JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ELEANOR SHARPSTON
29 päivänä lokakuuta 2009 [1]

Johdanto

1. Nämä kaksi yhteisöjen tuomioistuimen yhdistämää asiallisesti ja menettelyllisesti monitahoista asiaa nostavat esiin kysymyksiä julkisia hankintoja koskevasta yhteisön lainsäädännöstä, erityisesti muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin [2] ja julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin [3] osalta.

2. Viime kädessä molemmissa asioissa on kyse sellaisen oikeushenkilöllisyyttä vailla olevan tilapäisen yhteenliittymän, jonka tarjousta ei hyväksytty, yksittäisen jäsenen nostaman kanteen, jolla vaaditaan sopimuksentekomenettelyn kuluessa tehdyn päätöksen kumoamista, hyväksyttävyydestä.

3. Yhteisöjen tuomioistuin on aikaisemmin katsonut, että muutoksenhakukeinoista annettu direktiivi ei ole esteenä kansalliselle säännökselle, jonka mukaan silloin, kun tällaisen yhteenliittymän jäsenet tahtovat nostaa kanteen päätöksestä, jolla sopimus on tehty, niiden kaikkien on toimittava yhdessä ja kanteen on täytettävä tutkittavaksi ottamisen edellytykset niiden kaikkien osalta erikseen. [4]

4. Käsiteltävissä asioissa on kuitenkin lisänä se, että riitautettu päätös ei ole lopullinen tarjouskilpailun ratkaisu vaan sopimuskumppaniksi soveltuvuutta koskeva esipäätös, jota ei ole tehnyt hankintaviranomainen vaan erillinen sääntelyviranomainen, ja että päätöksellä on olennaista merkitystä vain yhdelle yhteenliittymän jäsenelle ja/tai että sen kumoamista ei ole vaadittu lopullisen sopimuksen saamiseksi vaan siksi, että kantaja voisi vaatia vahingonkorvausta päätöksen väitetyn virheellisyyden perusteella. Asian tekee edelleen monitahoisemmaksi se, että menettelyn ollessa käynnissä kansallinen oikeuskäytäntö on muuttunut siten, että kanne, joka olisi alun perin voitu ottaa tutkittavaksi, ei enää täytä tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä.

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33).

3 – Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1). Tämä direktiivi on käsiteltävänä olevien asioiden tosiseikaston kannalta olennaisen ajankohdan jälkeen kumottu ja korvattu julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114).

4 – Asia C-129/04, Espace Trianon ja Sofibail, tuomio 8.9.2005 (Kok., s. I-7805).

5. Nämä seikat koskevat muutoksenhakukeinoista annettua direktiiviä. Tämän direktiivin sovellettavuus riippuu siitä, kuuluuko sopimus muun muassa julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin tai rakennusurakkadirektiivin [5] soveltamisalaan. Sen sovellettavuus ei ole epäselvä toisessa asiassa, jossa on yksimielisyys siitä, että rakennusurakkadirektiivi koskee sopimusta. Se ei ole kuitenkaan yhtä varmaa ensimmäisessä asiassa, jossa julkisia palveluhankintoja koskevaa direktiiviä voidaan soveltaa tai olla soveltamatta riippuen siitä, katsotaanko kyseessä oleva sopimus palveluhankintasopimukseksi vai palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi (jäljempänä myös konsessio) (joka ei kuuluisi direktiivin soveltamisalaan).

6. Ensimmäisessä asiassa on siten ennakkokysymyksenä se, miten luokitellaan kyseessä oleva sekamuotoinen sopimus, jossa määrätään seuraavaa: julkinen viranomainen myy 49 prosenttia julkisen kasinon osakkeista korkeimman tarjouksen esittäjän tarjoamalla hinnalla ja luovuttaa tälle kasinotoiminnan harjoittamisen ja oikeuden nimittää valtaosa kasinoyrityksen hallituksen jäsenistä. Palkkio toiminnan harjoittamisesta määräytyy prosenttiosuutena liiketoiminnan voitosta. Hyväksytyn tarjouksen tekijä ottaa vastatakseen kehittämis- ja nykyaikaistamissuunnitelman täytäntöön panosta, ja julkinen viranomainen sitoutuu siihen, että jos se tulevaisuudessa harjoittaa jonkin toisen kasinon toimintaa samalla alueella, se hyvittää tämän hyväksytyn tarjouksen tekijälle.

5 – Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54).

7. Toinen merkittävä seikka koskee sitä, miten laajasti kyseessä olevan muutoksenhakukeinon edellytetään yhteisön oikeuden keskeisten säännösten ja periaatteiden mukaan olevan käytettävissä, vaikka muutoksenhakukeinoista annettua direktiiviä ei sovellettaisi.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön säännöstö

Julkisia palveluhankintoja koskeva direktiivi (92/50)

8. Julkisia palveluhankintoja koskevina sopimuksina pidetään 1 artiklan a kohdan määritelmän mukaan

”rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken, lukuun ottamatta”

erityisesti julkisia tavaranhankintoja koskevia sopimuksia ja julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia ja sopimuksia vesi-, energia-, liikenne- ja televiestintäaloilla, joita kaikkia koskevat muut direktiivit. Eräät muut sopimustyypit, jotka on määritelty niiden asiasisällön perusteella, jäävät myös soveltamisalan ulkopuolelle mutta ne eivät vaikuta

olennaisilta käsiteltävinä olevien asioiden kannalta. Hankintaviranomaisilla tarkoitetaan 1 artiklan b kohdan mukaan

”valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia, yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä”

ja palvelujen suorittajalla tarkoitetaan 1 artiklan c kohdan mukaan

”palveluja suorittavaa luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä julkisoikeudelliset laitokset mukaan luettuina”.

9. Direktiivin 2 artiklassa säädetään, että jos julkisyhteisön sopimus on tarkoitettu koskemaan sekä tavaroita että palveluja, tätä direktiiviä sovelletaan siihen, jos kyseisten palvelujen arvo on suurempi kuin tavaroiden.

10. Direktiivin 3 artiklan 1 kohdan mukaan hankintaviranomaisten on noudatettava direktiivin säännösten mukaisia menettelyjä, ja 3 artiklan 2 kohdan mukaan niiden on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti.

11. Direktiivin 8 artiklassa säädetään, että liitteessä I A [6] lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä III–VI osaston [7] säännösten mukaisesti, kun taas liitteessä I B lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on 9 artiklan mukaan tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten, jotka ovat IV ja V osastossa, mukaisesti. Direktiivin 10 artiklan mukaan sopimukset, jotka koskevat sekä liitteessä I A että liitteessä I B lueteltuja palveluja, on tehtävä III–VI osaston säännösten mukaisesti, jos liitteessä I A lueteltujen palvelujen arvo on suurempi kuin liitteessä I B lueteltujen palvelujen arvo, ja muissa tapauksissa sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti.

12. Direktiivin 14 artikla koskee erityisesti teknisiä eritelmiä, jotka on sisällytettävä kunkin sopimuksen yleisiin asiakirjoihin tai sopimusasiakirjoihin, ja 16 artikla koskee sopimuksen tekemistä koskevan ilmoituksen julkaisemista.

13. Mikään liitteessä I A luetelluista palveluista ei vaikuta olennaiselta sen luokittelua koskevan kysymyksen osalta, josta ensimmäisessä käsiteltävinä olevista asioista on kyse. Liite 1 B (johon sovelletaan vain 14 ja 16 artiklaa) sen sijaan sisältää luokat 17 ”Hotelli- ja ravintolapalvelut, 26 ”Virkistys-, kulttuuri- ja

6 – Ks. jäljempänä 13 kohta.

7 – Direktiivin III osaston otsikko on ”Sopimusten tekomenettelyjen valinta ja suunnittelukilpailujen säännöt”, IV osaston otsikko ”Tekniikan alan yhteiset säännöt”, V osaston otsikko ”Julkistamista koskevat yhteiset säännöt”, kun taas VI osasto kattaa ”Osallistumista koskevat yhteiset säännöt”, ”Laadulliset valintaperusteet” ja ”Sopimusten tekemisen perusteet”.

urheilupalvelut ja 27 ”Muut palvelut”. On selvää, että kyseessä olevat palvelut kuuluvat yhteen tai useampaan näistä luokista.

14. 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.” [8]

Muutoksenhakukeinoista annettu direktiivi (89/665)

15. Vaikka muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin nimi viittaa edelleen vain julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin, sitä kuitenkin muutettiin julkisia palveluhankintoja koskevalla direktiivillä kattamaan myös tämän direktiivin soveltamisalaan kuuluvat sopimukset.

16. Tämän muuttamisen [9] jälkeen 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että [muun muassa rakennusurakkadirektiivin ja julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin] soveltamisalaan kuuluviin sopimuksentekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, milloin edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen täytäntöön panemiseksi annettuja kansallisia säännöksiä.

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

8 – Huomautan, että tämä säännös kuuluu VI osastoon ja siten vaikuttaa ainakin muodollisesti siltä, että sitä ei sovelleta silloin, kun sopimus koskee liitteessä 1 B lueteltuja palveluja. Tämä seikka ei kuitenkaan vaikuta olennaiselta esillä olevassa asiassa siltä osin kuin siinä ei ole esitetty väitteitä siitä, että kyseiseltä yhteenliittymältä edellytettäisiin tiettyä oikeudellista muotoa, olipa tällainen vaatimus direktiivin perusteella kielletty tai ei.

9 – Käsiteltävänä olevien asioiden tosiseikastojen kannalta ratkaisevan ajankohdan jälkeen 1 ja 2 artiklaa on edelleen muutettu ja uusia yksityiskohtaisia sääntöjä lisätty neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL L 335, s. 31).

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."

17. Direktiivin 2 artiklassa säädetään erityisesti 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 täytäntöön panon keskeyttämiseksi tai niiden keskeyttämisen varmistamiseksi;

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

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot.

– –

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, muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvausten määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut.

7. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelystä vastaavien elinten päätökset voidaan panna täytäntöön tehokkaasti.

Soveltumattomuus julkisia hankintoja koskevan sopimuksen osapuoleksi

_ _”

19. Laissa 3021/2002, joka on annettu Kreikan perustuslain 14 §:n 9 momentin täytäntöön panemiseksi, säädetään rajoituksia julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemiselle tiedotusvälinealalla aktiivisesti toimivien henkilöiden kanssa. Siinä säädetään kumoamattomasta olettamasta, jonka mukaan tällä alalla toimivan yrityksen omistajan, yhtiömiehen, pääosakkaan tai johtajan asema ja sellaisen yrityksen, jonka kanssa valtio tai julkisen sektorin oikeushenkilö tekee rakennusurakka-, tavarahankinta- tai palvelusopimuksen, omistajan, yhtiömiehen, pääosakkaan tai johtajan asema eivät sovi yhteen (olettama koskee myös tiettyjä perheenjäseniä). [11]

Kansallinen lainsäädäntö

Kasinoluvat

18. Kasinoista annetun lain 2206/1994 [10] 1 §:n 7 momentin mukaan kasinoluvat myönnetään seitsenjäsenisen komission järjestämän kansainvälisen tarjouskilpailumenettelyn jälkeen. Lain 3 §:n mukaan kasinot ovat valtion valvonnassa.

20. Ennen tarjouskilpailun ratkaisemista tai sopimuksen tekemistä hankintaviranomaisen on saatava Ethniko Simvoulio Radiotileorasisilta (kansallinen radio- ja televisioneuvosto, jäljempänä ESR) todistus siitä, että tällaista yhteensopimattomuutta ei ole. Jos tällaista todistusta ei saada, sopimus on pätemätön. ESR:n päätös on sitova, mutta kuka tahansa henkilö, jota asia koskee, voi riitauttaa sen tuomioistuimessa.

10 – Ennakkoratkaisupyynnössä ei ole mainittu tätä säännöstä, mutta Kreikan hallitus on viitannut siihen kirjallisissa huomautuksissaan.

11 – Laki 3021/2003 on sittemmin korvattu lailla 3310/2005, jota on muutettu lailla 3414/2005. Uusista säännöksistä ilmenee, että yhteensopimattomuus perustuu osakkeenomistusten sijaan tiettyihin rikoksiin syyllistymiseen.

