

## JULKIASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

ANTONIO SAGGIO

24 päivänä syyskuuta 1998 \*

1. Tiroler Landesvergabeamt on 17.2.1997 tekemällään päätöksellä esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle kaksi ennakkoratkaisukysymystä 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<sup>1</sup> (jäljempänä muutoksenhakudirektiivi) tulkinnasta.

### Yhteisön säännökset ja kansallinen lainsäädäntö

2. Muutoksenhakudirektiivin 1 artiklan 1 kohdassa, sellaisena kuin tämä kohta on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY<sup>2</sup> 41 artiklalla, jäsenvaltiot veloitetaan toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta nopeasti ja tehokkaasti, kun ne ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia sääntöjä.

3. Direktiivin 2 artiklan 7 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelystä vastaavien elinten päätökset voidaan panna täytäntöön tehokkaasti.

4. Saman artiklan seuraava kohta on tässä käsiteltävänä olevan asian kannalta erityisen merkityksellinen. Sen vuoksi on aiheellista toistaa se tässä kokonaisuudessaan:

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

Tällaisen riippumattoman elimen jäsenten nimittämistä ja heidän toimikautensa päättymistä tulee koskea samat edellytykset kuin tuomioistuinten jäseniä, siltä osin kuin ne

\* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL L 395, s. 33.

2 — EYVL L 209, s. 1.

koskevat nimittävää viranomaista, toimikauden pituutta ja tehtävästä vapauttamista. Ainakin tämän riippumattoman elimen puheenjohtajan on täytettävä tuomioistuimen jäsenille asetetut muodollista ja ammatillista pätevyyttä koskevat vaatimukset. Riippumattoman elimen on tehtävä päätöksensä noudattaen menettelyä, jossa molempia osapuolia kuullaan, ja päätösten on kunkin jäsenvaltion päättämällä tavalla oltava oikeudellisesti sitovia.”

5. Direktiivin 5 artiklassa jäsenvaltiot veloitetaan saattamaan voimaan direktiivin noudattamisen edellyttämät toimenpiteet 21 päivään joulukuuta 1991 mennessä. Liittymisasiakirjan<sup>3</sup> 168 artiklassa vahvistetaan Itävallan tasavallassa sovellettavaksi määräajaksi 1.1.1995.

6. Itävallassa laki, jolla muutoksenhakudirektiivi on saatettu osaksi liittovaltion oikeusjärjestystä, on *Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen*<sup>4</sup> (julkisista hankinnoista annettu liittovaltion laki). Kaikki yhdeksän Itävallan osavaltiota antoivat tämän jälkeen omat lakinsa julkisista hankinnoista. Tirolin osavaltiossa kyseinen laki on 6.7.1994 annettu *Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen*<sup>5</sup> (julkisista hankinnoista annettu Tirolin osavaltion laki, jäljempänä TirVergG).

7. Edellä mainitun lain toisessa osassa (5—14 §) säädetään julkisiin hankintoihin liittyviä sopimuksetekopäätöksiä koskevista muutoksenhakukeinoista. Lain 6 §:n mukaan muutoksenhakumenettelyä koskevat päätökset tekee Landesvergabeamt (osavaltion hankintaviranomainen). Mainitun pykälän 1 momentin mukaan kyseinen toimielin koostuu seitsemästä jäsenestä: puheenjohtajana toimii julkisia hankintoja koskeviin sopimuksetekomenettelyihin perehtynyt henkilö, esittelijänä toimii lakimies, joka on Amt der Tiroler Landesregierungin virkamies, yksi jäsen on henkilö, joka toimii tuomarin virassa, ja neljän muun jäsenen on oltava Tirolin kaupakamarin, Tirolin ja Vorarlbergin arkkitehtien ja diplomi-insinöörien kamarin, Tirolin työntekijöiden ja toimihenkilöiden kamarin ja Tirolin kuntayhtymän tehtäviinsä ehdottamia.

8. Saman pykälän 3 momentin mukaan Tirolin osavaltion hallitus nimittää Landesvergabeamtin jäsenet viiden vuoden toimikaudeksi. Jäsenen tehtävät lakkaavat ennenaikaisesti, jos tämä eroaa tehtävistään tai jos nimitys peruutetaan. Lain 6 §:n 4 momentissa säädetään tältä osin, että nimitys on peruutettava, jos nimitämisen edellytykset eivät enää täyty tai jos ilmenee seikkoja, jotka estävät ”todennäköisesti pysyvällä tavalla” tehtävien säännönmukaisen hoitamisen.

9. Saman pykälän 6 momentin mukaan Landesvergabeamt on päätösvaltainen, kun sen kaikki jäsenet on laillisesti kutsuttu koolle ja kun puheenjohtaja, esittelijä, tuomarijäsen ja vähintään yksi muu jäsen ovat läsnä. Pää-

3 — EYVL C 241, s. 21.

4 — Alun perin Bundesgesetzblattin (BGBl) numerossa 639/1993 julkaistu liittovaltion laki julkaistiin myöhemmin uudelleen 27.5.1997 annetulla lailla toteutetun julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön konsolidoinnin jälkeen (BGBl 1997, nro 56)

5 — LGBl. 1994, nro 87.

tökset tehdään yksinkertaisella ääntenenemistöllä. Jos äänestys päättyy tasatulokseen, puheenjohtajan ääni ratkaisee. Äänestämättä jättäminen ei ole sallittua.

10. Landesvergabeamtin jäsenet eivät saman pykälän seuraavan kohdan mukaan ole tehtäviensä hoidossa sidottuja mihinkään ohjeisiin. Sen päätöksiä ei voida kumota tai muuttaa hallinnollisessa menettelyssä (6 §:n 7 momentti).

