivisesti perustella.[84]

157. Komissio sekä APA ja APA-OTS ovat perustellusti viitanneet tässä yhteydessä yhteen erityispiirteeseen, joka liittyy julkisia hankintoja koskevien säännösten mukaiseen muutoksenhakumenettelyyn. Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa vaaditaan jäsenvaltioita mahdollistamaan mahdollisimman nopea muutoksenhaku julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisen osalta. Tällä tavoin on määrä ensinnäkin taata tehokas oikeussuoja ja toiseksi turvata mahdollisimman nopeasti oikeusvarmuus. Nämä tavoitteet oikeuttavat sen, että direktiivissä 89/665 tarkoitettua muutoksenhakua koskeville hakemuksille asetetaan mahdollisesti lyhyemmät määräajat kuin vanhentumisajat, joita sovelletaan yleisten kansallisten säännösten nojalla vahingonkorvausvaateisiin.

158. Vastaavuusperiaate ei siis estä muutoksenhakuhakemuksiin sovellettavaa kuuden kuukauden preklusiivista määräaikaa, jollaisesta säädetään vuoden 2006 BVergG:n 332 §:n 2 ja 3 momentissa, vaikka kansallisen

81 – Edellä alaviitteessä 74 mainittu asia Universale-Bau ym., tuomion 71 kohta. *Menettelyllisen itsemääräämisoikeuden* käsitteestä vrt. asia C-201/02, Wells, tuomio 7.1.2004 (Kok. 2004, s. I-723, 67 kohta); asia C-212/04, Adeneler ym., tuomio 4.7.2006 (Kok. 2006, s. I-6057, 95 kohta) ja asia C-1/06, Bonn Fleisch, tuomio 28.6.2007 (Kok. 2007, s. I-5609, 41 kohta).

82 – Asia 13/68, Salgoil, tuomio 19.12.1968 (Kok. 1968, s. 680, s. 693, Kok. Ep. I, s. 365); asia 33/76, Rewe-Zentralfinanz, tuomio 16.12.1976 (Kok. 1976, s. 1989, Kok. Ep. III, s. 271, 5 kohta); asia C-312/93, Peterbroeck, tuomio 14.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4599, 12 kohta); asia C-432/05, Unibet, tuomio 13.3.2007 (Kok. 2007, s. I-2271, 39 ja 43 kohta) ja yhdistetyt asiat C-222/05–C-225/05, Van der Weerd ym., tuomio 7.6.2007 (Kok. 2007, s. I-4233, 28 kohta).

83 – Ks. 9.1.2008 esittämäni ratkaisuehdotus asiassa C-268/06, Impact (ratkaisuehdotuksen 67 kohta). Yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta vrt. vakiintunut oikeuskäytäntö, etenkin asia C-300/04, Eman ja Sevinger, tuomio 12.9.2006 (Kok. 2006, s. I-8055, 57 kohta); asia C-303/05, Advocaten voor de Wereld, tuomio 3.5.2007 (Kok. 2007, s. I-3633, 56 kohta) ja asia C-227/04 P, Lindorfer v. neuvosto, tuomio 11.9.2007 (Kok. 2007, s. I-6767, 63 kohta).

84 – Vastaavasti myös – joskin maksujen palauttamisen osalta – asia C-231/96, Edis, tuomio 15.9.1998 (Kok. 1998, s. I-4951, 37 kohta).

lainsäädännön nojalla vahingonkorvausvaateita koskeva yleinen vanhentumisaika on pidempi.

159. Tehokkuusperiaatteen osalta on kuitenkin vielä tutkittava, tekeekö Itävallan lainsäädännössä vahvistamishakemusten osalta säädetyn kaltainen preklusiivinen määräaika hakijalle käytännössä mahdottomaksi tai kohtuuttoman vaikeaksi vedota myöhemmin direktiivin 89/665 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettuun vahingonkorvausoikeuteensa.