21. Yhteisöjen tuomioistuin on äskettäin asiassa Michaniki [12] antamassaan tuomiossa todennut, että yhteisön oikeus on esteenä tällaiselle kumoamattomalle oletukselle, vaikka sillä tavoiteltavat päämäärät, tarjoajien yhdenvertainen kohtelu ja sopimuksentekomenettelyjen avoimuus, ovat hyväksyttäviä. Yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan todennut, että yhteisön oikeus olisi esteenä kuvatunkaltaiselle kumoamattomalle olettamalle.

Muutoksenhakukeinot hankintamenettelyissä

22. Muutoksenhakukeinoista annettu direktiivi on pantu Kreikassa täytäntöön lailla 2522/1997, jonka 2 §:n 1 momentissa säädetään, että kenellä tahansa, jolla on intressi tietyn julkisia rakennusurakoita, tavaranhankintoja tai palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseen ja joka saattaa kärsiä vahinkoa yhteisön lainsäädännön tai kansallisen lainsäädännön rikkomisen vuoksi, on oikeus vaatia tiettyjen yksityiskohtaisten sääntöjen mukaisesti tuomioistuimessa väliaikaista oikeussuojaa, lainvastaisen päätöksen kumoamista tai pätemättömäksi julistamista ja vahingonkorvausta.

23. Saman lain 4 §:n 1 momentissa täsmennetään, että oikeutta vaatia kumoamista tai pätemättömäksi julistamista sovelletaan kaikkiin julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekemiseen johtavan menettelyn vaiheisiin liittyvään yhteisön oikeuden tai kansallisen oikeuden oikeussäännön väitettyyn rikkomiseen. Lain 4 §:n 2 momentissa säädetään, että sillä, että hankintaviranomaisen toimi tai laiminlyönti on julistettu pätemättömäksi tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeen, ei ole vaikutusta itse sopimukseen, ellei sopimuksentekomenettelyä ole väliaikaismääräyksellä keskeytetty; kantaja voi tässä tapauksessa vaatia vahingonkorvausta 5 §:n mukaisesti.

24. Lain 5 §:n 1 momentissa täsmennetään, että vahingonkorvausta koskevat siviililain 197 ja 198 §:n säännökset (sopimusneuvotteluihin perustuvia vahinkoja koskevasta korvausvastuusta) ja että mitään säännöksiä, joilla evätään tämä oikeus tai rajoitetaan sitä, ei voida soveltaa. Lain 5 §:n 2 momentissa säädetään (muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin 2 artiklan 5 kohdan mukaisesti), että vahingonkorvausta ei voida myöntää, ellei toimivaltainen tuomioistuin ensin kumoa tai julista pätemättömäksi kyseistä lainvastaista toimea tai laiminlyöntiä, mutta siinä sallitaan pätemättömäksi julistamista koskevan kanteen ja vahingonkorvauskanteen yhdistäminen yleisesti sovellettavien säännösten mukaisesti.

25. Presidentin asetuksen 18/1989, jolla kodifioidaan Simvoulio tis Epikrateiasia (ylimmän oikeusasteen hallintotuomioistuin) koskevat lait, 47 §:n 1 momentissa annetaan

12 – Asia C-213/07, Michaniki, tuomio 16.12.2008 (Kok., s. I-10061, erityisesti 50 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Tämä tuomio on annettu sen jälkeen, kun ennakkoratkaisupyynnöt nyt käsiteltävissä asioissa oli esitetty ja kun kirjalliset huomautukset oli jätetty.

kenelle tahansa luonnolliselle henkilölle tai oikeushenkilölle, joiden laillisiin intresseihin hallinnollinen toimi vaikuttaa, oikeus vaatia sen kumoamista.

26. Mainittu tuomioistuin (joka vaikuttaa olevan ainoa toimivaltainen tuomioistuin ratkaisemaan julkisia hankintoja koskevien menettelyjen pätevyyden) on vuodelta 1992 peräisin olevien jaostoratkaisujen perusteella tulkinnut tätä säännöstä vakiintuneesti siten, että siinä annetaan jokaiselle menettelyyn osallistuvan yhteenliittymän jäsenelle oikeus nostaa kanne tarjouskilpailun ratkaisun kumoamiseksi. Tuomioistuin kuitenkin päätti kahden nyt käsiteltävän asian pääkäsittelyn aikana täysistuntokokoonpanossa, että tällaista kannetta ei voida ottaa tutkittavaksi, elleivät kaikki yhteenliittymän jäsenet ole esittäneet sitä yhdessä (erityisesti sillä perusteella, että sopimus voidaan tehdä vain menettelyä varten muodostetun yhteenliittymän kanssa, jos alkuperäinen sopimuksen tekemistä koskeva toimi kumotaan). Tällä tulkinnalla on yhdessä lain 2522/1997 5 §:n 2 momentin kanssa vaikutuksia yhteenliittymän yhden jäsenen mahdollisuuteen nostaa vahingonkorvauskanne menettelyn virheellisyyden perusteella.

Tosiseikasto, asian käsittely ja ennakkoratkaisukysymykset

Asia C-145/08

27. Toimivaltainen ministeriöidenvälinen komitea päätti lokakuussa 2001 yksityistää Elliniko Kazino Parnithas AE -nimisen yhtiön (jäljempänä EKP, joka on Ellinika Touristika Akinita AE -nimisen yhtiön, jäljempänä ETA, tytäryhtiö), joka on Kreikan valtion kokonaan omistama kasinotoimintaa harjoittava yritys. Tarjouskilpailuilmoituksen mukaan esivalintavaiheessa ratkaistaan, mitkä tarjoajat täyttävät asetetut edellytykset. Tarjoaja, jonka kanssa sopimus tehdään, oli määrä valita myöhemmässä vaiheessa. Esivalinnassa valittiin kaksi yhteenliittymää.

28. Yksityiskohtaiset sopimusehdot esitettiin täydentävään ilmoitukseen liitetyssä sopimusluonnoksessa huhtikuussa 2002. [13]

29. Näiden ehtojen 3 kohdassa määrättiin, että sopimus olisi ”sekamuotoinen” sopimus,

13 – Sopimusasiakirjan olennaiset osat toistettiin tai niistä esitettiin tiivistelmä ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä. Ehdotan, että Kreikan hallituksen eräässä menettelyn vaiheessa esittämää osittain ristiriitaista versiota ei oteta huomioon. Tällaiset seikat kuuluvat joka tapauksessa kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi.

joka pääpiirteissään kattaisi neljä sopimusta, joiden mukaan

– ETA myisi EKP:n osakkeita (49 % niistä) AEAS:lle (osakeyhtiö, joka tarjoajan, jonka kanssa sopimus tehdään, on määrä perustaa tätä tarkoitusta varten) [14]

– AEAS saisi oikeuden nimittää valtaosan EKP:n hallituksen jäsenistä ja siten hallita yhtiötä sopimusehtojen mukaisesti

– AEAS ottaisi vastattavakseen kasinoliiketoiminnan harjoittamisesta maksua vastaan

– AEAS antaisi EKP:n toimintaa ja kasinoliiketoimintaa harjoittavana tahona ETA:lle sitoumuksen siitä, että se panee täytäntöön kehittämissuunnitelman, joka EKP:n hallituksen on määrä hyväksyä.

30. Kehittämissuunnitelmaan oli tarkoitus sisältyä kasinon kunnostaminen ja tarjottujen palvelujen parantaminen, kahden siihen liittyvän hotelliyksikön kunnostaminen ja ympäröivän maa-alueen rakentaminen, ja tämä kaikki oli määrä suorittaa 750 päivän kuluessa rakennusluvan saamisesta.

31. Sopimusluonnoksen 14 kohta koski AEAS:n kasinotoiminnan harjoittamista ja palkkiota siitä. Toiminnan oli ensisijaisesti oltava varovaista, kokonaisuudessaan lainmukaista ja EKP:lle taloudellisesti kannattavaa (13 kohdan 7 alakohdassa täsmennettiin lisäksi, että EKP:tä oli johdettava siten, että ensimmäisen viitenä vuonna saavutetaan vuosittain vähintään 105 000 000 euronvoitto ennen veroja). Vastikkeena AEAS saisi summan, joka on korkeintaan porrastettu prosenttiosuus vuosittaisesta liiketoiminnan voitosta (ja laskee korkeintaan 30 000 000 euron voitosta saatavasta 20 prosentista yli 90 000 000 euronvoitosta saatavaan viiteen prosenttiin) ja kaksi prosenttia liikevaihdosta.

32. Sopimusluonnoksen 21 kohdan 1 alakohdan mukaan ETA:n on maksettava AEAS:lle hyvitys, joka vastaa 70:tä prosenttia AEAS:n ostamien EKP:n osakkeiden arvosta vähennettynä kymmenesosalla joka vuosi, jos se ryhtyy lainmukaisesti harjoittamaan minkä tahansa muun kasinon toimintaa samalla alueella (Attica) kymmenen vuoden kuluessa sopimuksen voimaantulosta.

14 – Kreikan hallituksen yhteisöjen tuomioistuimen kirjalliseen kysymykseen antaman vastauksen mukaan tarjoaja, jonka kanssa sopimus tehtiin, maksoi osakkeista 110 000 000 euroa.

33. Sen 23 kohdan 1 alakohdan mukaan sopimus päättyy kymmenennen sen voimaantuloa seuraavan vuoden päättyessä. [15]

34. Sopimus päätettiin tehdä Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Thessaloniki) AE -nimisen yhtiön (nykyiseltä nimeltään Regency Entertainment Psychagogiki Touristiki AE, jäljempänä Regency) johtaman yhteenliittymän kanssa. ETA pyysi ESR:ltä todistusta siitä, että yksikään yhteenliittymään kuuluvien yritysten omistajista, yhtiömiehistä, pääosakkaista tai johtajista ei ollut asemassa, joka olisi ristiriidassa laissa 3021/2002 säädettyjen edellytysten kanssa, ja sai tällaisen todistuksen.

35. ESR:n päätöstä koskeva kumoamiskanne, jossa väitetään, että Regency-yhteenliittymän yhden jäsenyrityksen johtajalla oli sopimaton yhteys tiedotusvälinealaan (hän oli kreikkalaisen mediakonsernin pääomistajan poika), on nyt Simvoulio tis Epikrateiasin käsiteltävänä.

36. Kannekirjelmä jätettiin yhteenliittymän, jonka kanssa sopimusta ei päätetty tehdä, ja sen seitsemän jäsenen nimissä. Simvoulio tis Epikrateiasin asiaa käsitellyt jaosto jätti tutkimatta sen siltä osin kuin se oli nostettu yhteenliittymän ja sen neljän jäsenen nimissä, sillä ne eivät esiintyneet oikeudessa eikä asianajajalla ollut asianmukaista valtuutusta toimia niiden puolesta. Siltä osin kuin kanteen nostivat muut kolme jäsentä, mukaan lukien Club Hotel Loutraki (jäljempänä Loutraki), jaosto siirsi asian sen tärkeyden vuoksi käsiteltäväksi täydessä kokoonpanossa. Näin toimimalla jaosto sovelsi silloin vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jonka mukaan yhteenliittymän tiettyjen jäsenten nostama kanne voitiin ottaa tutkittavaksi. Sen ratkaisu jättää kanne tutkimatta muiden kantajien osalta on nyt lainvoimainen eikä siihen voida hakea muutosta menettelyssä, joka käydään täydessä kokoonpanossa, joka on – sittemmin – kumonnut aikaisemmin vakiintuneen oikeuskäytännön. [16]

37. Kanteen aineellisen sisällön osalta Simvoulio tis Epikrateias korostaa sitä, että sopimus on sekamuotoinen ja että se käsittää i) osakkeiden myynnin tarjoajalle, jonka kanssa sopimus tehdään ja johon ei sellaisenaan sovelleta yhteisön julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, ii) tämän tarjoajan kanssa, joka ottaa vastatakseen kasinotilojen hoitamisesta, tehtävän palvelusopimuksen ja iii) sitoumuksen suorittaa tietyt rakennusurakat. Kolmesta osasta i) on ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mukaan sopimuksen päätarkoitus, ii) sitä täydentävä ja iii) vähiten merkittävä.

15 – Oletan, vaikka ennakkoratkaisupyynnöstä ei ilmene mitään, että tämä liittyy kasinotoiminnan harjoittamista koskeviin erilaisiin sitoumuksiin eikä sillä ole vaikutusta osakkeiden luovutukseen.

16 – Ks. edellä 25 kohta.

38. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin pohtii sitä, onko sopimuksen ii) osa luokiteltava *palvelukonsessioksi*, johon yhteisön direktiivejä ei sovelleta. Tämä saattaa riippua siitä, miltä osin tarjoaja, jonka kanssa sopimus tehdään, kantaa riskin kyseisten palvelujen suorittamisesta, kun pidetään mielessä se, että palvelut koskevat toimintoja, jotka voivat kansallisen lainsäädännön mukaan olla yksinoikeuksien tai erityisoikeuksien kohteena. Merkitystä voi olla myös sillä, että kasinon toiminnan harjoittaminen ei ole milloinkaan ollut Kreikan lainsäädännön mukaan *julkinen* palvelu – vaikka ilmaisu ”julkinen palvelu” voidaan joutua määrittelemään yhteisön oikeuden käsitteenä.

39. Jos yhteisöjen tuomioistuin katsoisi, että sopimuksen ii) osa on julkista palveluhankintaa koskeva sopimus, kansallinen tuomioistuin pohtii, kuuluuko ESR:n päätöksestä nostettu kumoamiskanne muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin soveltamisalaan. Kyseessä olevat palvelut kuuluvat julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin liitteen 1 B alaan, ja tällaisiin palveluihin liittyviä sopimuksia koskevat ainoastaan direktiivin 14 ja 16 artiklan säännökset, joilla asetetaan menettelyllisiä velvoitteita. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin pohtii joka tapauksessa, sovelletaanko tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, jota muutoksenhakukeinosta annetun direktiivin on määrä turvata, myös tällaisiin tapauksiin.

40. Jos muutoksenhakukeinoista annettua direktiiviä sovelletaan, kansallinen tuomioistuin huomauttaa, että asiassa Espace Trianon ja Sofibail [17] annetun tuomion mukaan kansallinen oikeussääntö, jossa edellytetään, että kaikki tarjouksen tehneen yhteenliittymän jäsenet nostavat kumoamiskanteen julkista hankintaa koskevasta päätöksestä, ei ole tämän direktiivin vastainen. Se kuitenkin pohtii sitä, sovelletaanko tätä kaikkiin direktiivin takaamiin oikeussuojan tyyppeihin, erityisesti vahingonkorvausvaatimuksiin. Useista kansallisista säännöksistä yhdessä seuraa paitsi se, että tarjouksen tehneen yhteenliittymän, jonka kanssa sopimusta ei tehty, yksittäiset jäsenet eivät voi vaatia niille yhdessä epäsuosiollisen päätöksen kumoamista, myös se, että niillä ei ole myöskään mahdollisuutta saada korvausta mistään yksin kärsimistään vahingoista. Niiden mahdollisuus oikeussuojaan riippuu siis yhteenliittymän muiden jäsenten, joiden intressit hyvityksen saamiseen voivat poiketa toisistaan, tahdosta.

41. Asiaa vaikeuttaa se, että Kreikka on muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin 2 artiklan 5 kohdan perusteella asettanut edellytykseksi korvausvaatimuksen esittämiselle julkisten hankintojen alalla sen, että lainvastainen päätös tätä ennen kumotaan, ja nämä kaksi asiaa kuuluvat eri tuomioistuinten toimivaltaan – Simvoulio tis Epikrateias on toimivaltainen pätevyyden osalta, kun taas yleiset tuomioistuimet ovat toimivaltaisia korvausten osalta. Tämä on ristiriidassa

17 – Mainittu alaviitteessä 4, tuomion 22 kohta.

valtion tai julkisten elinten lainvastaisista päätöksistä aiheutuviin vahinkoihin liittyvän yleisen asetelman kanssa, jossa korvausvaatimuksen ratkaiseva tuomioistuin tutkii myös hallintopäätöksen lainmukaisuuden.

42. Tästä syystä on ehkä katsottava, että menettely, jolla pyrittiin turvaamaan yhteisön lainsäädäntöön perustuvat oikeudet, on vähemmän suosiollinen kuin menettely, jolla taataan vastaavat kansalliseen lainsäädäntöön perustuvat oikeudet.

43. Lopuksi Simvoulio tis Epikrateias pohtii sitä, onko menettelyllinen tilanne, jossa nykyisen oikeuskäytännön mukaan edellytetään, että kyseessä olevan kaltaisen kanteen on oltava kaikkien yhteenliittymän jäsenten yhdessä nostama, mutta vain kolmen jäsenen nostama kanne oli aikaisemman oikeuskäytännön perusteella otettu tutkittavaksi, sopusoinnussa yhteisön oikeuden keskeisen periaatteen asemassa olevan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan oikeuden, sellaisena kuin se on esitetty Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa, ja luottamuksensuojan periaatteen kanssa.

44. Simvoulio tis Epikrateias pyytää siten ennakkoratkaisua seuraaviin kysymyksiin:

”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 [julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin] – – säännöksiä?

2) Mikäli [kysymykseen 1] vastataan kieltävästi: Kuuluuko oikeussuojakeino, jota käyttävät osapuolet, jotka ovat osallistuneet sekamuotoiseen julkisia hankintoja koskevaan sopimuksentekomenettelyyn, joka koskee muun muassa [julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin] 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), [muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin] soveltamisalaan, vai onko sen soveltaminen mahdotonta, koska edellä mainittuun palveluhankintoja koskevan sopimuksentekomenettelyyn sovelletaan [julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin] 9 artiklan mukaisesti ainoastaan kyseisen direktiivin 14 ja 16 artiklaa?

3) Mikäli kysymykseen 2 vastataan myöntävästi:[18] 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, eivätkä sen yksittäiset jäsenet erikseen, voivat nostaa kanteen tarjouskilpailun ratkaisusta, ei ole lähtökohtaisesti yhteisön oikeuden ja erityisesti [muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin] vastainen, ja että tämä pätee myös silloin, kun kanteen olivat alun perin nostaneet kaikki yhteenliittymän jäsenet yhdessä mutta kun 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?

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?”

Asia C-149/08

4) Onko tilanteessa, jossa myös yhteenliittymän yksittäinen jäsen voi kansallisen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan pätevästi nostaa kanteen julkisessa hankintamenettelyssä tehdystä päätöksestä, [muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin] mukaista, kun sitä tulkitaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan, jota pidetään yhteisön oikeuden yleisenä oikeusperiaatteena,

45. Thessalonikin kaupunki päätti vuonna 2004 kaupungintalon ja maanalaisen pysäköintihallin rakentamisen käsittävää julkista rakennusurakkaa[19] koskevan menettelyn yhteydessä tehdä hankintasopimuksen Aktor ATE (jäljempänä Aktor), Themeliodomi AE ja Domotechniki AE -nimiset yhtiöt käsittävän yhteenliittymän kanssa. ESR, jolta pyydettiin tietoa laissa 3021/2002 tarkoitetusta

18 – Koska kysymys 2 on itse asiassa esitetty vaihtoehtoisena, ymmärrän tämän tarkoittavan sitä, että ’jos tällainen kanne kuuluu muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin soveltamisalaan – –’.

19 – On riidatonta, että tämä sopimus, jonka arvioitu arvo on 46 700 000 euroa, kuuluu täysin rakennusurakkadirektiivin ja siten myös muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin soveltamisalaan.

mahdollisesta yhteensopimattomuudesta, totesi, että Aktorin suurimpiin omistajiin kuuluvan yhtiön pääosakkaalla oli sopimaton yhteys tiedotusvälinealaan (hän oli kreikkalaisen mediakonsernin pääosakkaan poika) [20], ja kieltäytyi antamasta yhteenliittymää koskevaa todistusta. Aktor vaati ainoana yhteenliittymän jäsenistä ESR:ää harkitsemaan päätöstään uudelleen ja on nyt nostanut kanteen Simvoulio tis Epikrateiasissa ESR:n tähän pyyntöön antaman hylkäävän vastauksen riitauttamiseksi. Se toimi näin perusteenaan olemassa ollut oikeuskäytäntö, jossa sallitaan tällaiset yhteenliittymän yksittäisten jäsenten kanteet. Mainittu tuomioistuin on täysistuntokokoonpanossa toimien kuitenkin kumonnut tämän oikeuskäytännön tämän asian ja Loutraki-asian käsittelyn yhteydessä, mistä on seurauksena se, että Aktorin ei ole enää mahdollista hakea tähän ongelmaan ratkaisua.

Asian käsittelyn vaiheet yhteisöjen tuomioistuimessa

47. Nämä kaksi asiaa yhdistettiin kirjallista ja suullista käsittelyä sekä tuomion antamista varten 22.5.2008 annetulla määräyksellä.

48. Yhteisöjen tuomioistuimelle ovat jättäneet kirjallisia huomautuksiaan Loutraki, kolme sen tarjoajana olleen yhteenliittymän, jonka kanssa on tehty sopimus asian C-145/08 taustalla olevassa pääasiassa, jäsentä – nimittäin Athens Resort Casino AE (jäljempänä Athens Resort) yhdessä Regencyn ja Ellaktor AE:n (jäljempänä Ellaktor) kanssa –, Aktor (asian C-149/08 taustalla olevan pääasian kantaja), Kreikan hallitus ja komissio.

49. Loutraki, Athens Resort, Aktor, Kreikan hallitus ja komissio esittivät suulliset lausuntonsa 11.6.2009 pidetyssä istuntokäsittelyssä.

46. Tältä osin asia herättää samoja kysymyksiä kuin asia C-145/08. Simvoulio tis Epikrateias pyytää siten ennakkoratkaisua kahteen kysymykseen, jotka ovat samoja kuin kysymykset 3 (johdantolausetta lukuun ottamatta) ja 4 asiassa C-145/08.

Arviointi asiasta

50. Kaksi asiassa C-149/08 esitettyä kysymystä ovat samat kuin asiassa C-145/08 esitetyt kaksi viimeistä kysymystä. Yksinkertaisuuden vuoksi viittaan kaikkiin kysymyksiin niiden viimeksi mainitussa asiassa käytetyn numeroinnin mukaan, eli siten kuin olen esittänyt ne edellä.

20 – On mielenkiintoista havaita, että kyseessä näyttää olevan sama henkilö, jonka osalta Loutraki vetoaa omassa asiassaan yhteensopimattomuuteen, mutta jonka osalta ESR on vahvistanut, että tuossa tapauksessa yhteensopivuusongelmaa ei ole.

Kysymys 1

51. Kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi kuuluva olennainen seikka koskee sitä, onko kyseessä oleva sopimus sellainen, johon muutoksenhakukeinoista annettua direktiiviä sovelletaan erityisesti, vai koskevatko sitä vain yleisemmin yhteisön oikeuden keskeiset säännöt ja perustamissopimuksen periaatteet, joita sovelletaan joka tapauksessa jäsenvaltioiden julkisiin hankintamenettelyihin siltä osin kuin niillä on rajat ylittäviä vaikutuksia. [21]

52. Tätä tehtävää vaikeuttaa kuitenkin se, että sopimus sisältää useita erilaisia osia, joilla on kokonaisuuden kannalta erilainen merkitys. Niitä ovat ennen kaikkea osakkeiden luovutus, sitoumus tarjota palvelu vastiketta vastaan ja sitoumus panna rakennusurakkaohjelma täytäntöön. Lisäksi palveluosaa voidaan pitää palveluhankintasopimuksena (missä tapauksessa sitä voisi, erikseen tarkasteltuna, koskea ainakin kaksi julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin säännöstä) tai palvelukonsessiona (jolloin se jäisi tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle mutta sitä koskisivat edelleen EY:n perustamissopimuksen keskeiset määräykset ja periaatteet [22]). Käsittelen kumpaakin näistä kahdesta tilanteista vuorollaan.

Sekamuotoiset sopimukset

53. Voi olla hyödyllistä muistuttaa lyhyesti [23] yhteisön oikeuden lähestymistavasta sekamuotoisiin sopimuksiin – ja pitää aina mielessä se, että sopimuksen tosiasiallinen luokittelu on yksin kansalliselle tuomioistuimelle sille esitettyjen tosiseikkojen perusteella kuuluva asia.

54. Useita erilaisia osia, joita erikseen käsiteltyinä voivat koskea eri säännöskokonaisuudet, käsittävän julkisen hankintamenettelyn tapauksessa on ensinnä tutkittava, olisiko tällainen erillinen käsittely todella mahdollinen. Jos se on mahdollinen, sopimukset on tehtävä kaikkien sellaisten osien osalta, jotka erikseen tarkasteltuina kuuluvat tietyn hankintadirektiivin soveltamisalaan, tuon direktiivin

21 – Ks. esim. asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002 (Kok., s. I-5553, 42 kohta) ja asia C-507/03, komissio v. Irlanti, tuomio 13.11.2007 (Kok., s. I-9777, 26 kohta). Ks. myös komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan (EUVL 2006, C 179, s. 2, erityisesti 1.1 ja 2.3 kohta).