11. Lain 7 §:n 1 momentin mukaan Tirolin osavaltion hallitus laatii Landesvergabeamtin työjärjestyksen, joka sisältää yksityiskohtaiset säännöt istuntojen koollekutsumisesta ja järjestelyistä, asioiden käsittelyn ja äänestyksen kulusta, pöytäkirjojen laatimisesta sekä ratkaisujen valmistelusta ja laatimisesta. Työjärjestyksen<sup>6</sup> 4 §:n mukaan asioiden käsittely aloitetaan esittelijän suorittamalla esittelyllä. Esittelijän tehtäviin kuuluu myös todisteiden vastaanottaminen ja muut asioiden selvittämistoimet. Kaikki Landesvergabeamtin päätökset on tehtävä kirjallisesti ja ne on perusteltava.

12. Lain 10 §:ssä säädetään Landesvergabeamtin toimivallasta. Muutoksenhakumenettelyssä se voi tutkia hankintaviranomaisten päätösten laillisuuden, se voi erityisesti kumota ennen hankintasopimuksen tekoa tehdyt päätökset (12 §:n 1 momentti) ja kun sopimus on

jo tehty, se voi tutkia, onko lakia rikottu sellaisissa tapauksissa, joissa sopimusta ei ole annettu parhaan tarjouksen esittäneelle (12 §:n 2 momentti). Tällöin Landesvergabeamtin on lisäksi tutkittava, olisiko urakka annettu tarjouskilpailun voittajalle siinäkin tapauksessa, että lakia ei olisi rikottu siten kuin valituksessa esitetään. Jos hankintaviranomaisten päätös kumotaan, voimassa olevien säännösten vastaisesti hylätty tarjoaja voi nostaa siviilituomioistuimessa vahingonkorvauskanteen.

### Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

13. Pääasia koskee Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwazin (Schwazin sairaalan kuntayhtymä) tarjouskilpailua sairaalan laajentamiturakasta. Josef Köllensperger GmbH & Co. ja Atzwanger AG -nimiset yritykset tekivät 6.4.1995 valituksen ja vaativat tarjouskilpailun kumoamista julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin sovellettavien säännösten vastaisena.

14. Landesvergabeamt hylkäsi valituksen 27.6.1995 tekemällään päätöksellä, koska urakka oli annettu parhaan tarjouksen esittäneelle yhtiölle, eikä urakkaa kuitenkaan olisi annettu valittajille, vaikka hankintaviranomainen olisikin noudattanut lakia. Tämän jälkeen valittajat riitauttivat asian Verfassungsgerichtshofissa, joka kumosi päätöksen

6 — Työjärjestys on julkaistu Tiroler LGBL:ssa 1995 nro 47.

12.6.1996 sillä perusteella, että päätöksellä oli loukattu Itävallan perustuslaissa taattua oikeutta saattaa asia toimivaltaisen tuomioistuimen käsiteltäväksi. Verfassungsgerichtshof perusteli päätöksensä sillä, että Landesvergabeamtin kokoonpano ei täyttänyt muutoksenhakudirektiivissä asetettuja edellytyksiä, koska sen puheenjohtajalla ei ollut tuomarin tehtävien hoitoon vaadittavaa muodollista ja ammatillista pätevyyttä.

2) Onko 6.7.1994 annetulla *Gesetz über die Vergabe von Aufträgen* (laki julkisista hankinnoista; Landesgesetzblatt für Tirol) nro 87/1994 huolehdittu siitä, että 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 1 artiklassa mainitut muutoksenhakumenettelyt on saatettu osaksi kansallista oikeutta?”

15. Landesvergabeamtin kokoonpanoa muutettiin tämän johdosta. Aikaisemman puheenjohtajan tilalle nimitettiin hallintovirkamies, joka oli pätevä hoitamaan tuomarin tehtäviä. Koska Landesvergabeamt asian käsittelyn alettua uudelleen vielä epäili, täyttikö sen kokoonpano (erityisesti etujärjestöjen nimeämien jäsenten osalta) direktiivissä asetetut edellytykset, se päätti esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kaksi ennakkoratkaisukysymystä:

#### Tutkittavaksi ottaminen

16. Aluksi on tutkittava, onko Landesvergabeamtilla niiden säännösten perusteella, joilla sen rakennetta ja toimintatapaa säännellään, toimivalta saattaa ennakkoratkaisupyyntöjä yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi. Komissio ilmaisikin kirjallisissa huomautuksissaan epäilynsä siitä, voidaanko kysymykset ottaa tutkittaviksi, koska niiden esittäjä on elin, jota useista syistä ei voida pitää EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena.<sup>7</sup>

\*)1) Onko 21.12.1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY 2 artiklaa tulkittava siten, että 6.6.1994 annetulla (*Tiroler Landesgesetz über die Vergabe von Aufträgen*) (Tirolin osavaltion laki julkisista hankinnoista; Landesgesetzblatt) nro 87/1994 perustettu (Tiroler) Landesvergabeamt on direktiivin 2 artiklan 8 kohdassa tarkoitettu muutoksenhakuelin?

<sup>7</sup> — On kuitenkin syytä huomauttaa, että komissio ilmoitti suullisessa käsittelyssä muuttaneensa näkemystään yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. I-4961, 22—38 kohta) esittämällänsä kannan johdosta.

