UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

6 päivänä toukokuuta 2010 *

Yhdistetyissä asioissa C-145/08 ja C-149/08,

joissa on kyse kahdesta EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jotka Symvoulio tis Epikrateias (Kreikka) on esittänyt 15.2.2008 tekemillään päätöksillä, jotka ovat saapuneet unionin tuomioistuimeen 9.4.2008, saadakseen ennakkoratkaisun asioissa

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE ja

Evangelos Marinakis

vastaan

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis ja

* Oikeudenkäyntikieli: kreikka.

Ypourgos Epikrateias,

Athens Resort Casino AE Symmetochonin,

Ellaktor AE:n, aiemmin Elliniki Technodomiki TEB AE,

Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE:n, aiemmin Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, ja

Leonidas Bombolasin

osallistuessa asian käsittelyyn (C-145/08),

ja

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

vastaan

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

Michaniki AE:n

osallistuessa asian käsittelyyn (C-149/08),

UNIONIN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: kolmannen jaoston puheenjohtaja K. Lenaerts, joka hoitaa neljännen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (esittelevä tuomari), G. Arestis ja J. Malenovský,

julkisasiamies: E. Sharpston,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies L. Hewlett,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 11.6.2009 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Club Hotel Loutraki AE, edustajinaan dikigoros I. K. Theodoropoulos ja dikigoros s. A. Pappas,

– Athens Resort Casino AE Symmetochon ja Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, aiemmin Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, edustajinaan dikigoros P. Spyropoulos, dikigoros K. Spyropoulos ja dikigoros I. Dryllerakis,

– Ellaktor AE, aiemmin Elliniki Technodomiki TEB AE, edustajanaan dikigoros V. Niatsou,

– Aktor ATE, edustajanaan dikigoros K. Giannakopoulos,

– Kreikan hallitus, asiamiehinään A. Samoni-Rantou, E.-M. Mamouna, N. Marioli ja I. Dionysopoulos,

– Euroopan komissio, asiamiehinään M. Patakia ja D. Kukovec,

kuultuaan julkisasiamiehen 29.10.2009 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyynnöt koskevat julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) ja julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 92/50 (jäljempänä direktiivi 89/665), pääasioiden olosuhteiden kannalta merkityksellisten säännösten sekä julkisia hankintoja koskevien unionin oikeuden yleisten periaatteiden ja erityisesti tehokkaan oikeussuojan periaatteen tulkintaa.

2 Nämä pyynnöt on esitetty asioissa, joissa asianosaisina on yhtäältä yksityisiä yrityksiä ja luonnollisia henkilöitä ja toisaalta Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (kansallinen radio- ja televisioneuvosto, jäljempänä ESR), joka on viranomainen, jolla on kansalliseen säännöstöön perustuva toimivalta ja velvollisuus valvoa, onko julkista hankintaa koskevaan menettelyyn tarjoajana osallistuvan yrityksen omistajana, yhtiömiehenä, pääosakkaana, hallintoelimen jäsenenä tai johtajana sellaisia henkilöitä, joiden tällainen asema on joiltakin osin tässä säännöstössä säädetyllä tavalla yhteensopimaton säännöstössä määritellyn muun aseman kanssa, ja onko nämä yritykset tästä syystä automaattisesti suljettava menettelyn ulkopuolelle.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin säännöstö

3 Direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdassa säädetään seuraavaa:

”’julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken, – –

– –”

4 Tämän direktiivin 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Jos julkisyhteisön sopimus on tarkoitettu koskemaan sekä [julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 21.12.1976 annetussa neuvoston direktiivissä 77/62/ETY (EYVL 1977, L 13, s. 1)] tarkoitettuja tavaroita että tämän direktiivin liitteissä I A ja I B tarkoitettuja palveluja, tätä direktiiviä sovelletaan siihen, jos kyseisten palvelujen arvo on suurempi kuin sopimuksen soveltamisalaan kuuluvien tavaroiden arvo.”

5 Saman direktiivin 3 artiklassa säädetään seuraavaa:

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

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

_ _”

6 Direktiivin 92/50 8 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Liitteessä I A lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä III–VI osaston säännösten mukaisesti.”

7 Kyseisen direktiivin 9 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Liitteessä I B lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti.”

8 Kyseisen direktiivin 14 artikla kuuluu sen IV osastoon, joka koskee tekniikan alan yhteisiä sääntöjä ja teknisiä eritelmiä, jotka on sisällytettävä kunkin sopimuksen yleisiin asiakirjoihin tai kutakin sopimusta koskeviin omiin sopimusasiakirjoihin, ja sen 16 artikla kuuluu V osastoon, joka liittyy julkaisemista koskeviin yhteisiin sääntöihin.

9 Direktiivin 92/50 liite 1 B, jonka otsikko on ”Palvelut, joita tarkoitetaan 9 artiklassa”, sisältää seuraavat palvelut:

”– –

17 Hotelli- ja ravintolapalvelut

– –

26 Virkistys-, kulttuuri- ja urheilupalvelut

27 Muut palvelut.”

10 Saman direktiivin 26 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Palvelujen suorittajat voivat tehdä tarjouksia ryhmittyminä. Ryhmittymiltä ei saa tarjouksen tekemistä varten edellyttää tiettyä oikeudellista muotoa, mutta sopimuspuoleksi valitulta ryhmittymältä voidaan kuitenkin edellyttää sitä sopimuksenteon jälkeen.”

11 Direktiivin 89/665 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että [julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26.7.1971 annetun neuvoston direktiivin 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5), direktiivin 77/62/ETY ja direktiivin 92/50] soveltamisalaan kuuluviin sopimusten tekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, kun edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia sääntöjä.

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

3. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että käytettävissä on muutoksenhakumenettelyt, joiden yksityiskohdista kukin jäsenvaltio voi itse päättää ja jotka ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkisia tavaranhankintoja tai rakennusurakoita [tai palveluja] 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."

12 Kyseisen direktiivin 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

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

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

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

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot.

– –

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

6. Edellä 1 kohdassa säädettyjen valtuuksien käytön vaikutukset [tarjouskilpailun ratkaisemisesta] johtuvaan sopimukseen on määriteltävä kansallisessa lainsäädännössä.

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

_ _”

Kansallinen säännöstö

13 Direktiivi 89/665 on saatettu osaksi Kreikan lainsäädäntöä oikeussuojasta julkisia rakennusurakoita, tavaranhankintoja ja palveluhankintoja koskevassa sopimuksentekomenettelyssä annetulla lailla 2522/1997 (FEK A’ 178).

14 Mainitun lain 2 §:ssä, jonka otsikko on ”Oikeussuojan ulottuvuus”, säädetään seuraavaa:

”1. Niillä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkisia tavaranhankintoja, rakennusurakoita tai palveluja koskevaa sopimusta ja joiden etua on loukattu tai saatetaan loukata yhteisön oikeuden tai kansallisen oikeuden rikkomisen vuoksi, on oikeus vaatia jäljempänä olevissa pykälissä täsmennettyjen yksityiskohtaisten sääntöjen mukaisesti tuomioistuimessa väliaikaista oikeussuojaa, hankintaviranomaisen tekemän lainvastaisen päätöksen kumoamista tai pätemättömäksi julistamista ja vahingonkorvausta.

