

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)
4 päivänä joulukuuta 2003 *

Asiassa C-448/01,

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

EVN AG ja
Wienstrom GmbH

vastaan

Itävallan tasavalta,
Stadtwerke Klagenfurt AG:n
ja
Kärntner Elektrizitäts-AG:n
osallistuessa asian käsittelyyn,

ennakkoratkaisun julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1) 26 artiklan ja julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista kos-

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

kevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenetelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1), 1 ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan tulkinnasta,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: V. Skouris (esittelevä tuomari), joka hoitaa kuudennen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen ja N. Colneric,

julkisasiamies: J. Mischo,
kirjaaja: H. A. Rühl (hallintovirkamies),

ottaen huomioon kirjalliset huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— EVN AG ja Wienstrom GmbH, edustajanaan Rechtsanwalt M. Öhler,

— Itävallan tasavalta, edustajanaan Rechtsanwalt A. Gerscha,

- Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

- Alankomaiden hallitus, asiamiehenään S. Terstal,

- Ruotsin hallitus, asiamiehenään K. Renman,

- Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään M. Nolin, avustajanaan
Rechtsanwalt T. Eilmansberger,

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan EVN AG:n ja Wienstrom GmbH:n, Itävallan tasavallan, Itävallan hallituksen ja komission 23.1.2003 pidetyssä istunnossa esittämät suulliset huomautukset,

kuultuaan julkisasiamiehen 27.2.2003 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Bundesvergabeamt on 13.11.2001 tekemällään välipäätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 20.11.2001, esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle EY 234 artiklan nojalla neljä ennakkoratkaisukysymystä julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1) 26 artiklan ja julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1; jäljempänä direktiivi 89/665/ETY), 1 ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan tulkinnasta.

2 Nämä kysymykset on esitetty EVN AG -nimisen yhtiön ja Wienstrom GmbH -nimisen yhtiön muodostaman yhtymän ja hankintaviranomaisena olevan Republik Österreichin (Itävallan tasavalta) välisessä riita-asiassa, joka koskee julkista tavaranhankintaa, josta pääasian kantajat olivat tehneet tarjouksen.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön lainsäädäntö

- 3 Direktiivin 93/36/ETY IV osaston 3 luvussa, jonka otsikko on ”sopimusten tekemisen perusteet”, olevan 26 artiklan 1 kohdan b alakohdassa ja 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Hankintaviranomaisen on sopimuksia tehdessään käytettävä perusteena:

- —
- b) kun sopimus tehdään taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, eri perusteita sopimuksen mukaan: esimerkiksi hintaa, toimitusaikaa, käyttökustannuksia, kannattavuutta, laatua, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, teknisiä ansioita, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea.

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

4 Direktiivin 89/665/ETY kuudennesta perustelukappaleesta ilmenee, että on tarpeen varmistaa, että kaikissa jäsenvaltioissa on riittävät menettelyt lainvastaisesti tehtyjen päätösten poistamiseksi ja korvausten saamiseksi virheellisen menettelyn vuoksi vahinkoa kärsineille.

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

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

— —

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

- 6 Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa ja 5 sekä 6 kohdassa 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, mukaan lukien tarjouspyynnössä, sopimusasiakirjoissa tai muussa sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa olevien syrjintää aiheuttavien teknisten, taloudellisten tai rahoitusta koskevien eritelmien poistaminen;
- —

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

6. Edellä 1 kohdassa säädettyjen valtuuksien käytön vaikutukset urakan antamisesta johtuvaan sopimukseen on määriteltävä kansallisessa lainsäädännössä. Lisäksi, paitsi milloin päätös on poistettava ennen vahinkojen korvaamista, jäsenvaltio voi säätää, että sen jälkeen kun sopimus on tehty tarjouskilpailun ratkaisemisen perusteella, muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvausten määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut.”

- 7 Sähköntuotannon edistämisestä uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön sisämarkkinoilla 27 päivänä syyskuuta 2001 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2001/77/EY (EYVL L 283, s. 33) toisessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön käytön edistäminen kuuluu keskeisiin painotuksiin yhteisön toiminnassa kuten valkoisessa kirjassa uusiutuvista energialähteistä — — todetaan, energiahuollon varmuuteen ja monipuolistamiseen samoin kuin ympäristönsuojeluun sekä yhteiskunnalliseen ja taloudelliseen yhtenäisyyteen liittyvistä syistä — —”.

- 8 Direktiivin 2001/77/EY 18. perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”On tärkeää hyödyntää markkinavoimia ja sisämarkkinoita ja tehdä uusiutuvista energialähteistä tuotettu sähkö kilpailukykyiseksi ja Euroopan kansalaisia kiinnostavaksi.”

- 9 Direktiivin 2001/77/EY 1 artiklan mukaan sen tarkoituksena on edistää uusiutuvien energialähteiden osuuden lisäämistä sähköntuotannossa sähkön sisämarkkinoilla ja luoda perusta tuleville tätä koskeville yhteisön puitteille. Tästä syystä direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa asetetaan jäsenvaltioille velvollisuus toteuttaa asianmukaiset toimenpiteet edistääkseen uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön kulutuksen lisäämistä saman artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen ohjeellisten kansallisten tavoitteiden mukaisesti.

Kansallinen lainsäädäntö

- 10 Direktiivit 89/665/ETY ja 93/36/ETY on saatettu osaksi Itävallan kansallista oikeusjärjestystä vuoden 1997 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgenillä (Bundesvergabegesetz) (vuonna 1997 annettu julkisia hankintoja koskeva liittovaltion laki, BGBl. I, 1997/56; jäljempänä BVergG).
- 11 BVergG:n 16 §:n 1 ja 7 momentissa säädetään seuraavaa:

”1. Palveluhankintasopimukset on tehtävä tässä laissa säädettyä menettelyä noudattaen, vapaata ja lojaalia kilpailua sekä kaikkien ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertaisuutta koskevien periaatteiden mukaisesti, luvansaaneiden, tehokkaiden ja luotettavien yritysten — mikä arvioidaan viimeistään tarjousten avaamisajankohtana — kanssa kohtuulliseen hintaan.

— —

7. Hankintasopimuksen tekomenettelyssä on otettava huomioon palvelun ympäristövaikutukset ja katsottava, että oppisopimuksen tehneitä henkilöitä käytetään.”

12 BVergG:n 53 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Karsinnan jälkeen jäljelle jäävistä tarjouksista on valittava se, joka tarjouspyynnössä vahvistettujen perusteiden mukaisesti on teknisesti ja taloudellisesti edullisin (parhaan tarjouksen periaate).”

13 BVergG:n 115 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

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

14 BVergG:n 117 §:n 1 ja 3 momentissa säädetään seuraavaa:

”1. Bundesvergabeamt poistaa sovittelulautakuntaa kuultuaan hallintopäätöksellä — — hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä tekemän päätöksen, jos kyseinen päätös

1) on vastoin tämän liittovaltion lain tai sen soveltamisasetusten säännöksiä ja

2) jos päätös vaikuttaa olennaisesti hankintamenettelyn lopputulokseen.

— —

3. Bundesvergabeamt voi hankintasopimuksen tekemisen jälkeen 1 momentissa säädettyjä edellytyksiä noudattaen todeta ainoastaan sen, onko väitetty lainvas-
taisuus olemassa vai ei.”

Pääasian riita ja ennakkoratkaisukysymykset

- 15 Pääasian vastaaja pani vireille avoimessa hankintamenettelyssä sähkön toimit-
tamista koskevan tarjouskilpailun. Sopimuksen kohteena oli puitesopimuksen ja
sille perustuvien yksittäisten sopimusten tekeminen sähkön toimittamisesta kai-
kille Kärntenin osavaltiossa sijaitseville liittovaltion viranomaisille. Sopimus-
kaudeksi määrättiin 1.1.2002—31.12.2003. Tarjouspyynnössä, joka julkaistiin
Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä 27.3.2001, mainittiin otsikon ”sopi-
muksentekoperusteet” alla seuraavaa:

”Taloudellisesti edullisin tarjous seuraavien perusteiden mukaan: tarjouseritel-
män mukainen vaikutus ympäristöön.”