160. Kohtuullisten preklusiivisten määräaikojen vahvistaminen oikeussuojakeinojen käyttämiselle ei lähtökohtaisesti ole ristiriidassa tehokkuusvaatimuksen kanssa, koska kyse on oikeusvarmuuden perusperiaatteen soveltamisesta. [85]

161. Preklusiivisen määräajan kohtuullisuutta on tässä yhteydessä arvioitava kulloisenkin oikeussuojakeinon laadun ja oikeudellisten seurausten sekä kyseessä olevien kaikkien asianosaisten oikeuksien ja intressien perusteella.

162. Muutoksenhakuhakemusten osalta, joilla pyritään toteamaan jo tehdyt sopimukset – joko takautuvasti tai tulevaisuutta silmällä pitäen – pätemättömiksi, kuuden kuukauden ehdoton määräaika on siten lähtökohtaisesti täysin kohtuullinen. [86] Erityisen vakava oikeudellinen seuraus, jo tehdyn sopimuksen pätemättömyys, oikeuttaa nimittäin asettamaan määräajan, joka kuluu myös riippumatta siitä, oliko hakija tietoinen, että hankintasopimus tehtiin julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisesti, tai olisiko hänen ainakin pitänyt olla tästä tietoinen. Sekä hankintaviranomaisella että tämän sopimuskumppanilla on tehdyn sopimuksen pätevyyden osalta selvä ja suojelunarvoinen oikeusvarmuuden tarve.

163. Nyt esillä olevan asian kaltaisen tapauksen osalta on kuitenkin otettava huomioon, että kuuden kuukauden ehdoton määräaika, sellaisena kuin siitä säädetään vuoden 2006 BVergG:n 332 §:n 2 ja 3 momentissa saman lain 331 §:n 1 momentin mukaisten vahvistamishakemusten osalta, ei koske ainoastaan sitä, joka tosiasiallisesti pyrkii saamaan jo tehdyn sopimuksen pätemättömäksi, vaan myös sitä, joka ainoastaan haluaa ottaa tarvittavan askeleen nostaakseen myöhemmin vahingonkorvauskanteen itävaltalaisissa siviilituomioistuimissa.

164. Jos asianomainen siis saa vasta kuuden kuukauden jälkeen tiedon siitä, että hänen etuaan on loukattu tekemällä julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisesti sopimus julkaisematta ennakolta sopimusta

85 – Vrt. vakiintuneesta oikeuskäytännöstä esimerkiksi edellä alaviitteessä 82 mainittu asia Rewe-Zentralfinanz, tuomion 5 kohta; edellä alaviitteessä 84 mainittu asia Edis, tuomion 20 ja 35 kohta ja asia C-30/02, Recheio – Cash & Carry, tuomio 17.6.2004 (Kok. 2004, s. I-6051, 18 kohta). Erityisesti direktiivistä 89/665 vrt. lisäksi edellä alaviitteessä 74 mainittu asia Universale-Bau ym., tuomion 76 kohta; asia C-327/00, Santex, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1877, 50 kohta) ja asia C-241/06, Lämmerzahl, tuomio 11.10.2007 (Kok. 2007, s. I-8415, 50 kohta).

86 – Vrt. tästä myös direktiivin 89/665, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66, 2 f artiklan 1 kohdan b alakohta, luettuna yhdessä 2 d artiklan 1 kohdan kanssa.

koskevaa ilmoitusta (suorahankinta tai de facto -hankintasopimus), hän ei voi enää esittää vahingonkorvausvaateita siviilituomioistuimissa, koska vuoden 2006 BVergG:n 341 §:n 2 momentin nojalla sitä ennen olisi pitänyt jättää vahvistamista koskeva hakemus, jonka määräaika on kuitenkin tällöin jo umpeutunut.