– –”

15 Mainitun lain 4 §:ssä, jonka otsikko on ”Kumoaminen tai pätemättömäksi julistaminen”, säädetään seuraavaa:

”1. Asiaosaisella on oikeus vaatia kaikkien hankintaviranomaisen hankintamenettelyssä tekemien yhteisön oikeuden tai kansallisen oikeuden vastaisten toimien tai laiminlyöntien kumoamista tai pätemättömäksi julistamista. – –

2. Sillä, että tuomioistuin kumoaa tai julistaa pätemättömäksi hankintaviranomaisen toimen tai laiminlyönnin hankintamenettelyn ratkaisemisen jälkeen, ei ole vaikutusta itse sopimukseen, ellei hankintamenettelyä ole ennen hankintamenettelyn ratkaisemista keskeytetty päätöksellä, jolla määrätään välitoimista, tai väliaikaismääräyksellä. Tässä tapauksessa asianosaisella on oikeus vaatia vahingonkorvausta 5 §:n säännösten mukaisesti.”

16 Lain 2522/1997 5 §:ssä, jonka otsikko on ”Vahingonkorvausvaatimus”, säädetään seuraavaa:

”1. Asianosaisella, joka on yhteisön oikeuden tai kansallisen oikeuden vastaisesti suljettu julkisia rakennusurakoita, tavaranhankintoja tai palveluhankintoja koskevan menettelyn tai tarjouksien valinnan ulkopuolelle, on oikeus vaatia vahingonkorvausta hankintaviranomaiselta siviililain 197 ja 198 §:n säännösten mukaisesti. Sääntöjä tai ehtoja, joilla tämä oikeus suljetaan pois tai sitä rajoitetaan, ei voida soveltaa.

2. Vahingonkorvauksen myöntäminen edellyttää sitä, että toimivaltainen tuomioistuin ensin kumoaa kyseisen lainvastaisen toimen tai laiminlyönnin tai julistaa sen pätemättömäksi. Vahingonkorvauskanteen ja pätemättömäksi julistamista koskevan kanteen yhdistäminen on sallittua yleisesti sovellettavien säännösten mukaisesti.”

17 Siviililain 197 ja 198 §:ssä, joihin edellä mainituissa säännöksissä viitataan, säädetään ”sopimusneuvotteluihin perustuvasta” vastuusta eli velvollisuudesta suorittaa korvausta, jos asianosaiselle on aiheutunut aiheettomia kustannuksia sopimuksen aikaansaamiseksi käydyssä menettelyssä.

18 Presidentin asetuksella 18/1989 (FEK A’ 8) kodifioidaan Simvoulio tis Epikrateiasia koskevat lait. Sen 47 §:ssä, jonka otsikko on ”Oikeutettu intressi”, säädetään seuraavaa:

”1. Luonnollisella henkilöllä tai oikeushenkilöllä, jota hallintotoimi koskee tai jonka oikeutettuihin intresseihin, jotka voivat olla muitakin kuin taloudellisia, tällä toimella vaikutetaan, on oikeus nostaa kumoamiskanne.

_ _”

19 Laki 2206/1994 (FEK A’ 62) koskee ”Kasinoiden perustamista, niiden toiminnan järjestämistä ja harjoittamista sekä valvontaa ym.”. Tämän lain 1 §:n 7 momentissa, jonka otsikko on ”Kasinolupien myöntäminen”, säädetään seuraavaa:

”Luvat kasinoyrityksille myönnetään matkailuasioista vastaavan ministerin päätöksellä seitsenjäsenisen komission järjestämän kansainvälisen tarjouskilpailun jälkeen.”

20 Kyseisen lain 3 §:ssä, jonka otsikko on ”Kasinoiden toiminta”, säädetään seuraavaa:

”Kasinojen toiminta on valtion valvonnassa.

_ _”

21 Kreikan perustuslain 14 §:n 9 momentilla ja perustuslain soveltamisesta annetulla lailla 3021/2002 (FEK A’ 143) asetetaan rajoituksia julkisten sopimusten tekemiselle

tiedotusvälinealalla aktiivisesti toimivien tai tiedotusvälineistä osuuksia omistavien henkilöiden kanssa. Tällä järjestelmällä säädetään olettamasta, jonka mukaan tiedotusvälinealalla toimivan yrityksen omistajan, yhtiömiehen, pääosakkaan tai johtajan aseman ja sellaisen yrityksen, jolle valtio tai laajasti ymmärrettyyn julkiseen sektoriin kuuluva oikeushenkilö antaa tehtäväksi rakennusurakoiden suorittamisen, tavaroiden luovuttamisen tai palvelujen suorittamisen, omistajan, yhtiömiehen, pääosakkaan tai johtajan aseman välillä on ristiriita. Tämä yhteensopimattomuus ulottuu myös sellaisiin luonnollisiin henkilöihin, jotka ovat tietyllä tavalla sukulaisia edellä mainittujen henkilöiden kanssa.

22 Laissa 3021/2002 säädetään olennaisilta osin, että ennen kuin kyseinen hankintaviranomainen tekee hankintapäätöksen tai valitsee menettelyssä parhaan tarjouksen ja joka tapauksessa ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista hankintaviranomaisen on kyseisen hankintasopimuksen pätemättömyyden uhalla pyydettävä ESR:ltä todistusta, jossa todetaan, että kyseisessä laissa säädetyt yhteensopimattomuuden edellytykset eivät täyty. ESR:n päätös sitoo hankintaviranomaista, mutta henkilö, joka osoittaa oikeussuojan tarpeensa, tai myös viranomainen voi nostaa sitä koskevan kumoamiskanteen.

23 Asiassa C-213/07, Michaniki, 16.12.2008 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-9999, tuomiolauselman 1 ja 2 kohta) on todettu, että vaikka yhteisön oikeus ei ole esteenä säännöstölle, jolla tavoitellaan julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyissä tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden hyväksyttäviä tavoitteita, se on kuitenkin suhteellisuusperiaate huomioon ottaen esteenä kyseessä olleessa kansallisessa säännöstössä säädetyn yhteensopimattomuutta koskevan kumoamattoman olettaman käyttöön ottamiselle.

Pääasiat ja ennakkoratkaisukysymykset

Asia C-145/08

24 Ennakkoratkaisupyynnön esittämispäätöksestä ilmenee, että toimivaltainen ministeriöidenvälinen komitea päätti 10.10.2001 tekemällään päätöksellä yksityistää Elliniko Kazino Parnithas AE -nimisen yhtiön (jäljempänä EKP), joka on Ellinika Touristika Akinita AE -nimisen yhtiön (jäljempänä ETA) tytäryhtiö, jonka kaikki osakkeet omistaa Kreikan valtio. Lokakuussa 2001 julkaistussa tarjouskilpailuilmoituksessa määrättiin esivalintavaiheesta, jossa esivalitaan mainitussa ilmoituksessa asetetut edellytykset täyttävät tarjoajat. Myöhemmässä vaiheessa näiden joukosta oli määrä valita edullisimman tarjouksen tekijä, jonka kanssa olisi määrä allekirjoittaa sopimus. Ensimmäisessä vaiheessa esivalittiin Koinopraxia Kazino Attikis -yhteenliittymä ja Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE -yhteenliittymä.