- 16 Tarjouksessa oli ilmoitettava hinta kilowattitunnilta (kWh) Itävallan shillinkeinä
(ATS). Sähkön toimittajan oli sitouduttava toimittamaan teknisten mahdolli-
suuksien mukaan liittovaltion viranomaisille uusiutuvista energialähteistä
tuotettua sähköä eikä toimittaja saanut missään tapauksessa tietoisesti toimittaa

sähköä, joka on tuotettu ydinfissiolla. Täältä osin ei kuitenkaan vaadittu, että sähkön toimittajan olisi pitänyt esittää selvitystä toimituslähteistään. Siltä varalta, että sähkön toimittaja rikkoisi kyseiset velvollisuutensa, oli määrätty, että hankintaviranomaisella olisi oikeus purkaa sopimus, ja lisäksi määrättiin sopimussakosta.

- 17 Tarjouseritelmässä todettiin hankintaviranomaisen tietävän, että kukaan toimittajista ei pystyisi teknisistä syistä takaamaan sitä, että sen tietyille asiakkaalle toimittama sähkö tosiasiallisesti tuotettaisiin uusiutuvista energialähteistä, mutta että tästä huolimatta hankintaviranomainen oli päättänyt tehdä sopimuksen sellaisen tarjoajan kanssa, joka voisi toimittaa vähintään 22,5 gigawattituntia (GWh) näin tuotettua sähköä vuodessa, sillä liittovaltion viranomaisten vuosittaiseksi kokonaiskulutukseksi arvioitiin noin 22,5 GWh.
- 18 Lisäksi ilmoitettiin, että sellaisia tarjouksia ei otettaisi huomioon, joissa ei ollut esitetty selvitystä siitä, että ”tarjoaja on viimeisinä kahtena vuotena tuottanut tai ostanut ja toimittanut kuluttajille ja/tai tulevana kahtena vuotena tuottaa tai ostaa ja toimittaa kuluttajille vuodessa vähintään 22,5 GWh uusiutuvista energialähteistä peräisin olevaa sähköä”. Sopimuksentekoperusteiksi asetettiin nettohinta kilowattitunnilta, johon sovellettiin 55 prosentin kerrointa, ja ”uusiutuvista energialähteistä tuotettu energia”, johon puolestaan sovellettiin 45 prosentin kerrointa. Viimeiseksi mainitun sopimuksentekoperusteen suhteen todettiin, että ”huomioon otetaan vain sellainen uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön määrä, joka ylittää 22,5 GWh vuodessa ja jonka tarjoaja pystyy toimittamaan”.
- 19 Tehdyt neljä tarjousta avattiin 10.5.2001. Kärtner Elektrizitäts-AG:n ja Stadtwerke Klagenfurt AG:n muodostaman tarjoajayhtymän (jäljempänä KELAG) tarjouksessa ilmoitettiin hinnaksi 0,44 Itävallan sillinkiä (ATS) kilowattitunnilta ja viitattiin kyseisten yhtiöiden tuottamia tai toimittamia sähkömääriä ja niiden alkuperää koskevaan taulukkoon sekä todettiin niiden kykenevän toimittamaan 3 406,2 GWh uusiutuvista energialähteistä peräisin olevaa sähköä. Myös Energie

Oberösterreich AG oli tehnyt tarjouksen, jossa hinnaksi ilmoitettiin 0,4191 ATS kilowattitunnilta miljoonan gigawattitunnin vähimmäisvuosikulutuksen osalta ja jossa se vuosia 1999—2002 koskevan taulukon avulla täsmensi ne uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön määrät, jotka se oli kyennyt toimittamaan tuon ajanjakson kunkin vuotena. Näistä korkein ilmoitettu arvo oli 5 280 GWh vuodessa. Myös BEWAG antoi tarjouksensa, jossa hinnaksi tarjottiin 0,465 ATS kilowattitunnilta ja jonka liitteenä oli taulukko, jossa esitettiin uusiutuvista energialähteistä tuotetun energian osuus sen tuottamasta tai toimittamasta sähköstä, ja jonka perusteella hankintaviranomainen teki sen johtopäätöksen, että BEWAG oli ilmoittanut tällaisen energian määräksi 449,2 GWh.

- 20 Pääasian kantajien tarjouksessa hinnaksi ilmoitettiin 0,52 ATS kilowattitunnilta. Ne eivät antaneet mitään konkreettisia lukuja siitä uusiutuvista energialähteistä peräisin olevan sähkön määrästä, jonka ne kykenisivät toimittamaan, vaan ne totesivat ainoastaan, että niillä oli omat tuotantolaitokset, joissa tuotettiin sähköä näistä lähteistä. Lisäksi niillä oli oikeus sähkön hankkimiseen Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaftin vesivoimalaitoksista ja muista itävaltalaisista vesivoimalaitoksista ja muu ostettu energia saatiin suurimmalta osaltaan sellaisten pitkäkestoisten yhteistyösopimusten perusteella, jotka on tehty suurimman tällä tavoin sertifioitua energiaa tuottavan tuottajan kanssa. Vuodesta 1999 vuoteen 2000 oli hankittu yksinomaan vesivoimaa Sveitsistä ja hankittaisiin edelleenkin. Uusiutuvista energialähteistä peräisin oleva määrä oli kokonaisuudessaan monin kerroin suurempi kuin tarjouspyynnön kohteena oleva määrä.

- 21 Neljästä tehdystä tarjouksesta pääasian vastaaja on arvioinut parhaimmaksi KELAG:in tarjouksen, joka sai molempien asetettujen perusteiden osalta suurimman pistemäärän. Pääasian kantajat ovat saaneet molempien perusteiden osalta alimman pistemäärän.

- 22 Sen jälkeen kun pääasian kantajat olivat 9.5.2001 ja 30.5.2000 ilmoittaneet hankintaviranomaiselle, että tarjouspyynnön monet eri määräykset, mukaan lukien ”uusiutuvista energialähteistä tuotettu sähkö” sopimuksentekoperusteena, olivat lainvastaisia, pääasian kantajat pyysivät 12.6.2001 Bundes-Vergabekontrollkommissionia (julkisia hankintoja valvova liittovaltion elin) aloittamaan sovittelumenettelyn, mutta tämä hylkäsi hakemuksen sillä perusteella, ettei sovittelumenettelyllä ollut mitään mahdollisuuksia menestyä.
- 23 Pääasian kantajat nostivat tällöin kanteen Bundesvergabeamtissa ja vaativat muun muassa koko tarjouskilpailun sekä useiden yksittäisten tarjouserittelyyn sisältyvien määräysten ja hankintaviranomaisen päätösten kumoamista. Näihin päätöksiin kuuluvat muun muassa päätös siitä, että puuttuva selvitys uusiutuvista energialähteistä tuotetusta ja tällaisesta ostetusta energiasta tietyllä ajanjaksolla tai puuttuva selvitys tulevista ostoista on peruste sulkea tarjous pois tarjouskilpailusta, päätös siitä, että soveltuvuuden perusteena on selvitys näin tuotetun tai tällaisen ostetun energian tietystä määrästä tietyllä ajanjaksolla, päätös siitä, että vuotuinen 22,5 GWh:n ylittävä uusiutuvista energialähteistä peräisin olevan energian tarjoaminen on sopimuksentekoperuste, ja päätös siitä, että tarjouskilpailua ei peruuteta. Sen lisäksi hakijat vaativat määräämään turvaamistoimesta, jolla hankintaviranomaista kiellettäisiin tekemästä sopimusta.
- 24 Bundesvergabeamt hyväksyi pääasian kantajien hakemuksen 16.7.2001 teke-mällään päätöksellä ja kielsi sopimuksen tekemisen aluksi 10.9.2001 saakka. Bundesvergabeamt päätti 17.9.2001 kantajien uudesta hakemuksesta uudesta turvaamistoimenpiteestä, jonka mukaan hankintaviranomainen saisi tehdä hankintasopimuksen sillä ehdolla, että tarjouskilpailun ratkaisu peruutettaisiin ja sopimus purettaisiin, mikäli yksikin pääasian kantajien vaatimuksista hyväksyt-täisiin kyseisessä tuomioistuimessa tai mikäli päätös tehdä hankintasopimus jonkin niiden kanssa kilpailevan tarjoajan kanssa todettaisiin Bundesvergabe-amtissa muutoin lainvastaiseksi.