17. Kuten tunnettua, yhteisön oikeuden yhdenmukaisen soveltamisen edellytyksenä on, että sellaisen tuomioistuimen käsite, jolla on toimivalta esittää ennakkoratkaisukysymyksiä, ei ole sidottu kansallisissa oikeusjärjestyksissä sovellettaviin määritelmiin.<sup>8</sup> Sen arvioimiseksi, onko ennakkoratkaisua pyytävällä toimielimellä perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitetun tuomioistuimen luonne, on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan<sup>9</sup> otettava huomioon useita tekijöitä, kuten toimielimen lakisääteisyys, pysyvyys, sen toimivallan pakollisuus, kontradiktorinen menettely, sen toimiminen oikeussääntöjen soveltajana sekä sen puolueettomuus ja riippumattomuus. Tässä vaiheessa on siis arvioitava, täyttääkö asian yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi saattanut elin edellä mainitsemani edellytykset.

18. Tältä osin on todettava, että Itävallan lainsäädännön mukaan Landesvergabeamtin yksinomainen tehtävä on valvoa tarjouskilpailujen ratkaisuja koskevien päätösten laillisuutta (TirVergG:n 5 ja 10 §). Mainitussa laissa säädetään myös, että päätökset ovat lain nojalla sitovia (TirVergG:n 12 §). Koska Landesvergabeamt sitä paitsi on Itävallan perustuslain 133 §:ssä tarkoitettu ”kollegiaalinen elin, joka on luonteeltaan tuomioistuin”, sen päätöksiä ei voida kumota eikä muuttaa hallinnollisessa menettelyssä (TirVergG:n 6 §:n 7 momentti). Tästä seuraa, että Landesvergabeamt on lakisääteinen ja että sen toimivalta on pakollinen.

8 — Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut yhteisön oikeudessa tarkoitetun tuomioistuimen käsitteen itsenäisyyden asiassa 61/65, Vaassen-Göbbels, 30.6.1966 antamassaan tuomiossa (Kok. 1966, s. 377); Kok. Ep. I, s. 263.

9 — Ks. erityisesti edellä mainittu asia Vaassen-Göbbels; asia 14/86, Pretore di Salò, tuomio 11.6.1987 (Kok. 1987, s. 2545); asia 109/88, Danfoss, tuomio 17.10.1989 (Kok. 1989, s. 3199); asia C-393/92, Almelo ym., tuomio 27.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1477) ja viimeksi edellä mainittu asia Dorsch Consult, tuomion 24 kohta.

Myönteinen arvio on annettava myös toimielimen pysyvistä luonteesta, kun otetaan huomioon, että Landesvergabeamtin toiminta on pysyvää. Tässä yhteydessä sillä ei ole merkitystä, että sen jäsenet nimitetään määräajaksi (viisi vuotta), koska tuomioistuimen jäsenten toimikaudet voidaan, kuten tunnettua, rajoittaa tietyn pituisiksi. Ratkaisevaa on vain, että kyseessä on määräaika, joka vahvistetaan laissa eikä jää sen toimielimen harkintavaltaan, jolla on nimittämisvalta. Lisäksi on kiistatonta, että Landesvergabeamt soveltaa oikeussääntöjä ratkaisuisaan, jotka se antaa julkisiin hankintoihin liittyviä tarjouskilpailuja koskevien päätösten pätevyudesta (TirVergG:n 8 §).

19. Asiassa sovellettavan lainsäädännön perusteella voidaan myös todeta, että Landesvergabeamt on toiminnassaan velvollinen noudattamaan kontradiktorisen menettelyn periaatetta.

Tässä yhteydessä on syytä muistaa, että yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Dorsch Consult antamassaan tuomiossa, että ”edellytys ei ole ehdoton”,<sup>10</sup> ja piti lisäksi riittävänä, että tarjouskilpailujen ratkaisujen laillisuutta valvoa toimielin kuulee asianosaisia ennen kuin toimivaltainen elin tekee päätöksensä. Yhteisöjen tuomioistuimen näkemyksen mukaan ”kontradiktorisena” pidetään näin ollen sellaista menettelyä, jossa riitaa ratkaisemaan pyydetyn viranomaisen on kuultava asianosaisia ennen päätöksen tekemistä.

10 — Edellä mainitun tuomion 31 kohta.

Katson, että sama johtopäätös voidaan tehdä käsiteltävänä olevassa asiassa, kun otetaan huomioon, että Tirolin osavaltion lain 7 §:n 1 momentissa säädetään, että Landesvergabebeamtissa sovellettaavan menettelyyn kuuluvat istunnot, joissa asianosaiset ovat läsnä, ja että näiden istuntojen koollekutsumista ja kulkua on säänneltävä yksityiskohtaisesti työjärjestyksessä, kuten niitä tosiasiallisesti säännelläänkin.<sup>11</sup>

20. Pääasian asianosaisia on kyseisten säännösten mukaisesti kuultu ja heille on annettu tilaisuus esittää huomautuksensa ennen kuin Landesvergabeamt teki valitusta koskevan päätöksensä. Siten on kiistatonta, että käsiteltävänä olevan asian menettelyssä on noudatettu kontradiktorisen menettelyn periaatetta, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin sen tulkitsee.

21. Lopuksi on tutkittava, täyttävätkö Landesvergabeamtin rakenne ja toimintatapa lainkäyttöelimelle asetettavat puolueettomuuden ja riippumattomuuden edellytykset.

