JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS CHRISTINE STIX-HACKL

11 päivänä heinäkuuta 2002 [1]

I Alustavat huomiot

1. Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisten rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin sekä julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY [2] (jäljempänä muutoksenhakudirektiivi) tulkintaa. Tarkemmin sanoen se koskee sitä, voiko tarjouksentekijöistä koostuvan ryhmittymän kokoonpanoa muuttaa sopimuksentekomenettelyn aikana, ja mitä vaikutuksia tällaisella muutoksella on oikeussuojaan.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön lainsäädäntö*

2. Julkisia hankintoja koskevista aineellisoikeudellisista direktiiveistä käsiteltävänä olevaa asiaa koskee julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi 71/305/ETY, [3] sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 89/440/ETY, [4] joka vastaa pääosin julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettua neuvoston direktiiviä 93/37/ETY [5] (jäljempänä rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annettu direktiivi), johon seuraavassa viitataan.

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.
2 — EYVL L 395, s. 33.
3 — EYVL L 185, s. 5.
4 — EYVL L 210, s. 1.
5 — EYVL L 199, s. 54, muutettu sen jälkeen.

3. Rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin 1 artiklassa säädetään muun muassa seuraavaa:

"Tässä direktiivissä tarkoitetaan

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

— —

d) julkisella käyttöoikeusurakalla muuten samanlaista sopimusta kuin a alakohdassa tarkoitettu sopimus paitsi, että toteutettavan rakennustyön korvauksena on joko yksinomaan rakennuskohteen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä;

— — "

4. Direktiivin 21 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Tarjouksia voivat jättää myös ryhmittymät. Tällaisilta tarjoajaehdokkailta ei voida vaatia, että ne ottaisivat tietyn oikeudellisen muodon tarjouksen jättämisen vuoksi; sitä voidaan kuitenkin vaatia, jos urakkasopimus on jo myönnetty niille."

5. Oikeussuojan osalta ovat voimassa muutoksenhakudirektiivin säännökset.

6. Sen 1 artiklan 1 kohdassa säädettiin tarkasteltavana ajankohtana voimassa olleessa muodossa seuraavaa:

"Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivien 71/305/ETY ja 77/62/ETY soveltamisalaan kuuluviin sopimuksentekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, milloin edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen täytäntöön panemiseksi annettuja kansallisia säännöksiä."

7. Direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa säädetään muun muassa seuraavaa:

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

— —

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

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot."

B *Kansallinen lainsäädäntö*

8. Esillä olevasta tarjouskilpailumenettelystä säädetään lähinnä lailla 1418/1984, jonka nimenä on "Julkiset rakennusurakat ja niihin liittyvät asiat" (23 A) ja presidentin asetuksella 609/1985 (223 A).

9. Tässä tapauksessa hankintaviranomainen päätti soveltaa lain 1418/1984 4 §:n 2 momentin b kohdan mukaista sopimuksentekomenettelyä. Menettelyssä on seuraavat vaiheet:

10. Ehdokkaiden esivalinta, tarjousten jättäminen, teknisten tarjousten arviointi, taloutta ja rahoitusta koskevien tarjousten arviointi sekä neuvottelu väliaikaisen urakoitsijan tai väliaikaisten urakoitsijoiden kanssa.

11. Lain 1418/1984 5 §:n 6 momentissa säädetään seuraavaa:

"Rakennusurakan osan tai koko rakennusurakan siirtäminen kolmannelle (rakennusurakan antaminen) on kiellettyä, ellei rakennuttaja hyväksy siirtoa. Jokaisessa aliurakoitsijan käyttämistapauksessa urakoitsija on yhdessä aliurakoitsijan kanssa kokonaisvastuussa rakennuttajaa, urakassa työskentelevää henkilöstöä ja ketä tahansa kolmatta henkilöä kohtaan. Aliurakoitsijan käyttäminen voidaan poikkeuksellisesti hyväksyä siten, että urakoitsija vapautetaan vastuustaan rakennuttajaa kohtaan,

mikäli tämä on välttämätöntä rakennusurakkaa koskevien etujen vuoksi ja jos urakoitsijan on ilmeisen mahdotonta saada rakennusurakkaa valmiiksi. Presidentin asetuksessa säädetään aliurakoitsijalta edellytettävistä ominaisuuksista, vaihdoksesta urakoitsijalle koituvista seuraamuksista, urakoitsijan tilalle tulevan hyväksymismenettelystä, seikoista, jotka liittyvät urakoitsijana olevan ryhmittymän jäsenten korvaamiseen toisilla, ja kaikista muista asiaa koskevista yksityiskohdista."

12. Muun muassa edellä mainitun säännöksen perusteella annetun presidentin asetuksen 609/1985 51 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

"1. Ehdotuksen urakoitsijana olevan yrityksen korvaamisesta lain 1418/1984 5 §:n 6 momentin nojalla toisella yrityksellä rakennusurakan toteuttamisessa tekee rakennusurakkaa johtava laitos, ja ylempi viranomainen hyväksyy sen. Jotta korvaaminen voitaisiin hyväksyä, urakoitsijan korvaavalla toisella yrityksellä on oltava samat ominaisuudet, joita urakoitsijalta edellytettiin, jotta hän sai rakennusurakan, ja kyseisen yrityksen on annettava ylemmän viranomaisen vaatimat tarpeelliset vakuudet urakan suorittamisesta."

13. Tämän saman pykälän muissa momenteissa on säännöksiä, jotka koskevat tilalle tulevan urakoitsijan hyväksymistä siten, että alkuperäinen urakoitsija vapautetaan vastuusta (2 momentti), urakoitsijana olevan ryhmittymän jäsenen korvaamista toisella, mikäli korvaamista vaatii edellä mainittu jäsen (3 momentti), sopimuksen purkamista, jos urakoitsija joutuu konkurssiin (5 momentti) ja sopimuksen lähtökohtaista purkamista, jos urakoitsija on henkilöyhtiö, jota harjoittava henkilö menehtyy (6 momentti).

14. Edellä mainitun presidentin asetuksen 35 §:ssä on säännöksiä, jotka koskevat urakoitsijana olevan ryhmittymän jäsenten vastuita sen rakennusurakan loppuun saattamisesta, jonka ryhmittymä on saanut, ja saman pykälän 6 ja 7 momentissa on säännöksiä, jotka koskevat sitä, mitä ryhmittymälle ja sen jäsenten velvollisuuksille tapahtuu siinä tapauksessa, että luonnolliset henkilöt, jotka osallistuivat ryhmittymään henkilökohtaisilla yrityksillään, menehtyvät, ja siinä tapauksessa, että ryhmittymän jäsenet joutuvat konkurssiin.