- 25 Puitesopimus, johon oli sisällytetty edellä mainitussa päätöksessä määrätyt purkavat ehdot, tehtiin 24.10.2001 KELAG AG -yhtiön kanssa.
- 26 Bundesvergabeamt katsoi, että sen käsiteltävänä olevan asian ratkaisu riippuu useiden yhteisön oikeuden säännösten tulkinnasta ja se päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1. Kielletäänkö julkisia hankintoja koskevassa yhteisön lainsäädännössä ja erityisesti direktiivin 93/36/ETY 26 artiklassa hankintaviranomaista asettamasta sähkönhankinnassa 45:llä prosentilla painotettua sopimuskentekope-rustetta, jonka mukaan tarjoajan edellytetään — ilman että tiettyä toimitusaikaa olisi määritetty — ilmoittavan, kuinka paljon uusiutuvista energialähteistä peräisin olevaa sähköä se pystyy toimittamaan tarkemmin rajaamattomalle asiakaskunnalle, ja jonka mukaan suurimman määrän ilmoittanut tarjoaja saa täydet pisteet, missä yhteydessä huomioon otetaan vain määrä, joka ylittää tarjouskilpailun kohteena olevan sopimuksen puitteissa odotettavissa olevan kulutuksen?

2. Kielletäänkö julkisia hankintoja koskevassa yhteisön lainsäädännössä ja erityisesti neuvoston direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa se, että lainvastaisen päätöksen kumoamisedellytykseksi direktiivin 89/665/ETY 1 artiklassa tarkoitetussa muutoksenhakumenettelyssä asetetaan se, että lainvastaisen päätöksen osoitetaan olennaisesti vaikuttaneen hankintamenettelyn tulokseen?

3. Kielletäänkö julkisia hankintoja koskevassa yhteisön lainsäädännössä ja erityisesti neuvoston direktiivin 93/36/ETY 26 artiklassa se, että lainvastaisen päätöksen kumoamisedellytykseksi direktiivin 89/665/ETY 1 artiklassa tarkoitetussa muutoksenhakumenettelyssä asetetaan se, että lainvastaisen päätöksen osoitetaan olennaisesti vaikuttaneen hankintamenettelyn

lopputulokseen, jos tämä seikka on selvitettävä niin, että muutoksenhausta vastaava elin tutkii, muuttuuko tosiasiallisesti tehtyjen tarjousten paremmuusjärjestys, kun tämä arvioidaan vielä kertaalleen huomioimatta lainvastaista sopimuksentekoperustetta?

4. Onko hankintaviranomaisella julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön eli erityisesti neuvoston direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan perusteella velvollisuus peruuttaa tarjouskilpailu, kun yksi hankintaviranomaisen asettamista sopimuksen tekemisen perusteista osoittautuu direktiivin 89/665/ETY 1 artiklassa tarkoitetussa muutoksenhakumenettelyssä lainvastaiseksi?”

Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

- 27 Kansallisen tuomioistuimen antamista selityksistä ilmenee, että sen ensimmäisen kysymyksen on ymmärrettävä jakautuvan kahteen osaan. Ensinnäkin sillä pyritään selvittämään, onko julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön, erityisesti direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan vastaista, että hankintaviranomainen käyttää sähköön toimittamista koskevassa hankintamenettelyssä taloudellisesti edullisinta tarjousta arvioidessaan perustetta, jonka mukaan sähköön on oltava tuotettu uusiutuvista energialähteistä.

- 28 Jos kysymyksen ensimmäiseen osaan vastattaisiin myöntävästi, kansallinen tuomioistuin pyytää edelleen täsmentämään, mitä edellytyksiä yhteisön oikeudessa asetetaan tämän perusteen konkreettiselle soveltamiselle, ottaen huomioon sen käsiteltävänä olevassa asiassa kyseessä olevan riidanalaisen sopimuksentekoperusteen erityislaatuinen muotoilutapa, joten kysymyksen toinen osa jakautuu edelleen useisiin alakysymyksiin.

- 29 Tarkemmin ottaen tämä tuomioistuin pohtii sitä, soveltuuko tämä peruste yhteen yhteisön oikeuden kanssa, kun otetaan huomioon a—d kohdassa mainitut asianhaarat, eli kun otetaan huomioon se,
- a) että tähän perusteeseen liittyy 45 prosentin suuruinen kerroin
 - b) ettei siihen liity sellaisia edellytyksiä, jotka mahdollistaisivat tarjouksiin sisältyvien tietojen tosiasiallisen tarkistamisen, eikä se välttämättä mahdollista halutun tavoitteen saavuttamista
 - c) ettei siinä määrätä tarkkaa toimitusajankohtaa
 - d) että siinä tarjoajan edellytetään ilmoittavan, kuinka paljon uusiutuvista energialähteistä peräisin olevaa sähköä se pystyy toimittamaan tarkemmin rajaamattomalle asiakaskunnalle, ja sen mukaan suurimman määrän ilmoittanut tarjoaja saa täydet pisteet, missä yhteydessä huomioon otetaan vain määrä, joka ylittää tarjouspyynnössä ennakoidun kulutuksen.

Ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäinen osa

- 30 Koska Bundesvergabeamt pitää direktiivin 93/36/ETY 26 artiklassa olevaa käsitettä ”taloudellisesti edullisin tarjous” epätarkkana, se esittää ensin periaatteellisen kysymyksen siitä, salliiko yhteisön oikeus sen, että hankintaviran-

omainen vahvistaa ympäristönsuojeluun liittyvien perusteiden kaltaisia arviointiperusteita, joilla pyritään saavuttamaan sellaisia etuja, joiden objektiivista taloudellista arviointia ei voida välittömästi suorittaa.

31 Tältä osin on syytä todeta, että eräessä tämän ennakkoratkaisupyynnön jättämisen jälkeen antamassaan tuomiossa, joka koski direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan 1 kohdan b alakohdan kanssa oleellisin osin samansisältöisen, direktiivin 92/50/ETY 36 artiklan 1 kohdan a alakohdan tulkintaa, yhteisöjen tuomioistuimella oli tilaisuus lausua siitä, voiko — ja jos voi, millaisissa olosuhteissa — hankintaviranomainen taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi ottaa huomioon ympäristönäkökohdat.

32 Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa C-513/99, Concordia Bus Finland, 17.9.2002 antamansa tuomion (Kok. 2002, s. I-7213) 55 kohdassa nimenomaan todennut, että direktiivin 92/50/ETY 36 artiklan 1 kohdan a alakohtaa ei voida tulkita siten, että jokaisen niistä perusteista, joita hankintaviranomainen käyttää taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi, olisi välttämättä oltava puhtaasti taloudellinen.