On totta, että lainkäyttötehtäviä hoitavien elinten on taattava tehokas suoja ulkoa tulevia vaikutuksia vastaan, jotka — vaikka vain potentiaalisesti — saattaisivat vaarantaa niiden päätöksenteon riippumattomuuden, kun ne

ratkaisevat asioita, jotka saatetaan niiden käsiteltäviksi. Tämä vaatimus on vielä selvempi nyt käsiteltävänä olevan kaltaisessa asiassa, jossa hallintoelin on toimivaltainen nimittämään ja erottamaan Landesvergabeamtin jäseniä ja on samalla asianosaisena asioissa, jotka saatetaan kyseisen viranomaisen käsiteltäviksi.<sup>12</sup>

22. Yhteisön oikeudessa tarkoitetun tuomioistuimen käsitteeseen kuuluu jäsenvaltioiden yhteisen oikeusperinteen mukaan, että lainkäyttöelinten rakennetta ja toimintatapaa koskevilla säännöksillä on tinkimättömästi taattava niiden jäsenten riippumattomuus ja puolueettomuus.<sup>13</sup> Tämä koskee erityisesti säännöksiä, joiden nojalla hallintoelimelle voidaan antaa toimivalta erottaa lainkäyttöelimen jäseniä. On selvää, että tällaista toimivaltaa voidaan käyttää ainoastaan poikkeustapauksissa ja että määräyksissä, joissa tällaisen toimivallan käyttöä säännellään, on tuotava esiin mahdollisimman avoimesti ja tyhjentävästi ne perusteet, joiden pohjalta lainkäyttöelimen jäsenet voidaan erottaa.

12 — Kyseessä on selvästi julkisten hankintojen osalta yleinen tilanne. Juuri "valvojan" ja "valvottavan" välisen "rakenteellisen" läheisyyden aiheuttamien mahdollisten kielteisten seurausten välttämiseksi muutoksenhakudirektiivissä säädetään lisävaatimuksista, jotka koskevat elimiä, jotka ovat perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettuja tuomioistuimia ja joiden ratkaistaviksi saatetaan kaksipuoltaisessa järjestelmässä julkisia hankintoja koskevia riitoja. Vähimmäisvaatimuksena on erityisesti, että elimen puheenjohtajalla on sama muodollinen ja ammatillinen pätevyys kuin tuomareilla. Tätä järjestelmää käsitellään jäljempänä 32 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa.

13 — Asioista, joissa tuodaan esiin riippumattomuuden ja puolueettomuuden merkitys, mainittakoon erityisesti edellä mainitussa asiassa Pretore di Salò annettun tuomion 7 kohta; asia C-24/92, Corbiau, tuomio 30.3.1993 (Kok. 1993, s. I-1277, 15 kohta) ja edellä mainitussa asiassa Almelo annettun tuomion 21 kohta.

11 — Ks. 24.4.1996 annettun Tirolin osavaltion hallituksen asetuksen 4 §, Tiroler LGBl 1995, nro 47.

23. Palatakseni näistä yleisistä huomioista käsiteltävänä olevaan asiaan totean, että kun komissio kirjallisissa huomautuksissaan väitti, ettei kysymyksiä voida ottaa tutkittaviksi, se ilmaisi useassa suhteessa epäilynsä siitä, täytyvätkö riippumattomuuden edellytykset Landesvergabeamtin kokoonpanoa ja tehtäviä koskevilla säännöksillä. Komissio totesi kuitenkin suullisessa käsittelyssä muuttaneensa kantaansa ja perusteli tämän esittämällä (tosin hyvin yleisen) viittauksen asiassa Dorsch Consult annettuun tuomioon.

24. Kirjallisessa käsittelyssä komissio huomautti, että Landesvergabeamtissa esittelijänä toimiva jäsen on tehtäviään vapautettu hallintovirkamies ja että kun otetaan huomioon esittelijän keskeinen merkitys Landesvergabeamtissa, tilanne on ristiriidassa lainkäyttöelimen puolueettomuuden kanssa.

En pidä tätä huomautusta perusteltuna. Se, että yksi Landesvergabeamtin jäsen on hallintovirkamies, ei yksinään vaikuta hänen mahdollisuuteensa tehdä itsenäisiä päätöksiä, mikä on taattava elimen tehtäviä koskevien säännösten mukaan. Lisättäköön, että Itävallan lainsäätäjä on ottanut huomioon tämän vaatimuksen, kun se sisällytti Landesvergabeamtin perustamisesta annettuun lakiin säännöksen, jonka mukaan sen kokoonpanoon kuuluvat henkilöt eivät ole tehtäviensä hoidossa sidottuja mihinkään ohjeisiin, riippumatta siitä mistä he ovat sinne tulleet (6 §:n 7 momentti).

25. Komissio huomautti lisäksi, ettei Tirolin osavaltion laissa ole erityisiä säännöksiä Landesvergabeamtin jäsenten jääviydestä ja päätöksenteosta pidättämisestä ja että tämä on ristiriidassa riippumattomuuden vaatimuksen kanssa. Tällaisia säännöksiä on komission mukaan sovellettava esimerkiksi silloin, kun jäsenet hallintovirkamiehen ominaisuudessaan ovat olleet osallisina asianomaisen tarjouskilpailun käsittelyssä. Tätä puutetta komissio pitää erityisen vakavana, kun otetaan huomioon Landesvergabeamtin "rakenteellinen" läheisyys hallintoelimeen, jonka toimintaa sen on valvottava.

Lainkäyttöelimen riippumattomuus vaarantuu, kun sen jäsenten jääviyttä ja päätöksenteosta pidättämistä koskevaa lainsäädäntöä ei ole, kuten komissio toteaa kirjallisissa huomautuksissaan. Tätä puutetta ei myöskään voida korjata soveltamalla analogisesti tuomareita koskevia vastaavia säännöksiä, koska kysymys liittyy läheisesti toimivaltaisen tuomioistuimen periaatteeseen ja edellyttää sen vuoksi nimenomaista ja tyhjentävää lainsäädäntöä.