165. Vuoden 2006 BVergG:n 332 §:n 2 ja 3 momentin preklusiivinen määräaika vaikuttaa näin oman varsinaisen soveltamisalansa lisäksi myös myöhempiin menettelyihin, joiden kannalta se on kuitenkin kohtuuttoman tiukka. Hankintaviranomaisella ei nimittäin ole pelkkien vahingonkorvausvaateiden osalta samaa oikeusvarmuuden tarvetta kuin tehdyn sopimuksen pätevyyden osalta.

166. Mikäli jäsenvaltio käyttää direktiivin 89/665 2 artiklan 2 ja 5 kohdassa säädettyä mahdollisuutta ja asettaa vahingonkorvausvaateiden esittämisen ehdoksi sen, että vahvistamista koskeva hakemus on sitä ennen hyväksytty, siihen sovellettavien määräaikojen on oltava sellaisia ja niitä on sovellettava siten, etteivät ne tee vahingonkorvausta koskevan oikeuden tosiasiallista käyttämistä käytännössä mahdottomaksi tai kohtuuttoman vaikeaksi. [87]

167. Kokonaisuutena arvioiden tehokkuusperiaate edellyttää, että vahvistamishakemuksen, jolla hakija ainoastaan valmistelee vahingonkorvausvaateiden esittämistä, määräaika ei ala kulua ennen kuin hakija sai tiedon tai hänen olisi pitänyt saada tieto etunsa loukkaamisesta. Mikäli hakija sitä vastoin pyrkii tällaisella vahvistamishakemuksella myös siihen, että hankintaviranomaisen tekemä sopimus todetaan pätemättömäksi, voidaan asettaa tiukemmat määräajat, jotka alkavat kulua riippumatta siitä, onko tai voiko hakija olla tietoinen etunsa mahdollisesta loukkaamisesta.

168. Kansallisen tuomioistuimen on tulkittava kansallista prosessioikeutta mahdollisimman pitkälle niin, että direktiivistä 89/665 johtuvan tehokkuusperiaatteen noudattaminen varmistetaan, ja tarvittaessa jätettävä soveltamatta kansallisia säännöksiä, siltä osin kuin niiden soveltaminen johtaisi yksittäistapauksessa yhteisön oikeuden vastaiseen lopputulokseen. [88]

169. Nyt esillä olevan kaltaisessa asiassa, jossa on kyse suorahankinnasta julkaisematta ennakolta sopimusta koskevaa ilmoitusta, tämä tarkoittaa sitä, ettei vahvistamishakemuksen määräaika saa alkaa kulua ennen kuin asianomainen sai tiedon tai hänen olisi pitänyt saada tieto väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta, siltä osin kuin tämä hakemus on välttämätön edellytys myöhemmälle vahingonkorvausoikeudenkäynnille.

87 – Määräaikoja koskevan sääntelyn konkreettisen muodon ja käytännön soveltamisen merkitystä korostetaan myös esimerkiksi edellä alaviitteessä 85 mainitussa asiassa Lämmerzahl, tuomion 52, 56 ja 61 kohta.

88 – Edellä alaviitteessä 85 mainitut asiat Santex, tuomion 62–64 kohta ja Lämmerzahl, tuomion 62 ja 63 kohta.

170. Ennakkoratkaisupyynnössään Bundesvergabeamt viittaa siihen, että sen käsityksen mukaan nyt esillä olevassa asiassa voidaan tosiasiallisesti päästä yhteisön oikeuden mukaiseen lopputulokseen ensinnäkin soveltamalla vuoden 2006 BVergG:n 331 §:n 1 momentin 4 kohdan uutta oikeussuojakeinoa ennen sen voimaantuloa toteutettuihin toimiin ja toiseksi laskemalla asian kannalta merkitykselliset määräajat tiettyjen yleisen siviilioikeuden säännösten nojalla, jotta ne eivät ala kulua ennen kuin hakija saa tiedon etunsa loukkaamisesta ja jotta niitä jatketaan ajanjaksoilla, jolloin tehokasta oikeussuojakeinoa ei ollut käytettävissä.