33 Yhteisöjen tuomioistuin on näin hyväksynyt sen, että kun hankintaviranomainen julkista hankintaa ratkaistessaan päättää tehdä sopimuksen taloudellisesti edullisimman tarjouksen tekijän kanssa, se saa ottaa huomioon ympäristönäkökohdat, kunhan nämä näkökohdat liittyvät hankinnan kohteeseen, ne eivät anna hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnanvapautta, ne on nimenomaisesti mainittu tarjouseritelmässä tai hankintailmoituksessa ja ne noudattavat kaikkia yhteisön oikeuden peruseriaatteita, erityisesti syrjintäkiellon periaatetta (em. asia Concordia Bus Finland, tuomion 69 kohta).

- 34 Tästä seuraa, ettei julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön vastaista ole se, että hankintaviranomainen käyttää sähkön toimittamista koskevassa hankintamenettelyssä taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi perustetta, jonka mukaan sähkön on oltava tuotettu uusiutuvista energialähteistä, jos tämä peruste liittyy hankinnan kohteeseen, se ei anna hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnanvapautta, se on nimenomaisesti mainittu tarjouseritelmässä tai hankintailmoituksessa ja se noudattaa kaikkia yhteisön oikeuden peruseriaatteita, erityisesti syrjäntäkiellon periaatetta.

Ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen toinen osa

Toisen osan a alakohta

- 35 Kansallinen tuomioistuin toteaa ennakkoratkaisupyynnössään, että vaikka pääasiassa käytetyn kaltaista ympäristönäkökohtiin liittyvää sopimuksetekoperustetta pidettäisiinkin yhteensoveltavana julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden kanssa, ongelman aiheuttaa vielä se, että siihen liittyy 45 prosentin suuruinen kerroin, koska voitaisiin väittää, että hankintaviranomainen ei saa antaa sellaisen seikan, jota ei voida suoraan taloudellisesti arvioida, vaikuttaa tarjoukkipailun ratkaisuun näinkin paljon.
- 36 Pääasian vastaaja väittää tässä yhteydessä, että koska hankintaviranomaisella on hankintavalta, kun se yksilöi taloudellisesti edullisinta tarjousta, vain sellainen painotus, joka aiheuttaa perusteettoman vääristymän, on lainvastainen. Sen lisäksi että nyt esillä olevassa asiassa ”hintaa” ja ”uusiutuvista energialähteistä tuotettua sähköä” koskevat arviointiperusteet liittyvät objektiivisesti toisiinsa,

siinä annetaan etusija numeroin ilmaistulle perusteelle, sillä hintaan on liitetty kerroin, joka on 10 prosenttiyksikköä korkeampi kuin kerroin, joka on liitetty näin tuotetun sähkön toimituskykyyn.

- 37 On syytä muistuttaa, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan hankintaviranomaisella on taloudellisesti edullisinta tarjousta valitessaan mahdollisuus valita ne perusteet, joiden mukaisesti sopimus tehdään, edellyttäen, että näillä perusteilla pyritään selvittämään, mikä tarjouksista on taloudellisesti edullisin, ja ettei niillä anneta hankintaviranomaiselle rajoittamatonta vapautta päättää sopimuksen tekemisestä tarjoajan kanssa (ks. vastaavasti asia 31/87, Beentjes, tuomio 20.9.1988, Kok. 1988, s. 4635, 19 ja 26 kohta; asia C-19/00, SIAC Construction, tuomio 18.10.2001, Kok. 2001, s. I-7725, 36 ja 37 kohta ja em. asia Concordia Bus Finland, tuomion 59 ja 61 kohta).
- 38 Taloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämiseksi valittuja perusteita on lisäksi sovellettava sekä menettelysäännöksiä että yhteisön oikeuden peruseriaatteita noudattaen (ks. vastaavasti em. asiat Beentjes, tuomion 29 ja 31 kohta ja Concordia Bus Finland, tuomion 62 ja 63 kohta).
- 39 Tästä seuraa, että hankintaviranomaiset ovat yhteisön oikeuden määräysten asettamissa rajoissa vapaita valitsemaan ne perusteet, joiden mukaisesti sopimus tehdään, minkä lisäksi niillä on myös vapaus päättää niiden painottamisesta, kunhan sillä mahdollistetaan käytettäviksi valittujen perusteiden kokonaisvaltainen arviointi taloudellisesti edullisimman tarjouksen yksilöimiseksi.
- 40 Pääasiassa kyseessä olevan sopimuksetekoperusteen osalta on todettava, että, kuten yhteisöjen tuomioistuin on jo todennut, uusiutuvien energialähteiden käyttö sähkön tuottamiseen on hyödyllistä ympäristönsuojelun kannalta, koska sen avulla voidaan vähentää kasvihuoneilmiön aiheuttavia kaasupäästöjä, jotka

ovat yksi pääasiallisista syistä ilmastonmuutokseen, jota vastaan Euroopan yhteisö ja sen jäsenvaltiot ovat sitoutuneet taistelemaan (asia C-379/98, PreussenElektra, tuomio 13.3.2001, Kok. 2001, s. I-2099, 73 kohta).

- 41 Kuten direktiivin 2001/77/EY 18. perustelukappaleesta ja sen 1 ja 3 artiklasta ilmenee, direktiivillä pyritään juuri tässä tarkoituksessa markkinavoimia hyödyntämällä edistämään uusiutuvien energialähteiden osuuden lisääntymistä sisämarkkinoiden sähköntuotannossa, ja tämä on tavoite, joka toisen perustelukappaleen mukaan kuuluu keskeisiin painotuksiin yhteisön toiminnassa.
- 42 Kun otetaan huomioon sen tavoitteen merkitys, johon pääasiassa riitautetulla arviointiperusteella pyritään, tämän perusteen painottamisella 45 prosentilla ei estetä käytettäviksi valittujen perusteiden kokonaisvaltaista arviointia taloudellisesti edullisimman tarjouksen yksilöimiseksi.
- 43 Koska sellaisia seikkoja, joiden nojalla yhteisön oikeuden määräysten rikkominen voitaisiin todeta, ei ole, on näin ollen syytä todeta, että pääasiassa riitautettu sopimuksentekoperusteen painottaminen 45 prosentilla ei sinänsä ole yhteensoveltumaton julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön kanssa.

Toisen osan b alakohta

- 44 Kansallinen tuomioistuin pohtii lisäksi sitä, onko sopimuksentekoperuste yhteisön oikeus huomioiden laillinen siitä syystä, että hankintaviranomainen on itse myöntänyt, ettei se kykene teknisesti tarkistamaan, onko toimitettu sähkö tosi-

asiallisesti tuotettu uusiutuvista energialähteistä, ja ettei se ole vaatinut, että tarjoajat toimittaisivat selvityksiä konkreettisista toimitusvelvoitteistaan tai jo tekemistään sähköntoimitussopimuksista.

- 45 Kansallinen tuomioistuin kysyy siis pääasiallisesti, onko julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden vastaista, että hankintaviranomainen käyttää sopimuksetekoperustetta, johon ei ole liitetty sellaisia edellytyksiä, joiden avulla tarjouksiin sisältyvien tietojen paikkansapitävyys voitaisiin tosiasiallisesti tarkistaa.
- 46 Kansallinen tuomioistuin pohtii samalla myös sitä, kyetäänkö tällä sopimuksetekoperusteella saavuttamaan haluttu päämäärä. Koska mistään sellaisesta tarkistuksesta ei ole säädetty, jonka avulla voitaisiin tietää, onko tietty tarjoaja tuotantorakenteillaan tosiasiallisesti myötävaikuttanut sellaisten sähkömäärien lisääntymiseen, jotka on tuotettu uusiutuvista energialähteistä, kansallinen tuomioistuin katsoo olevan hyvinkin mahdollista, että tämän perusteen soveltamisella ei ole minkäänlaista vaikutusta tällä tavoin tuotetun sähkön kokonaismäärään.
- 47 On aiheellista muistuttaa, että tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate, johon, kuten yhteisöjen tuomioistuin on toistuvasti todennut, julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyistä annetut direktiivit perustuvat (ks. mm. asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002, Kok. 2002, s. I-11617, 91 kohta ja asia C-315/01, GAT, tuomio 19.6.2003, Kok. 2003, s. I-6351, 73 kohta), merkitsee yhtäältä sitä, että tarjoajilla on oltava yhdenvertaiset mahdollisuudet sekä silloin, kun ne laativat tarjouksiaan, että silloin, kun hankintaviranomainen arvioi niiden tekemiä tarjouksia (em. asia SIAC Construction, tuomion 34 kohta).