25 Allekirjoitettavan sopimuksen ehtoja täsmennettiin huhtikuussa 2002 julkaistulla täydentävällä ilmoituksella seuraavalla tavalla:

Sopimus on sekamuotoinen, ja siihen sisältyy seuraavia määräyksiä:

– Sovitaan, että ETA luovuttaa 49 prosenttia EKP:n osakkeista ”tätä tarkoitusta varten perustettavalle osakeyhtiölle” (jäljempänä AEAS), jonka lopulta valittu tarjoaja perustaa.

– Sovitaan, että AEAS sitoutuu toteuttamaan kehittämissuunnitelman, joka on määrä suorittaa 750 päivän määräajassa tarpeellisten lupien saamisesta. Tähän kehittämissuunnitelmaan sisältyy kasinotilojen kunnostaminen ja sen toimintaa varten annetun luvan tarjoamien mahdollisuuksien hyödyntäminen, kahden kiinteistökokonaisuuteen liittyvän hotelliyksikön kunnostaminen ja hyödyntäminen sekä ympäröivien maa-alueiden, joiden pinta-ala on noin 280 hehtaaria, rakentaminen. Näiden urakoiden suorittaminen muodostaa osan hinnasta, joka on maksettava EKP:n osakkeista hankittavasta 49 prosentin osuudesta.

– ETA:n ja AEAS:n välillä tehdään sopimus, jolla viimeksi mainittu saa oikeuden nimittää enemmistön EKP:n hallituksen jäsenistä ja siten hallinnoida yhtiötä sopimusehtojen mukaisesti.

– Sovitaan, että AEAS ottaa vastattavakseen kasinoliiketoiminnan harjoittamisesta ETA:n suorittamaa palkkiota vastaan. AEAS saa tänä palkkiona määrän, joka ei voi ylittää laskevaa prosenttiosuutta vuosittaisen liiketoiminnan voitosta (määrä laskee enintään 30 miljoonan euron voiton perusteella suoritettavasta 20 prosentista yli 90 miljoonan euron voiton perusteella suoritettavaan viiteen prosenttiin) ja kahta prosenttia liikevaihdosta.

– AEAS:n on toiminnan harjoittajana hoidettava kasinoyritystä niin, että asiakkaille tarjotaan jatkuvasti ylelliset olosuhteet ja korkeatasoisia palveluita EKP:lle taloudellisesti kannattavalla tavalla. Konkreettisesti yritystoiminnan voittojen ennen veroja on sopimuksen voimaantuloa seuraavilta viideltä tilikaudelta oltava vähintään 105 miljoonaa euroa. Nettovoitot jaetaan ETA:n ja AEAS:n välillä sen prosenttiosuuden perusteella, joka kummallakin niistä on EKP:n pääomasta.

– Koska EKP on ainoa Attikan maakunnassa tällä hetkellä toimiva kasinoyritys, sopimuksessa määrätään, että jos tällä maantieteellisellä alueella perustetaan kymmenen vuoden kuluessa sopimuksen voimaantulosta laillisesti toinen kasino, ETA:n on suoritettava AEAS:lle hyvitys maksamalla sille korvauksena 70:tä prosenttia kaupan arvosta vastaava määrä. Korvauksen määrää vähennetään kymmenyksellä joka vuosi sopimuksen voimaantulosta lukien.

– Sopimuksen voimassaoloaika päättyy kasinoyrityksen toiminnan harjoittamisen osalta kymmenen vuoden kuluttua sen voimaantulosta.

26 Koska Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE -yhteenliittymä oli edullisimman tarjouksen tekijä kyseessä olevassa menettelyssä, se valittiin sopimuskumppaniksi. Ennen sopimuksen allekirjoittamista ETA ilmoitti ESR:lle sopimuskumppanin omistajien, yhtiömiesten, pääosakkaiden ja johtajien henkilöllisyydet, jotta tämä todistaisi, ettei heidän asemansa aiheuttanut mitään lain 3021/2002 3 §:ssä säädetyistä yhteensopimattomuustilanteista. ESR vahvisti 27.9.2002 antamallaan todistuksella, että yhteensopimattomuustilanteita ei käsiteltävänä olevassa asiassa edellä mainittujen henkilöiden osalta ollut.

27 Tästä päätöksestä nostettiin kumoamiskanne, jonka nostajina oli vain kolme tarjoajana olleen Koinopraxia Kazino Attikis -yhteenliittymän, jonka kanssa sopimusta ei tehty, muodostavasta seitsemästä jäsenestä. Kantajat esittivät, että yksi kansallisessa säännöstössä säädetyistä yhteensopimattomuustilanteista toteutui yhden tarjouskilpailun voittaneen yhteenliittymän jäsenen kohdalla ja että päätös tarjouksen valinnasta oli tästä syystä kumottava.

28 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin mainitsee, että kyseessä oleva julkista hankintaa koskeva sopimus on sekamuotoinen sopimus ja käsittää yhtäältä osan, jossa ETA myy osakkeita edullisimman tarjouksen tekijälle ja joka ei sellaisenaan kuulu julkisia hankintoja koskevien unionin säännösten soveltamisalaan, ja toisaalta osan, joka koskee palveluhankintaa koskevaa sopimusta edullisimman tarjouksen

tehneen tarjoajan, joka vastaa kasinoyrityksen toiminnan harjoittamiseen liittyvistä velvoitteista, kanssa. Osakkeiden luovuttamista koskeva osa on ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mukaan sekamuotoisen sopimuksen osista merkittävin. Tämä sopimus käsittää lisäksi osan, joka koskee julkista rakennusurakkaa, sillä tarjouskilpailun voittaja ottaa vastatakseen velvoitteesta suorittaa urakka, josta ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä on kysymys, osittaisena maksuna luovutetuista osakkeista. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esittää, että tämän viimeksi mainitun osan luonne on vain liitännäinen ”palveluja” koskevaan osaa nähden.

29 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee tältä osin sitä, voidaanko katsoa, että kyseessä olevan sopimuksen palveluja koskeva osa on julkisten palvelujen konsessio, jota unionin säännöstö ei koske. Tältä osin olisi tarkastettava, missä määrin tarjouskilpailun voittaja vastaa kyseessä olevien palvelujen järjestämiseen ja suorittamiseen liittyvästä riskistä, kun otetaan huomioon myös se, että nämä palvelut liittyvät toimintaan, jota koskevat oikeudet voivat niihin sovellettavien kansallisten säännösten mukaan olla yksin- ja erityisoikeuksia.