171. Yhteenvetona seitsemännestä ennakkoratkaisukysymyksestä voidaan todeta seuraavaa:

Tehokkuusperiaate edellyttää direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan tulkitsemista siten, että sellaisen muutoksenhakuhakemuksen osalta, joka on kansallisessa lainsäädännössä välttämätön edellytys myöhemmälle vahingonkorvausoikeudenkäynnille, on käytettävissä kohtuullinen määräaika, joka ei saa alkaa kulua ennen kuin asianomainen sai tiedon tai hänen olisi pitänyt saada tieto väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta ja jota jatketaan ajanjaksoilla, jolloin tehokasta oikeussuojakeinoa ei ollut käytettävissä. Kansallisen tuomioistuimen on tulkittava kansallista prosessioikeutta mahdollisimman pitkälle niin, että tähän lopputulokseen päästään, ja tarvittaessa jätettävä soveltamatta kansallisia säännöksiä, siltä osin kuin niiden soveltaminen johtaisi yksittäistapauksessa yhteisön oikeuden vastaiseen lopputulokseen.

VII Ratkaisuehdotus

172. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ainoastaan kolmeen ensimmäiseen itävaltalaisen Bundesvergabeamtin esittämään ennakkoratkaisukysymykseen, nimittäin seuraavasti:

1) Yleisesti ensimmäisen, toisen ja kolmannen kysymyksen osalta:

Jos direktiivin 92/50 soveltamisalaan kuuluvan sopimuksen sisältöä muutetaan sopimuskauden aikana, hankintamenettelyä ei tarvitse järjestää, ellei kyseessä ole merkittävä sopimusmuutos.

2) Erityisesti ensimmäisen kysymyksen osalta:

a) Merkittäväksi sopimusmuutokseksi ei ole katsottava sitä, kun hankintaviranomainen hyväksyy, että julkisia hankintoja koskevan sopimuksen osan täytäntöönpano siirretään palveluntarjoajan tytäryhtiölle, jonka ainoa osakkeenomistaja palveluntarjoaja on ja jota se hallitsee samaan tapaan kuin omaa osastoaan. Tätä ei estä se, että palveluntarjoaja voi teoriassa myöhemmin luovuttaa tytäryhtiön osakkeita kolmansille osapuolille.

b) Jos palveluntarjoaja on oikeushenkilö, sen osakkaiden kokoonpanossa sopimuskauden aikana tapahtuvat mahdolliset muutokset eivät muodosta merkittävää sopimusmuutosta.

3) Erityisesti toisen ja kolmannen kysymyksen osalta:

a) Merkittäväksi sopimusmuutokseksi ei ole katsottava sitä, kun sopimusta mukautetaan puhtaasti teknisesti muuttuneisiin ulkoisiin olosuhteisiin; tähän kuuluu alun perin paikallisena valuuttana ilmaistujen korvausten muuntaminen euroiksi ja viittaaminen uuteen indeksiehtoon, jota on pidettävä aiemmin käytetyn indeksin samanarvoisena seuraajaindeksinä.

b) Merkittäväksi sopimusmuutokseksi ei ole katsottava myöskään sitä, kun ajallisesti rajoittamattoman julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen osalta sovitaan kolmivuotisesta irtisanomiskiellosta, ellei ole konkreettisia viitteitä siitä, että hankintaviranomainen olisi muutoin oikeudellisista tai taloudellisista syistä sanoutunut irti voimassa olevasta sopimuksesta vielä irtisanomiskiellolle suunnitellun voimassaoloajan kuluessa.

c) Se, onko korvausten sisällön muuttamista yhden tarjottavien palvelujen osan osalta pidettävä merkittävänä sopimusmuutoksena, riippuu kulloisenkin korvauksen muuttamisen merkityksestä sekä kyseisen osapalvelun kannalta että suhteessa koko julkisia hankintoja koskevaan sopimukseen.