15. Edellä mainittujen säännösten yhteisvaikutuksesta ilmenee, että julkisia rakennusurakoita koskevia tarjouskilpailuja koskevan lainsäädännön mukaan ryhmittymän jäsenen korvaaminen on tiettyjen edellytysten täyttyessä mahdollista rakennusurakassa, jonka urakoitsija on saanut kyseistä urakkaa koskevassa kilpailumenettelyssä. Tällainen korvaaminen, joka aina edellyttää sitä, että rakennuttaja hyväksyy sen, on säännösten mukaan mahdollista vain rakennusurakan toteuttamisvaiheessa eli siinä vaiheessa, joka seuraa

urakoitsijan ja rakennuttajan välisen sopimuksen allekirjoittamista, eikä se ole mahdollista ennen rakennusurakan myöntämistä. [6]

16. Käsiteltävänä olevaa tarjouskilpailumenettelyä koskevassa täydentävässä tarjouspyyntöilmoituksessa (ilmoituksessa, joka koskee tarjouskilpailun toista vaihetta) määrätään, että tähän vaiheeseen saavat osallistua ne kahdeksan ryhmää, jotka olivat osoittaneet kiinnostuksensa kilpailun ensimmäisessä vaiheessa ja jotka oli valittu ensi vaiheessa. Siinä määrätään myös, että näillä ryhmillä on oikeus osallistua sellaisina kuin ne esiintyivät kilpailun ensimmäisessä vaiheessa, ja siinä nimenomaisesti kielletään ryhmittymien muodostaminen ja muiden yhteistyömuotojen käyttäminen osallistujien kesken; lopuksi siinä määrätään, että on mahdollista laajentaa ryhmää ottamalla siihen uusi jäsen, joka ei kuitenkaan missään tapauksessa saa kuulua muuhun sellaiseen ryhmään, joka on ensi vaiheessa valittu osallistumaan kilpailun toiseen vaiheeseen.

17. Lisäksi tämän ilmoituksen 12 kohdassa määrätään, että jokaisen kilpailuun osallistuneen tahon asiakirjavihkossa on oltava kaikki asiakirjat, jotka osoittavat, että se on oikeudelliselta muodoltaan ryhmittymä. Tällainen asiakirja on muun muassa sopimusasiakirja, josta ilmenee, että ryhmittymä on muodostettu esivalitun ryhmän kaikista jäsenistä ja mahdollisista uusista jäsenistä ilmoituksen 6 kohdassa määrätyllä tavalla. Kunkin ryhmittymän asiakirjavihkossa on myös oltava ryhmittymän kaikkien jäsenten hallintoneuvostojen kokousten vahvistetut pöytäkirjat, joissa hyväksytään niiden osallistuminen ryhmittymään yhdessä kaikkien muiden jäsenten kanssa, jotka on mainittava nimeltä, sekä toimivaltaisten viranomaisten vahvistamat ryhmittymän mahdollisten uusien jäsenten sääntöjen jäljennökset. Lisäksi määrätään, että asiakirjavihkoon on liitettävä kaikki tiedot, jotka mainitaan tarjouskilpailun ensimmäisen vaiheen kutsuilmoituksen 7 kohdan 1, 2, 3 ja 4 alakohdassa.

18. Viimeksi mainitussa ilmoituksessa määrätään myös, että ryhmien on ilmoitettava, missä suhteessa ne aikovat osallistua rakennusurakan rahoittamiseen, ja niiden on tehtävä ilmoitus siitä, että ne ovat valmiita antamaan vaadittavan pääoman, joka yhdessä mahdollisten tukien kanssa varmistaa rakennusurakan loppuun saattamisen, jatkamisen ja toteuttamisen. Lisäksi määrätään, että jokaisen rakennus- ja suunnitteluyrityksen on annettava todistus sen maan ammatti- tai toimialarekisteristä, johon se on sijoittautunut, ja todisteita, jotka koskevat kyseisen yrityksen maksuvalmiutta, taloudellista tilannetta ja teknistä suorituskykyä. Lopuksi siinä määrätään, että niiden ryhmään kuuluvien yritysten, jotka keskittyvät erityisesti rakennusurakan toteuttamiseen, on toimitettava asianomaiset todistukset ja osoitettava, että ne ovat suorituskykyisiä julkisen liikenteen ja erityisesti metroliikenteen alalla ja että niillä on kokemusta tältä alalta.

6 — StE 971/1998, täysistuntoratkaisu.

19. Ilmoituksen edellä mainituista määräyksistä yhdessä luettuna käy ilmi, että kilpailun toisessa vaiheessa on mahdollista laajentaa tarjouskilpailun ensimmäisessä vaiheessa valittua ryhmittymää uudella jäsenellä. Laajentaminen on mahdollista kuitenkin vain tarjousten jättämiseen asti. Kuten asiakirjoista käy ilmi, tämä rajoitus on selvästikin asetettu sen takia, että tarjouskilpailussa toimivaltaisilla elimillä olisi käytössään väliaikaista urakoitsijaa valitessaan aluksi teknisten tarjousten arvioimiseksi ja sen jälkeen taloudellisten hankkeiden arvioimiseksi sekä vastaavien julkisten menojen määrän laskemiseksi kaikki ilmoituksessa edellytetyt tiedot valitun ryhmittymän jokaisen jäsenen rahoitustilanteesta ja taloudellisesta tilanteesta, teknisestä suorituskyvystä ja mahdollisuuksista, kyvystä toteuttaa kyseinen rakennusurakka sekä alalla hankitusta kokemuksesta.[7]