22 – Asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok., s. I-10745, 60–62 kohta); asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok., s. I-7287, 9 ja 16 kohta sekä sitä seuraavat kohdat); asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok., s. I-8585, 42 ja 61 kohta) ja asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008 (Kok., s. I-8423, 25 kohta).

23 – Kattavamman esityksen saamiseksi ks. julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-412/04, komissio v. Italia, tuomio 21.2.2004 (Kok., s. I-619, 29–39 ja 70–76 kohta).

säännöksiä noudattaen. [24] Jos tällainen käsitteleminen ei ole mahdollista, on ratkaistava, mitä säännöksiä kokonaisuuteen sovelletaan.

55. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa Gestión Hotelera Internacional, [25] että kun sekamuotoinen sopimus koskee sekä hankintadirektiivin soveltamisalaan kuuluvaa oikeustointa (tässä tapauksessa julkista rakennusurakkaa koskevaa sopimusta) ja muuten yhteisön hankintalainsäädännön ulkopuolelle jäävää oikeustointa (tässä tapauksessa leasing-muodossa tapahtuvaa omaisuuden luovuttamista), sopimus kokonaisuudessaan ei kuulu direktiivin soveltamisalaan, jos ensin mainittu on pelkästään jälkimmäistä täydentävä.

56. Samoin jos sopimukseen sisältyy erilaisiin julkisten sopimusten tyyppeihin liittyviä osia, päätarkoitus tai kohde ratkaisee sen, mitä direktiiviä sovelletaan. [26]

57. Tämä oikeuskäytäntö vastaa lainsäädännössä julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin johdanto-osan 16. perustelukappaleessa ilmaistua lähestymistapaa, jonka mukaan ”erityisesti omaisuudenhoitoon liittyviä palveluja koskevat julkisyhteisöjen sopimukset saattavat joskus sisältää myös rakennusurakoita; – – sopimusta pidetään julkista rakennusurakkaa koskevana sopimuksena vain, jos sen kohteena on rakennusurakan suorittaminen; jos tällainen rakennusurakka on merkitykseltään toissijainen, eikä sopimuksen varsinainen kohde, sopimusta ei pidetä julkista rakennusurakkaa koskevana sopimuksena”.

58. Tämän direktiivin 2 artiklan mukaan tavaroita ja palveluja koskeva sekamuotoinen sopimus luokitellaan sen perusteella, minkä osan arvo on suurempi, ja samaa periaatetta sovelletaan 10 artiklan mukaan silloin, kun sopimukset koskevat sekä liitteessä I A että I B lueteltuja palveluja.

59. Suhteellinen arvo on selvästi yksinkertainen ja objektiivinen kriteeri sen määrittämiseksi, onko tietty osa sopimuksen pääasiallinen kohde vai siihen nähden pelkästään toissijainen. Koska yhteisön direktiivien soveltamiselle aiheen antava vähimmäisarvo on erityyppisten sopimusten osalta erilainen, se ei voi olla ainoa kriteeri, tai muuten on olemassa vaara siitä, että tiettyjä sopimuksia

24 – Asia C-3/88, komissio v. Italia, tuomio 5.12.1989 (Kok., s. 4035, Kok. Ep. X, s. 285, 17–19 kohta); ks. myös analogisesti komission laatima opas muita kuin vesi-, energia-, liikenne-, ja televiestintäalojen julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemisessä noudatettavista yhteisön säännöistä (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/supply_en.pdf), 1.5 kohta, sopimusten tunnistaminen.

25 – Asia C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, tuomio 19.4.1994 (Kok., s. I-1329, erityisesti 29 kohta). Tämä tuomio vaikuttaa erityisen sopivalta käsiteltävänä olevan asian kannalta, koska se liittyi sekamuotoiseen sopimukseen, jossa yhdistyivät sitoumus suorittaa joukko rakennusurakoita, sitoumus harjoittaa hotelliliiketoimintaa ja pelaamista varten tarkoitetun tilan avaamista koskeva konsessiosopimus.

26 – Asia C-220/05, Auroux ym., tuomio 18.1.2007 (Kok., s. I-385, 37 kohta) ja asia C-412/04, komissio v. Italia, tuomio 21.2.2008 (Kok., s. I-619, 47 kohta).

manipuloidaan niiden saamiseksi hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle. [27]

60. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ja kysymyksen 1 muotoilusta ilmenee, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on suorittanut luonnostelemani arvioinnin ja tullut siihen tulokseen, että

i) menettelyn päätarkoitus on osakkeiden luovutus, ja se jää yhteisön hankintasäännösten soveltamisalan ulkopuolelle,

ii) palvelu- ja rakennusurakkaosia voidaan käsitellä yhdessä mutta erillään osakkeiden myynnistä ja niitä koskevat niihin sovellettavien direktiivien säännökset ja

iii) rakennusurakkaosa on palveluun nähden pelkästään täydentävä, joten ratkaisevaa on, onko palveluosa palveluhankintasopimus vai palvelukonsessio.

61. Tämä arviointi kuuluu tietenkin täysin kansallisen tuomioistuimen eikä yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaan, ja siksi minäkin pidän sitä lähtökohtana, vaikka useat asianosaiset ovat istunnossa esittäneet näkemyksen, jonka mukaan sopimusta ei voida jakaa ja sen hallitseva osa on EKP:n osakkeiden myynti (osittainen yksityistäminen).

62. Ainoa tätä myyntiä koskeva kommenttini on, että yhdyn näkemykseen, joka on esitetty komission vihreässä kirjassa julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja konsessioita koskevasta yhteisön oikeudesta [28] ja jonka mukaan

”säännöksiä, jotka koskevat sijoittumisvapautta perustamissopimuksen 43 artiklassa tarkoitetussa mielessä, on sovellettava, kun viranomainen päättää omaan pääomaan kohdistuvan toimen avulla luovuttaa kolmannelle osapuolelle osuuden, jonka ansiosta tämä saa ilmeisen vaikutusvallan julkisessa yksikössä, joka suorittaa normaalisti valtion vastuulle kuuluvia taloudellisia tehtäviä.

_ _

Sijoittumisvapautta koskevat määräykset edellyttävät avoimuutta ja yhdenvertaista kohtelua koskevien säännösten noudattamista erityisesti silloin, kun viranomaiset myöntävät taloudelliselle toimijalle yrityksessä ilmeistä vaikutusvaltaa pääoman siirtoa koskevin järjestelyin ja kyseisen toimijan

27 – Ks. edellä alaviitteessä 26 mainittu asia C-412/04, komissio v. Italia, erityisesti tuomion 50 ja 51 kohta.

28 – KOM(2004) 327 lopullinen, 67 ja 68 kohta, joihin Ellaktor on vedonnut huomautuksissaan.

suoritettavaksi siirtyy näiden järjestelyjen vaikutuksesta julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön aineelliseen soveltamisalaan kuuluvia ja julkisviranomaisten aikaisemmin suoraan tai välillisesti suorittamia tehtäviä. Näin voidaan varmistaa, että kaikilla kysymykseen tulevilla toimijoilla on yhdenvertainen mahdollisuus päästä suorittamaan kyseisiä aikaisemmin rajoitettuja tehtäviä".

63. Siten perustamissopimuksen keskeisiä määräyksiä ja periaatteita sovelletaan joka tapauksessa koko sopimukseen, vaikka ilmenisi, että muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin yksityiskohtaisempia säännöksiä sovelletaan vain palveluosaan ja siihen liittyvään rakennusurakkaosaan.

64. Tältä osin kysymys on siitä, onko palveluosa, jonka perusteella sopimus luokitellaan, palveluhankintasopimus vai palvelukonsessio.

65. Ennen tämän seikan käsittelyä sulkisin kuitenkin pois sen, että sopimuksen voitaisiin muista perusteista riippumatta katsoa jäävän julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle sillä perusteella, että palvelu, josta on kysymys, eli kasinotoiminnan harjoittaminen, ei ole kansallisen lainsäädännön mukaan *julkinen* palvelu. Direktiivissä tarkoitetun palvelun määrittäminen on yhteisön oikeuden tehtävä. [29] Direktiivin 1 artiklassa olevat määritelmät ovat laajoja, [30] ja niiden on selvästi tarkoitettu kattavan kaikki julkisten viranomaisten tekemät palveluhankintasopimukset. Ja vaikka onkin totta, että valtiolla ei ole velvollisuutta tarjota yleisölle pelimahdollisuuksia, on selvää, että monissa maissa valtio on vahvasti mukana pelitoiminnassa (usein sen pyrkimyksenä on muun muassa suojata kansalaisia epäasianmukaisilta pelinjärjestäjiltä).

Palvelukonsessiot

66. Ensinnäkin on selvää, että koska palvelukonsessiot on todella jätetty julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, [31] tämä direktiivi ei sisällä palvelukonsession määritelmää.

67. Kuitenkin asian C-145/08 tosiseikkojen kannalta ratkaisevana aikana rakennusurakkadirektiivissä oli olemassa yhteisön lainsäädännön mukainen julkisen käyttöoikeusurakan määritelmä, [32] ja tämä määritelmä on sen jälkeen ollut perustana rinnakkaisille palvelukonsession määritelmille direktiiveissä

29 – Ks. esim. asia C-264/03, komissio v. Ranska, tuomio 20.10.2005 (Kok., s. I-8831, 36 kohta) ja asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007 (Kok., s. I-6657, 30 kohta).

30 – Ks. edellä 8 kohta.

31 – Ks. edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 43 kohta ja sitä seuraavat kohdat, erityisesti 58 kohta; asia C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, määräys 30.5.2002 (Kok., s. I-4685, 28 kohta) ja edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 42 kohta.

32 – Mainittu edellä alaviitteessä 5.

2004/17 [33] ja 2004/18. [34] Komissio on myös tosiseikkojen kannalta ratkaisevana aikana pyrkinyt määrittämään palvelukonsessiot ei-sitovassa tiedonannossa, [35] jossa se viittaa yhteisöjen tuomioistuimen silloiseen oikeuskäytäntöön. [36] Asiassa Parking Brixen [37] yhteisöjen tuomioistuin piti direktiivissä 2004/18 käytettyä määritelmää merkityksellisenä kyseessä olleesta sopimuksesta tehtävien johtopäätösten kannalta, vaikka tätä direktiiviä ei – kuten nyt käsiteltävänä olevassa asiassa – muodollisesti sovellettu ratkaisevana aikana. Paljon tuoreemmassa asiassa Eurawasser [38] yhteisöjen tuomioistuin viittasi vuotta 2004 edeltäneeseen oikeuskäytäntöönsä direktiivin 2004/17 mukaisen palvelukonsession määritelmän parantamiseksi ja täydentämiseksi. Yhteisön oikeuden mukainen palvelukonsession määritelmä perustuu siten ajallisesti vakiintuneelta vaikuttavaan lainsäädännön, oikeuskäytännön ja ohjeiden muodostamaan kokonaisuuteen.

68. Olennaista vuoden 2004 direktiivien mukaisessa määritelmässä on se, että palvelukonsessio on sopimus, joka vastaa palveluhankintasopimuksen määritelmää, ”paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä”. [39] Tämä vastaa yhteisöjen tuomioistuimen käyttämää perustetta, jonka mukaan ”korvaus ei ole peräisin asianomaiselta viranomaiselta vaan kolmansien – – maksamista määristä”. [40]

69. Tällainen kriteeri näyttää esillä olevan sopimuksen kohdalla täyttyvän. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenevien sopimusehtojen mukaan tarjoaja, jonka kanssa sopimus tehdään (tai AEAS) saa palkkion pääasiallisesti osuutena sen harjoittaman kasinotoiminnan voitoista ja/tai liikevaihdosta. Palkkio tulee siten ”kolmansien maksamista määristä”, vaikka palkkio ei tule näistä määristä kokonaisuudessaan.

70. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin lisäksi korostanut, että palvelukonsession olennainen piirre on se, että palvelujen suorittaja ottaa vastatakseen kyseiseen palvelutoimintaan liittyvästä riskistä. [41]

33 – Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY (EUVL L 134, s. 1).

