JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
CHRISTINE STIX-HACKL
15 päivänä maaliskuuta 2005 [1]

I Johdanto

1. Tässä ennakkoratkaisupyynnössä on kyse muutoksenhausta hankintaviranomaisen hankintapäätöksiin sekä julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön mukaan tarjoajien ryhmittymänä pidettävän Belgian oikeuden mukaisen tilapäisen yhteenliittymän (tai uusissa hankintadirektiiveissä tarkoitetun "taloudellisten toimijoiden ryhmittymän" [2]) yksittäisten jäsenten aktiivilegitimaatiosta.

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.

2 — Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) 4 artiklan 2 kohta sekä vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (EUVL L 134, s. 1) 11 artiklan 2 kohta.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus*

2. Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY [3] (EYVL L 395, s. 33; jäljempänä direktiivi) 1 artiklassa säädetään muun muassa 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 erityi-

3 — EYVL L 395, s. 33, sellaisena kuin direktiivi on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetulla direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1).

sesti 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.

— —

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."

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

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

— —

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

— — "

4. Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY [4] 21 artikla kuuluu seuraavasti:

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

4 — EYVL L 199, s. 54; myöhemmin muutettu.

B *Kansallinen lainsäädäntö*

5. Asiaa koskevat 12.1.1973 Conseil d'État'sta annetun kootun säännöstön 19 §:n 1 momentin säännökset, joissa säädetään muun muassa aktiivilegitimaatiosta kumoamisvaateiden yhteydessä.

6. Code des sociétés -nimisen säädöksen 53 §:ssä on keskeiset säännökset "association momentanée" -yhteenliittymän suhteista ulospäin.

7. Tuon säädöksen 522 §:n 2 momentissa säädetään, että Société Anonyme -yhtiötä edustaa muun muassa oikeudessa hallitus. Säännöksessä säädetään myös, että yhtiöjärjestyksessä voidaan määrätä edustus yhden tai useamman hallituksen jäsenen tehtäväksi.

III Tosiseikasto, oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely ja ennakkoratkaisukysymykset

8. *Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä* julkaistiin 30.9.1997 Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploin (jäljempänä FOREM) tarjouskilpailua koskeva ilmoitus, jossa ilmoitettiin sopimuksen tarkoitus seuraavalla tavalla: "Office régional de l'emploin (alueellisen työvoimahallinnon) Liègen piirin hallinnollisten yksiköiden käyttöön tarkoitetun ilman rakennusmaan pinta-alaa noin 6 500 neliömetrin suuruisen rakennuksen suunnittelu, toteuttaminen ja rahoitus". Ilmoituksessa täsmennettiin, että vapaat muunnelmat hyväksytään. Tämän jälkeen julkaistiin neljä tätä korjaavaa ilmoitusta.

9. Tarjousilmoitus julkaistiin 20.2.1998. Tarjouksia saatiin viisi, tarjoajien ryhmittyminä (associations momentanées, tilapäiset yhteenliittymät) muiden muassa ryhmittymät Espace Trianon — SOFIBAIL ja C.I.D. P.-B.P.C. Tarjoajien ryhmittymä Espace Trianon — SOFIBAIL muodostui Espace Trianon SA:sta (jäljempänä Espace) ja Société Wallone de Location-Financement SA:sta (jäljempänä SOFIBAIL).

10. FOREMin hallintokomitea (comité de gestion) päätti FOREMin Liègen aluejohdon hallinnollisten yksiköiden käyttöön tarkoitetun ilman rakennusmaan pinta-alaa noin 6 500 neliömetrin suuruisen rakennuksen suunnittelua, toteuttamista ja rahoitusta koskevan sopimuksen tekemisestä CIDP-BPC-nimisen tilapäisen yhteenliittymän kanssa.

11. FOREMin hallintokomitea hyväksyi 8.1.1999 "perustellun päätöksen sellaisena,

kun se tehtiin 22.12.1998 pidetyssä istunnossa".

12. Tarjouskilpailun ratkaisemista koskevasta päätöksestä ilmoitettiin Espacelle ja SOFIBAILille 25.1.1999.

13. Espace ja SOFIBAIL nostivat 19.2.1999 kanteen Conseil d'Etat'ssa tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen kumoamiseksi.

14. Espace ja SOFIBAIL nostivat 8.3.1999 kanteen Conseil d'Etat'ssa 8.1.1998 tehdyn vahvistuspäätöksen kumoamiseksi.

15. Tutkittavaksi ottamista käsitellessään Conseil d'Etat tuli siihen tulokseen, että Espacen nimissä tehdyt päätökset oikeudenkäyntiin ryhtymisestä eivät olleet asianmukaisesti tehtyjä, koska niitä ei ollut tehty hallituksessa niin kuin säännöissä määrätään. Sitä vastoin SOFIBAILin päätökset oli tehty asianmukaisella tavalla.