III Tosiseikat, pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

20. Kreikan ympäristö-, aluesuunnittelu- ja julkisten rakennusurakoiden ministeriö ilmoitti ilmoituksella, jonka kyseinen ministeri hyväksyi 18.6.1992 tekemällään päätöksellä D1d/2/207, ensimmäisestä vaiheesta (esivalintavaiheesta), kansainvälisessä tarjouskilpailussa, joka koski urakoitsijan valitsemista Thessalonikin metron rakennusurakan suunnitteluun, rakentamiseen, omarahoitukseen ja käyttöön. Tämän urakan hinnaksi arvioitiin 65 000 000 000 Kreikan drakmaa (GRD). Tässä vaiheessa kilpailulautakunta valitsi kahdeksan yritysryhmittymää, jotka olivat osoittaneet kiinnostuksensa. Näiden ryhmittymien joukossa oli myös kantajana oleva ryhmittymä. Ympäristö-, aluesuunnittelu- ja julkisten rakennusurakoiden ministerin 1.2.1993 tekemällä päätöksellä D1/4/37 hyväksyttiin tarjouskilpailun toisen vaiheen asiakirjat, joihin kuuluivat muun muassa täydentävä tarjouskilpailu ja erityinen sopimusasiakirja. Tässä vaiheessa muun muassa Makedoniko Metro -ryhmittymä (jäljempänä Makedoniko) alkuperäisessä kokoonpanossaan ja Thessaloniki Metro (Bouygues) -niminen ryhmittymä jättivät tekniset tarjoukset, taloudelliset selvitykset sekä taloutta ja rahoitusta koskevat tarjoukset.

21. Makedonikon alkuperäiseen ryhmittymään kuuluivat ensi vaiheen valinnan aikaan Michaniki AE, Fidel SpA, Edi-Sta-Edilizia Stradale SpA ja Teknocenter-Centro Servizi Administrativi-Srl.

22. Kyseisen tarjouskilpailun toisessa vaiheessa, eli ensi vaiheen valinnan ja tarjousten jättämispyynnön jälkeen, ryhmittymä laajeni, kun AEG Westinghouse Transport

7 — StE 971/1998, täysistuntoratkaisu.

Systems GmbH (jäljempänä AEG) oli liittynyt siihen. Ryhmittymä jätti tarjouksen tässäkin kokoonpanossa.

23. Kuten asiakirjavihkoon sisältyvistä tiedoista ilmenee — eivätkä asianosaiset tätä kiistä — ryhmittymän kokoonpano oli tämä, kun se nimitettiin väliaikaiseksi urakoitsijaksi (14.6.1994), siis tarjousten arvioinnin jälkeen.

24. Neuvotteluista vastaavan lautakunnan kokoon kutsumisen ja sen jälkeen, kun Helleenien tasavallan ja väliaikaisena urakoitsijana toimineen ryhmittymän väliset neuvottelut olivat alkaneet, ryhmittymä ilmoitti 29.3.1996 päivätyssä viestissään ympäristö-, aluesuunnittelu- ja julkisten rakennusurakoiden ministerille ryhmittymän uudesta kokoonpanosta (jäseninä yritykset Michaniki AE, ABB Daimler-Benz Transportation (Saksa) GmbH (Adtranz) ja Fidel Group -ryhmä, joka koostui edellä mainituista kolmesta italialaisesta yrityksestä).

25. Tämän jälkeen ryhmittymä ilmoitti 14.6.1996 päivätyssä viestissään suurten rakennusurakoiden lautakunnalle vastauksena huhuihin, joiden mukaan edellä mainitun, italialaisista yrityksistä koostuvan ryhmän jäsenet olisi asetettu konkurssiin tai selvitystilaan, että edellä mainittuun ryhmään kuuluvat yritykset eivät enää olleet mukana ryhmittymässä ja että ryhmittymän jäseninä tuona ajankohtana olivat yritykset Michaniki AE, Adtranz ja Transurb Consult. Kuten asiakirjoista ilmenee, ryhmittymän viimeksi mainittua kokoonpanoa koskevaa sopimusta ei ole toimitettu viranomaisille. Tämä sopimus on allekirjoitettu 27.11.1996 eli vajaa kaksi päivää ennen kuin ympäristö-, aluesuunnittelu- ja julkisten rakennusurakoiden ministeri teki päätöksensä neuvottelujen epäonnistumisesta ja noin kaksi ja puoli vuotta sen jälkeen, kun kantaja nimitettiin väliaikaiseksi urakoitsijaksi. Tässä kokoonpanossa ryhmittymä nosti myöhemmin kanteen.

26. Hankintaviranomaista edustava ympäristö-, aluesuunnittelu- ja julkisten rakennusurakoiden ministeri totesi kantajan poikenneen olennaisesti tarjousehdot sisältäneisiin asiakirjoihin sisältyvistä määräyksistä ja katsoi, että neuvottelut epäonnistuivat. Lisäksi hän julisti Helleenien tasavallan ja kantajan väliset neuvottelut päättyneiksi ja kutsui neuvotteluihin toisen ryhmittymän, joka oli ensimmäinen ehdokas väliaikaiseksi urakoitsijaksi.

27. Sen jälkeen ryhmittymä kääntyi Kreikan hallituksen puoleen ja vaati hankintaviranomaisen tekemän neuvottelujen lopettamispäätöksen kumoamista. Halli-

tuksen käsityksen mukaan ryhmittymän kokoonpanon muuttaminen oli mahdollista vain tarjousten jättämiseen asti. Siksi kokoonpanoltaan muuttunut ryhmittymä ei ollut oikeutettu vaatimaan päätöksen kumoamista.

28. Kanteessa, jonka Makedoniko nosti Ateenan ensimmäisen oikeusasteen hallintotuomioistuimessa yhdessä kyseisen ryhmittymän muiden yritysten kanssa, vaadittiin Helleenien tasavallan velvoittamista suorittamaan kanteessa mainitun määrän verran vahingonkorvausta sekä taloudellista hyvitystä aineettomasta vahingosta, jonka kantajat olivat kärsineet edellä mainitusta lainvastaisesta teosta ja laiminlyönnistä.

29. Ateenan ensimmäisen oikeusasteen hallintotuomioistuin hylkäsi kanteen sillä perusteella, että ryhmittymä ei siinä uudessa kokoonpanossaan, jossa se nosti kanteen, ollut oikeutettu vaatimaan vahingonkorvausta.

30. Makedoniko valitti tuomiosta Dioikitiko Efeteio Athinoniin ja vetosi siihen, että valituksenalaisessa päätöksessä on tulkittu ja sovellettu virheellisesti asiaa koskevia säännöksiä. Toissijaisesti se vaatii esittämään Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksen asiaa koskevien yhteisön säännösten tulkinnasta.