- 48 Tämä tarkoittaa sitä, että tarjouksia arvioitaessa sopimuksentekoperusteita on sovellettava objektiivisesti ja yhdenmukaisesti kaikkiin tarjoajiin (em. asia SIAC Construction, tuomion 44 kohta).
- 49 Toisaalta yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamisen tarkistamiseksi on asetettu avoimuusvelvollisuus, millä pyritään muun muassa takaamaan hankintasopimusten tekomenettelyiden puolueettomuus (ks. vastaavasti mm. em. asia *Universale-Bau ym.*, tuomion 91 ja 92 kohta).
- 50 Jotta eri tarjouksia voitaisiin arvioida objektiivisesti ja avoimesti, hankintaviranomaisen on kyettävä tarjoajien esittämien tietojen ja selvitysten perusteella tosiasiallisesti tarkistamaan, täyttävätkö niiden tarjoukset sopimuksentekoperusteet.
- 51 Kun hankintaviranomainen määrää sopimuksentekoperusteesta ilmoittaen, ettei se voi tarkistaa eikä kykene tarkistamaan tarjoajien antamien tietojen paikkansapitävyyttä, se loukkaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, sillä tällaisella perusteella ei taata hankintamenettelyn avoimuutta eikä objektiivisuutta.
- 52 On siis syytä todeta, että sopimuksentekoperuste, johon ei liity sellaisia edellytyksiä, joiden avulla tarjoajien antamien tietojen paikkansapitävyys voitaisiin tosiasiallisesti tarkistaa, on julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden periaatteiden vastainen.
- 53 Kansallisen tuomioistuimen kysymykseen siitä, rikotaanko pääasiassa riitautetulla sopimuksentekoperusteella yhteisön lainsäädäntöä, koska sillä ei välttämättä kyetä myötävaikuttamaan sellaisten sähkömäärien lisääntymiseen, jotka on tuotettu uusiutuvista energialähteistä, riittää vastaukseksi, että vaikka

näin tosiasiallisesti olisikin, tällaista perustetta ei voida pitää yhteensoveltumatomana julkisia hankintoja koskevien yhteisön säännösten kanssa pelkästään siitä syystä, ettei sen avulla välttämättä voida saavuttaa haluttua päämäärää.

Toisen osan c alakohta

54 Kansallinen tuomioistuin katsoo, että koska hankintaviranomainen ei ole asettanut määrättyä ajankohtaa, johon mennessä se määrä, joka voitiin toimittaa, oli ilmoitettava, käytetty peruste on vastoin avoimuusperiaatteesta johdettua tarjousten verrattavuusperiaatetta. Se korostaa, että tarjoajien kyvykkyyden arvioimiseksi vaadituissa selvityksissä merkityksellisenä konkreettiseen jakeluun toimitettavan sähkömäärän osalta pidettiin menneiden kahden vuoden ja tulevien kahden vuoden ajanjaksoa. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että vaikka tätä määräystä sovellettaisiin yhdessä sopimuksetekoperusteen kanssa, sillä ei määrätä tiettyä toimitusajankohtaa, joka mahdollistaisi sen määrän tarkan laskemisen, joka tosiasiallisesti on otettava huomioon. Neljän vuoden ajanjaksolla voidaan sitä vastoin toimittaa erilaisia määriä. On jopa ajateltavissa, että tarjoaja ilmoittaa tässä suhteessa määriä, jotka perustuvat pelkälle otaksumalle siitä, että uusia voimaloita rakennetaan, tai mahdollisuuteen tuottaa energiaa uusiutuvista energialähteistä.

55 Pääasian vastaaja selittää tältä osin, että Itävallassa sähkömarkkinat vapautettiin kokonaisuudessaan 1.10.2001 ja että tuosta ajankohdasta lähtien on ollut mahdollista perustaa kauppayhtiöitä, joiden toimialana on sähkön osto ja jälleenmyynti. Se korostaa, että koska tarjouspyyntö on julkaistu noin kuusi kuukautta ennen tätä ajankohtaa, sen oli pakko laatia sopimuksetekoperuste siten, että sekä sellaiset jo markkinoilla olevat yhtiöt, joilla oli omat sähköntuotantovälineet, että sellaiset yhtiöt, joilla oli toimilupa vasta 1.10.2001 lähtien, olisivat voineet jättää tarjouksen. Se oli näin ollen halunnut antaa yrityksille mahdollisuuden ilmoittaa, kuinka suuren määrän uusiutuvista energialähteistä tuotettua

sähköä ne olivat tuottaneet tai ostaneet tarjouspyyntöä edeltävien kahden vuoden aikana, tai esittää tietoja tulevista kahdesta vuodesta. Lopuksi pääasian vastaaja toteaa, että kaikki yritykset eivät de facto toimittaneet tietoja vain kahdelta menneeltä vuodelta ja että kun vuosittaiset määrät olivat erilaisia, paras tarjous määritettiin keskiarvon perusteella.

- 56 Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, että julkisen hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa on noudatettava sekä mahdollisten tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta että avoimuusperiaatetta sen varmistamiseksi, että kaikilla on samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen muotoilussa (ks. vastaavasti em. asia *Universale-Bau ym.*, tuomion 93 kohta).
- 57 Tämä merkitsee erityisesti sitä, että sopimuksentekoperusteet on tarjouseritelmässä tai hankintailmoituksessa muotoiltava siten, että kaikki kohtuullisen tarkkaavaiset ja huolelliset tarjoajat voivat tulkita niitä samalla tavalla (em. asia *SIAC Construction*, tuomion 41 kohta).
- 58 Näin ollen pääasiassa sillä seikalla, että hankintaviranomainen on jättänyt tarjouspyynnössä täsmentämättä, miltä ajanjaksolta tarjoajien piti ilmoittaa sen uusiutuvista energialähteistä olevan sähkön määrä, jonka ne voivat toimittaa, voidaan loukata yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jos kävisi ilmi, että tämä puute on aiheuttanut sen, että tarjoajien on ollut vaikeaa tai jopa mahdotonta tietää kyseisen perusteen täsmällinen laajuus ja tulkita sitä näin ollen samalla tavoin.

59 Kansallisen tuomioistuimen on tosiseikkoja arvioidessaan kaikki tämän yksittäistapauksen asianhaarat huomioon ottaen tarkistettava, onko pääasiassa riitautettu sopimuksentekoperuste tästä puuttuvasta täsmennyksestä huolimatta muotoiltu riittävän selkeästi siten, että se täyttää julkisissa hankintamenettelyissä noudatettavien yhdenvertaiseen kohteluun ja avoimuuteen liittyvien edellytysten asettamat vaatimukset.