16. Koska tarjous oli tehty tarjoajien ryhmittymän Espace-SOFIBAIL nimissä, jonka yhden jäsenen osalta päätöstä ei ollut tehty asianmukaisesti, Conseil d'Etat tutki tästä kanteiden tutkittavaksi ottamiselle aiheutuvat seuraukset.

17. Conseil d'Etat esitti 25.2.2004 tekemällään päätöksellä yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY 1 artiklaa tulkittava siten, että sen kanssa ei ole yhteensopiva 12.1.1973 annetun Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat'n (korkeimmasta hallintotuomioistuimesta annettu laki) 19 §:n 1 momentin kaltainen kansallinen lainsäädäntö, jota tulkitaan siten, että siinä asetetaan sellaisen tilapäisen yhteenliittymän jäsenille, joka ei ole oikeushenkilö ja joka on sellaisenaan osallistunut julkista hankintaa koskevaan tarjouspyyntömenettelyyn, mutta jonka kanssa ei tehty sopimusta, velvollisuus nostaa yhdessä, joko yhteenliittymän jäsenten asemassa tai omissa nimissään, kyseisen sopimuksen tekemistä koskevaa päätöstä koskeva kanne?

2) Onko tähän kysymykseen vastattava eri tavalla tapauksessa, jossa tilapäisen yhteenliittymän jäsenet toimivat yhdessä mutta jossa yhden sen jäsenen kanne jätetään tutkimatta?

3) Onko julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuk-

siin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY 1 artiklaa tulkittava siten, että sen kanssa ei ole yhteensopiva 12.1.1973 annetun Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat'n 19 §:n 1 momentin kaltainen kansallinen lainsäädäntö, jota tulkitaan siten, että siinä kielletään tällaisen tilapäisen yhteenliittymän jäsentä nostamasta erikseen, joko yhteenliittymän jäsenen asemassa tai omissa nimissään, kannetta sopimuksen tekemistä koskevasta päätöksestä?"

IV Asian arviointi

A *Yleistä*

18. Kaikki kolme ennakkoratkaisukysymystä koskevat sitä, mitä yhteisön oikeudessa on määrätty siitä, voidaanko tarjoajien ryhmittymän — tässä Belgian oikeuden mukaan perustettu tilapäinen yhteenliittymä — jäsenen muutoksenhaku ottaa tutkittavaksi.

19. Ennakkoratkaisukysymysten sanamuodon osalta on tältä osin huomattava, että kansallisen lainsäädännön yhteensopivuus yhteisön oikeuden kanssa ei voi olla EY 234 artiklan mukaisen ennakkoratkaisumenettelyn aiheena. Tämän vuoksi myös tässä menettelyssä esitetyt kysymykset on käsitettävä niin, että niiden aiheena on yhteisön oikeuden tulkinta.

20. Ensimmäinen ja kolmas kysymys koskevat perusongelmaa, jossa on kyse tarjoajien ryhmittymän yhden jäsenen aktiivilegitimaatiosta, kun taas toinen kysymys koskee sitä erityistapausta, että kaikki tarjoajien ryhmittymän jäsenet ovat nostaneet kanteen, mutta yhden jäsenen kanne on jätetty tutkimatta.

21. Esillä olevat oikeusongelmat on kuitenkin erotettava siitä menettelyä konkreettisesti koskemattomasta kysymyksestä, voiko — ja millaisin edellytyksin — tarjoajien ryhmittymällä yhteisön oikeuden mukaan olla muutoksenhaussa direktiivin mukainen aktiivilegitimaatio.

22. Toisaalta seuraavan arvioinnin on prosessuaalisista syistä rajoituttava käsiteltävänä olevan ennakkoratkaisumenettelyn erityispiirteisiin.

23. Lähtökohtana olevassa menettelyssä eli kansallisessa muutoksenhaussa on kyse hankintaviranomaisen hankintaa eli tarjouskilpailun ratkaisemista koskevan päätöksen tutkimisesta. Tässä ennakkoratkaisumenettelyssä saatuja vastauksia ei kuitenkaan ilman muuta voida soveltaa muutoksenhakuihin, jotka koskevat hankintaviranomaisen muita päätöksiä, kuten esimerkiksi osallistujien valitsematta jättämistä tarjouksentekijöiksi eli tarjousten pyytämättä jättämistä tai tarjouksen jättämistä ulkopuolelle. On myös todettava, että pääasian oikeudenkäynti koskee päätöksen kumoamista.

24. Ennakkoratkaisukysymyksiin vastaamisen on niin ikään rajoituttava pääasian oikeudenkäynnin tilanteeseen. Tämä merkitsee sitä, että pelkän lainvastaisuuden toteamisen ja vahingonkorvaukseen velvoittamisen suhteen yhteisön oikeudesta voisi hyvinkin seurata muita velvoitteita.

25. Lisäksi tarjoajien ryhmittymä, josta pääasian oikeudenkäynnissä on kyse, perustettiin sopimusteitse, eikä sillä ainakaan asiakirjojen mukaan ole kansallisen lainsäädännön mukaan oikeushenkilöllisyyttä.