31. Dioikitiko Efeteio Athinon on esittänyt 14.6.2000 tekemässään päätöksessä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

"Onko julkisia rakennusurakoita koskevaan tarjouskilpailuun osallistuvan ryhmittymän kokoonpanon muutosta, joka tapahtuu sen jälkeen, kun tarjoukset on jätetty ja kun ryhmittymä on valittu väliaikaiseksi urakoitsijaksi ja kun hankintaviranomainen on kaikessa hiljaisuudessa hyväksynyt muutoksen, tulkittava siten, että se merkitsee sitä, että ryhmittymältä evätään oikeus osallistua tarjouskilpailuun ja että siltä laajasti ymmärrettynä myös evätään oikeus tai intressi siihen, että rakennusurakkaa koskeva sopimus tehtäisiin sen kanssa? Onko tällainen tulkinta direktiivien 93/37/ETY ja 89/665/ETY säännösten ja hengen mukainen?"

IV Ennakkoratkaisukysymys

32. Jotta yhteisöjen tuomioistuin voisi antaa ennakkoratkaisukysymyksen esittä-

neelle tuomioistuimelle pääasian ratkaisemisen kannalta hyödyllisen vastauksen, molemmat ennakkoratkaisukysymykset on muotoiltava uudelleen, kuten komissio ja Itävallan hallitus perustellusti ovat ehdottaneet. [8]

33. EY 234 artiklan yhteydessä yhteisöjen tuomioistuimella ei ole toimivaltaa ottaa kantaa kansallisten lakien tai asetusten säännösten tulkintaan eikä näiden säännösten yhteensopivuuteen yhteisön oikeuden kanssa. Se voi kuitenkin esittää kansalliselle tuomioistuimelle sellaiset yhteisön oikeuden tulkintaan liittyvät seikat, joiden avulla kansallinen tuomioistuin voi ratkaista käsiteltäväkseen saatetun oikeudellisen ongelman. [9]

34. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun kysymykset on esitetty epätäsmällisesti, yhteisöjen tuomioistuimen on poimittava kaikista kansallisen tuomioistuimen esittämistä seikoista ja pääasiaan liittyvistä asiakirjoista ne yhteisön oikeutta koskevat seikat, joita on syytä tulkita ottaen huomioon riidan kohde. [10]

35. Kun otetaan huomioon ennakkoratkaisukysymyksen sisältämät tiedot ja erityisesti se, että ennakkoratkaisukysymyksen esittänyt tuomioistuin pyytää tulkintaa sekä asiaan liittyvän julkisia hankintoja koskevan aineellisoikeudellisen direktiivin, nimittäin julkisten rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin, että vastaavan muutoksenhakudirektiivin osalta, kysymyksen käsittely on syytä jakaa kahteen osaan seuraavalla tavalla:

"1) Onko julkisten rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin säännöksiä tulkittava siten, että sellaiset kansalliset säännökset, joissa kielletään ryhmittymän kokoonpanon muutos tarjouksen jättämisen jälkeen, ovat niiden vastaisia?

2) Voidaanko muutoksenhakudirektiiviä soveltaa pääasiassa tarkoitetun ryhmittymän kaltaisen ryhmittymän kokoonpanon muutosta koskeviin päätöksiin?"

A *Asianosaisten väitteet*

36. *Makedoniko* toteaa, että ryhmittymän laajentuminen AEG:llä ennen tarjousten jättämistä vastasi täydentävän tarjouspyyntöilmoituksen määräyksiä. Ryhmittymän kokoonpanon seuraavan muutoksen, nimittäin AEG:n eroamisen ja Adtranzin liittymisen ryhmittymään, Makedoniko kertoo johtuvan siitä, että Adtranz syntyi

8 — Ks. hankintasopimuksia koskevan lainsäädännön osalta asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121).

9 — Edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa C-107/98 annetun tuomion 33 kohta ja asia C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, tuomio 4.5.1993 (Kok. 1993, s. I-2239, Kok. Ep. XIV, s. I-191, 8 kohta).

10 — Edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa C-107/98 annetun tuomion 34 kohta; asia 251/83, Haug-Adrion, tuomio 13.12.1984 (Kok. 1984, s. 4277, 9 kohta) ja asia C-168/95, Arcaro, tuomio 26.9.1996 (Kok. 1996, s. I-4705, 21 kohta).

AEG:n, joka oli muuttanut nimensä tällä välin AEG Schienenfahrzeuge GmbH:ksi, ja AEG Nahverkehr und Wagen GmbH:n fuusiosta. Entisen AEG:n oikeusseuraajana sen oikeudet ja velvollisuudet siirtyivät tälle uudelle yritykselle. Näin ollen ryhmittymän kokoonpano ei muuttunut olennaisesti.

37. Ryhmittymän kokoonpanon viimeinen muutos johtui Makedonikon mukaan siitä, että Fidel Groupin yritysten oli oikeudellisen tilanteensa muuttumisen vuoksi pakko jättää ryhmittymä. Fidel Groupin yritykset asetettiin selvitystilaan vuonna 1995. Tämä viimeinen muutos johti siihen, että mukaan tuli Transurb Consult, jonka osuus oli kuitenkin vain erittäin pieni.

38. Makedoniko katsoo, että käsiteltävänä oleva tapaus on tyypillinen julkisten rakennusurakoiden yhteydessä. Vaikka olisi kyse käyttöoikeusurakasta, siihen pitäisi Makedonikon mielestä soveltaa muutoksenhakudirektiiviä, koska se on vain tehokasta oikeussuojaa koskevan yleisen periaatteen erityinen ilmenemismuoto.

39. Makedoniko ehdottaa, että ennakkoratkaisukysymykseen vastattaisiin niin, että rakennusurakan sopimuksentekomenettelyyn tai käyttöoikeusurakan myöntämismenettelyyn osallistuneen ryhmittymän sellainen kokoonpanon muutos, jonka hankintaviranomainen on kaikessa hiljaisuudessa hyväksynyt ja joka on tapahtunut tarjousten jättämisen ja väliaikaiseksi urakoitsijaksi valitsemisen jälkeen, ei voisi johtaa siihen, että ryhmittymältä evätään sen vuoksi oikeudet tarjoajana, eikä siihen, että ryhmittymältä tai sen jäseniltä evätään intressi sopimuksentekoon tai oikeus käyttää yhteisön oikeudessa heille suotuja oikeuksia. Viimeksi mainittu seikka on Makedonikolle tärkeä varsinkin sen vuoksi, että muutosta ei mainittu syyksi neuvottelujen lopettamis- eikä ryhmittymän poissulkemispäätöksessä. Asiaan liittyvien kansallisten säännösten kaikenlaiset muut tulkinnat olisivat Makedonikon mielestä rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin, muutoksenhakudirektiivin ja tehokasta oikeussuojaa koskevan yleisen periaatteen hengen ja kirjaimen vastaisia. Istunnossa Makedoniko lisäksi väitti, että säännös, jossa kielletään ryhmittymän kokoonpanon muutos tarjousten jättämisen jälkeen, on palvelujen tarjoamisen vapauden periaatteen vastainen.