26. Komissio väitti lopuksi, että toimielimen jäsenten erottamista koskevat säännökset ovat ristiriidassa lainkäyttöelimen riippumattomuuden periaatteen kanssa. Komissio korosti, että viraltapanaa koskevat säännökset on muotoiltu liian väljästi Landesvergabeamtin perustamisesta annetun lain 6 §:n 4 momentissa. Sen lisäksi, että kyseessä olevassa säännöksessä viitataan tapauksiin, joissa nimittämisen edellytykset eivät enää täyty, mikä selvästi-kään ei aiheuta tulkintavaikeuksia, siinä säädetään myös, että hallintoelin voi peruuttaa

nimityksen, jos ilmenee seikkoja, jotka estävät ”todennäköisesti pysyvällä tavalla” tehtävien säännönmukaisen hoitamisen. Viimeksi mainittu säännös on komission mukaan vaikea sovittaa yhteen lainkäyttöelimen riippumattomuuden periaatteen kanssa.

Komission kanta vaikuttaa kohtuulliselta. Ensiksi mainittu säännös johtaa nimittäin siihen, että tuomaria ei voida varmuudella määrittää, koska osavaltion hallituksen toimivalta erottaa lainkäyttöelimen jäsen tehtävistään ei liity mihinkään erityisesti määritelyihin tapauksiin, mikä on ilmeisessä ristiriidassa toimivaltaisen tuomioistuimen periaatteen kanssa. En myöskään usko, että säännöstä voidaan täydentää soveltamalla analogisesti tuomareiden erottamista koskevia säännöksiä, kun otetaan huomioon, että säännöksen sanamuodosta ilmenee tahto antaa osavaltion hallitukselle mahdollisimman laaja toimivalta. Säännöksen väljyyden ja sen perusteella toimeenpanoviranomaiselle annetun laajan harkintavallan vuoksi Landesvergabeamtin jäsenten mahdollisten erottamistoimien tuomioistuinvalvonta on hyvin vaikea, jollei mahdotonta.

Näin ollen Landesvergabeamtin perustamisesta annetun lain säännöksessä, joka koskee arkaluonteista kysymystä sen jäsenten erottamisesta, käytetään sanamuotoa, joka vaikuttaa liian väljältä, jotta sillä voitaisiin taata, ettei toimeenpanoviranomainen epäasianmu-

kaisella tavalla pyri vaikuttamaan sen päätöksentekoon tai painostamaan sitä.<sup>14</sup>

27. Yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Dorsch Consult äskettäin antama tuomio ei ole ristiriidassa tämän päätelmän kanssa, vaan pikemminkin tukee sitä. Mainitussa asiassa tarkasteltiin kysymystä siitä, voidaanko saksalaista elintä (Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes), joka on toimivaltainen ratkaisemaan tarjouskilpailuja koskevia muutoksenhakumennettelyjä, pitää tuomioistuimena juuri sen perusteella, että kyseessä oleva elin ei täyttänyt niitä edellytyksiä, jotka asetetaan riippumattomuudelle ja puolueettomuudelle suhteessa toimeenpanoviranomaiseen. Kyseisellä ennakkotapauksella ei mielestäni kuitenkaan ole merkitystä tässä. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi nimittäin, että komission ja julkisasiamiehen<sup>15</sup> esittämät epäilyt eivät olleet perusteltuja, koska Saksan oikeusjärjestyksessä nimenomaan säädetään, että tuomareiden erottamista koskevia säännöksiä sovelletaan liittovaltion sellaisen elimen jäseniin, joka on toimivaltainen ratkaisemaan tarjouskilpailuja, ja lisäksi koska siinä suoraan säännellään jääviyttä ja päätöksenteosta pidättymistä. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin perusteli kantansa seuraavasti:<sup>16</sup> ”Tämän jälkeen on syytä korostaa, että HGrG:n 57 c §:n 3 momentin mukaan tuomareiden asemaa koskevan Saksan

14 — On kuvaavaa, että Itävallan oikeusjärjestyksessä on elinten toimintaan liittyviä erillisiä ratkaisuja jopa silloin, kun niiden ratkaistavaksi saatetaan ensimmäisessä ja viimeisessä oikeusasteessa kysymyksiä julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen laillisuudesta. Kuten on ilmennyt esillä olevaan asiaan liittyvästä asiasta Hospital Ingénieur (C-258/97), josta esitin ratkaisuehdotukseni 1.10.1998, Kärntenissä voimassa olevassa julkisissa hankintoja koskevassa laissa tällainen toimivalta perustetaan Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärntenille eli lainkäyttöelimelle, jonka riippumattomuus taataan sen perustamisesta annetussa laissa, koska mainitulle jaostolle itselleen on annettu erottamista koskeva toimivalta, jota se saa käyttää vain laissa nimenomaisesti säädettyissä tapauksissa (Itävallan perustuslain 129 b §).

15 — Ks. julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotuksen 33—37 kohta (Kok. 1997, s. I-4976).

16 — Edellä mainitun tuomion 36 kohta.



lain olennaisia säännöksiä tuomareiden nimityksen peruuttamisesta sekä heidän riippumattomuudestaan ja erottamismahdollisuudesta sovelletaan analogisesti jaostojen virkamiesjäseniin. Yleensä tuomareiden asemaa koskevan lain säännöksiä tuomareiden nimityksen peruuttamisesta ja erottamisesta sovelletaan myös luottamusmiesjäseniin. Lisäksi luottamusmiesjäsenten puolueettomuus on taattu HGrG:n 57 c §:n 2 momentissa, jonka mukaan he eivät saa käsitellä asioita, joissa he ovat itse osallistuneet tarjouskilpailun ratkaisemista koskevaan päätöksentekoon tai joissa he ovat itse tehneet tarjouksen tai edustaneet tarjouksentekijöitä.”