30 Siltä varalta, että unionin tuomioistuin katsoisi, että riidanalaisen sopimuksen kasinotoiminnan harjoittamista koskeva osa olisi julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, koskevatko direktiivissä 89/665 säädetyt menettelylliset takeet kansallisella tasolla nostettua kumoamiskannetta, kun otetaan huomioon se, että sopimuksen pääasiallinen kohde eli EKP:n osakkeiden myynti ei kuulu julkisia hankintoja koskevan unionin säännöstön soveltamisalaan ja että tällaisia palveluja, jotka kuuluvat direktiivin 92/50 liitteen 1 B alaan, koskevat hankintasopimukset on tehtävä tämän direktiivin 14 ja 16 artiklan, jotka sisältävät vain menettelyllisiä velvoitteita, mukaisesti. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kuitenkin, sovelletaanko julkista hankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn osallistuviin yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, jonka turvaaminen on direktiivin 89/665 tavoitteena, myös tällaisissa tapauksissa siitä riippumatta, että mainituissa artikloissa säädetään vain rajallisista velvoitteista.

31 Jos unionin tuomioistuin katsoisi, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen kumoamiskanne kuuluu direktiivin 89/665 soveltamisalaan, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, ovatko unionin oikeussäännöt esteenä presidentin asetuksen 18/1989 47 §:n 1 momentin kaltaiselle kansalliselle menettelysäännökselle, sellaisena

kuin kyseinen tuomioistuin sitä tulkitsee ja jonka mukaan julkista hankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn yhteenliittymänä osallistuvat voivat nostaa kumoamiskanteen tässä menettelyssä tehdyistä päätöksistä vain yhdessä ja yhteisesti tai muuten kanne jätetään tutkimatta.

32 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa tältä osin asiassa C-129/04, Espace Trianon ja Sofibail, 8.9.2005 annettuun tuomioon (Kok., s. I-7805, 22 kohta), jonka mukaan kansallinen menettelysääntö, jossa edellytetään, että kaikki tarjouksen tehneen tilapäisen yhteenliittymän jäsenet nostavat yhdessä kumoamiskanteen hankintaviranomaisen tarjouskilpailun ratkaisemisesta tekemästä päätöksestä, ei rajoita tällaisten muutoksenhakukeinojen käytettävyyttä direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdan vastaisella tavalla.

33 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kuitenkin, päteekö tämä johtopäätös, joka mainitussa tuomiossa koski kumoamiskannetta hankintaviranomaisen tarjouskilpailun ratkaisemisesta tekemästä päätöksestä, myös kaikkiin edellä mainitulla direktiivillä taattuihin oikeussuojan muotoihin ja erityisesti korvausvaatimukseen. Nämä ongelmat liittyvät siihen, että kansallinen lainsäätäjä on käsiteltävänä olevassa asiassa direktiivin 89/665 2 artiklan 5 kohdassa jäsenvaltioille myönnettyä toimivaltaa käyttäen asettanut lain 2522/1997 5 §:n 2 momentissa korvauksen myöntämisen edellytykseksi lainvastaiseksi väitetyn päätöksen kumoamisen.

34 Tämä säännös yhdessä presidentin asetuksen 18/1989 47 §:n 1 momentissa olevan menettelysäännöksen, sellaisena kuin ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin sitä tulkitsee, kanssa johtaa siihen, että yhteenliittymän, joka on osallistunut julkista hankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn siinä menestymättä, yksittäisen jäsenen on mahdotonta paitsi saada sen etuja loukkaava päätös kumotuksi myös kääntyä toimivaltaisen tuomioistuimen puoleen sen henkilökohtaisesti kärsimän vahingon korvaamiseksi. On korostettava, että esillä olevassa asiassa kumoamiskanteen käsittelemiseen toimivaltainen tuomioistuin on Symvoulio tis Epikrateias (Kreikan ylin hallintotuomioistuin), kun taas vahingonkorvausasiassa toimivalta on toisella tuomioistuimella.

35 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin esittää tältä osin, että yhteenliittymän kunkin jäsenen mahdollisuus vaatia toimivaltaiselta tuomioistuimelta vahingonkorvauksen myöntämistä riippuu siten yhteenliittymän kaikkien muiden jäsenten tahdosta nostaa kumoamiskanne, kun taas kunkin yhteenliittymän jäsenen henkilökohtaisesti kärsimä vahinko sen vuoksi, että julkista hankintaa koskevaa sopimusta ei ole tehty tämän yhteenliittymän kanssa, voi olla erilainen sen mukaan, missä määrin kullekin jäsenelle on aiheutunut kustannuksia tähän tarjouskilpailuun osallistumisesta. Niinpä yhteenliittymän kunkin jäsenen kiinnostus vaatia päätöksen kumoamista voi samoin olla erilainen. Näin ollen on perusteltua kysyä, onko direktiivillä 89/665 tavoiteltu tehokkaan oikeussuojan periaate turvattu.

36 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin esittää vielä, että yleistä oikeutta korvaukseen valtion tai julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden lainvastaisilla toimilla aiheutetuista vahingoista koskevien kansallisten menettelysäännösten mukaan vahingonkorvauksen myöntämiseen toimivaltainen tuomioistuin tutkii vahingonkorvauskanteen yhteydessä liitännäisenä asiana myös hallintotoimen lainmukaisuuden eikä tämä toimivalta kuulu toiselle tuomioistuimelle, kuten julkisia hankintoja koskevien sopimuksentekomenettelyjen yhteydessä nostettujen kumoamiskanteiden osalta tapahtuu. Se tiedustelee siis, ovatko unionin oikeuteen perustuvien oikeuksien turvaamiseen tarkoitetut menettelyt epäedullisempia kuin kansallisiin säännöksiin perustuvien samanlaisten tai vastaavien oikeuksien turvaamiseen tarkoitetut menettelyt.

37 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin esittää lopuksi, että sen presidentin asetuksen 18/1989 47 §:n 1 momenttia koskeva nykyinen tulkinta, jonka mukaan vain yhteenliittymän kaikki jäsenet yhdessä toimien voivat vaatia julkista hankintaa koskevassa sopimuksentekomenettelyssä tehdyn päätöksen kumoamista, merkitsee muutosta sen vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan jäsenet voivat nostaa kanteita itsenäisesti.

38 Se korostaa samalla erityistä tilannetta, johon pääasia liittyy, eli sitä, että kyseessä olevan kanteen Symvoulio tis Epikrateiasin neljännessä jaostossa nosti alun perin yhteenliittymä sellaisenaan ja sen seitsemän jäsentä. Tämä tuomioistuimen kokoonpano jätti kanteen tutkimatta yhteenliittymän ja sen neljän jäsenen osalta sillä perusteella, että ne eivät olleet asianmukaisesti valtuuttaneet asianajajaansa edustamaan

niitä oikeudessa, ja siirsi yhteenliittymän kolmen jäljellä olevan jäsenen osalta asian sen merkityksen vuoksi käsiteltäväksi tämän tuomioistuimen täysistuntokokoonpanossa. Näin mainittu neljäs jaosto sovelsi tähän saakka vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jonka mukaan tutkittavaksi voitiin ottaa myös yhteenliittymän tiettyjen jäsenten nostama kanne.