40. *Kreikan hallitus* toteaa, että rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetussa direktiivissä ja muutoksenhakudirektiivissä ei mainita ryhmittymän kokoonpanon muutosta. Sen mielestä väliaikaiseksi urakoitsijaksi valittu tarjoaja ei saa muuttaa ryhmittymän kokoonpanoa sen kanssa käytävien neuvottelujen aikana. Se johtuu

siitä, että neuvottelujen ainoana sisältönä on lopullisen hankintasopimuksen sisältö eikä urakoitsijan identiteetti, josta ei Kreikan hallituksen mielestä voi neuvotella. Siksi väliaikaiseksi urakoitsijaksi valitun urakoitsijan identiteetti ei saa muuttua.

41. Asiaa koskevien yhteisön oikeuden säännösten puuttuessa ryhmittymän kokoonpanon muutoksen luvallisuus käy ilmi ainoastaan kansallisesta lainsäädännöstä, jossa ei siis sallita ryhmittymän jäsenten korvaamista toisella neuvottelujen aikana. Siksi ennakkoratkaisukysymykseen on Kreikan hallituksen mielestä vastattava myöntävästi.

42. *Itävallan hallitus* esittää aluksi ennakkoratkaisukysymyksen muotoilemista uudelleen.

43. Itävallan hallituksen mukaan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, jonka mukaan julkisia hankintoja koskevat direktiivit eivät muodosta asiaa säätelevää yhtenäistä ja tyhjentävää yhteisön lainsäädäntöä, seuraa, että kansallinen lainsäätäjä voi antaa näihin direktiiveihin liittyviä säädöksiä, kuten Kreikkakin on tehnyt. Lisäksi hankintaviranomaisilla on tietty liikkumavara esimerkiksi ryhmittymiä koskevien säännösten antamisessa. Primaarioikeudessa asetetaan tämän liikkumavaran rajat.

44. Itävallan hallituksen mielestä julkisia hankintoja koskevien direktiivien tarkoituksena on estää kotimaisten tarjoajien suosiminen ja sulkea pois sellainen mahdollisuus, että hankintaviranomaiset tekevät päätöksensä muiden kuin taloudellisten perusteiden nojalla.

45. Sen mielestä uudelleen muotoiltu ennakkoratkaisukysymys on siksi ratkaistava seuraavasti:

Direktiivin 93/37/ETY säännökset eivät estä ryhmittymän kokoonpanon muuttamista tarjousten jättämisen jälkeen. Ryhmittymä ei menetä direktiivin 93/37/ETY säännösten nojalla oikeuttaan osallistua tarjouskilpailuun, ja siltä ei laajasti ymmärrettynä myöskään evätä oikeutta tai intressiä siihen, että rakennusurakkaa koskeva sopimus tehtäisiin sen kanssa.

46. *Komission* mukaan ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäinen osa saatettaisiin

ymmärtää niin, että yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi ottaa kantaa kansalliseen oikeuteen, mihin sillä ei kuitenkaan ole toimivaltaa. Siksi komissio ehdottaa ennakkoratkaisukysymyksen muotoilemista uudelleen ja jakamista kolmeen osaan.

47. Komission mukaan on ensinnäkin todettava, että julkisten rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annettu direktiivi ei sisällä ryhmittymän kokoonpanoa nimenomaisesti koskevia säännöksiä. Direktiivin 21 artiklassa säädetään vain, että tarjoajaehdokkailta ei voida vaatia, että ne ottaisivat tietyn oikeudellisen muodon ennen tarjouksen jättämistä. Tarkempien määräysten antaminen jää näin ollen kansallisen lainsäätäjän tai yksittäisen hankintaviranomaisen tehtäväksi. Sama pätee käyttöoikeusurakoihin.

48. Komissio katsoo, että uudelleen muotoillun ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäiseen osaan on siksi vastattava, että julkisten rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annettu direktiivi ei sisällä säännöksiä, joiden vastaisia olisivat kansallisen lainsäädännön tai sopimusasiakirjojen sellaiset määräykset, joiden perusteella ryhmittymän kokoonpanon muutos ei ole sallittua enää sopimuksentekomenettelyn tietyn vaiheen, erityisesti tarjouksen jättämisen jälkeen.

49. Lisäksi komissio katsoo, että tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta loukattaisiin, jos hankintaviranomainen voisi yksipuolisesti muuttaa sopimusasiakirjoissa lopullisesti vahvistettuja ehtoja jonkin tarjoajan eduksi aloittamatta koko sopimuksentekomenettelyä uudelleen. Tällöin muilta — myös mahdollisilta — tarjoajilta evättäisiin mahdollisuus hyötyä muutoksesta. Ennakkoratkaisukysymyksen toiseen osaan on siksi vastattava, että yhteisön oikeudessa ei sallita julkisen hankintaviranomaisen jatkaa neuvotteluja sellaisen tarjoajan kanssa, joka on muuttanut kokoonpanoaan kansallisen lainsäädännön tai sopimusasiakirjojen vastaisesti.

50. Ennakkoratkaisukysymyksen kolmannen osan osalta komissio muistuttaa siitä, että muutoksenhakudirektiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan sopimuksentekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta vain, mikäli päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen täytäntöön panemiseksi annettuja kansallisia säännöksiä. Tässä säännöksessä ei siis velvoiteta jäsenvaltioita soveltamaan menettelyjä, joissa sallitaan muutosten hakeminen päätöksiin, jotka on tehty sopimuksentekomenettelyn yhteydessä ja jotka ovat sellaisten säännösten vastaisia, joita ei ole annettu julkisia hankintoja koskevien direktiivien täytäntöön panemiseksi.