26. Tältä osin voidaan kuitenkin todeta, että aineellista oikeutta koskevissa hankintadirektiiveissä — niin uusissa kuin vanhoissakin — säädetään nimenomaisesti tarjousten tekemisestä "tarjoajien ryhmittyminä" tai "taloudellisten toimijoiden ryhmittyminä". Yhteisön oikeudessa suodaan tällöin näille kilpailijoille ja tarjouksentekijöille määrättyjä oikeuksia ja erityisesti oikeus osallistua hankintamenettelyyn. Näistä yhteisön oikeuden säännöksistä seuraa tarjouksentekijöiden osallistumiskelpoisuus.

27. Edelleen tässä ennakkoratkaisumenettelyssä on kyse ainoastaan yksimielisyyssäännöstä tai paremminkin tarjoajien ryhmittymän yksittäisten jäsenten aktiivilegitimaatiosta, ei sitä vastoin tarjoajien ryhmittymän jäsenten muutoksenhakua koskevien muitten jäsenvaltioissa olemassa olevien tai mahdollisten kansallisten säännösten yhteensopivuudesta.

28. Lopuksi on vielä todettava, että siinä tapauksessa, että yhteisön oikeus velvoittaa jäsenvaltiot myöntämään tarjoajien ryhmittymälle itselleen aktiivilegitimaation, ryhmittymän jäsenen aktiivilegitimaatiota ei edellytetä tehokkaan oikeussuojan turvaamiseksi. Tällaisessa tapauksessa menettelyä koskeva oikeusongelma supistuisi kysymykseen siitä, kuka voi toimia aktiivilegitimaation saaneen tarjoajien ryhmittymän puolesta.

B *Ensimmäinen ja kolmas ennakkoratkaisukysymys*

29. Ensimmäisessä ja kolmannessa ennakkoratkaisukysymyksessä on kummassakin lähtökohtana sovellettava kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan vain kaikki tilapäisen yhteenliittymän jäsenet — ei yksittäinen jäsen — voivat hakea muutosta hankintaviranomaisen hankintapäätökseen, mikä tarkoittaa kanteen nostamista sen kumoamiseksi. Niin ollen on paikallaan antaa yhteinen vastaus ensimmäiseen ja kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen.

1. Lähtökohta: direktiivissä tarkoitettu "tavoitteleminen"

30. Lähtökohdan tähän muodostavat direktiivin 1 artiklan 3 kohdassa säädetyt aktiivilegitimaation myöntämisedellytykset. Kohdan mukaan jäsenvaltiot varmistavat, "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".

31. Yhteisöjen tuomioistuin on aina painottanut oikeuskäytännössään, että yhteisön oikeuden mukaan tämän edellytyksen on täytyttävä. [5]

32. Esillä olevan ennakkoratkaisuasian — jossa on kyse tarjoajien ryhmittymästä — kannalta merkittävä on asiassa Makedoniko annettu tuomio. Siinä yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että 1 artiklan 3 kohdassa tarkoitetut edellytykset on otettava huomioon tutkittaessa, onko tarjoajien ryhmittymällä oltava käytettävissään direktiivissä 89/665 säädetyt muutoksenhakukeinot. [6]

33. Tuomioistuimen kannalta on näin ollen ratkaisevaa, voidaanko katsoa tarjoajien ryhmittymän tavoittelevan tai tavoitelleen kyseessä olevaa sopimusta ja sen etujen tulleen tai tulevan hankintaviranomaisen päätöksen johdosta loukatuksi direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa tarkoitetulla tavalla. [7]

34. Tätä voidaan soveltaa esillä olevan ennakkoratkaisuasian kysymyksenasetteluun, jossa ei ole kyse tarjoajien ryhmittymän

5 — Asia C-57/01, Makedoniko Metro, tuomio 23.1.2003 (Kok. 2003, s. I-1091, 65 kohta) ja asia C-230/02, Grossmann Air Service, tuomio 12.2.2004 (Kok. 2004, s. I-1791, 25 kohta).

6 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia C-57/01, tuomion 66 kohta.

7 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia C-57/01, tuomion 72 kohta.

itsensä vaan sen jäsenten aktiivilegitimaatiosta.

35. Direktiivin mukaan aktiivilegitimaatio on myönnettävä jokaiselle, joka tavoittelee hankintaa, joka olisi muutoksenhaun kohteena. Aktiivilegitimaation ja sitä varten edellytettävän tavoittelemisen osalta on lisättävä, että muutoksenhaun tutkittavaksi ottamiseen ei mikä tahansa tavoittelu riitä.

36. Tätä on korostettava myös tarjoajien ryhmittymien kyseessä ollessa. Tämä selventävä huomautus on esitettävä, koska tarjoajien ryhmittymän tavoittelun ja sen jäsenten tavoittelun sekä yksittäisten jäsenten tavoittelun välillä saattaa olla eroa, mitä komissiokin painottaa.