28. Edellä lainattu kohta osoittaa, että yhteisöjen tuomioistuin pitää tuomareiden riippumattomuuden ja puolueettomuuden turvaamisen kannalta olennaisena, että poikkeustapaukset, joilla toimielimen jäsenten jääväminen perustellaan, joka tapauksessa määritellään elimen tehtäviä koskevissa säännöksissä tai, kuten erottamisen ollessa kyseessä, että niihin on *nimenomainen* viittaus tuomareihin sovellettavassa lainsäädännössä. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin asiassa Dorsch Consult viittasi tuomareiden erottamista koskevien Saksan lainsäädännön säännösten analogiseen soveltamiseen, se on pikemminkin ymmärrettävä viittauksena toisenlaiseen tapaukseen liittyviin tiettyihin säännöksiin, siltä osin kuin niitä voidaan soveltaa. Tirolin osavaltion laissa tällaista viittausta ei ole, ja sen vuoksi edellä lainaamani tuomion kohtaan ei voida vedota tässä ehdotettua ratkaisua vastaan.

29. Ristiriidassa tämän johtopäätökseni kanssa ei myöskään ole se, että yhteisöjen tuomioistuin antoi äskettäin vastauksen julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin kohdistettavaa muutoksenhakua käsittelevän Itävallan *liittovaltion* viranomaisen esittämiin kysymyksiin. Asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym.<sup>17</sup> yhteisöjen tuomioistuin tutki pääasian osalta Bundesvergabeamtin (liittovaltion hankintaviranomainen) esittämiä kysymyksiä ottamatta kantaa siihen, oliko tämä kansallinen elin tuomioistuin. Sen sijaan asianosaiset ja julkisasiamies olivat tutkineet tätä seikkaa. Vaikka katsottaisiin, että yhteisöjen tuomioistuin implisiittisesti halusi tunnustaa kyseisen elimen toimivallan esittää ennakkoratkaisukysymyksiä,<sup>18</sup> edellä todettua seikkaa ei kuitenkaan voida pitää merkityksellisenä, kun otetaan huomioon Bundesvergabeamtin perustamisesta annetun lain ja Tiroler Vergabeamtin perustamisesta annetun lain mahdolliset erot. Vaikka nämä toimitelimet ovatkin rakenteeltaan lähes samanlaiset ja toimivat samanlaisten sääntöjen pohjalta, liittovaltion lainsäädäntö on kuitenkin paljon täsmällisempi Bundesvergabeamtin jäsenten riippumattomuuden ja erottamattomuuden takeiden osalta. Bundesvergabeamtin jäsenten tehtävien lakkauttamisen syyt luetellaan nimenomaisesti ja tyhjentävästi BVergG:n 100 §:ssä (saman lain aikaisemman toisinnon 79 §),

17 — Asia C-44/96, tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-73).

18 — Julkisasiamies Léger esitti myönteisen kannan 16.9.1997 antamassaan ratkaisuehdotuksessa (37—44 kohta). Esillä olevan asian kannalta on kuitenkin tärkeää, että perustellessaan ratkaisuehdotuksensa 41 kohdassa elimen riippumattomuuden perustetta koskevaa myönteistä ratkaisuaan julkisasiamies toteaa, että jäsenten erottamisperusteet luetellaan tyhjentävästi liittovaltion lain 79 §:ssä (BVergG:n nykyinen 100 §) ja että ne vastaavat objektiivisia kriteerejä tai vakavan huolimattomuuden osalta laiminlyöntejä, joiden osalta laissa edellytetty vakavuusaste alentaa riskiä hallintoviranomaisen omavaltaisuuksista tai asioihin sekaantumisesta.

toisin kuin Tirolin osavaltion laissa.<sup>19</sup> Sama koskee myös Landesvergabeamtin jäsenten asianosaisten aloitteesta toimeenpannun jääväämisen syitä, joista nimenomaisesti säädetään liittovaltion lainsäädännössä, mutta kuten edellä olen todennut, ei Tirolin osavaltion lainsäädännössä.

30. Näiden näkökohtien perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että Tiroler Vergabeamtin esittämiä kysymyksiä ei voida ottaa tutkittaviksi, koska kysymykset esittänyt elin ei ole perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin.

#### Ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys

31. Jos yhteisöjen tuomioistuin löytää ratkaisun toimielimen jäsenten riippumattomuutta ja puolueettomuutta koskevaan ongelmaan ja katsoo vastoin ehdotustani, että Landesvergabeamtia on pidettävä 177 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena, Landesvergabeamtin esittämät ennakkoratkaisukysymykset on tutkittava aineellisesti. Seuraavassa esittämäni huomiot keskittyvät näin ollen kysymysten tarkasteluun.

19 — Lain 100 §:n nojalla Bundesvergabeamtin jäsenen tehtävät lakkaavat seuraavista syistä: kuolema tai irtisanoutuminen, vaalikelpoisuuden menetyt parlamenttivaaleissa, climen täysistunnossa esittämä toteamus, että jäsenellä on vakava fyysinen tai psyykinen sairaus, joka estää tehtävän säännönmukaisen hoitamisen, virkakauden päätyminen, climen täysistunnossa esittämä toteamus jäsenen velvollisuuksien vakavasta laiminlyönnistä taikka eroaminen tuomarin virasta tai climestä, joka on nimennyt jäsenen tehtävänsä.

32. Kuten edellä on todettu, Landesvergabeamtin kysymys koskee sitä, ovatko sen kokoonpanoa ja tehtäviä koskevat säännökset muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 8 kohdan ensimmäisessä alakohdassa asetettujen edellytysten mukaiset.