51. Komission mukaan ennakkoratkaisukysymykseen on näin ollen vastattava, että

ryhmittymän kokoonpanon kansallisen lainsäädännön tai sopimusasiakirjojen vastainen muutos ei vaikuta niihin oikeuksiin, joita ryhmittymällä olisi muutoksenhakudirektiivin nojalla erityisesti vahingonkorvausten vaatimiseksi.

B *Asian arviointi*

52. Ennakkoratkaisukysymyksen ratkaisemiseksi on syytä aluksi todeta, että muutoksenhakumenettelyssä on voimassa muutoksenhakudirektiivin mukainen oikeussuoja vain, jos kyseisen direktiivin soveltamisalaan kuulumisehdot täyttyvät. Koska direktiivin soveltamisala on yhteydessä julkisia hankintoja koskevien aineellisoikeudellisten direktiivien, siis myös rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin, soveltamisalaan, on tutkittava, kuuluuko käsiteltävänä oleva sopimuksentekomenettely niiden soveltamisalaan.

53. Tällöin voidaan toistaiseksi jättää ratkaisematta, onko riidanalaisen sopimuksentekomenettelyn kohteena käyttöoikeusurakan vai rakennusurakan myöntäminen.

1) Rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin sovellettavuus

54. Aluksi on tutkittava sitä Kreikan hallituksen esittämää väitettä, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan[11] hankintaviranomainen voi jättää sopimuksen tekemättä. Tämä näkökohta ei ole hyödyllinen käsiteltävänä olevan kysymyksen ratkaisemisen kannalta, koska kyseiseen asiaan liittyvä tuomio koski toisenlaista tilannetta kuin pääasia. Sopimuksentekomenettely päätettiin urakkasopimusta myöntämättä, koska hankintaviranomainen päätti käyttää toista materiaalia kuin tarjouspyynnössä oli esitetty, mikä olisi kuitenkin merkinnyt sopimuksen kohteen muuttumista. Poiketen tuomiosta, johon Kreikan hallitus vetoaa, hankintaviranomainen ei käsiteltävänä olevassa menettelyssä päättänyt vain soveltaa toista menettelytapaa, vaan sillä oli lisäksi arvioitavana useita tarjouksia.

55. Kreikan hallituksen käsitystä ei tue myöskään se, että periaatteessa voi esiintyä myös tapauksia, joissa hankintaviranomaisen on yhteisön oikeuden mukaan myönnettävä urakkasopimus; herää siis kysymys, onko tällainen velvoite olemassa

11 — Asia C-27/98, Fracasso ja Leitschutz, tuomio 16.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5697).

myös pääasiassa. Tämä edellyttää kuitenkin, että yhteisön oikeudessa ylipäänsä on tällaista tilannetta, nimittäin ryhmittymän kokoonpanon muutosta, koskevia säännöksiä.

56. Seuraavaksi on siis tutkittava, sovelletaanko rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annettua direktiiviä pääasiassa tarkoitettujen ryhmittymien kaltaisia ryhmittymiä koskeviin säännöksiin ja ovatko pääasian kohteena olevat kansalliset säännökset tämän direktiivin vastaisia.

57. Tällöin on oletettava yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevän periaatteen mukaisesti, että rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin otsikosta ja perustelukappaleista ilmenee, että direktiivin tarkoituksena on ainoastaan kansallisten julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittaminen, joten siinä ei anneta tätä asiaa koskevaa tyhjentävää yhteisön säännöstöä. [12]

58. Ryhmittymiä koskee nimenomaisesti ainoastaan rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin 21 artikla. Tässä artiklassa säädetään kuitenkin vain ryhmittymiin liittyvistä tietyistä oikeudellisista ongelmista. Siinä myönnetään esimerkiksi ryhmittymille oikeus jättää tarjouksia. Lisäksi siinä tosin kielletään vaatimasta ryhmittymältä tiettyä oikeudellista muotoa tarjouksen jättämisen vuoksi, mutta sallitaan sen vaatiminen kuitenkin, jos ryhmittymälle on jo myönnetty urakkasopimus.

59. Näin ollen on pidettävä oikeana Itävallan hallituksen ja komission käsityksiä siitä, että julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä ei anneta nimenomaan ryhmittymien kokoonpanon muutoksia koskevia säännöksiä.

60. Kun otetaan huomioon nämä molemmat seikat, nimittäin täydellisen yhdenmukaistamisen puute ja ryhmittymiä koskevan lainsäädännön vaillinaisuus, olisi mahdollista tehdä sellainen vastakohtaispäätelmä, että rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetussa direktiivissä ei käsitellä muitakaan ryhmittymiin liittyviä seikkoja. Siitä voisi puolestaan päätellä, että jäsenvaltiot ja hankintaviranomaiset voivat vapaasti säädellä näitä yhteisön sääntelyn ulkopuolelle jääviä seikkoja. Niihin kuuluisivat myös ryhmittymän kokoonpanoa koskevat säännökset, esimerkiksi kokoonpanon muutoksiin liittyvät oikeusseuraamukset.

61. Käsiteltävänä olevassa tapauksessa ryhmittymän kokoonpanon muutosta koskevia — kansallisia — säännöksiä oli

12 — Yhdistetyt asiat C-285/99 ja C-286/99, Impresa Lombardini SpA ym., tuomio 27.11.2001 (Kok. 2001, s. I-9233, 33 kohta).

olemassa. Niitä sovellettiin — vielä ryhmittymän urakoitsijaksi soveltuvuuden tutkimisen jälkeen — ryhmittymän kokoonpanon muutoksen yhteydessä. Komissio viittaa tässä yhteydessä perustellusti siihen, että julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä ei velvoiteta hankintaviranomaista tutkimaan ryhmittymän soveltuvuutta tehtävään kokoonpanon muutoksen jälkeen. Jos kansallisessa lainsäädännössä edellytetään ryhmittymän tutkimista uudelleen sen kokoonpanon muutoksen jälkeen, eikä tutkimusta siitä huolimatta suoriteta, kyseessä on siis kansallisen lainsäädännön mukaisesti ratkaistava oikeudellinen ongelma.

62. Näin ollen on todettava seuraavaa: rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annettuun direktiiviin ei sisälly käsiteltävänä olevaa tilannetta koskevia säännöksiä, minkä vuoksi on sovellettava "ainoastaan" kansallista lainsäädäntöä. Jäsenvaltiot ja niitä edustavat hankintaviranomaiset eivät kuitenkaan voi toimia aivan vapaasti. Niiden on otettava huomioon yhteisön lainsäädännössä asetetut rajat, joita käsittelen seuraavaksi.