37. Tarjoajien ryhmittymän jäsenet kyllä tavoittelevat sitä, että tarjoajien ryhmittymä, johon ne kuuluvat, menestyy taloudellisesti. Tarjoajien ryhmittymän jäsen tavoittelee kuitenkin vain sitä, että tarjoajien *ryhmittymä* saa tilauksen, ei kuitenkaan sitä, että se *itse* saa hankintasopimuksen.

38. Sitä, onko käsillä direktiivin 1 artiklan 3 kohdassa tarkoitettu tavoitteleminen, on arvioitava tarjoajien ryhmittymän hankintasäännösten kannalta relevantin toiminnan perusteella.

39. Vastoin komission esitystä jäsenvaltiot ovat nimittäin myöntäneet aktiivilegitimaation lähtökohtaisesti niille yrittäjille, jotka ovat olleet osallisina siinä hankintamenettelyssä, jonka osalta muutosta haetaan. [8]

40. Tästä säännöstä on kaksi poikkeusta, jotka kuitenkin koskevat ainoastaan määrättyjä tapauksia: osallistumista hankintamenettelyyn ei saa pitää edellytyksenä, mikäli hankintaviranomainen ei ole pannut täytäntöön virallista hankintamenettelyä. [9] Samoin direktiivin mukaiset oikeussuojakeinot ovat käytettävissä jokaisella yrityksellä, joka on jättänyt osallistumatta vain siksi, että asetetut ehdot ovat saaneet osallistumisen näyttämään ilmeisen toivottomalta. [10]

41. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan osallistuminen hankintame-

8 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia C-230/02, tuomion 27 kohta.

9 — Asia C-26/03, Stadt Halle, tuomio 11.1.2005 (34 kohta sekä 41 kohta ja sitä seuraavat kohdat, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

10 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia C-230/02, tuomion 28 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

nettelyyn on siis jätettävä huomiotta vain niissä tapauksissa, joissa osallistuminen oli mahdotonta tai vähintäänkin toivotonta. Ratkaisevaa on näin ollen menestyksekkään hankintamenettelyyn osallistumisen mahdottomuus, minkä aiheuttaa hankintaviranomaisen menettely. *Mahdottomuudesta* on kuitenkin erotettava tapaukset, joissa yritys ei *halua* osallistua hankintamenettelyyn. Tämä koskee myös tarjoajien ryhmittymän yksittäisiä jäseniä, jotka eivät itse *halua* ottaa osaa hankintamenettelyyn.

42. Niiden yritysten osalta, jotka muodostavat tarjoajien ryhmittymän sen vuoksi, etteivät yksin kykene osallistumaan menestyksekkäästi, on huomattava, ettei syy tähän kykenemättömyyteen ole hankintaviranomaisessa.

43. Pääasian oikeudenkäynnin perustana oleva tilanne eroaa niistä mahdottomuustapauksista, joissa ei voida edellyttää osallistumista, toiseltakin kohdin: siinä on osallistuttu ja tehty tarjouskin. Se, että näin on tehnyt tarjoajien ryhmittymä eikä sen jäsen, ei ole ratkaisevaa. Näin on siksi, että jäsenet eivät esiinny muutoksenhaussa yrityksinä, joilla ei ole kytköstä tarjoajaan eli tarjoajien ryhmittymään, vaan tämän jäseninä. Koska yksittäiset yritykset siis vetoavat asemaansa tarjoajien ryhmittymän jäseninä, pitää kyseisen ryhmittymän käyttäytymisen olla luettavissa niiden käyttäytymiseksi tai siihen on voitava vedota niitä vastaan.

2. Aineellisen oikeuden merkitys aktiivilegitimaation kannalta

44. Prosessioikeudellinen oikeus hakea muutosta seuraa näin ollen aineellisesta osallistumisesta hankintamenettelyyn joko ehdokkaana tai — kuten pääasian oikeudenkäynnissä — tarjoajana.

45. Tämä rinnakkaisuus tulee esiin myös asiassa Makedoniko annetussa tuomiossa, jonka mukaan "siltä osin kuin julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyn yhteydessä tehdyllä hankintaviranomaisen päätöksellä loukataan yhteisön lainsäädännössä urakoitsijaryhmittymälle myönnettyjä oikeuksia, tämän ryhmittymän on voitava saada käyttää direktiivissä 89/665 säädettyjä muutoksenhakukeinoja". [11]

11 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia C-57/01, tuomion 73 kohta.

46. Aktiivilegitimaatio on siis yhteisön oikeuden mukaan myönnettävä sille, jolla on aineellisia oikeuksia. Aineellisten hankintadirektiivien mukaiset oikeudet kuuluvat kuitenkin tarjoajien ryhmittymän tapauksessa tälle itselleen. Tarjoajien ryhmittymä esiintyy hankintamenettelyssä ulospäin yhteenliittymänä. Vain se on mahdollisen tarjouskilpailun ratkaisun adressaatti.