39 Tämän neljännen jaoston tutkimatta jättämistä koskeva päätös, joka koski yhteenliittymän sellaisenaan ja sen neljän jäsenen nostamaa kannetta, on kuitenkin lopullinen, joten sitä ei voida korjata ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen täysistuntokokoonpanon käsittelyssä. Niinpä se kysyy, onko tämä oikeuskäytännön muutos unionin oikeuden yleisen oikeusperiaatteen asemassa olevan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen, joka on esitetty myös Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamisesta tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä Euroopan ihmisoikeussopimus) 6 artiklassa, ja luottamuksensuojan periaatteen mukainen.

40 Näiden seikkojen perusteella Symvoulio tis Epikrateiasin täysistuntokokoonpano päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko sopimusta, jolla hankintaviranomainen antaa hankintamenettelyn voittajan tehtäväksi kasinoyrityksen toiminnan hoitamisen ja kasinon tilojen parantamisen ja kasinon toimiluvan tarjoamien mahdollisuuksien kaupallisen hyödyntämisen sisältävän kehityssuunnitelman toteuttamisen ja johon sisältyy lauseke, jonka perusteella hankintaviranomaisella on velvollisuus maksaa hankintamenettelyn voittajalle vahingonkorvausta, jos toinen kasino ryhtyy laillisesti toimimaan laajemmalla alueella, jolla riidanalainen kasino toimii, pidettävä konsessiosopimuksena, johon ei sovelleta – – direktiivin 92/50 – – säännöksiä?

2) Mikäli ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi, kuuluuko oikeussuojakeino, jota käyttävät osapuolet, jotka ovat osallistuneet

sekamuotoiseen julkisia hankintoja koskevaan sopimuksentekomenettelyyn, joka koskee muun muassa – – direktiivin 92/50 – – liitteeseen I B sisältyvien palvelujen suorittamista, ja jotka vetoavat tarjouskilpailuun osallistuneiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamiseen (periaate, joka on vahvistettu kyseisen direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa), – – direktiivin 89/665 – – soveltamisalaan, vai onko sen soveltaminen mahdotonta, koska edellä mainittuun palveluhankintoja koskevaan sopimuksentekomenettelyyn sovelletaan – – direktiivin 92/50 – – 9 artiklan mukaisesti ainoastaan saman direktiivin 14 ja 16 artiklaa?

3) Mikäli toiseen kysymykseen vastataan myöntävästi: jos hyväksytään se, että kansallinen oikeussääntö, jonka mukaan vain oikeushenkilöllisyyttä vailla olevan, julkista hankintaa koskevaan menettelyyn osallistuneen yhteenliittymän, jonka kanssa sopimusta ei tehty, kaikki jäsenet yhdessä, mutta eivät sen yksittäiset jäsenet erikseen, voivat nostaa kanteen tarjouskilpailun ratkaisusta, ei ole lähtökohtaisesti yhteisön oikeuden ja erityisesti – – direktiivin 89/665 – – vastainen ja että tämä pätee myös silloin, kun kanteen olivat alun perin nostaneet kaikki yhteenliittymän jäsenet yhdessä mutta se on lopulta jätetty tutkimatta joidenkin niistä osalta, onko edellä mainitun direktiivin soveltamisen yhteydessä ennen tämän tutkittavaksi ottamisen edellytysten puuttumisen toteamista tarpeen varmistaa, onko näillä yksittäisillä jäsenillä tämän jälkeen oikeus erikseen kääntyä jonkin toisen kansallisen tuomioistuimen puoleen saadakseen kansallisessa oikeussäännössä mahdollisesti säädetyn vahingonkorvauksen?

4) Onko tilanteessa, jossa myös yhteenliittymän yksittäinen jäsen voi kansallisen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan pätevästi nostaa kanteen julkisessa hankintamenettelyssä tehdystä päätöksestä, – – direktiivin 89/665 – – mukaista, kun sitä tulkitaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan, jota pidetään yhteisön oikeuden yleisenä oikeusperiaatteena, valossa, että kyseinen kanne jätetään tutkimatta tämän vakiintuneen oikeuskäytännön muuttumisen vuoksi, ilman että kyseiselle kantajalle annetaan ensin mahdollisuus korjata tämä tutkimisedellytysten puuttuminen tai edes esittää kontradiktorisen periaatteen mukaisesti tätä seikkaa koskevat huomautuksensa?”

41 Thessalonikin kaupunki päätti järjestää julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksentekomenettelyn toteuttaakseen urakan nimeltä ”Thessalonikin kaupungintalon ja maanalaisen pysäköintihallin rakentaminen”. Kaupunginvaltuusto päätti 1.7.2004 tekemällään päätöksellä hankintasopimuksen tekemisestä yhtiöiden Aktor ATE, Themeliodomi AE ja Domotechniki AE muodostaman yhteenliittymän kanssa. Hankintaviranomainen ilmoitti sopimuksen tekemistä varten ESR:lle voimassa olevan kansallisen säännöstön mukaisesti edellä mainitun yhteenliittymän jäsenyhtiöiden omistajien, yhtiömiesten, pääosakkaiden ja johtajien henkilöllisyydet, jotta tämä todistaisi, että mikään lain 3021/2002 3 §:n mukaisista yhteensopimattomuustilanteista ei näiden henkilöiden osalta toteutunut.

42 ESR kieltäytyi 1.11.2004 antamasta sopimuksen allekirjoittamisen välttämättömänä edellytyksenä olevaa todistusta, koska se oli todennut edellä mainitussa kansallisessa säännöksessä tarkoitetun yhteensopimattomuuden yhden Aktor ATE:n hallituksen jäsenen kohdalla. ESR hylkäsi Aktor ATE:n oikaisuvaatimuksen tästä kielteisestä päätöksestä 9.11.2004 päivätyllä päätöksellään. Aktor ATE nosti näistä kahdesta ESR:n kielteisestä päätöksestä kumoamiskanteen ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa ainoana tarjouskilpailun voittaneen yhteenliittymän muodostavista kolmesta yhtiöstä ja tukeutui mainitun tuomioistuimen silloiseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan tilapäisten yhteenliittymien jäsenten erikseen nostamat kanteet voitiin ottaa tutkittavaksi.

43 Tässä tilanteessa Symvoulio tis Epikrateias päätti, jälleen täysistuntokokoonpanossa, lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Jos hyväksytään se, että kansallinen oikeussääntö, jonka mukaan vain oikeushenkilöllisyyttä vailla olevan, julkista hankintaa koskevaan menettelyyn osallistuneen yhteenliittymän, jonka kanssa sopimusta ei tehty, kaikki jäsenet yhdessä, mutta eivät sen yksittäiset jäsenet erikseen, voivat nostaa kanteen tarjouskilpailun ratkaisusta, ei ole lähtökohtaisesti yhteisön oikeuden ja erityisesti

– – direktiivin 89/665 – – vastainen ja että tämä pätee myös silloin, kun kanteen olivat alun perin nostaneet kaikki yhteenliittymän jäsenet yhdessä mutta se on lopulta jätetty tutkimatta joidenkin niistä osalta, onko edellä mainitun direktiivin soveltamisen yhteydessä ennen tämän tutkittavaksi ottamisen edellytysten puuttumisen toteamista tarpeen varmistaa, onko näillä yksittäisillä jäsenillä tämän jälkeen oikeus erikseen kääntyä jonkin toisen kansallisen tuomioistuimen puoleen saadakseen kansallisessa oikeussäännössä mahdollisesti säädetyn vahingonkorvauksen?