2) Julkisia hankintoja koskevien direktiivien yleiset periaatteet

63. Julkisia hankintoja koskevista direktiiveistä ilmenee tiettyjä periaatteita. Kreikan hallitus mainitsee aivan oikein avoimuuden ja kilpailun periaatteet. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin johdanto-osasta sekä toisesta ja kymmenennestä perustelukappaleesta ilmenee, että direktiivillä pyritään "poistamaan julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvät sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevat rajoitukset siten, että eri jäsenvaltioissa olevat yrittäjät voivat keskenään tehokkaasti kilpailla näistä urakoista". [13]

64. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan hankintaviranomainen on lisäksi velvollinen noudattamaan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, ja yhteisöjen tuomioistuin on luetellut tässä yhteydessä julkisia hankintoja koskevien direktiivien tiettyjä säännöksiä, joissa säädetään nimenomaisesti yhdenvertaisesta kohtelusta. [14]

65. Syrjinnän kiellosta yhteisöjen tuomioistuin on johtanut puolestaan velvoitteen avoimuuteen, millä pyritään siihen, että julkiset hankintaviranomaiset voivat varmistua kiellon noudattamisesta. [15] Vaikka olisikin sitä mieltä, että julkisia hankintoja koskevista direktiiveistä ei käy ilmi velvoitetta yhdenvertaiseen kohteluun, jäljelle jää yleisiin oikeusperiaatteisiin kuuluva yhdenvertaisuuden periaate.

13 — Edellä alaviitteessä 12 mainituissa yhdistetyissä asioissa C-285/99 ja C-286/99 annetun tuomion 34 kohta; ks. myös asia C-399/98, Ordine degli Architetti ym., tuomio 12.7.2001 (Kok. 2001, s. I-5409, 52 kohta).

14 — Edellä alaviitteessä 12 mainituissa yhdistetyissä asioissa C-285/99 ja C-286/99 annetun tuomion 37 kohta.

15 — Edellä alaviitteessä 12 mainituissa yhdistetyissä asioissa C-285/99 ja C-286/99 annetun tuomion 38 kohta; vrt. asia C-275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8291, 31 kohta).

66. Julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä asetettua velvoitetta yhdenvertaiseen kohteluun ja yhdenvertaisuuden periaatetta kuitenkin loukattaisiin, jos hankintaviranomainen poikkeaisi yksipuolisesti itse asettamistaan ryhmittymien kokoonpanon muutosta koskevista säännöistä, erityisesti, jos se kävisi samanaikaisesti neuvotteluja sellaisen tarjoajan kanssa, jonka tarjous ei vastaa tarjouskilpailun ehtoja. Kansallisen lainsäädännön mukaisen kiellon rikkominen voi tältä osin merkitä yhteisön oikeuden rikkomista.

67. Makedonikon esittämää muutoksenhakudirektiivin 1 artiklan 2 kohdan mukaista syrjinnän kieltoa sen sijaan ei voida soveltaa. Tämä kohta sisältää tosin oikeussuojaa koskevia säännöksiä, mutta se ei laajenna muutoksenhakudirektiivin soveltamisalaa tekoihin, jotka ovat kansallisen lainsäädännön vastaisia.

3) Primaarioikeus

68. Lisäksi on muistutettava, että jäsenvaltioiden julkisten hankintojen tekomenettelyt ja valtiota edustavien hankintaviranomaisten hankintoja koskevat konkreettiset säännökset kuuluvat primaarioikeuden soveltamisalaan, ja että niissä on noudatettava erityisesti perusvapauksia ja valtioihin sovellettavia kilpailusääntöjä, mukaan luettuina valtiontukia koskevat säännöt. [16]

69. Tässä yhteydessä on viitattava yleisesti siihen, että perusvapauksien nojalla ei ole kielletty ainoastaan avoin tai peitelty syrjintä vaan myös sellaiset erotuksetta sovellettavat säännökset, jotka suhteettomasti rajoittavat jotakin perusvapautta. Yhteisöjen tuomioistuimen saamat tiedot eivät tue sitä väitettä, että Kreikan lainsäädäntö olisi ristiriidassa palvelujen tarjoamisen vapauden kanssa. Palvelujen tarjoamisen vapauden tulkinta ei muuten ole ennakkoratkaisukysymyksen eikä näin ollen tämän ennakkoratkaisumenettelynkään kohteena.

4) Vastaavuus- ja tehokkuusperiaate

70. Koska yhteisön lainsäädäntö ei sisällä ryhmittymän kokoonpanon muutosta koskevia säännöksiä, sen säätely jää lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden vastuulle. Sään-

16 — Asia C-243/89, komissio v. Tanska, tuomio 22.6.1993 (Kok. 1993, s. I-3353, Kok. Ep. XIV, s. I-263); asia C-328/96, komissio v. Itävalta, tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7479) ja asia C-225/98, komissio v. Ranska, tuomio 26.9.2000 (Kok. 2000, s. I-7445).

nösten on yleensä vastattava oikeuskäytäntöön kehittyneitä vastaavuuden ja tehokkuuden periaatteita. [17]

71. Vastaavuusperiaatteen mukaan eivät kansallisessa lainsäädännössä, eivät siis myöskään aineellisoikeudellisessa julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä, säädetyt menettelysäännöt saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia eli verrattavissa olevia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia säädöksiä.

72. Tehokkuusperiaate velvoittaa jäsenvaltiot sekä valtiota edustavat hankintaviranomaiset toimimaan niin, että yhteisön oikeusjärjestykseen perustuvien oikeuksien käyttäminen ei ole käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa.

5) Oikeussuoja muutoksenhakumenettelyssä

73. Kuten alussa todettiin, muutoksenhakudirektiivi ja näin ollen myös sen säännöksissä tarkoitetut muutoksenhakumenettelyt koskevat vain niitä julkisia hankintasopimuksia, joihin sovelletaan myös jotakin julkisia hankintoja koskevista direktiiveistä, siis esimerkiksi rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annettua direktiiviä.

17 — Ks. näistä periaatteista esim. asia C-261/95, Palmisani, tuomio 10.7.1997 (Kok. 1997, s. I-4025, 27 kohta) ja asia C-453/99, Courage, tuomio 20.9.2001 (Kok. 2001, s. I-6297).