47. Samoin se seikka, että kansallisen oikeuden mukaan myös tarjoajien ryhmittymän jäsenillä on tiettyjä velvoitteita, mahdollisesti ulospäinkin, saattaa olla ratkaiseva kansallisen prosessioikeuden kannalta. Niinpä yhtäältä aineellisten oikeuksien ja velvoitteiden ja toisaalta oikeussuojan välisen rinnakkaisuuden periaate voi kansallisessakin oikeudessa saada merkitystä.

48. Ennakkoratkaisukysymyksiin annettavan vastauksen on yhteisön oikeuden näkökulmasta pohjauduttava siihen ajatukseen, että direktiivin tarkoituksena on toteuttaa aineellisista hankintadirektiiveistä johdettavat oikeudet.

49. Jos tätä periaatetta sovelletaan pääasian oikeudenkäyntiin, päädytään siihen, että direktiivi takaa oikeussuojan ainoastaan *tarjoajalle* eli tässä tapauksessa tarjoajien ryhmittymälle. Juuri pääasian oikeudenkäynnissä on havaittavissa tarjoajien ryhmittymille tyypillinen piirre eli se, että ryhmittymän yksittäiset jäsenet eivät erikoistumisensa vuoksi pystyisi toteuttamaan koko sopimusta. On korostettava, ettei niillä ollut aikomustakaan tehdä näin.

50. Rinnakkaisuusperiaatekaan ei puolla sitä, että direktiivin mukaan aktiivilegitimaatio on myönnettävä yksittäisillekin jäsenille.

51. Direktiivistä voidaan sellaisenaan johtaa ainoastaan tarjoajien ryhmittymän aktiivilegitimaatio. Tästä taas seuraa, että tarjoajien ryhmittymän yksittäisillä jäsenillä ei yhteisön oikeuden mukaan ole oikeutta hakea *omissa* nimissään muutosta hankintapäätökseen.

52. On vielä selvittämättä, voivatko tarjoajien ryhmittymän yksittäiset jäsenet edes sen nimissä hakea samalla tavoin muutosta niin, että muutoksenhaku otetaan tutkittavaksi.

53. Tähän liittyen on, kuten kaikkiin kansallisiin menettelysäännöksiin nähden, muistettava vastaavuusperiaate ja tehokkuusperiaate.

54. Nämä yhteisön oikeuden periaatteet on — mitä tulee julkisiin hankintoihin liittyvään oikeussuojaan — nimenomaisesti vahvistettu direktiivin 1 artiklassa. Tehokkuusvaatimuksen osalta jäsenvaltiot velvoitetaan direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa varmistamaan, että hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta *tehokkaasti* ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista. Tässä tarkoitetusta tehokkuusvaatimuksesta johtuva kriteeri ei kuitenkaan ole mitenkään ehdoton.

55. Yhteisöjen tuomioistuin on eräässä julkisia hankintoja koskevassa asiassa painottanut, että "tehokkuusperiaatetta sovellettaessa kaikkia tapauksia, joissa on kyse siitä, tekeekö kansallinen menettelysääntö yhteisön oikeuden soveltamisen mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi, on tarkasteltava ottaen huomioon tämän säännön merkitys koko oikeudenkäynnin, sen kulun sekä sen erityispiirteiden kannalta". [12]

56. Asiassa Fritz antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin korosti vielä yhtä periaatetta:

"Vaikka direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa nimenomaisesti sallitaan jäsenvaltioiden itse päättää yksityiskohdista, joiden mukaisesti ne varmistavat, että kyseisessä direktiivissä tarkoitetut muutoksenhakumenettelyt ovat niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain julkista hankintaa ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata, tällä ei kuitenkaan sallita jäsenvaltioiden tulkitsevan käsitettä 'julkisen hankinnan tavoitteleminen' siten, että tällä tulkinnalla voidaan vaarantaa kyseisen direktiivin tehokas vaikutus." [13]

57. Asiassa Grossmann antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin on hyväksynyt kansalliset säännökset, joissa "tavoittelu" määritellään tarkemmin ja siten rajoitetaan aktiivilegitimaatiota:

"Tässä tilanteessa sen toteaminen, ettei henkilö, joka ei ole osallistunut hankintamenettelyyn ja joka ei ole hakenut muutosta hankintaviranomaisen päätökseen, jolla vahvistetaan tarjouskilpailua koskevaan ilmoitukseen sisältyvät eritelmät, ole ollut tavoittelemassa kyseistä hankintaa eikä hänellä näin ollen ole oikeutta käyttää

12 — Asia C-327/00, Santex, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1877, 56 kohta); vrt. asia C-312/93, Peterbroeck, tuomio 14.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4599, 14 kohta).