Toisen osan d alakohta

60 Kansallinen tuomioistuin toteaa, että pääasiassa riitautetun sopimuksentekoperusteen mukaan uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön sen määrän perusteella, jonka tarjoajat kykenevät toimittamaan tarkemmin rajaamattomalle asiakaskunnalle, annetaan pisteitä, sillä täsmennyksellä, että huomioon otetaan vain se osuus, joka ylittää tarjouspyynnössä ennakoidun kulutuksen. Koska tämä peruste liittyy yksinomaan siihen kokonaismäärään, joka yleensä voidaan toimittaa eikä siihen määrään, joka voidaan toimittaa erityisesti hankintaviranomaiselle, kansallinen tuomioistuin pohtii, saako hankintaviranomainen tämän perusteen soveltamisesta välitöntä taloudellista etua.

Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

61 Pääasian kantaja, Alankomaiden hallitus ja komissio väittävät tältä osin, että koska kyseisessä perusteessa viitataan vain siihen sähkön osuuteen, joka ylittää tarjouspyynnössä ennakoidun kulutuksen, edellytys, jonka mukaan perusteen on liityttävä suoraan hankinnan kohteeseen, ei täyty nyt esillä olevassa asiassa. Niiden mielestä merkitystä on vain sellaisen uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön määrällä, joka voidaan toimittaa hankintaviranomaiselle.

- 62 Komission mukaan olisi riittänyt, että hankintaviranomainen olisi vaatinut, että tarjoajalla on tietty uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön toimituskapasiteetti tai että tämä voi todistaa kykenevänsä toimittamaan tietyn määrän, joka ylittää vuosittain kulutettavan määrän, esimerkiksi 10 prosentilla.
- 63 Pääasian kantajat väittävät lisäksi, että tämä sopimuksentekoperuste on todellisuudessa peitelty valintaperuste, koska siinä todellisuudessa viitataan tarjoajien kykyyn toimittaa mahdollisimman suuri määrä uusiutuvista energialähteistä tuotettua sähköä ja näin lopulta itse tarjoajiin.
- 64 Pääasian vastaaja samoin kuin Itävallan hallitus katsovat sitä vastoin, että sillä, että hankintaviranomainen on taloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittelyssä ottanut hinnan lisäksi huomioon sen uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön määrän, jonka jokainen tarjoaja voi toimittaa yli 22,5 GWh:n, mikä piti toimittaa joka tapauksessa, hankintaviranomainen on asettanut sopimuksentekoperusteeksi sähkön toimitusvarmuuden, joka riippuu yrityksen käytettävissä olevan sähkön kokonaismäärästä. Ne selittävät, että koska sähköä ei voida varastoida, tämä peruste ei ole outo suoritus huomioon ottaen, sillä mitä enemmän tuottaja tuottaa, sitä pienempi on hankintaviranomaisen riski siitä, että sen pyyntöä ei voida täyttää ja että sen pitää mahdollisesti löytää lyhyellä varoitusaajalla kallis vaihtoehto.
- 65 Itävallan hallitus toteaa tarkemmin, että vaikka uusiutuvista energialähteistä peräisin olevan sähkön, kuten tuulienergian tai aurinkoenergian, tuotanto riippuukin vuodenaajoista, kysyntä on suurinta talvella. Kyseisellä sopimuksentekoperusteella pyritään siis varmistamaan, että sähköä voidaan toimittaa jatkuvasti siitä huolimatta, etteivät tarjonta ja kysyntä vuoden aikana vastaa toisiaan, mikä oikeuttaa lisäksi tämän perusteen merkittävän painottamisen 45 prosentilla.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 66 Kuten tämän tuomion 33 kohdassa on todettu, ympäristönäkökohtiin liittyvien perusteiden, jotka hankintaviranomainen asettaa sopimuksentekoperusteiksi määrittäessään taloudellisesti edullisinta tarjousta, on liityttävä hankinnan kohteeseen.
- 67 On syytä todeta, että pääasiassa asetettu sopimuksentekoperuste ei koske hankinnan kohteena olevaa suoritusta, eli tarjouspyynnössä vahvistettua ennakoitua vuosikulutusta vastaavien sähkömäärien toimittamista hankintaviranomaiselle, vaan määriä, jotka tarjoajat ovat toimittaneet tai tulevat toimittamaan muille asiakkaille kuin hankintaviranomaiselle.
- 68 Sellaisen sopimuksentekoperusteen, joka liittyy yksinomaan tarjouspyynnössä vahvistetun vuosikulutusarvion ylittävään, uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön määrään, ei voida katsoa liittyvän hankinnan kohteeseen.
- 69 Lisäksi sillä seikalla, että asetetun sopimuksentekoperusteen mukaan ratkaisevaa on tarjouspyynnössä vahvistetun vuosikulutusarvion ylittävä määrä, saatetaan suosia niitä tarjoajia, jotka suuremman tuotanto- tai toimituskapasiteettinsa vuoksi kykenevät toimittamaan suurempia sähkömääriä kuin muut. Tällä perusteella saatetaan siis syrjiä perusteettomasti tarjoajia, joiden tarjous voi täysin tyydyttää hankinnan kohteeseen liittyvät edellytykset. Jos tarjouksen

tekemiseen kykenevien taloudellisten toimijoiden piiriä rajoitettaisiin tällä tavoin, tästä aiheutuisi, että julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetuilla direktiiveillä tavoiteltu kilpailun avaamispäämäärän saavuttaminen estettäisiin.

70 Vaikka oletettaisiinkin, että kyseisestä perusteesta on määrätty toimitusten luotettavuuden varmistamiseksi, mikä kansallisen tuomioistuimen on tarkistettava, on syytä todeta, että vaikka toimitusten luotettavuus voi kuulua niihin sopimuksetekoperusteisiin, joilla määritetään taloudellisesti edullisin tarjous, sopimuksetekoperusteeksi ei voida pätevästi ottaa tarjoajien kykyä toimittaa tarjouspyynnössä edellytetyn sähkömäärän ylittävää suurinta mahdollista määrää.

71 Tästä seuraa, että koska siinä tarjoajan edellytetään ilmoittavan, kuinka paljon uusiutuvista energialähteistä peräisin olevaa sähköä hän pystyy toimittamaan tarkemmin rajaamattomalle asiakaskunnalle, ja koska suurimman määrän ilmoittanut tarjoaja saa täydet pisteet, missä yhteydessä huomioon otetaan vain määrä, joka ylittää tarjouspyynnössä ennakoidun kulutuksen, nyt esillä olevassa asiassa valittu sopimuksetekoperuste ei ole yhteensoveltuva julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden kanssa.

72 Kaiken edellä esitetyn nojalla ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava siten, että julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön vastaista ei ole, että hankintaviranomainen ottaa sähkönhankintaa koskevassa menettelyssä taloudellisesti edullisinta tarjousta arvioidessaan sopimuksetekoperusteeksi sen, että sähkö on oltava tuotettu uusiutuvista energialähteistä, ja liittyy siihen 45 prosentin kertoimen, eikä merkitystä ole sillä seikalla, ettei haluttua päämäärää sen avulla välttämättä saavuteta.

Tällainen peruste on sitä vastoin tämän lainsäädännön vastainen, jos

- siihen ei liity sellaisia edellytyksiä, jotka mahdollistavat tarjouksiin sisältyvien tietojen paikkansapitävyyden tosiasiallisen tarkistamisen, ja
- jos sen mukaan tarjoajan edellytetään ilmoittavan, kuinka paljon uusiutuvista energialähteistä peräisin olevaa sähköä se pystyy toimittamaan tarkemmin rajaamattomalle asiakaskunnalle, ja annetaan täydet pisteet suurimman määrän ilmoittaneelle tarjoajalle, missä yhteydessä huomioon otetaan vain määrä, joka ylittää tarjouspyynnössä ennakoitun kulutuksen.

Kansallisen tuomioistuimen on tarkistettava, onko sopimuksentekoperuste siitä huolimatta, että hankintaviranomainen on jättänyt tarkan toimitusajankohdan ilmoittamatta, muotoiltu riittävän selkeästi siten, että se täyttää julkisissa hankintamenettelyissä noudatettavien yhdenvertaiseen kohteluun ja avoimuuteen liittyvien edellytysten asettamat vaatimukset.