34 – Mainittu edellä alaviitteessä 3.

35 – Käyttöoikeussopimuksista (konsessio) yhteisön oikeudessa annettu komission tiedonanto (EYVL 2000, C 121, s. 2), erityisesti 2.2 kohta.

36 – Erityisesti asia C-272/91, komissio v. Italia, tuomio 26.4.1994 (Kok., s. I-1409); asia C-360/96, Arnhem, tuomio 10.11.1998 (Kok., s. I-6821) ja asia C-108/98, RI.SAN, tuomio 9.9.1999 (Kok., s. I-5219).

37 – Mainittu edellä alaviitteessä 22, tuomion 41 kohta.

38 – Asia C-206/08, Eurawasser, tuomio 10.9.2009 (Kok., s. I-8377) (tuomio on julistettu sen jälkeen, kun istuntokäsittely käsiteltävässä asiassa järjestettiin).

39 – Direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohta ja direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohta.

40 – Em. asia Parking Brixen, tuomion 40 kohta.

41 – Ks. esim. asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007 (Kok., s. I-6657, 34 kohta) ja asia C-437/07, komissio v. Italia, tuomio 13.11.2008 (29 kohta); ks. myös alaviitteessä 35 mainittu komission tulkintaa koskeva tiedonanto.

71. Tästä seikasta on keskusteltu esillä olevassa asiassa, erityisesti kun otetaan huomioon alueellisen kilpailun määrä ja korvaus, johon AEAS on oikeutettu, jos samalla hallinnollisella alueella avataan toinen kasino. Athens Resort, Ellaktor ja Kreikan hallitus katsovat, että riski, josta tarjoaja, jonka kanssa sopimus tehdään, on ottanut vastattavakseen, on todellinen ja oikeuttaa luokittelun palvelukonsessioksi, kun taas Loutraki on päinvastaisella kannalla. Komissio kallistuu myös sen näkemyksen kannalle, että kyseessä ei ole palvelukonsessio, mutta korostaa aivan oikein, että vain kansallinen tuomioistuin voi arvioida hankintaviranomaisen siirtämän ja tarjoajan, jonka kanssa sopimus tehtiin, vastattavakseen ottaman riskin todellisen suuruuden.

72. Yhteisöjen tuomioistuin on sen jälkeen, kun esillä olevassa asiassa järjestettiin istuntokäsittely, antanut lisäohjausta siitä, millaista ja minkä suuruista riskinsiirtoa edellytetään, jotta sopimus luokitellaan palvelukonsessioksi. Se totesi asiassa Eurowasser,[42] että ”se seikka, että palveluja koskevan sopimuksen tilanteessa sopimuskumppani ei saa korvausta suoraan hankintaviranomaiselta, vaan sillä on oikeus saada korvaus kolmansilta, riittää tämän sopimuksen luokittelemiseksi – – palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi, jos sopimuskumppani ottaa vastattavakseen toiminnasta hankintaviranomaiselle aiheutuvan riskin täysimääräisesti tai ainakin pääosin, vaikka tämä riski olisikin alusta alkaen huomattavan pieni palvelun organisointia koskevien julkisoikeudellisten yksityiskohtaisten sääntöjen vuoksi”.

73. Yhteisöjen tuomioistuin omaksui siis näkemyksen, jonka mukaan ratkaisevaa ei ole se, onko toiminnan riski itsessään merkittävä, vaan se, että mikä tahansa riski, josta hankintaviranomainen on aikaisemmin vastannut, on joko kokonaan tai merkittävässä määrin siirrettävä tarjoajalle, jonka kanssa sopimus tehdään.

74. On totta, että mainitussa asiassa yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli nimenomaisesti sitä seikkaa, että riskin rajoittaminen perustui tuossa asiassa julkisoikeudellisiin sääntöihin (joka on tavallista yleishyödyllisen toiminnan aloilla), jotka eivät yhtäältä olleet hankintaviranomaisen vaikutusmahdollisuuksien piirissä ja joilla voitiin toisaalta vähentää avoimuuteen ja kilpailuun kohdistuvia haitallisia vaikutuksia.[43]

75. Mielestäni tämä peruste ei voi kuitenkaan olla ratkaiseva. Yhteisöjen tuomioistuin on myös todennut, että ”hankintaviranomaisten, jotka ovat vilpittömässä mielessä, on voitava päättää hankkia palvelut käyttöoikeussopimuksella, jos ne katsovat, että kyseessä on paras tapa varmistaa kyseinen julkinen palvelu, vaikka toimintaan liittyvä riski olisikin huomattavan pieni”.[44] Minusta vaikuttaa siltä, että palvelukonsession käsite ei voi olla riippuvainen todellisesta epäonnistumisen riskistä vaan sen on sisällettävä kaikki tapaukset, joissa palvelutoiminnan harjoittamista koskevat tavanomaiset taloudellisen toiminnan vaihtelut, joihin toimijan on sopeuduttava.

42 – Mainittu edellä alaviitteessä 38, tuomion 80 kohta ja tuomiolauselma.

43 – Tuomion 72 ja 73 kohta.

44 – Tuomion 74 kohta.

76. Arviointi on tietenkin kussakin tapauksessa kansalliselle tuomioistuimelle kuuluva tehtävä. Ennakkoratkaisupyynnön esittämisestä tehdyssä päätöksessä annettujen tietojen perusteella vaikuttaa kuitenkin uskottavalta, että tällainen edellytys täyttyy käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan sopimuksen tapauksessa.

77. Kuten moneen muuhun liiketoimintaan, myös kasinotoiminnan harjoittamiseen sisältyy (jopa valtion ylläpitämän kasinon kohdalla) riski.[45] Pelitiloja ja pelitoimintaa palvelevia tiloja voidaan hyödyntää vain tietyillä kustannuksilla ja tietyn investoinnin jälkeen, eikä tuotosta tai asiakaskunnasta ole takeita. Pelipalvelujen kysyntä voi vaihdella runsaastikin monien tekijöiden mukaan, joista yksi, mutta ei ainoa, on kilpailu. Pelkästään se, että palvelun voidaan tietyllä varmuudella ennustaa olevan kannattava, ei voi vaikuttaa siihen, voidaanko se tarjota palvelukonsession muodossa.

78. Kääsiteltävässä asiassa valtion kasinotoiminnan harjoittamisesta jo kantama riski näyttää sopimusehtojen perusteella olevan riittävässä määrin siirretty AEAS:lle. Viimeksi mainittu on joutunut sijoittamaan huomattavan määrän rahaa osakkeiden hankkimiseen, se on joutunut ottamaan vastattavakseen useista tilojen edelleen kehittämistä koskevista velvollisuuksista (ilmeisesti omalla kustannuksellaan) ja se saa korvausta, jonka tarkka määrä näyttää olevan riippuvainen siitä, miten se harjoittaa kasinon toimintaa (josta se ei ole vastuussa vain itselleen vaan myös hankintaviranomaiselle). On totta, että osa riskistä (investoinnin tuotto) jää valtiollisen elimen, ETA:n, joka säilyttää 51 prosenttia kasinon osakkeista, kannettavaksi. Kuitenkin AEAS on ottanut vastattavakseen siitä riskin osasta, joka vastaa sen omaa sijoitusta.

79. Seikka, jonka Simvoulio tis Epikrateias katsoo mahdollisesti vaikuttavan tarjoajan, jonka kanssa sopimus on tehty, vastattavakseen ottamaan riskiin, on edellytys, jonka mukaan ETA:n on maksettava AEAS:lle luovutettujen osakkeiden hintaan perustuvaa korvausta, jos se ryhtyy harjoittamaan jonkin toisen kasinon toimintaa samalla alueella kymmenen vuoden aikana sopimuksen voimaantulosta. Tämä selvästi suojaa AEAS:ää melko tehokkaasti mahdollisen kilpailun pahimmilta rasituksilta.

80. Se ei kuitenkaan minusta vaikuta millään tavalla sopimuksen luokitteluun palvelukonsessioksi. Palveluhankintasopimukset ja palvelukonsessiot ovat erillisiä käsitteitä, ja toisen keskeinen sisältö voidaan helposti erottaa toisen keskeisestä sisällöstä. Palveluhankintasopimuksessa palvelun tarjoaja saa sovitun vastikkeen (sen tarjouksen määrän) hankintaviranomaiselta, joka, jos palvelu on tarkoitettu siitä maksaville kolmansille, saa kaikki voitot tai kantaa kaikki tappiot. Tarjouksen määrä perustuu palvelun tarjoamisen arvioituun kustannukseen.

45 – Koko tuotekonsepti perustuu riskiin, vaikka se on tavallisesti paljon suurempi asiakkaille kuin toiminnan harjoittajalle.

Palvelukonsessiossa palvelun tarjoaja saa voitot tai kantaa tappiot ja maksaa sovitun määrän (sen tarjouksen määrä) hankintaviranomaiselle.[46] Tarjouksen määrä perustuu ennakoituihin voittoihin. Tähän ennusteeseen ja siten esitetyn tarjouksen määrään (ja myös kaikkien tahojen halukkuuteen ylipäänsä osallistua menettelyyn) vaikuttaa luonnollisesti todennäköinen kilpailun määrä, mutta mielestäni se ei voi vaikuttaa oikeustoimen luonteeseen ja tehdä palvelukonsessiosta palveluhankintasopimusta.

81. Jos olen ymmärtänyt pääasian olosuhteet oikein, kunkin tarjouksen määrä oli se, jonka tarjoaja oli halukas maksamaan EKP:n osakkeista ja jota laskettaessa otettiin huomioon muun muassa velvollisuus suorittaa tiettyjä rakennusurakoita sekä määrät, joiden voitiin odottaa kertyvän tarjoajalle, jonka kanssa sopimus tehdään, kasinon liiketoiminnan voitosta kuuluvan osuuden perusteella. Jos näin on, kilpailulta kymmeneksi vuodeksi suojaa antava hyvityslauseke vaikuttaisi varmasti jokaisen tarjoajan laskelmiin mutta ei muuttaisi sopimuksen luonnetta, joka vaikuttaa pikemminkin palvelukonsession (tosin tietyllä tapaa yhteisesti hankintaviranomaisen kanssa) kuin palveluhankintasopimuksen luonteelta.

82. Olen päätynyt tälle kannalle sopimusehtojen, sellaisina kuin olen ymmärtänyt ne ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevaa päätöstä lukemalla, sekä erityisesti sen kysymyksen sanamuodon, jolla Simvoulio tis Epikrateias pyytää ohjausta, perusteella, mutta on tietysti mahdollista, että mainitun tuomioistuimen arvioitavaksi kuuluvat muut tekijät voivat antaa melko erilaisen kuvan riskin siirron todellisesta laajuudesta.

83. Ehdotan joka tapauksessa, että yhteisöjen tuomioistuin ilmaisee, että palveluja koskeva sopimus, jonka mukaan sopimuskumppanin palkkio tulee kolmansilta, luokiteltaisiin palvelukonsessioksi[47] ja siten julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jääväksi, jos sopimuskumppani ottaa kannettavakseen hankintaviranomaiselle kuuluneen liiketoiminnan riskin tai ainakin merkittävän osan siitä, vaikka tämä riski olisi alusta asti rajoitettu, ja että tähän luokitteluun ei vaikuta se, että hankintaviranomainen takaa hyvityksen myöhemmän kilpailun tapauksessa, edellyttäen, että tällainen tae ei merkittävästi vaikuta riskin *siirron* laajuuteen (päinvastoin kuin sen riskin määrään,

46 – Tai jos palvelun ennakoidaan olevan tappiota tuottava, tarjous voi olla hankintaviranomaisen palveluntarjoajalle maksaman tuen muodossa. (Tällainen tuki voi suojata palvelun tarjoajaa väistämättömältä tappiolta mutta jättää sen silti alttiiksi tavanomaisille liiketoiminnan vaihteluille.)

47 – Ks. edellä erityisesti 68 ja 71 kohta.

jonka perusteella kaikki mahdolliset tarjoajat arvioivat osallistumistaan ja määrää, jonka ne ovat valmiita tarjoamaan).