13 — Asia C-410/01, Fritsch ym., tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6413, 34 kohta).

direktiivissä 89/665 tarkoitettuja muutoksenhakumenettelyjä, ei vaaranna mainitun direktiivin tehokasta vaikutusta." [14]

58. Tästä oikeuskäytännöstä seuraa tämän vuoksi, että ainoastaan tarjoajien ryhmittymä tavoittelee hankintaa aktiivilegitimaatioon vaadittavalla tavalla, ei yksittäinen sen jäsen.

3. Yksimielisyyssäännön vaikutusten arviointi

59. Näin ymmärrettyjen vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen ohella on punnittava myös yksimielisyyssäännön vaikutuksia.

60. Tämä pitää paikkansa ensinnäkin komission esittämän vaikutuksen osalta, jonka mukaan yksimielisyyssääntö vähentää muutoksenhakumahdollisuuksia, ja tämä rajoitus saa julkisia hankintoja koskevan oikeussuojan edellyttämän nopeuden vuoksi tavallista enemmän painoa.

61. Kuitenkin muidenkin tarjoajien kuin tarjoajien ryhmittymien on täytettävä vastaavat prosessinedellytykset huolehtiakseen kulloistakin oikeudellista muotoa vastaavasta edustuksesta. Kyseessä on siis tarjoajien ryhmittymienkin osalta tarkkaan ottaen ainoastaan sisäisestä tahdonmuodostuksesta, kuten muidenkin tarjouksentekijöiden osalta on ollut.

62. Siitä, että yksimielisyyssääntö voi kaiken lisäksi johtaa siihen, että tarjoajien ryhmittymän sopimuksentekointressin säilyminen riippuu yksittäisestä jäsenestä, ei yksistään tämän vuoksi seuraa, että edellä mainittuja periaatteita on loukattu. Tarjoajien ryhmittymän yksittäisten jäsenten yhteistoiminta ei nimittäin ole prosessioikeuden erikoisuus; yhteistoimintaahan edellytetään jopa jo ennen hankintamenettelyyn osallistumista ja jo kauan ennen tarjouksen tekemistä esimerkiksi ryhmittymää muodostettaessa.

63. Se seikka, että yksittäisten jäsenten intressien osalta voi olla eroja, saattaa kyllä yksimielisyyssääntöä sovellettaessa vaikeuttaa muutoksenhakua, joskaan ei pidä sivuuttaa sitä, että jäsenten enemmistöllä saattaa olla myös muutoksenhaun osalta muita pyrkimyksiä kuin yksittäisillä jäsenillä.

14 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia C-230/02, tuomion 39 kohta.

64. Komission käsityksen mukaan yksimielisyyssäännön nojalla tarjoajien ryhmittymän on otettava tietty oikeudellinen muoto. Tältä osin on huomattava, että sääntö pikemminkin johtaa siihen, että on pidättäydyttävä tietystä muodosta.

65. Lisäksi jokaisella tarjoajien ryhmittymällä on oltava konkreettinen yhteistoimintamuoto, joka säännönmukaisesti luodaan sopimuksella. Siinä ei tämän vuoksi vastoin komission käsitystä voi olla kyse direktiivin 93/37 21 artiklan rikkomisesta, sillä velvollisuus tietyn oikeudellisen muodon ottamiseen ei vielä synny tätä kautta. Päätös muodostaa tarjoajien ryhmittymä tehdään tietoisesti ja myös tietoisena siihen liittyvistä eduista ja haittapuolista.

66. Tällaisen sopimuksen aiheena voi olla myös muutoksenhakuoikeuden käyttäminen. Tällaisesta sopimuksesta johtuvia etuja yhdelle tarjoajien ryhmittymän jäsenelle ei voida pitää velvoituksena tiettyyn oikeudelliseen muotoon.

67. Katsoessaan lopuksi, että yksimielisyyssääntö vaikuttaa jo tarjoajien ryhmittymää muodostettaessa, komissio jättää huomiotta, että nimenomaan tieto mahdollisista vaikeuksista oikeussuojan saannissa aiheuttaa sen, että vastaaviin ennakkotoimiin voidaan ryhtyä jo ryhmittymän perustamissopimuksessa. Näissä sääntelyissä voidaan määrätä edustuksesta jäsenen välityksellä tai tietystä enemmistösäännöstä.

68. Yksimielisyyssäännössä ei myöskään voida nähdä syrjintää muita yhtiöoikeudellisia muotoja kohtaan, sillä myös sellaisten tarjoajien, jotka eivät esiinny tarjoajien ryhmittymänä, on noudatettava niitä koskevia yhtiöoikeuden ja prosessioikeuden säännöksiä. Tämä koskee esimerkiksi niiden säännösten huomioon ottamista, jotka koskevat yhtiöiden toimielinten oikeutta edustaa yhtiötä. Tarjoajien ryhmittymän ominaispiirteet osoittavat vain, että kullakin oikeudellisella muodolla on määrätyt erityispiirteensä.