2) Onko tilanteessa, jossa myös yhteenliittymän yksittäinen jäsen voi kansallisen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan pätevästi nostaa kanteen julkisessa hankintamenettelyssä tehdystä päätöksestä, – – direktiivin 89/665 – – mukaista, kun sitä tulkitaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan, jota pidetään yhteisön oikeuden yleisenä oikeusperiaatteena, valossa, että kyseinen kanne jätetään tutkimatta tämän vakiintuneen oikeuskäytännön muuttumisen vuoksi, ilman että kyseiselle kantajalle annetaan ensin mahdollisuus korjata tämä tutkimisedellytysten puuttuminen tai edes esittää kontradiktorisen periaatteen mukaisesti tätä seikkaa koskevat huomautuksensa?”

44 Asiat C-145/08 ja C-149/08 yhdistettiin kirjallista ja suullista käsittelyä sekä tuomion antamista varten yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 22.5.2008 antamalla määräyksellä.

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

Asiassa C-145/08 esitetyt kysymykset

45 Kysymyksillään, jotka koskevat direktiivin 92/50 sovellettavuutta pääasiassa kyseessä olevan kaltaiseen sopimukseen, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin haluaa tietää, sovelletaanko direktiiviä 89/665 käsiteltävänä olevassa asiassa, kun otetaan huomioon, että sen soveltamisen edellytyksenä on, että yhtä tämän direktiivin 89/665 1 artiklassa tarkoitetuista julkisia hankintoja koskevista direktiiveistä sovelletaan. Näin ollen nämä kysymykset on tutkittava yhdessä ja on ratkaistava, kuuluuko tällainen sopimus jonkin mainitussa artiklassa tarkoitetun direktiivin soveltamisalaan.

46 Sekä ennakkoratkaisupyynnön esittämisestä tehdyn päätöksen yksityiskohtaisesta ja seikkaperäisestä esityksestä että ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen pääasiassa kyseessä olevalle oikeustoimelle antamasta luonnehdinnasta ilmenee, että oikeustoimi on sekamuotoinen sopimus.

47 Se koostuu pääasiallisesti sopimuksesta, jonka mukaan ETA luovuttaa 49 prosenttia EKP:n osakkeista AEAS:lle (jäljempänä ”osakkeiden myyntiä koskeva osa”), sopimuksesta, jonka mukaan AEAS vastaa kasinoyrityksen toiminnasta palkkiota vastaan (jäljempänä ”palveluosa”), ja sopimuksesta, jonka perusteella AEAS sitoutuu toteuttamaan kasinotilojen ja siihen liittyvien hotelliyksiköiden kunnostamista ja ympäröivän maa-alueen rakentamista koskevan suunnitelman (jäljempänä ”urakkaosa”).

48 Oikeuskäytännöstä ilmenee, että sellaisen sekamuotoisen sopimuksen tapauksessa, jonka eri osat liittyvät hankintailmoituksen perusteella erottamattomalla tavalla toisiinsa ja muodostavat näin jakamattoman kokonaisuuden, kyseistä liiketoimea on tarkasteltava yhtenä kokonaisuutena sen luonnehtimiseksi oikeudellisesti ja sitä on

arvioitava sen pääasiallisena kohteena olevaan osaan tai sopimuksen hallitsevaan osatekijään sovellettavien säännösten perusteella (ks. vastaavasti asia C-3/88, komissio v. Italia, tuomio 5.12.1989, Kok., s. 4035, Kok. Ep. X, s. 285, 19 kohta; asia C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, tuomio 19.4.1994, Kok., s. I-1329, 23–26 kohta; asia C-220/05, Auroux ym., tuomio 18.1.2007, Kok., s. I-385, 36 ja 37 kohta; asia C-412/04, komissio v. Italia, tuomio 21.2.2008, Kok., s. I-619, 47 kohta ja asia C-536/07, komissio v. Saksa, tuomio 29.10.2009, Kok., s. I-10355, 28, 29, 57 ja 61 kohta).

49 Tätä tulkintaa sovelletaan riippumatta siitä, kuuluuko sekamuotoisen sopimuksen pääasiallisena kohteena oleva osa julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan.

50 Tästä syystä on tutkittava, onko pääasiassa kyseessä oleva sekamuotoinen sopimus jakamaton kokonaisuus, ja jos on, kuuluuko sopimus pääasiallisen kohteensa vuoksi kokonaisuutena jonkin direktiivin 89/665 1 artiklassa tarkoitetun julkisia hankintoja sääntelevän direktiivin soveltamisalaan.

51 Ensinnäkin on mainittava, että tämä sopimus on osa julkisen kasinoyrityksen osittaista yksityistämistä, josta valtakunnallisesti toimivaltainen ministeriöidenvälinen komissio on päättänyt ja joka on toteutettu yhdellä tarjouskilpailulla.

52 Asiakirja-aineistosta, erityisesti huhtikuussa 2002 julkaistun täydentävän hankintailmoituksen ehdoista, ilmenee, että pääasiassa kyseessä oleva sekamuotoinen sopimus on yksi sopimus, joka käsittää niin EKP:n osakkeiden luovuttamisen, EKP:n hallituksen jäsenten enemmistön nimittämisoikeuden hankkimisen kuin velvollisuuden vastata kasinoyrityksen toiminnasta ja tarjota korkeatasoisia ja taloudellisesti kannattavia palveluja sekä suorittaa kyseessä olevien tilojen ja ympäröivien maa-alueiden kunnostus- ja parantamistöitä.

53 Nämä toteamukset ilmentävät tarvetta mainitun sekamuotoisen sopimuksen tekemiseen sellaisen yhden sopimuskumppanin kanssa, jolla on sekä tarvittavat taloudelliset edellytykset kyseessä olevien osakkeiden hankkimiseksi että ammatillista kokemusta kasinotoiminnan harjoittamisesta.

54 Tästä seuraa, että tämän sopimuksen eri osien on katsottava muodostavan jakamattoman kokonaisuuden.

55 Toiseksi ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämistä toteamuksista ilmenee, että sekamuotoisen sopimuksen pääasiallinen kohde oli 49 prosentin osuutta EKP:n osakkeista vastaavan osakemäärän myynti edullisimman tarjouksen tehneelle ja että tämän oikeustoimen ”urakkaosa” ja ”palveluosa” olivat riippumatta siitä, onko viimeksi mainittu osa julkinen palveluhankinta vai palvelukonsessio, liitännäisiä sopimuksen pääasialliseen kohteeseen nähden. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on myös huomauttanut, että ”urakkaosa” oli täysin liitännäinen ”palveluosaan” nähden.