84. Ei pidä kuitenkaan unohtaa, että riippumatta siitä, että palvelukonsessiot jäävät julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, näitä sopimuksia tekevät viranomaiset ovat velvollisia noudattamaan EY:n perustamissopimuksen keskeisiä määräyksiä ja periaatteita. [48]

Kysymys 2

85. Jos kansallinen tuomioistuin kysymykseen 1 annettavan vastauksen perusteella päättää, että sopimus kuuluu julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin soveltamisalaan, herää kysymys siitä, vaikuttaako se, että kyseiset palvelut kuuluvat yksinomaan tämän direktiivin liitteessä 1 B olevaan luetteloon, muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin soveltamiseen käsiteltävän asian tilanteessa.

48 – Ks. edellä 52 kohta ja viittaukset alaviitteessä 22.

86. Mielestäni se ei vaikuta.

87. On totta, kuten yhteisöjen tuomioistuin korosti asiassa komissio vastaan Irlanti, [49] että direktiivin lähtökohtana on olettama, jonka mukaan liitteessä 1 B lueteltuja palveluja koskeviin sopimuksiin ei yleensä liity sellaista rajat ylittävää intressiä, joka voisi tehdä perustelluksi sellaisten sääntöjen asettamisen, joilla varmistetaan se, että muiden jäsenvaltioiden yritykset voivat tutustua hankintailmoitukseen ja tehdä tarjouksen, ja että tästä syystä tällaisille sopimuksille on asetettu vain vähimmäisvaatimukset.

88. Olen kuitenkin (irrallaan siitä, että esillä olevassa asiassa sopimuksen arvo on epäilemättä riittävä, jotta siihen liittyisi rajat ylittävä intressi) tältä osin samaa mieltä komission kanssa siitä, että muutoksenhakukeinoista annettua direktiiviä sovelletaan nimenomaisesti kaikkiin julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin soveltamisalaan kuuluviin [50] sopimuksentekomenettelyihin ja että liitteessä 1 B luetellut palvelut kuuluvat tähän soveltamisalaan siinä missä liitteessä 1 A luetellutkin, riippumatta siitä, kuinka rajoitettuja direktiivillä asetetut niitä koskevat velvollisuudet todellisuudessa ovat.

49 – Edellä alaviitteessä 21 mainittu asia C-507/03, tuomion 25 kohta; ks. myös direktiivin johdanto-osan 21. perustelukappale.

50 – Edellä 16 kohdassa mainitun muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin 1 artiklan 1 kohta.

89. En siten hyväksy Kreikan hallituksen näkemystä, jonka mukaan muutoksenhakukeinoista annettua direktiiviä sovelletaan vain päätöksiin, joilla väitetään rikotun julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin 14 ja 16 artiklaa, jotka ovat ainoat säännökset, joilla säännellään liitteessä 1 B lueteltuja palveluja koskevia sopimuksia.

90. Muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin sanamuodossa ei ole yksinkertaisesti mitään, mikä viittaisi aikomukseen rajoittaa sen soveltaminen niihin menettelyihin, jotka koskevat tiettyyn hankintamenettelyyn sovellettavan aineellisen säännöstön sisältävän direktiivin tiettyjä säännöksiä. Pyrkimys on päinvastoin korjata ”tehokkaiden muutoksenhakukeinojen puuttuminen tai niiden riittämättömyys[, jotka] ovat esteenä sille, että yhteisössä toimivat yritykset tekisivät tarjouksia kyseisen jäsenvaltion hankintaviranomaiselle”.[51] Tätä tavoitetta ei voida riittävällä tavalla saavuttaa, jos noudatetaan Kreikan hallituksen näkemystä.

91. Kuten lisäksi kansallinen tuomioistuin kysymyksessään mainitsee, kantajat vetoavat asian C-145/08 taustalla olevassa pääasiassa yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen, joka on esitetty erityisesti julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa. Tämä 3 artiklan 2 kohta on yksi direktiivin I osaston yleisistä säännöksistä, ja sitä sovelletaan tavanomaisen lukemisen perusteella kaikkiin 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettuihin julkisia palveluja koskeviin sopimuksiin. Erottelu liitteessä 1 A ja 1 B lueteltujen palvelujen välillä tehdään vasta III ja VI osastoissa.

92. Jos kansallinen tuomioistuin kuitenkin kysymykseen 1 annettavan vastauksen perusteella katsoo, että sopimuksessa on kyse palvelukonsessiosta, muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin erityiset säännökset eivät selvästikään koske sitä. Perustamissopimuksen keskeisiä määräyksiä ja periaatteita – mukaan lukien tietysti yhdenvertaisen kohtelun periaate – sovelletaan silti.

93. Yhteisöjen tuomioistuin korosti asiassa Telaustria ja Telefonadress[52] näiden periaatteiden merkitsevän sitä, että hankintamenettelyiden puolueettomuutta on voitava valvoa, ja vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yksilöillä on oikeus saada tehokasta oikeussuojaa yhteisön oikeusjärjestykseen perustuville oikeuksilleen.[53]

94. Se, mitä nämä edellytykset todella merkitsevät käsiteltävässä asiassa, on aihe, jota käsitellään kysymysten 3 ja 4 yhteydessä.

51 – Muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin johdantoosan neljäs perustelukappale.

52 – Mainittu alaviitteessä 22, tuomion 62 kohta.

53 – Ks. esim. asia C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores v. neuvosto, tuomio 25.7.2002 (Kok., s. I-6677, 39 kohta) ja tuoreempi asia C-12/08, Mono Car Styling, tuomio 16.7.2009 (Kok., s. I-6653, 47–49 kohta).

Kysymys 3

95. Ymmärrän niin, että kansallinen tuomioistuin haluaa kysymyksellä 3 pääasiallisesti tietää, onko asian Espace Trianon ja Sofibail ilmentämää oikeuskäytäntöä [54] (jonka mukaan muutoksenhakukeinoista annettu direktiivi ei ole esteenä kansalliselle säännökselle, jonka mukaan vain yhdessä toimivat tarjoajana olleen yhteenliittymän jäsenet voivat nostaa kanteen tarjouskilpailun ratkaisusta, siinäkin tapauksessa, että kaikki jäsenet toimivat yhdessä mutta yhden jäsenen kannetta ei oteta tutkittavaksi) mahdollisesti täsmennettävä, jos sen soveltamisesta seuraa se, että yksittäiseltä jäseneltä viedään paitsi mahdollisuus saada hankintaviranomaisen päätös kumotuksi, myös mahdollisuus vaatia korvausta sen menettelyn virheellisyyksien perusteella yksin kärsimästä vahingosta.

96. Tähän kysymykseen vastaamiseksi on siten tutkittava yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Espace Trianon ja Sofibail suorittamaa harkintaa.

97. Huomautan, että näiden kahden asian oikeudellinen tausta on hämmästyttävän samanlainen. Asiassa Espace Trianon ja Sofibail kyseessä ollut lain säännös sisältyi myös ylintä hallinnollista tuomioistuinta koskevaan lakiin, jonka mukaan kumoamiskanteen voi nostaa kuka tahansa, joka osoittaa vahingon tai intressin olemassaolon, ja tätä säännöstä oli tulkittu siten, että siinä edellytetään oikeushenkilöllisyyttä vailla olevan yhteenliittymän, joka on osallistunut julkista hankintaa koskevaan menettelyyn mutta jonka kanssa sopimusta ei ole tehty, jäseniltä, että ne toimivat yhdessä kanteen nostamiseksi tarjouskilpailun ratkaisusta. [55] Asia koski yhteenliittymän, jonka kanssa sopimusta ei ollut tehty, molempien jäsenten nostamaa kannetta, jota ei niistä toisen osalta ollut otettu tutkittavaksi, koska päätöstä kanteen nostamisesta ei ollut tehnyt yhtiön toimivaltainen elin. [56]

98. Kysymys oli siitä, oliko muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin 1 artikla esteenä kyseessä olleelle säännökselle joko yleisesti tai tuon tapauksen tilanteessa. [57]

99. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että 1 artiklan 3 kohdan viittauksella ”kaikkiin henkilöihin, jotka ovat tavoittelemassa jotain julkisia hankintoja koskevaa sopimusta”, tarkoitettiin henkilöä, joka on jättämällä tarjouksen hankintasopimuksen saamiseksi osoittanut tavoittelevansa sitä. Kaikkien tarjouksen jättäneen yhteenliittymän jäsenten olisi allekirjoitettava sopimus ja suoritettava työt, mikäli tarjous hyväksyttäisiin.

54 – Ks. edellä 3 kohta ja alaviite 4.

55 – Ks. erityisesti tuomion 7 ja 15 kohta.

56 – Tuomion 13 ja 14 kohta.

57 – Tuomion 16 kohta.

Pääasiassa mikään ei ollut ollut esteenä sille, että yhteenliittymän jäsenet nostavat kaikki yhteisen kumoamiskanteen tarjouskilpailun ratkaisusta. [58]

100. Näin ollen kansallinen oikeussääntö, jossa edellytetään, että kumoamiskanteen hankintaviranomaisen julkisista hankinnoista tekemästä päätöksestä nostavat kaikki tarjouksen tehneen yhteenliittymän jäsenet, ei rajoittanut tällaisen kanteen käytettävyyttä muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin 1 artiklan 3 kohdan vastaisesti erityisesti sen vuoksi, että yhteenliittymän jäsenet voivat Belgian lainsäädännön mukaan ratkaista yhteenliittymän asiavaltuutta koskevan kysymyksen keskinäisellä sopimuksellaan. [59]

101. Säännöksessä ei myöskään edellytetty yritysten yhteenliittymältä tiettyä oikeudellista muotoa tarjouksen jättämistä varten, vaan siinä edellytettiin ainoastaan, että yhteenliittymää on kanteen nostamisen osalta edustettava siihen oikeudelliseen muotoon sovellettavien sääntöjen mukaisesti, jonka sen jäsenet itse ovat valinneet tarjouksen jättämistä varten. Lisäksi sääntöä sovellettiin samalla tavoin kaikkiin yhteenliittymän jäsenten nostamiin kanteisiin riippumatta siitä, perustuvatko vaatimukset yhteisön oikeuden vai kansallisen lainsäädännön rikkomiseen tai liittyvätkö ne julkisiin hankintoihin vai muihin toimenpiteisiin. [60]

102. Tällaisella säännöksellä ei siten voitu vaarantaa muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa säädettyä tehokasta muutoksenhakua koskevaa vaatimusta. Tämä periaate ei edellyttänyt, että kanne olisi tullut ottaa tutkittavaksi, mikäli oikeudellisesta muodosta johtuvia oikeudenkäynnissä edustamista koskevia säännöksiä ei ollut noudatettu kanteen nostavan henkilön osalta. [61]

103. Lopuksi on todettava, ettei ollut mitään syytä käsitellä toisin kannetta, jonka ainoastaan tietyt yhteenliittymän jäsenet ovat alun perin nostaneet, ja kannetta, jonka kaikki nämä jäsenet ovat aluksi nostaneet mutta joka on sittemmin jätetty niistä jonkin osalta tutkimatta. Molemmissa tapauksissa tutkittavaksi ottaminen ratkaistiin sellaisten kansallisten sääntöjen perusteella, joissa kantajilta edellytetään ainoastaan sitä, että ne noudattavat sitä oikeudellista muotoa koskevia edellytyksiä oikeudenkäynnissä edustamisesta, jonka jäsenet ovat itse valinneet. Tällaisilla yleisillä vaatimuksilla ei rajoitettu muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin vastaisella tavalla muutoksenhakukeinojen tehokkuutta eikä tarjoajien mahdollisuutta käyttää niitä. Lisäksi se, että yhteenliittymän yhden jäsenen kanne jätetään tutkimatta, voidaan perustella seikoilla, jotka osoittavat, että kyseisen

58 – Tuomion 19–21 kohta. Yhteisöjen tuomioistuin käyttää vertailukohtana asiaa C-230/02, Grossmann Air Service, tuomio 12.2.2004 (Kok., s. I-1829, 28 kohta) ja asiaa C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005 (Kok., s. I-1, 41 kohta). Nämä tapaukset eivät kuitenkaan koskeneet yhteenliittymää.

59 – Tuomion 22 ja 23 kohta.

60 – Tuomion 24 ja 25 kohta.