69. Komission useiden näkökulmien yhteydessä esiin tuoman yksimielisyyssäännöstä seuraavan päätöksenteon halvaantumisen lainsäätäjä voi ehkäistä, kuten jo on esitetty, niissä kansallisissa oikeusjärjestyksissä, joissa yksimielisyyssääntö on tahdonvaltaista oikeutta. Tässä tapauksessa voitaisiin siitä poikkeavat ratkaisut tehdä perustamissopimuksen vastaavan muotoilun avulla tai — jos aihetta on — jäsenten päätöksellä, joka perustuu välittömästi kansallisen yhtiöoikeuden asiaa koskevin säännöksin.

70. Esillä olevassa menettelyssä on useaan otteeseen viitattu mahdollisuuteen sopia enemmistösäännöstä tai säätää edustuksesta jäsenen välityksellä pääasian oikeudenkäynnissä sovellettavan kansallisen oikeusjärjestyksen mukaan esimerkiksi "mandat"-muodossa.

71. Yhteisön lainsäätäjän tarkoittama helpompi pääsy tehokkaan oikeussuojan piiriin sivuutettaisiin kuitenkin esimerkiksi silloin, jos kansallisessa oikeudessa on edustuksesta säännöksiä, jotka johtavat ulkomaisten tarjoajien ryhmittymien syrjintään tai joiden noudattaminen on käytännössä mahdotonta.

72. Se, että monissa jäsenvaltioissa myös tarjoajien ryhmittymän yksittäiset jäsenet voivat hakea muutosta, ei muuta sitä seikkaa, että direktiivissä tätä ei edellytetä. Jäsenvaltiot voivat lähtökohtaisesti vapaasti ylittää direktiivissä säädetyn vähimmäistason. [15] Tällöin esiin kuitenkin nousee kysymys siitä, onko tällainen ensi katsomalta antelias ja tarjoajaystävällinen kansallinen säännöstö yhteisön oikeuden mukainen. Tämä oikeuskysymys ei kuitenkaan ole tämän ennakkoratkaisumenettelyn aiheena.

73. Sitä näkemystä vastaan, että yhteisön oikeudessa asetetaan velvollisuus myöntää aktiivilegitimaatio myös yksittäisille jäsenille, puhuu vielä sekin, että myös muita tarjoajien ryhmittymän jäseniä on suojattava.

74. Aktiivilegitimaation myöntäminen yksittäisille jäsenille voisi näin johtaa siihen, että enemmistökin jäsenistä vastoin tahtoaan pakotettaisiin muutoksenhakumenettelyyn ja siinä menestymisen seurauksena vietäisiin mukaan uuteen tai jatkettuun hankintamenettelyyn, jota ne eivät ehkä enää edes tavoittelisi tehtyään tällä välin jo muita sopimuksia.

75. Kysymykseen siitä, kielletäänkö yhteisön oikeudessa päinvastoin myöntämästä tarjoajien ryhmittymän yksittäisille jäsenille aktiivilegitimaatiota, ei tässä mennä. Käsiteltävänä olevassa menettelyssä on selvitettävä vain, onko erityinen kansallinen kielto vastoin yhteisön oikeutta, eli toisin sanoen, salliiko yhteisön oikeus aktiivilegitimaation rajoittamisen yksinomaan tarjoajien ryhmittymän jäsenten kokonaisuuteen.

76. Yhteisön oikeudessa ei lähtökohtaisesti edellytetä, että jäsenvaltiot myöntävät tarjoajien ryhmittymän yksittäisille jäsenille aktiivilegitimaation muutoksenhakuun omissa nimissään. Yhteisön oikeudessa ei myöskään edellytetä, että yksittäisten jäsenten on saa-

15 — Asia C-315/01, GAT, tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6351, 45 kohta).

tava hakea muutosta tarjoajien ryhmittymän nimissä. Tällaista ei edellytetä ainakaan niiden jäsenvaltioiden osalta, joiden kansallinen lainsäädäntö ei ole pakottava sikäli kuin siinä sallitaan poikkeava järjestely tarjoajien ryhmittymille eli niiden jäsenille jo ryhmittymän perustamissopimuksessa tai myöhemmin päätöksissä.

77. Ensimmäiseen ja kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen on näin ollen vastattava, että direktiivin 89/665 1 artiklaa on tulkittava niin, että sen kanssa ristiriidassa ei ole sellainen kansallinen säännös, jossa asetetaan sellaisen tilapäisen yhteenliittymän jäsenille, joka ei ole oikeushenkilö ja joka on sellaisenaan osallistunut julkista hankintaa koskevaan tarjouspyyntömenettelyyn, mutta jonka kanssa ei tehty sopimusta, velvollisuus nostaa yhdessä, joko yhteenliittymän jäsenten asemassa tai omissa nimissään, kyseisen sopimuksen tekemistä koskevaa päätöstä koskeva kanne ja jossa kielletään tällaisen tilapäisen yhteenliittymän jäsentä nostamasta erikseen, joko yhteenliittymän jäsenen asemassa tai omissa nimissään, kannetta sopimuksen tekemistä koskevasta päätöksestä. Asia on näin sillä edellytyksellä, ettei tämä kansallinen säännös tee yhteisön oikeuden soveltamista mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi. Näin on silloin, kun kansallisessa lainsäädännössä sallitaan poikkeavia ratkaisuja tarjoajien ryhmittymien jäsenille.