Kirjallisissa huomautuksissaan ja yhteisöjen tuomioistuimessa pidetyssä suullisessa käsittelyssä asianosaiset tarkastelivat erityisesti Landesvergabeamtin puheenjohtajan henkilöön kohdistuvia vaatimuksia sen selvittämiseksi, täyttääkö puheenjohtaja muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 8 kohdassa asetetut edellytykset.

33. Todettakoon aluksi, että kyseisen säännöksen tarkastelu osoittaa, ettei edellä esitetty pohdinta ole tämän tapauksen kannalta merkityksellinen eikä tarpeellinen. Tämän päätelmän perustelu edellyttää muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 8 kohdan tarkempaa tutkimista.

34. Muistettakoon, että mainittu säännös koskee elimiä, jotka vastaavat sellaisten muutoksenhakuelinten päätöksiin kohdistuvista valituksista, jotka ovat toimivaltaisia käsittelemään direktiivin soveltamisalaan kuuluvia julkisia hankintoja koskevia sopimuksia.

35. Direktiivin 2 artiklan 8 kohdassa ja erityisesti sen ensimmäisessä virkkeessä esitetään kaksi erilaista tilannetta. Jäsenvaltiot voivat ratkaista julkisia hankintoja koskevien sopimuskentekomenettelyjen valvonnan kahden vaihtoehdoisen järjestelmän mukaan. Ensimmäisessä vaihtoehdossa, jota kutsun "yksiportaiseksi järjestelmäksi", toimivalta muutoksenhakuaasioissa annetaan "oikeusviranomaisille". Toisessa vaihtoehdossa, jota kutsun "kaksiportaiseksi järjestelmäksi" ja joka heijastaa useissa jäsenvaltioissa direktiivin antamisajankohtana vallinnutta lainsäädännön tilaa, tämä toimivalta annetaan ensisijaisesti sellaisille muutoksenhakuelimille, jotka eivät ole oikeusviranomaisia. Direktiivin 2 artiklan 8 kohdassa käsitellään tämän jälkeen yksinomaan jälkimmäistä vaihtoehtoa. Kyseisessä säännöksessä tarkennetaan vielä, että siinä tapauksessa "on lisäksi säädettävä menettelyistä, joilla varmistetaan mahdollisuus saattaa muutoksenhakuelimen väitetyt lainvastaiset toimenpiteet tai sille annettujen toimivaltuuksien väitetyt väärinkäytökset joko oikeusviranomaisen tai muun viranomaisen käsiteltäväksi, joka on perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin ja riippumaton sekä hankintaviranomaisesta että muutoksenhakuelimestä".

36. Kaksiportaiselle järjestelmälle on näin ollen ominaista, että aluksi asiaa hoitaa elin, joka ei ole luonteeltaan tuomioistuin ja jonka on perusteltava kirjallisesti hankintaviranomaisten toimenpiteitä koskevat päätöksensä. Päätöksistä on lisäksi voitava hakea muutosta joko tuomioistuimessa tai sellaisessa elimessä, joka täyttää perustamissopimuksen 177 artiklassa tuomioistuimelle asetetut edellytykset ja joka on riippumaton sekä hankintaviranomaisesta että muutoksenhakuelimestä. Jatkossa direktiivin 2 artiklan 8 kohta koskee äsken

mainittua riippumatonta elintä, jonka on oltava 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin ja jonka on täytettävä tietyt "erityiset" edellytykset, jotka liittyvät jäsenen nimittämiseen ja heidän toimikautensa päättymiseen, puheenjohtajan pätevyyteen, päätöksentekomenettelyyn ja päätösten sitovuuteen.

37. Näiden säännösten normatiivisen sisällön täsmällinen arviointi ei ole helppoa. Sen tarkastelussa on tärkeää selvittää, mitä direktiivissä tarkoitetaan 2 artiklan 8 kohdan ensimmäisen virkkeen ilmaisulla "oikeusviranomaiset". Siksi on selvitettävä, onko tämän ilmaisun katsottava viittaavan "tuomioistuimen" yhteisön oikeudessa tarkoitettuun määritelmään vai kansalliseen oikeuteen.

38. Ensin mainittu ratkaisu on näkemykseni mukaan oikea, joten direktiivin 2 artiklan 8 kohta kokonaisuutena tarkasteltuna tulee kysymykseen vain siinä tapauksessa, että muutoksenhakumenettelystä vastaava toimielin ei ole perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu "tuomioistuin" eikä näin ollen myöskään toimivaltainen saattamaan ennakkoratkaisukysymyksiä yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi. Siinä tapauksessa kyseisessä säännöksessä edellytetään, että kaksiportaista järjestelmää soveltavien jäsenvaltioiden on joka tapauksessa säädettävä muutoksenhakuelimen päätösten uudelleenkäsitelymahdollisuudesta valituksella, joka tehdään tuomioistuimessa tai sellaisessa elimessä, joka on perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin.

39. Kuten Itävallan hallitus ja komissio suullisessa käsittelyssä totesivat, koko järjestelmän tarkoitus on juuri sen mahdollistaminen, että julkisia tarjouskilpailuja hoitavien hankintaviranomaisten toimenpiteiden uudelleenkäsitelyyn osallistuu aina elin, joka on luonteeltaan tuomioistuin ja sen perusteella toimivaltainen saattamaan ennakkoratkaisukysymyksiä yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi, vaikka se ei muodollisesti kuuluisikaan kyseisen jäsenvaltion tuomioistuinjärjestelmään. Niin ollen muutoksenhakumenettelyistä vastaavat elimet voivat tarvitessaan saada yhteisöjen tuomioistuimelta päätöksen julkisia hankintoja koskevien yhteisön direktiivien (eli luonnollisesti myös muutoksenhakudirektiivin) säännösten tulkinnasta.