61 – Tuomion 26 kohta.

jäsenen tahtoa ryhtyä oikeudenkäyntiin ei ole pätevästi osoitettu. [62]

104. Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Consorzio Elisoccorso San Raffaele [63] tehnyt kuitenkin myös selväksi, että kansallinen säännös, jolla yhteenliittymän jäsenten sallitaan nostaa kanne itsenäisesti, ei ole millään tavoin muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin vastainen. Sen 1 artiklan 3 kohdassa säädetään vähimmäisedellytys, jonka mukaan säädettyjen muutoksenhakumenettelyjen on oltava ”ainakin” niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa tiettyä julkista hankintasopimusta ja joiden etua väitetyllä sovellettavan säädöksen rikkomisella on loukattu tai saatetaan loukata. Säännöksellä, jolla itsenäiset kanteet sallitaan, ei siis suinkaan vaaranneta direktiivin tavoitetta vaan luultavasti edistetään sen saavuttamista.

105. Siten muutoksenhakukeinoista annettu direktiivi ei ole mitenkään esteenä sille, että Simvoulio tis Epikrateias ottaa pääasioiden kanteet tutkittavaksi.

106. Kysymys on pikemminkin siitä, kattaako asian Espace Trianon ja Sofibail mukainen oikeuskäytäntö näiden tapausten tilanteessa kansallisen lainsäädännön nykyisen tulkinnan, josta seuraa tutkimatta jättäminen, [64] (jos se kattaa tämän, Simvoulio tis Epikrateiasilla ei ole estettä soveltaa sitä) vai ovatko tilanteet niin erilaiset, että tämä tulkinta olisi ristiriidassa direktiivin kanssa.

107. Tältä osin merkitystä saattaa olla kahdella eroavaisuudella. Ensinnäkin yhteisöjen tuomioistuin otti asiassa Espace Trianon ja Sofibail huomioon sen, että yhteenliittymän jäsenet olisivat Belgian lainsäädännön mukaan voineet sopia, että yksi jäsenistä edustaa yhteenliittymää oikeudenkäynnissä. Tämä mahdollisuus ei näytä olevan Kreikan lainsäädännön mukaan käytettävissä, vaikka tämän ratkaiseminen on tietysti kansallisen tuomioistuimen tehtävä. Toiseksi se otti huomioon sen, että säännöstä sovellettiin kaikkiin yhteenliittymän nostamiin kanteisiin riippumatta siitä, oliko vaatimusten perusteena yhteisön säännöstön vai kansallisen lainsäädännön rikkominen tai koskiko se muita julkisia hankintoja vai muita toimenpiteitä. Käsiteltävässä asiassa vaikuttaa kuitenkin siltä, että ongelmaa ei olisi syntynyt, jos vaatimus olisi perustunut kansalliseen lainsäädäntöön. [65]

62 – Tuomion 27 ja 28 kohta.

63 – Asia C-492/06, Consorzio Elisoccorso San Raffaele, määräys 4.10.2007 (Kok., s. I-8189, erityisesti 20, 21 ja 30 kohta).

64 – Ks. edellä 40 kohta.

65 – Ks. edellä 41 kohta.

108. Huomautan lisäksi, että julkisasiamies Stix-Hackl on asiassa Espace Trianon ja Sofibail esittämässään ratkaisuehdotuksessa katsonut, että yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisun olisi rajoituttava koskemaan tilanteita, joissa kanteella vaaditaan tarjouskilpailun ratkaisun kumoamista, ja että ”pelkän lainvastaisuuden toteamisen ja vahingonkorvaukseen velvoittamisen suhteen yhteisön oikeudesta voisi hyvinkin seurata muita velvoitteita”. [66]

109. On todettava vielä, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevat päätökset eivät ole päätöksiä, joilla hankintaviranomainen päättää tehdä tai olla tekemättä sopimuksen yhteenliittymän kanssa. Ne ovat pikemminkin toisen hallinnollisen elimen päätöksiä, jotka koskevat yksittäisen yhteenliittymän jäsenen kelpoisuutta tulla valituksi sopimuskumppaniksi ja jotka sitovat yhtä lailla hankintaviranomaista.

110. Kaiken tämän perusteella katson, että yhteisöjen tuomioistuimen olisi perusteltua tutkia muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin vaatimukset uudelleen käsiteltävien asioiden yhteydessä.

111. On selvää, että yleissääntönä on se, että kansallisessa lainsäädännössä voidaan säätää, että jos julkista hankintasopimusta tavoittelemassa ollut tai tavoitteleva henkilö on yhteenliittymä, kaikkien yhteenliittymän jäsenten on toimittava yhdessä kanteen, jolla sopimuksen tekemistä koskeva päätös riitautetaan, nostamiseksi (Espace Trianon ja Sofibail -asia). Samoin voidaan säätää, että jos korvausta vaaditaan sillä perusteella, että päätös on tehty lainvastaisesti, riidanalainen päätös on ensin kumottava (muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin 2 artiklan 5 kohta).

112. Siten voitaisiin päätellä, että jos kansallisessa lainsäädännössä säädetään molemmilta osin näin, yhteisön säännöstö ei ole esteenä sille seuraukselle, että yhden tarjouksen tehneen yhteenliittymän jäsenen nostama vahingonkorvauskanne jätetään aina tutkimatta.

113. En ole kuitenkaan tällä kannalla.

114. Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu asiassa Espace Trianon ja Sofibail (ja ilmeisesti Simvoulio tis Epikrateiasin pohdinta sen uudistaman kansallisen lainsäädännön tulkinnan osalta) perustuu oletukseen siitä, että tarjoajan, jonka kanssa sopimusta ei ole tehty, intressi saada tarjouskilpailun ratkaisu kumotuksi liittyy mahdollisuuteen ottaa jälleen osaa menettelyyn, kun sitä jatketaan lainvastaisen päätöksen kumoamisen jälkeen, ja siihen, että jos tarjoajana on yhteenliittymä, vain yhteenliittymällä sellaisenaan voi perustellusti olla tämä intressi. Yksittäisiltä jäseniltä puuttuu tämä intressi, koska ne eivät ole jättäneet tarjousta omissa nimissään (eikä niillä ole useinkaan mahdollisuutta tehdä niin, tai muuten ne eivät olisi muodostaneet yhteenliittymää muiden kanssa).

66 – Ratkaisuehdotuksen 23 ja 24 kohta.

115. Tämä oletus ja siitä tehdyt johtopäätökset vaikuttavat aivan perustelluilta. Tarjouskilpailun ratkaisun osalta kaikkien yhteenliittymän jäsenten on toimittava yhdessä. Ne seisovat yhdessä, kaatuvat erikseen. Niiden intressit ovat tarjouskilpailun ratkaisun tavoin erottamattomia.

116. Tämä ei kuitenkaan välttämättä päde silloin, kun kyse on korvausvaatimuksesta. Sopimuksentekomenettelyn aikana tehty päätös voi aiheuttaa erityistä vahinkoa yhdelle yhteenliittymän jäsenistä aiheuttamatta sitä muille. Vaikka ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen perusteella ei ole selvää, missä määrin näin on asiassa C-145/08, asia C-149/08 ilmentää tällaista tilannetta. Soveltumattomuus koski yhteenliittymän jäsenistä yksin Aktoria. Vaikka se, että yhteenliittymää ei valita sopimuskumppaniksi, voi vaikuttaa kielteisesti sen kaikkiin jäseniin, Aktor leimattiin yksin yhtiöksi, jota ei voida valita sopimuskumppaniksi. Vaikka on niin, kuten Kreikan hallitus on istuntokäsittelyssä väittänyt, että soveltumattomuutta koskevat päätökset tehdään uudelleen jokaisen uuden menettelyn yhteydessä,[67] riidanalaisella päätöksellä on todennäköisesti kielteisiä vaikutuksia siihen, miten hyväksyttävä tulevan yhteenliittymän jäsen Aktor olisi muiden yritysten näkökulmasta.

117. Vaikka (kuten Loutrakin ja sen kanssa kantajina olevien kohdalla voi olla) vahinko jakautuu kaikkien yhteenliittymän jäsenten osalle – esimerkiksi suhteessa niiden jokaisen menettämään mahdollisuuteen –, itsenäiset korvausvaatimukset voitaisiin käsitellä erikseen. Jos vaatimus koskee pelkästään erotettavissa olevia vahinkoja eikä kysymys ole tarjouskilpailun ratkaisun kumoamisesta siten, että yhteenliittymä kokonaisuudessaan voitaisiin ottaa uudelleen mukaan menettelyyn, sillä ei ole ratkaisevaa merkitystä, onko kanteen nostanut yksi, jotkut vai kaikki yhteenliittymän jäsenet.

118. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Consorzio Elisoccorso San Raffaele[68] todennut, yksin nostettavan kanteen käytettävyys tällaisissa olosuhteissa pikemminkin edistäisi kuin vaikeuttaisi sen muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin tavoitteen saavuttamista, joka on sen varmistaminen, että jäsenvaltiot säätävät tehokkaista oikeussuojakeinoista ja riittävistä menettelyistä yhteisön oikeuden rikkomisen vuoksi kärsityn vahingon korvaamiseksi sitä kärsineille.[69]

67 – Väitettä tukee se, että kahdessa kansallisessa oikeudenkäynnissä riitautetut päätökset eivät vaikuta yhtenäisiltä (ks. edellä alaviite 20).

68 – Määräyksen 30 kohta (ks. edellä 104 kohta).

69 – Itse tavoitteesta ks. erityisesti direktiivin aineellisten säännösten lisäksi sen johdanto-osan neljäs, viides ja kuudes perustelukappale. Yhteisön oikeuden rikkomisesta mahdollisesti aiheutuneen vahingon osalta on myös pidettävä mielessä, että yhteisöjen tuomioistuin on pitänyt pääasioissa sovellettua kumoamatonta olettamaa yhteisön oikeuden vastaisena (ks. edellä 21 kohta); tällä seikalla voi olla erilaiset seuraukset kahdessa esillä olevassa oikeudenkäynnissä, koska toisessa asiassa on riitautettu tämän oletuksen perusteella tehty soveltumattomuuden toteaminen, kun taas toisessa on riitautettu se, ettei soveltumattomuutta ole todettu.

Sitä vastoin sääntö, jolla rajoitettaisiin sen käytettävyyttä, pikemminkin vaikeuttaisi kuin edistäisi tämän päämäärän saavuttamista.

119. On myös huomattava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun yhteisö ei ole antanut asiaa koskevia säännöksiä, kunkin jäsenvaltion asiana on määrittää yksityiskohtaiset menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuteen perustuvat oikeudet. Jäsenvaltioiden velvollisuutena on taata näiden oikeuksien tehokas suoja, ja nämä menettelysäännöt eivät saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (vastaavuusperiaatteen mukaisesti), eivätkä ne saa olla sellaisia, että yhteisön oikeusjärjestyksessä vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaatteen mukaisesti). [70]

120. Kuten komissio on esittänyt, kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista, loukkaavatko käsiteltävässä asiassa sovellettavat kansalliset säännökset jompaakumpaa näistä periaatteista. Sen on tulkittava näitä säännöksiä siinä määrin kuin on välttämätöntä ja mahdollista yhteisön oikeuden mukaisesti ja siis varmistaen näiden kahden periaatteen noudattaminen.

121. Tältä osin vaikuttaa siltä, että Simvoulio tis Epikrateiasin tämänhetkinen tapa tulkita ja soveltaa näitä säännöksiä tekisi erillisen korvauskanteen ajamisen yhteenliittymän jäsenelle mahdottomaksi. Tämä oikeus perustuu muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohtaan, eikä siihen mielestäni vaikuta se, että saman yhteenliittymän muilla jäsenillä ei ole omaa intressiä ajaa tällaista kannetta.

122. Lisäksi kansallinen tuomioistuin mainitsee ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessään sellaiseen kansalliseen lainsäädäntöön perustuvaan yleiseen oikeuteen liittyen, joka koskee korvauksen saamista valtion tai julkisen elimen aiheuttamasta vahingosta, että korvauskanteen tutkiva tuomioistuin tutkii samalla myös sen toimen lainmukaisuuden, josta vahingon väitetään aiheutuneen, kun taas esillä olevan asian yhteydessä kumoava päätös on saatava ensin eri tuomioistuimesta. Näin ollen vaikuttaa siltä, että tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita ei noudateta, jos korvauskanne ei ole pääasian kantajien käytettävissä siitä syystä, että eri tuomioistuimilla on toimivalta näiden kahden oikeussuojakeinon osalta.