C *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

78. Toinen ennakkoratkaisukysymys koskee aktiivilegitimaatiota tietyssä erityistapauksessa, jossa tilapäisen yhteenliittymän jäsenet toimivat yhdessä mutta jossa yhden sen jäsenen kanne jätetään tutkimatta.

79. Oikeuskysymyksenä on tällöin, onko yhteisön oikeuden mukaan kansallisen yksimielisyyssäännön osalta tehtävä ero yksimielisyyden puuttumisen syyn mukaan.

80. Komission ja FOREMin mukaan — joskin eri perustein — vastaus on kieltävä.

81. Kuten Itävalta aivan oikein toteaa, toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen kannalta tai, kuten edellä on esitetty, direktiivin 1 artiklassa nimenomaisesti säädetyn, nopeaa ja tehokasta oikeussuojaa koskevan periaatteen perusteella.

82. Näitä periaatteita on voitu loukata tiettyjen seikkojen tai tiettyjen kansallisten säännösten vuoksi. Tässä ennakkoratkaisumenettelyssä on kysymys siitä, millaisia rajoja nämä periaatteet asettavat niille vaikutuksille, joita seuraa yksimielisyyssäännön soveltamisesta pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltaisessa tapauksessa.

83. Kuten asiassa Santex [16] annetusta tuomiosta selkeästi käy ilmi, ja kun sitä verrataan asiassa Universale Bau annettuun tuomioon, [17] kansallisen prosessioikeuden säännöksen lainmukaisuutta kummankin periaatteen valossa arvioitaessa on otettava huomioon myös konkreettisten tosiseikkojen tapahtuessa vallinneet asianhaarat. Niinpä sellainen säännös, joka ensi katsomalta vastaa yhteisön oikeuden vaatimuksia, saattaa paljastua yhteisön oikeuden vastaiseksi vasta tietyssä tilanteessa.

84. EY 234 artiklan mukaisessa ennakkoratkaisumenettelyssä yhteisöjen tuomioistuimen on kuitenkin rajoituttava vastaamaan ennakkoratkaisukysymyksiin ja oltava antamatta muita lausuntoja. Tämän johdosta muita kuin pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevia tilanteita ja niiden oikeudellista merkitystä ei ole tarpeen tarkastella yhteisön oikeuden kannalta.

85. Menettelyssä esillä oleva kansallinen säännös sisäisestä tahdonmuodostuksesta pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan kaltaisessa tapauksessa ei siltikään loukkaa nopean ja tehokkaan oikeussuojan vaatimusta.

86. Tämän vuoksi toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava, että ensimmäiseen kysymykseen ei ole vastattava eri tavalla tapauksessa, jossa tilapäisen yhteenliittymän jäsenet toimivat yhdessä mutta jossa yhden sen jäsenen kanne jätetään tutkimatta.

16 — Edellä alaviitteessä 12 mainittu asia C-327/00.

17 — Asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002 (Kok. 2002, s. I-11617).

V Ratkaisuehdotus

87. Kaiken edellä todetun seurauksena ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY 1 artiklaa on tulkittava niin, ettei sen kanssa ole ristiriidassa sellainen kansallinen säännös, jossa

   — asetetaan sellaisen tilapäisen yhteenliittymän jäsenille, joka ei ole oikeushenkilö ja joka on sellaisenaan osallistunut julkista hankintaa koskevaan tarjouspyyntömenettelyyn, mutta jonka kanssa ei tehty sopimusta, velvollisuus nostaa yhdessä, joko yhteenliittymän jäsenten asemassa tai omissa nimissään, kyseisen sopimuksen tekemistä koskevaa päätöstä koskeva kanne

   — kielletään tällaisen tilapäisen yhteenliittymän jäsentä nostamasta erikseen, joko yhteenliittymän jäsenen asemassa tai omissa nimissään, kannetta sopimuksen tekemistä koskevasta päätöksestä.

   Asia on näin sillä edellytyksellä, ettei tämä kansallinen säännös tee yhteisön oikeuden soveltamista mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi. Näin on silloin, kun kansallisessa lainsäädännössä sallitaan poikkeavia ratkaisuja tarjoajien ryhmittymien jäsenille.

2) Kysymykseen ei ole vastattava eri tavalla tapauksessa, jossa tilapäisen yhteenliittymän jäsenet toimivat yhdessä mutta jossa yhden sen jäsenen kanne kansallisen lainsäädännön mukaan jätetään tutkimatta.