Toinen ja kolmas ennakkoratkaisukysymys

- 73 Näillä kahdella kysymyksellä, jotka on syytä tutkia yhdessä, kansallinen tuomioistuin kysyy pääasiallisesti, onko BVergG:n 117 §:n 1 momentin 2 kohdan kaltainen kansallisen oikeuden säännös, jonka mukaan hankintaviranomaisen tekemän lainvastaisen päätöksen kumoamisedellytyksenä muutoksenhakumenettelyssä on se, että lainvastaisen päätöksen osoitetaan olennaisesti vaikuttaneen hankintamenettelyn lopputulokseen, direktiivin 89/665/ETY

2 artiklan 1 kohdan b alakohdan vastainen, ja onko erityisesti direktiivin 93/36/ETY 26 artikla huomioiden tähän kysymykseen vastattava eri tavoin, jos vaikutus hankintamenettelyn lopputulokseen on selvitettävä niin, että muutoksenhausta vastaava elin tutkii, muuttuuko tosiasiallisesti tehtyjen tarjousten paremmuusjärjestys, kun niitä arvioidaan vielä kertaalleen lainvastaista sopimuksetekoperustetta huomioimatta.

- 74 Aluksi on syytä muistuttaa, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun yhteisöjen tuomioistuin ja kansalliset tuomioistuimet toimivat EY 234 artiklassa määrätyn tavoin yhteistyössä, yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämällä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. Jos esitetyt kysymykset koskevat yhteisön oikeuden tulkintaa, yhteisöjen tuomioistuimella on siten yleensä velvollisuus ratkaista esitetyt kysymykset (ks. mm. asia C-415/93, *Bosman*, tuomio 15.12.1995, Kok. 1995, s. I-4921, 59 kohta; em. asia *Preussen-Elektra*, tuomion 38 kohta; asia C-390/99, *Canal Satélite Digital*, tuomio 22.1.2002, Kok. 2002, s. I-607, 18 kohta; asia C-153/00, *Der Weduwe*, tuomio 10.12.2002, Kok. s. I-11319, 31 kohta ja asia C-318/00, *Bacardi-Martini ym.*, tuomio 21.1.2003, Kok. 2003, s. I-905, 40 kohta).
- 75 Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin myös katsonut, että sen on oman toimivaltaisuutensa tarkistamiseksi poikkeustapauksissa tutkittava ne olosuhteet, joiden vallitessa kansallinen tuomioistuin on esittänyt ennakkoratkaisupyynnön (em. asiat *Preussen-Elektra*, tuomion 39 kohta ja *Canal Satélite Digital*, tuomion 19 kohta). Ajatus yhteistoiminnasta, jonka on oltava ennakkoratkaisutoiminnan lähtökohtana, edellyttää kansallisen tuomioistuimen ottavan puolestaan huomioon sen, että yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä on myötävaikuttaa lainkäyttöön jäsenvaltioissa eikä antaa neuvoa-antavia lausuntoja yleisluonteisista tai hypoteettisista kysymyksistä (em. asiat *Der Weduwe*, tuomion 32 kohta ja *Bacardi-Martini*, tuomion 41 kohta).
- 76 Näin ollen yhteisöjen tuomioistuin ei vastaa kansallisen tuomioistuimen esittämään ennakkoratkaisukysymykseen, jos on ilmeistä, että yhteisön oikeussäännön

tulkitsemisella tai pätevyyden tutkimisella, joita kansallinen tuomioistuin on pyytänyt, ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, jos kyseinen ongelma on luonteeltaan hypoteettinen, tai jos yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa sille esitettyihin kysymyksiin hyödyllisen vastauksen (ks. em. asia Bosman, tuomion 61 kohta; asia C-437/97, EKW ja Wein & Co., tuomio 9.3.2000, Kok. 2000, s. I-1157, 52 kohta; asia C-36/99, Idéal Tourisme, tuomio 13.7.2000, Kok. 2000, s. I-6049, 20 kohta ja em. asia Bacardi-Martini, tuomion 42 kohta).

77 On muistutettava, että EY 234 artikla on tuomioistuinten välisen yhteistyön väline, jonka avulla yhteisöjen tuomioistuin kertoo kansallisille tuomioistuimille ne yhteisön oikeuden tulkintaa koskevat seikat, jotka voivat olla niille hyödyllisiä niiden arvioidessa, mitä vaikutuksia riidanalaisella kansallisen oikeuden säännöksellä on niiden ratkaistavana olevassa oikeusriidassa (ks. mm. C-300/01, Salzmänn, tuomio 15.5.2003, Kok. 2003, s. I-4899, 28 kohta).

78 Tästä seuraa, että jotta yhteisöjen tuomioistuin voisi täyttää tehtävänsä perustamissopimuksen mukaisesti, on välttämätöntä, että kansalliset tuomioistuimet selittävät, minkä vuoksi ne katsovat asian ratkaisemisen vaativan vastausta niiden esittämiin kysymyksiin, jos nämä syyt eivät yksiselitteisesti ilmene asiakirja-aineistosta (ks. mm. em. asiat Bacardi-Martini, tuomion 44 kohta ja Cellier des Dauphins, tuomion 43 kohta).

79 Yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä ei nyt esillä olevassa asiassa ole tähän viittaavia seikkoja.

80 Kuten tämän tuomion 23 kohdassa on todettu, pääasiassa vireillä olevalla kan- teella pyritään muun muassa koko hankintamenettelyn ja useiden sellaisten yksittäisten tarjouseritelmän määräysten ja hankintaviranomaisen päätösten kumoamiseen, jotka liittyvät käytetyissä sopimuksentekoperusteissa ja soveltu- vuusperusteissa asetettuihin edellytyksiin.

- 81 Ennakkoratkaisupyynnössä annetuista tiedoista ilmenee, että kaikki ne päätökset, joiden kumoamista pääasiassa vaaditaan, vaikuttavat olennaisesti hankintamenettelyn lopputulokseen.
- 82 Kansallinen tuomioistuin ei ole millään tavoin selittänyt niitä täsmällisiä syitä, joiden vuoksi se katsoo, että sen on tarpeen saada vastaus BVergG:n 117 §:n 1 momentin 2 kohdassa asetetun edellytyksen yhteensoveltuvuudesta julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön kanssa voidakseen ratkaista käsiteltävänä olevan riidan.
- 83 Koska yhteisöjen tuomioistuimen tiedossa ei ole sellaisia seikkoja, joiden perusteella se voisi todeta, että toiseen ja kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen annettava vastaus on tarpeen pääasiassa vireillä olevan riidan ratkaisemiseksi, näitä kysymyksiä on pidettävä hypoteettisina ja ne on näin ollen jätettävä tutkimatta.

Neljäs ennakkoratkaisukysymys

- 84 Kansallinen tuomioistuin kysyy neljännessä ennakkoratkaisukysymyksessään pääasiallisesti, onko hankintaviranomaisella julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön ja erityisesti direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan perusteella velvollisuus peruuttaa tarjouskilpailu, jos yksi hankintaviranomaisen asettamista sopimuksetekoperusteista osoittautuu direktiivin 89/665/ETY 1 artiklassa tarkoitettussa muutoksenhakumenettelyssä lainvastaiseksi.
- 85 Kansallinen tuomioistuin katsoo, että jos lähdetään olettamasta, että sopimuksetekoperusteisiin liittyvien lainvastaisten päätösten vaikutusten tarkistaminen on yhteisön oikeuden vastaista, ainoa vaihtoehto tällaisen päätöksen ollessa

lainvastainen näyttää olevan tarjouskilpailun peruuttaminen, sillä muuten hankintamenettelyä jatkettaisiin soveltaen sellaista perusteiden painotusta, jota hankintaviranomainen ei ole vahvistanut ja jota tarjoajat eivät tunne.

Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

- 86 Itävallan hallitus huomauttaa, ettei yhteisön oikeudessa tunneta nimenomaista peruuttamisvelvollisuutta kuten myöskään julkisia hankintamenettelyjä koskevissa direktiiveissä ei säädetä hankintamenettelyn pakollisuudesta, ja se päättelee tästä, että jäsenvaltioiden tehtäviin kuuluu yhteisön oikeuden periaatteita noudattaen ratkaista kysymys siitä, onko hankintaviranomaisella velvollisuus peruuttaa tarjouspyyntö, jos johonkin sopimuksentekoperusteeseen liittyvä päätös on todettu lainvastaiseksi.
- 87 Pääasian vastaaja toteaa, että direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 6 kohdan perusteella sopimuksen tekemisen jälkeen todetusta julkisia hankintoja koskevien sääntöjen rikkomisesta aiheutuvia seurauksia on arvioitava kansallisen oikeuden mukaisesti. Se katsoo, että BVergG:n 177 §:n 3 momentin mukaan muutoksenhausta vastaava elin rajoittautuu toteamaan, onko väitetty lainvastaisuus olemassa vai ei, jos hankintasopimus on jo tehty. Se päättelee näin ollen, että tähän kysymykseen pitäisi vastata kieltävästi.
- 88 Pääasian kantajat ja komissio katsovat sitä vastoin, että jos muutoksenhausta vastaava elin katsoo sopimuksentekoperusteeseen liittyvän päätöksen lainvastaiseksi sen jälkeen kun tarjoukset on jätetty tai kun ne on avattu, hankintamenettelyn päätteeksi ei voida tehdä sopimusta ja että ainoa mahdollisuus on peruuttaa tarjouspyyntö. Perusteiden kaikenlainen muuttaminen vaikuttaa tarjousten arviointiin eikä tarjoajilla enää ole mahdollisuutta mukauttaa niitä, koska ne ovat valmistelleet ne täysin toisenlaisissa ajallisissa ja aineellisissa yhteyksissä ja toisenlaisten perusteiden nojalla. Ainoa mahdollisuus on siis aloittaa koko hankintamenettely uudestaan.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 89 Tältä osin on syytä todeta, ettei sopimuksentekoperusteeseen liittyvän päätöksen lainvastaisuuden toteaminen kaikissa olosuhteissa aiheuta sen kumoamista.
- 90 Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 6 kohdassa jäsenvaltioille annettu mahdollisuus säätää, että sen jälkeen kun sopimus on tehty tarjouskilpailun ratkaisemisen perusteella, muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvausten määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut, merkitsee sitä, että kun kanne on nostettu sopimuksen tekemisen jälkeen ja kun asianomainen jäsenvaltio on käyttänyt tätä mahdollisuutta, jos muutoksenhausta vastaava elin toteaa sopimuksentekoperusteeseen liittyvän päätöksen olevan lainvastainen, se ei voi kumota tätä päätöstä, vaan sen on ainoastaan määrättävä vahingonkorvauksia.
- 91 Kansallisen tuomioistuimen antamista selityksistä ilmenee, että neljäs ennakkoratkaisukysymys koskee oletamaa, jonka mukaan sopimuksentekoperusteeseen liittyvän päätöksen lainvastaisuuden toteaminen aiheuttaa sen kumoamisen. Se on siis ymmärrettävä siten, että sillä halutaan selvittää, onko hankintaviranomaisen julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön mukaan peruutettava tarjouskilpailu, kun johonkin sen asettamaan sopimuksentekoperusteeseen liittyvä päätös direktiivin 89/665/ETY 1 artiklassa säädetyssä muutoksenhakumenettelyssä osoittautuu lainvastaiseksi ja kun muutoksenhausta vastaava elin näin ollen kumoaa sen.
- 92 Jotta näin uudelleen muotoiltuun kysymykseen voitaisiin vastata, on syytä todeta, että, kuten yhteisöjen tuomioistuin on jo katsonut, hankintamenettelyissä sovellettavat yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusperiaate asettavat

hankintaviranomaisille velvollisuuden tulkita sopimuksentekoperusteita samalla tavoin koko menettelyn ajan (vastaavasti mm. em. asia SIAC Construction, tuomion 43 kohta).

93 On siis todettava, että sitä suuremmalla syyllä itse sopimuksentekoperusteita ei saa millään tavoin muuttaa hankintamenettelyn aikana.

94 Tästä seuraa, että jos muutoksenhausta vastaava elin kumoaa sopimuksentekoperusteeseen liittyvän päätöksen, hankintaviranomainen ei voi pätevästi jatkaa hankintamenettelyä jättämällä tämän huomiotta, sillä tällä tavoin muutettaisiin kyseisessä menettelyssä sovellettavia perusteita.

95 Neljänteen ennakkoratkaisukysymykseen on siis vastattava siten, että hankintaviranomaisen on julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön mukaan peruutettava tarjouskilpailu, kun johonkin sen asettamaan sopimuksentekoperusteeseen liittyvä päätös direktiivin 89/665/ETY 1 artiklassa säädetystä muutoksenhakumenettelyssä osoittautuu lainvastaiseksi ja kun muutoksenhausta vastaava elin näin ollen kumoaa sen.

Oikeudenkäyntikulut

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

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on ratkaissut Bundesvergabeamtin 13.11.2001 tekemällään päätöksellä esittämät kysymykset seuraavasti:

- 1) Julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön vastaista ei ole, että hankintaviranomainen ottaa sähkönhankintaa koskevassa menettelyssä taloudellisesti edullisinta tarjousta arvioidessaan sopimuksentekoperusteeksi sen, että sähkön on oltava tuotettu uusiutuvista energialähteistä ja liittää siihen 45 prosentin kertoimen, eikä merkitystä ole sillä seikalla, ettei haluttua päämäärää sen avulla välttämättä saavuteta.**

Tällainen peruste on sitä vastoin tämän lainsäädännön vastainen, jos

— siihen ei liity sellaisia edellytyksiä, jotka mahdollistavat tarjouksiin sisältyvien tietojen paikkansapitävyyden tosiasiallisen tarkistamisen varmistamisen

— jos sen mukaan tarjoajan edellytetään ilmoittavan, kuinka paljon uusiutuvista energialähteistä peräisin olevaa sähköä se pystyy toimittamaan

tarkemmin rajaamattomalle asiakaskunnalle, ja annetaan täydet pisteet suurimman määrän ilmoittaneelle tarjoajalle, missä yhteydessä huomioon otetaan vain määrä, joka ylittää tarjouspyynnössä ennakoitujen kulutuksen.

Kansallisen tuomioistuimen on tarkistettava, onko sopimuksetekoperuste siitä huolimatta, että hankintaviranomainen on jättänyt tarkan toimitusajankohdan ilmoittamatta, muotoiltu riittävän selkeästi siten, että se täyttää julkisissa hankintamenettelyissä noudatettavien yhdenvertaiseen kohteluun ja avoimuuteen liittyvien edellytysten asettamat vaatimukset.

- 2) Hankintaviranomaisen on julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön mukaan peruutettava tarjouskilpailu, kun johonkin sen asettamaan sopimuksetekoperusteeseen liittyvä päätös direktiivin 89/665/ETY 1 artiklassa säädetyssä muutoksenhakumenettelyssä osoittautuu lainvastaiseksi ja kun muutoksenhausta vastaava elin näin ollen kumoaa sen.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Julistettiin Luxemburgissa 4 päivänä joulukuuta 2003.

R. Grass

kirjaaja

V. Skouris

presidentti