74. Muutoksenhakudirektiivin sovellettavuutta tukee se, että muutoksenhakudirektiivin muutoksenhakumenettelyt koskevat, kuten komissio on esittänyt, myös hankintaviranomaisen sellaisia *päätöksiä*, joilla keskeytetään neuvottelut tarjoajien kanssa. Tämä käy ilmi laajasta sanamuodosta muutoksenhakudirektiivin 1 tai 2 artiklassa, joissa käytetään ilmaisua "päätökset" niitä tarkemmin määrittelemättä. Laaja tulkinta ei johdu ainoastaan direktiivin syntyhistoriasta, vaan se vastaa myös muutoksenhakudirektiivin tavoitteita eli oikeussuojan parantamista ja sen tehokkuuden lisäämistä.

Muutoksenhakudirektiivin sovellettavuuden tukemiseksi voisi esittää vielä sen, että sen 1 artiklassa käsitellään toimenpiteitä, joita jäsenvaltioiden on toteutettava "direktiivien — — soveltamisalaan kuuluviin sopimuksentekomenettelyihin" liittyvästi. On kuitenkin kiistatonta, että käsiteltävänä oleva sopimuksentekomenettely kuuluu sinällään julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan.

75. Sitä vastaan, että muutoksenhakudirektiiviä voitaisiin soveltaa *päätöksiin*, jotka koskevat ryhmittymän kokoonpanon muutosta, voisi esittää, että hankintaviranomaisen päätös liittyy kansalliseen lainsäädäntöön, käsiteltävänä olevassa tapauksessa siis ryhmittymän kokoonpanon muutosta koskevaan lainsäädäntöön. Kansallinen lainsäädäntö

muodostaa siis päätöksen aineellisoikeudellisen perustan.

76. Tällainen tulkinta saa tukea muutoksenhakudirektiivin 1 artiklasta. Sen mukaan muutoksenhakudirektiiviä sovelletaan ainoastaan päätöksiin, jotka ovat vastoin "julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen täytäntöön panemiseksi annettuja kansallisia säännöksiä".

77. Koska yhteisön lainsäädännöstä puuttuvat ryhmittymien kokoonpanon muutoksia koskevat säännökset, niitä tai niiden täytäntöön panemiseksi annettuja kansallisia säännöksiä vastaan ei voi loogisesti ajatellen edes toimia. Koska kyseiset säännökset kuuluvat kansalliseen lainsäädäntöön, käsiteltävänä olevassa tapauksessa ei täyty yksi muutoksenhakudirektiivin soveltamisen edellytyksistä.

78. Muutoksenhakudirektiivissä tarkoitettuja oikeussuojakeinoja, esimerkiksi muutoksenhakumenettelyä, sovelletaan julkisten hankintaviranomaisten päätöksiin nimittäin vain, jos päätös on muutoksenhakudirektiivin 1 artiklan säännösten vastainen. Tällaisesta tapauksesta on esimerkiksi kyse, kun hankintaviranomainen käy neuvotteluja sellaisen tarjoajan kanssa, jonka tarjous ei vastaa tarjouskilpailun ehtoja, ja loukkaa näin yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.

79. Jos hankintaviranomaisen päätös on sekä kansallisen lainsäädännön että yhteisön oikeuden tai sen täytäntöön panemiseksi annettujen säännösten vastainen, päätökseen sovelletaan muutoksenhakudirektiiviä siltä osin kuin on kyse päätöksen yhteensopivuudesta yhteisön oikeuden tai sen täytäntöön panemiseksi annettujen kansallisten säännösten kanssa. Muutoksenhakudirektiivin säännöksiä, esimerkiksi muutoksenhakumenettelyä koskevia säännöksiä, voidaan soveltaa ainoastaan tältä osin. Ennakkoratkaisukysymys ei koske sitä, onko hankintaviranomainen tehnyt riidanalaisessa sopimuksentekomenettelyssä muitakin päätöksiä kuin ryhmittymän poissulkemista koskevan päätöksen sen kokoonpanon muutoksen vuoksi tai onko poissulkemispäätöksellä toteutettu muitakin toimenpiteitä, esimerkiksi sopimuksentekomenettelyn jatkaminen toisen tarjoajan kanssa. Ennakkoratkaisukysymys koskee ainoastaan muutoksenhakudirektiivin sovellettavuutta ryhmittymän kokoonpanon muutoksia koskeviin säännöksiin.

80. Edellä esitetty ei kuitenkaan sulje pois sitä, että jäsenvaltiot säätävät direktiivin täytäntöön panemiseksi antamissaan säännöksissä, että muutoksenhakudirektiivin säännöksiä sovelletaan myös sellaisiin säännöksiin, jotka ovat ristiriidassa kansallisen oikeuden, esimerkiksi ryhmittymien kokoonpanon muutoksia koskevien säännösten, kanssa.

6) Loppuhuomautukset

81. Koska käsiteltävänä oleva asia, nimittäin ryhmittymän kokoonpanon muutos, ei kuulu rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin soveltamisalaan, ei ole tarpeen tutkia riidanalaista sopimuksentekomenettelyä siltä kannalta, oliko kyse käyttöoikeusurakan vai rakennusurakan myöntämisestä.

82. Ennakkoratkaisukysymyksiin on vastattava, että rakennusurakoiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin säännöksiä on tulkittava siten, että niiden vastaisia eivät ole säännökset, joissa kielletään ryhmittymän kokoonpanon muutos tarjouksen jättämisen jälkeen. Muutoksenhakudirektiiviä ei voi soveltaa pääasiassa tarkoitetun ryhmittymän kaltaisen ryhmittymän kokoonpanon muutoksia koskeviin päätöksiin.

V Ratkaisuehdotus

83. Edellä esitetyn perusteella esitän, että yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee ennakkoratkaisukysymykset seuraavasti:

Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 71/305/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 89/440/ETY, tai julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY säännöksiä on tulkittava siten, että niiden vastaisia eivät ole säännökset, joissa kielletään ryhmittymän kokoonpanon muutos tarjouksen jättämisen jälkeen.

Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annettua direktiiviä 89/665/ETY ei voida soveltaa pääasiassa tarkoitetun ryhmittymän kaltaisen ryhmittymän kokoonpanon muutoksiin.