56 Unionin tuomioistuimelle jätettyyn aineistoon kuuluvat asiakirjat vahvistavat tämän näkemyksen.

57 Ei voi olla epäilystä siitä, että jos EKP:n kaltaisen julkisen yrityksen osakkeista ostetaan 49 prosenttia, tämä liiketoimi on sopimuksen pääasiallinen kohde. Niinpä on huomattava, että tulo, jonka AEAS saisi osakkeenomistajana, vaikuttaa selvästi merkittävämmältä kuin palkkio, jonka se saisi palvelujen suorittajana. Lisäksi AEAS saisi näitä tuloja ilman ajallista rajoitetta, kun taas toiminnan harjoittaminen päättyisi kymmenen vuoden kuluttua.

58 Edellä esitetystä arvioinnista seuraa, että pääasiassa kyseessä olevan sekamuotoisen sopimuksen eri osat muodostavat jakamattoman kokonaisuuden, jonka pääasiallinen kohde on osakkeiden luovutusta koskeva osa.

59 Osakkeiden luovuttaminen tarjoajalle osana julkisen yrityksen yksityistämistä ei kuitenkaan kuulu julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan.

60 Tämä on lisäksi asianmukaisesti todettu komission julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta laatiman vihreän kirjan (KOM(2004) 327 lopullinen) 66 kohdassa.

61 Komissio korostaa edellä mainitun julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista laaditun vihreän kirjan 69 kohdassa, että on varmistettava, että pääomatasetapahtuman taakse ei todellisuudessa kätkeydy julkisten hankintasopimusten tai konsessioiksi luokiteltavien sopimusten myöntäminen yksityiselle kumppanille. Käsiteltävän asian asiakirja-aineistoon ei kuitenkaan sisälly mitään sellaista, joka voisi saattaa kyseenalaiseksi pääasiassa kyseessä olevan oikeustoimen ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen arvion mukaisen luonteen.

62 Edellä esitetyn perusteella voidaan todeta, että sekamuotoinen sopimus, jonka pääasiallinen kohde on se, että yritys hankkii 49 prosentin osuuden julkisen yrityksen pääomasta, ja jonka pääasialliseen kohteeseen liittyy erottamattomasti palvelujen ja rakennusurakoiden suorittaminen liitännäisenä sopimuksen kohteena, ei kokonaisuutena tarkasteltuna kuulu julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan.

63 Tämä päätelmä ei sulje pois sitä, että tällaisen sopimuksen on oltava perustamissopimuksen keskeisten määräysten ja yleisten periaatteiden, erityisesti sijoittautumisvapautta ja pääomien vapaata liikkuvuutta koskevien periaatteiden, mukainen. Käsiteltävässä asiassa ei ole kuitenkaan tarpeen tutkia kysymystä siitä, onko mainittuja määräyksiä ja periaatteita noudatettu, koska tällaisen tarkastelun tulos ei voisi johtaa mitenkään siihen, että direktiiviä 89/665 sovellettaisiin.

64 Siten edellä esitetty huomioon ottaen muihin asiassa C-145/08 esitettyihin kysymyksiin ei ole tarpeen vastata.

Asiassa C-149/08 esitetty ensimmäinen kysymys

65 Tällä kysymyksellä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tiedustelee pääasiallisesti sitä, onko direktiivi 89/665 esteenä kansalliselle säännökselle, sellaisena kuin kyseinen tuomioistuin sitä tulkitsee ja jonka mukaan vain yhdessä toimivat tarjoajana olleen tilapäisen yhteenliittymän jäsenet voivat nostaa kanteen tarjouskilpailun ratkaisemista koskevasta hankintaviranomaisen päätöksestä, jolloin mainitun yhteenliittymän jäseniltä viedään paitsi mahdollisuus saada itsenäisesti tällainen hankintaviranomaisen päätös kumotuksi, myös mahdollisuus vaatia itsenäisesti korvausta sen kyseisen julkista hankintaa koskevan sopimuksentekomenettelyn virheellisyyksien perusteella yksin kärsimästä vahingosta.

66 Tähän kysymykseen vastaamiseksi on todettava, että toimen, jonka kumoamista ennakkoratkaisua pyytävässä tuomioistuimessa vaaditaan, on tehnyt ESR eli muu viranomainen kuin pääasiassa kyseessä olevan hankintamenettelyn järjestänyt hankintaviranomainen.

67 Yleisesti ”muutoksenhakudirektiiviksi” kutsutun direktiivin 89/665 sisällöstä käy kuitenkin ilmi, että sillä tavoiteltu suojelu koskee hankintaviranomaisten toimia tai laiminlyöntejä.

68 Muun muassa kyseisen direktiivin johdanto-osan viidennen perustelukappaleen ja 1 artiklan 1 kohdan sanamuodosta ilmenee selvästi, että niissä viitataan toimiin,

joihin ryhdytään hankintaviranomaisten päätösten osalta. Samoin tämän artiklan 3 kohdan mukaan jäsenvaltiot voivat säätää, että henkilön, joka aikoo käyttää muutoksenhakumenettelyä, on ennen sitä ilmoitettava hankintaviranomaiselle väitetystä virheellisestä menettelystä, jotta hankintaviranomainen voi korjata sen. Lisäksi mainitun direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa annetaan komissiolle mahdollisuus ilmoittaa asianomaiselle hankintaviranomaiselle seikat, joiden perusteella se katsoo virheellisen menettelyn tapahtuneen julkista hankintaa koskevassa menettelyssä, ja pyytää virheen oikaisemista.

69 Niinpä on todettava, että ESR:n kaltaisen viranomaisen päätöksiä koskevat asiat eivät kuulu direktiivillä 89/665 käyttöön otetun muutoksenhakujärjestelmän soveltamisalaan.

70 ESR:n päätöksillä voi kuitenkin selvästi olla vaikutus julkista hankintaa koskevan sopimuksentekomenettelyn kulkuun tai jopa sen ratkaisuun, sillä ne voivat johtaa jonkin tarjoajan tai jopa tarjouskilpailun voittajan sulkemiseen menettelyn ulkopuolelle, jos tällainen tarjoaja tai voittaja on jossain asiaan sovellettavassa kansallisessa säännöstössä säädetyistä yhteensopimattomuustilanteista. Näin ollen nämä päätökset eivät ole merkityksettömiä asiaa koskevan unionin oikeuden oikean soveltamisen kannalta.

71 Käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen antamista tiedoista ilmenee, että ESR:n päätös, jonka vuoksi pääasian kantaja ei voinut tehdä julkista hankintaa koskevaa sopimusta, vaikka se oli valittu tarjouskilpailun voittajaksi, oli mainitun kantajan mukaan tehty julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54) sekä unionin primaarioikeuteen perustuvien periaatteiden vastaisesti.

72 Pääasian kantaja väittää, että riidanalaista kansallista lainsäädäntöä soveltamalla sitä estettiin paitsi vaatimasta ESR:n väitetysti lainvastaisen päätöksen, joka oli johtanut sen sulkemiseen pois pääasiassa kyseessä olevasta menettelystä, kumoamista myös

vaatimasta korvausta tällä päätöksellä aiheutetusta vahingosta. Siltä vietiin näin sille kuuluva oikeus tehokkaaseen oikeussuojaan.