40. Jos Landesvergabeamtia pidetään sellaisena elimenä, jolla on toimivalta saattaa ennakkoratkaisukysymyksiä yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi, eli 177 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena, tästä seuraisi, että ”kaksiportaisen” järjestelmän perustana olevilla suojavaatimuksilla ei olisi mitään merkitystä tässä käsiteltävänä olevassa asiassa: elin, joka muutoksenhakumenettelyssä ratkaisee asian ensimmäisessä (ja ainoassa) oikeusasteessa on sama, jolla on toimivalta saattaa asia yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi. Tästä näkökulmasta ei olisi mielekästä vaatia, että 177 artiklassa tarkoitettun tuomioistuimen tekemiä päätöksiä käsitellään uudelleen toisessa toimielimessä, joka vuorostaan on toimivaltainen saattamaan asian yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi. Toistettakoon vielä, että sellaisella vaatimuksella, jonka mukaan asian käsittelyyn on osallistuttava 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, ei ole mitään merkitystä esillä olevan asian kaltaisessa tapauksessa, jossa muutoksenhakumenettelystä vastaavaa toimielintä oletettavasti pidetään tuomioistuimena. Tällaisella vaatimuksella on merkitystä vain, jos ensin mainittua edustaa kaksiportaisessa järjestelmässä

”puhtaasti” hallinnollinen elin, sikäli kuin se ei vastaa 177 artiklassa tarkoitettun tuomioistuimen määritelmää.

41. Tekemästäni johtopäätöksestä seuraa, että minun ei tarvitse tutkia Landesvergabeamtin esittämien kahden kysymyksen asiasisältöä muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 8 kohdan toisen alakohdan tulkinnan osalta. Kuten edellä on todettu, tämä säännös koskee erityisiä edellytyksiä, jotka asiaan ”kaksiportaisen järjestelmän” toisessa portaassa osallistuvan riippumattoman elimen on täytettävä. Niin ollen on ilmeistä, että kyseessä olevan elimen pyytämällä selvennyksillä ei ole tässä käsiteltävänä olevan asian kannalta merkitystä, kun otetaan huomioon, että säännöksen tätä osaa ei voida soveltaa Landesvergabeamtiin, joka on Tirolin osavaltion lailla perustettu toimivaltainen hankintaviranomainen. Ennakkoratkaisua pyytävän elimen esittämä ongelma sisältyy siten tässä jo käsiteltyyn kysymykseen ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamisesta. Vain tässä yhteydessä — eikä muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 8 kohdan tulkinnan yhteydessä — voidaan ehkä arvioida elimen jäsenen asemaa, heidän riippumattomuuttaan toimeenpanoviranomaisesta ja asianosaisista, jäsenen nimitämistä ja erottamista koskevia edellytyksiä ja niin edelleen. Siten ei esimerkiksi ole tärkeää arvioida, koskeeko Landesvergabeamtin puheenjohtajaa samat henkilökohtaisia ja ammatillista pätevyyttä koskevat vaatimukset kuin tuomaria tai onko nämä pätevyyttä koskevat vaatimukset määriteltävä tuomarin ”kansallisen” vai ”yhteisön oikeudessa tarkoitettun” määritelmän mukaisesti. Tällainen vaatimus on nimittäin ominainen juuri ”kaksiportaiselle järjestelmälle”, jota direktiivissä tarjotaan jäsenvaltioille vaihtoehdoksi muutoksenhakumenettelyjä koskevaa kansallista järjestelmää varten. Sitä vastoin tämä vaatimus

ei ole ratkaiseva, kun tutkitaan, voidaanko elintä pitää 177 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena.

42. On syytä lisätä — edelleen olettaen, että kyseistä elintä on pidettävä 177 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena — että nyt ehdotamani ratkaisu on ainoa, jonka perusteella Tirolin osavaltion soveltamaa julkisia hankintoja koskeviin tarjouskilpailuihin liittyvien toimenpiteiden uudelleenkäsittelyä voidaan arvioida muutoksenhakudirektiivin taustaa vasten. Jos Landesvergabeamtia pidettäisiin 2 artiklan 8 kohdan ensimmäisen osan viimeisen virkkeen mukaisena ”perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena” ja siten julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin kohdistuvia valituksia tutkittaessa ”toisena portaana”, kysymyksen tulkinnassa tulisi esiin ongelma, kun on määriteltävä ensimmäisen portaan toimivaltainen muutoksenhakuelin, joka ei ole luonteeltaan tuomioistuin ja jonka päätökset olisi saatettava Landesvergabeamtille uudelleen käsiteltäviksi. Todettakoon, että Itävallassa sovellettavassa järjestelmässä tällaista muutoksenhakuelintä ei ole, sillä hankintaviranomaisten päätöksistä tehdyt valitukset osoitetaan ensimmäisessä ja ainoassa oikeusasteessa Landesvergabeamtille.

43. Näillä perusteilla ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin ei ota Tiroler Landesvergabeamtin esittämiä kysymyksiä tutkittaviksi, koska kyseinen elin ei ole perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin.

Toissijaisesti ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa esitettyihin kysymyksiin seuraavasti:

Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 8 kohdan toista alakohtaa on tulkittava siten, että siinä asetetut edellytykset koskevat yksinomaan sellaisten riippumattomien elinten kokoonpanoa, jotka käsittelevät uudelleen sellaisen elimen päätöksiä, joka on toimivaltainen käsittelemään julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen kohdistuvia valituksia ensimmäisessä oikeusasteessa ja joka ei ole EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin. Mainitulla säännöksellä ei siten ole merkitystä Tiroler Landesvergabeamtin kokoonpanoa ja tehtäviä arvioitaessa.