73 Tässä on huomautettava, että tehokasta oikeussuojaa koskeva periaate on unionin oikeuden yleinen periaate (ks. asia C-432/05, Unibet, tuomio 13.3.2007, Kok., s. I-2271, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

74 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun unioni ei ole antanut asiaa koskevia säännöksiä, kunkin jäsenvaltion asiana on sisäisessä oikeusjärjestyksessään määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja antaa menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yksityisillä unionin oikeuden perusteella olevat oikeudet. Nämä menettelysäännöt eivät saa kuitenkaan olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia menettelyitä jäsenvaltion sisäiseen oikeusjärjestykseen perustuvien oikeuksien suojaamiseksi (vastaavuusperiaate), eivätkä ne saa olla sellaisia, että unionin oikeusjärjestyksessä vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaate) (ks. vastaavasti asia C-268/06, Impact, tuomio 15.4.2008, Kok., s. I-2483, 44 ja 46 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

75 Vastaavuusperiaatteen osalta ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen antamista tiedoista ilmenee, että jäsenvaltion sisäisen lainsäädännön mukaan, jolla säännellään oikeutta korvaukseen valtion tai julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden lainvastaisilla toimilla aiheutetuista vahingoista, vahingonkorvausasioissa toimivaltaisella tuomioistuimella on toimivalta tutkia liitännäisenä asiana myös yksityiselle epäedullisen hallintotoimen lainmukaisuus, ja tästä saattaa seurata yksityisen itsenäisesti esittämän vaatimuksen perusteella vahingonkorvauksen myöntäminen, jos sitä varten säädetyt aineelliset edellytykset täyttyvät.

76 Sen sijaan julkisten hankintojen alalla, joka kuuluu unionin oikeudessa säänneltyihin oikeudenaloihin, nämä kaksi toimivaltaa eli yhtäältä toimivalta kumota hallintotoimi tai julistaa se pätemättömäksi ja toisaalta toimivalta myöntää korvaus kärsitystä

vahingosta, kuuluvat pääasiassa kyseessä olevan kansallisen säännöstön perusteella kahdelle eri tuomioistuimelle.

77 Niinpä julkisten hankintojen alalla lain 2522/1997 5 §:n 2 momentti, jolla asetetaan vahingonkorvauksen myöntämisen edellytykseksi epäedullisen hallintotoimen etukäteinen kumoaminen, ja presidentin asetuksen 18/1989 47 §:n 1 momentti, jonka mukaan vain kaikki yhteenliittymän jäsenet yhdessä voivat vaatia julkista hankintaa koskevan sopimuksentekomenettelyn yhteydessä tehdyn toimen kumoamista, johtavat, kuten ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin huomauttaa, yhdessä siihen, että yhteenliittymän jäsenen on yksin toimien mahdotonta paitsi saada sille epäedullinen hallintopäätös kumotuksi myös kääntyä toimivaltaisen tuomioistuimen puoleen sen yksin kärsimän vahingon korvaamiseksi, vaikka tämä ei vaikuttaisi olevan mahdotonta muilla aloilla jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen kuuluvien, viranomaisen lainvastaisella toimella aiheutettuun vahinkoon perustuviin korvausvaatimuksiin sovellettavien säännösten perusteella.

78 Tehokkuusperiaatteen osalta on todettava, että kun pääasiassa kyseessä olevaa kansallista säännöstöä sovelletaan, pääasian kantajan kaltaiselta tarjoajalta viedään mahdollisuus vaatia toimivaltaisessa tuomioistuimessa korvausta vahingosta, jonka se on kärsinyt unionin oikeuden vastaisen hallintotoimen, joka on voinut vaikuttaa julkista hankintaa koskevan sopimuksentekomenettelyn kulkuun ja jopa sen lopputulokseen, seurauksena. Tällaiselta tarjoajalta viedään näin sen julkisten hankintojen alan unionin säännöstöön perustuvia oikeuksia koskeva tehokas oikeussuoja.

79 Kuten julkisasiamies on ratkaisuehdotuksensa 107–116 kohdassa esittänyt, tältä osin on korostettava, että käsiteltävän asian asiayhteys eroaa edellä mainitun asian Espace Trianon ja Sofibail asiayhteydestä. Kun viimeksi mainittu asia koski kumoamiskannetta tarjouskilpailun ratkaisemista koskevasta päätöksestä, jolla tarjouksen tehneeltä yhteenliittymältä kokonaisuudessaan vietiin mahdollisuus kyseessä ollutta hankintaa koskevan sopimuksen tekemiseen, nyt käsiteltävä asia koskee yksin kantajana olevan tarjoajan esittämää vaatimusta, jolla pyritään saamaan korvaus hallintoviranomaisen lainvastaisella päätöksellä, jolla todettiin asiaa koskevassa kansallisessa lainsäädännössä tarkoitettu yhteensopimattomuus, aiheutetuksi väitetystä vahingosta.

80 Kun otetaan huomioon edellä esitetty, asiassa C-149/08 esitettyyn ensimmäiseen kysymykseen on vastattava, että unionin oikeus, erityisesti oikeus tehokkaaseen oikeussuojaan, on esteenä pääasiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle säännöstölle, tulkittuna siten, että tilapäisen yhteenliittymän, joka on osallistunut tarjoajana julkista hankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn, jäsenillä ei ole mahdollisuutta vaatia itsenäisesti korvausta vahingosta, jonka ne ovat yksin kärsineet sellaisen päätöksen seurauksena, jonka on tehnyt asiaan sovellettavien kansallisten säännösten perusteella tähän menettelyyn osallistuva hankintaviranomaisesta erillinen viranomainen ja joka voi vaikuttaa menettelyn kulkuun.

81 Kun tämä vastaus otetaan huomioon, asiassa C-149/08 esitettyyn toiseen kysymykseen ei ole tarpeen vastata.

Oikeudenkäyntikulut

82 Pääasioiden asianosaisten osalta asioiden käsittely unionin tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä unionin tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (neljäs jaosto) on ratkaissut asiat seuraavasti:

1) Sekamuotoinen sopimus, jonka pääasiallinen kohde on se, että yritys hankkii 49 prosentin osuuden julkisen yrityksen pääomasta, ja jonka pääasialliseen kohteeseen liittyy erottamattomasti palvelujen ja rakennusurakoiden

suorittaminen liitännäisenä sopimuksen kohteena, ei kokonaisuutena tarkasteltuna kuulu julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan.

2) Unionin oikeus, erityisesti oikeus tehokkaaseen oikeussuojaan, on esteenä pääasiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle säännöstölle, tulkittuna siten, että tilapäisen yhteenliittymän, joka on osallistunut tarjoajana julkista hankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn, jäsenillä ei ole mahdollisuutta vaatia itsenäisesti korvausta vahingosta, jonka ne ovat yksin kärsineet sellaisen päätöksen seurauksena, jonka on tehnyt asiaan sovellettavien kansallisten säännösten perusteella tähän menettelyyn osallistuva hankintaviranomaisesta erillinen viranomainen ja joka voi vaikuttaa menettelyn kulkuun.

Allekirjoitukset