70 – Ks. tuoreena esimerkkinä asia C-268/06, Impact, 15.4.2008 (Kok., s. I-2483, 44–46 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

123. On väitetty, että kantajien saama oikeussuoja on riittävä, koska ne voivat vaatia korvausta muilta yhteenliittymän jäseniltä, joiden passiivisuus on ollut syynä kanteen tutkimatta jättämiseen. Tämä ei vaikuta minusta pätevältä vaihtoehdolta. Se että korvaus ESR:n päätöksestä aiheutuneesta vahingosta tulisi yhteenliittymään kuuluneilta kumppaneilta, vaikuttaa kohtuuttomalta, ja se että korvauksen määrä olisi vastaava, vaikuttaa epätodennäköiseltä, koska vahinkotyyppi on erilainen ja perustuisi eri osapuolten erilaiseen käyttäytymiseen.

125. Asian C-145/08 osalta lisäisin, että siltä osin kuin korvausvaatimus perustuu perustamissopimuksen yhden kyseiseen hankintamenettelyyn sovellettavan keskeisen määräyksen rikkomiseen ja keskeisen periaatteen loukkaamiseen, oikeutta tehokkaaseen oikeussuojaan ja vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden vaatimuksia sovelletaan edelleen, vaikka menettelyn itsessään katsottaisiin jäävän julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin ja siten myös muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

Kysymys 4

124. Vastaisin näin ollen kysymykseen 3 siten, että vaikka hankintamenettelyn aikana tehtyä päätöstä koskeva kumoamiskanne ei kansallisen lainsäädännön mukaan ole tarjouksen tehneen yhteenliittymän yksittäisten jäsenten käytettävissä, on ennen tällaisen kanteen tutkittavaksi ottamisen edellytysten puuttumisen toteamista tarpeen tutkia, säilyykö näillä yksittäisillä jäsenillä tämän jälkeen oikeus vaatia jossakin toisessa kansallisessa tuomioistuimessa vahingonkorvausta väitetyn yhteisön oikeuden rikkomisen perusteella. Tällaisen oikeuden täytyy säilyä niiden käytettävissä edellytyksillä, jotka eivät saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (vastaavuusperiaatteen mukaisesti), eivätkä ne saa olla sellaisia, että näiden oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaatteen mukaisesti).

126. Tämä kysymys koskee tilannetta, jossa i) yksi tai useampi kantaja on nostanut kanteen hankintamenettelyn kuluessa tehdystä päätöksestä, ii) tämä kanne voitiin ottaa tutkittavaksi sen nostamisen ajankohtana sovelletun vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella ja iii) asian tutkinut tuomioistuin on todennut aikaisemmasta oikeuskäytännöstään poiketen, että kannetta ei itse asiassa voida ottaa tutkittavaksi.

127. Simvoulio tis Epikrateias haluaa pääasiallisesti tietää, edellyttävätkö muutoksenhakukeinoista annettu direktiivi ja oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tällaisessa tilanteessa, että kantajalle tai kantajille annetaan mahdollisuus korjata tutkittavaksi ottamiseen vaikuttava puute (mikä ei tavanomaisten säännösten mukaan vaikuta tässä menettelyn vaiheessa mahdolliselta) tai

ainakin ilmaista näkemyksensä tästä asiasta (mitä ei ilmeisesti ole tapahtunut ennen oikeuskäytännön muuttamista).

128. Aikaisempiin kysymyksiin, erityisesti kysymykseen 3, ehdottamieni vastausten valossa tämä kysymys nousee esiin vain, jos lopullisessa arvioinnissa käy ilmi, että tarjouksen tehneen yhteenliittymän yksittäisen jäsenen hankintamenettelyn kuluessa tehdystä päätöksestä nostaman kanteen tutkimatta jättäminen *ei* vie näiltä yksittäisiltä jäseniltä oikeutta vaatia toisessa tuomioistuimessa korvausta väitetyn yhteisön oikeuden rikkomisen perusteella, ja jos tämä oikeus *on edelleen* heidän käytettävissään edellytyksillä, jotka eivät ole epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia, ja jotka eivät ole sellaisia, että näiden oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa. Toisin sanoen se nousee esiin vain, jos uusi kansallisten menettelysääntöjen tulkinta osoittautuu täysin yhteensopivaksi yhteisön oikeuden kanssa. Vaikka tämä vaikuttaa käytettävissä olevien tietojen perusteella epätodennäköiseltä, vastaan kysymykseen 4 sillä perusteella, että näin olisi.

129. Olen ensinnäkin samaa mieltä Loutrakin kanssa siitä, että yleissäännön mukaan silloin, kun tuomioistuin muuttaa aikaisempaa oikeuskäytäntöään, tätä muutosta on sovellettava siinä asiassa, jossa näin on päätetty (vaikka tietysti on tilanteita, joissa periaatetta koskevan ratkaisun ajalliset vaikutukset voivat rajoittua tietyn ajankohdan jälkeisiin tilanteisiin [71]).

130. Käsiteltävän asian erityinen seikka on kuitenkin se, että oikeuskäytännön muuttamisesta on ilmeisesti päätetty ilman että asianosaisilla on ollut mahdollisuutta edes esittää näkemyksiään saati korjata ilmenneitä menettelyllisiä puutteita.

131. Jälkimmäisen osalta sekä Simvoulio tis Epikrateias että Aktor toteavat, että aikaisemmissa tapauksissa, joissa vastaavanlainen tilanne on syntynyt kansallisen lainsäädännön perusteella, mainittu tuomioistuin on vakiintuneesti tukeutunut luottamuksensuojan ja tehokkaan oikeussuojan periaatteisiin antaakseen asianosaisille mahdollisuuden korjata kaikki tutkittavaksi ottamiseen vaikuttavat puutteet, jotka ilmenevät oikeuskäytännön muuttamisen seurauksena. Minusta vaikuttaa selvältä, että jos näin on, vastaavuusperiaate edellyttää, kuten Aktor esittää, että samaa lähestymistapaa noudatetaan silloin, kun oikeudenkäynnissä vaaditaan yhteisön oikeuteen perustuvaa oikeutta.

71 – Yleiskuvan saamiseksi ks. julkisasiamies Stix-Hacklin ratkaisuehdotus asiassa C-475/03, Banca Popolare di Cremona, tuomio 3.10.2006 (Kok., s. I-9373, 130 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

132. Minusta ei vaikuta tältä osin välttämättömältä ottaa huomioon, kuten Kreikan hallitus ja Simvoulio tis Epikrateiasin vähemmistö esittävät, nostettiinko kanne alun perin tietoisesti aikaisempaan oikeuskäytäntöön tukeutuen – ellei tämä ole seikka, joka otetaan huomioon myös muissa kansallisella lainsäädännöllä säännellyissä tilanteissa.

133. Yleisemmin olen komission kanssa tältäkin osin samaa mieltä siitä, että jälleen kansallisen tuomioistuimen on selvitettävä, että yhteisön oikeuden keskeisiä periaatteita noudatetaan siltä osin kuin menettely kuuluu yhteisön oikeuden soveltamisalaan. Näihin periaatteisiin kuuluvat oikeusvarmuus, luottamuksensuoja ja oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa tarkoitetulla tavalla.

134. Komissio huomauttaa mahdollisuudesta esittää oikeuskäytännön muuttamista koskevia huomautuksia, että yhteisöjen tuomioistuin on julkisiin hankintoihin liittyvissä asioissa todennut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneesti katsoneen, että oikeudenkäynnin kontradiktorisuus on yksi seikoista, joiden nojalla on mahdollista arvioida oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta, mutta sitä voidaan punnita vastakkain muiden oikeuksien ja etujen kanssa. Kontradiktorinen periaate merkitsee yleisesti oikeudenkäynnin asianosaisten oikeutta saada tietoonsa tuomioistuimelle esitetyt todisteet ja huomautukset ja keskustella niistä. [72]

135. Käsiteltävissä asioissa oikeuskäytäntöä on, sikäli kuin olen asiakirjojen perusteella ymmärtänyt, muutettu Simvoulio tis Epikrateiasin aloitteesta. Tällaisessa tilanteessa minusta vaikuttaa erityisen tärkeältä, että asianosaisilla on mahdollisuus lausua asiasta ennen kuin kanne jätetään tutkimatta menettelyllisillä perusteilla, joita ei ole aikaisemmin käytetty.

136. Useat asianosaiset ovat korostaneet, että tässä useita vuosia sitten alkaneiden oikeudenkäyntien vaiheessa Simvoulio tis Epikrateiasin ei prosessiekonomian nimissä olisi tarpeen enää järjestää asianosaisille mahdollisuutta lausua asiasta, koska niillä on nyt ollut mahdollisuus siihen yhteisöjen tuomioistuimessa. Mielestäni näin on vain, jos Simvoulio tis Epikrateiasia koskevissa menettelysäännöissä säädetään, että yhteisöjen tuomioistuimessa ennakkoratkaisupyyntöasiaa käsiteltäessä esitetyt argumentit otetaan täysimääräisesti huomioon, kun asia palautuu kansalliselle tuomioistuimelle yhteisöjen tuomioistuimen annettua tuomionsa.

72 – Ks. asia C-450/06, Varec, tuomio 14.2.2008 (Kok., s. I-581, 46 ja 47 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

Ratkaisuehdotus

137. Kaiken edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Simvoulio tis Epikrateiasin esittämiin kysymyksiin seuraavasti.

”*Vastaus ensimmäiseen asiassa C-145/08 esitettyyn kysymykseen:*

Sopimus, jolla hankintaviranomainen antaa sopimuskumppanin tehtäväksi kasinoliiketoiminnan harjoittamisen ja kaupallisen hyödyntämisen (palveluosa) ja jolla sopimuskumppani ottaa vastatakseen sellaisen kehittämissuunnitelman toteuttamisesta, joka koostuu kasinotilojen parantamisesta (rakennusurakkaosa), voidaan luokitella yhteisön julkisia hankintoja koskevien direktiivien mukaiseksi palveluhankintasopimukseksi, jos urakkaosa on pelkästään palveluosaa täydentävä. Tällainen sopimus on kuitenkin luokiteltava palvelukonsessioksi, joka jää siis julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, jos sopimuskumppani ottaa vastatakseen hankintaviranomaiselle kuuluneesta liiketoiminnan riskistä kokonaan tai ainakin sen merkittävästä osasta, vaikka tämä riski on alusta asti rajoitettu. Tällaiseen luokitteluun ei vaikuta se, että hankintaviranomainen takaa hyvityksen myöhemmän kilpailun tapauksessa, jos tällainen tae ei merkittävästi vaikuta riskin siirron laajuuteen; tämä on eri asia kuin sen riskin määrä, jonka perusteella kaikki mahdolliset tarjoajat arvioivat intressiään osallistua ja määrää, jonka ne ovat valmiita tarjoamaan.

Palvelukonsession tekemisessä on noudatettava EY:n perustamissopimuksen keskeisiä määräyksiä ja periaatteita.

Vastaus toiseen asiassa C-145/08 esitettyyn kysymykseen:

Kanne, jonka nostavat osapuolet, jotka ovat osallistuneet menettelyyn, joka koskee sekamuotoista julkista sopimusta muun muassa julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin liitteeseen I B sisältyvien palvelujen suorittamiseksi, ja jossa ne vetoavat kyseisen direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa vahvistettuun tarjouskilpailuun osallistuneiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamiseen, kuuluu muutoksenhakukeinoista annetun direktiivin soveltamisalaan.

Vastaus kolmanteen asiassa C-145/08 ja ensimmäiseen asiassa C-149/08 esitettyyn kysymykseen:

Vaikka hankintamenettelyn aikana tehtyä päätöstä koskeva kumoamiskanne ei kansallisen lainsäädännön mukaan ole tarjouksen tehneen yhteenliittymän yksittäisten jäsenten käytettävissä, on ennen tällaisen kanteen tutkittavaksi ottamisen edellytysten puuttumisen toteamista tarpeen tutkia, säilyykö näillä yksittäisillä jäsenillä tämän jälkeen oikeus vaatia jossakin toisessa kansallisessa tuomioistuimessa vahingonkorvausta väitetyn yhteisön oikeuden rikkomisen perusteella. Tällaisen oikeuden täytyy säilyä niiden käytettävissä edellytyksillä, jotka eivät saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (vastaavuusperiaatteen mukaisesti), eivätkä ne saa olla sellaisia, että näiden oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaatteen mukaisesti).

Siltä osin kuin korvausvaatimus perustuu perustamissopimuksen yhden kyseiseen hankintamenettelyyn sovellettavan keskeisen määräyksen rikkomiseen ja keskeisen

periaatteen loukkaamiseen, oikeutta tehokkaaseen oikeussuojaan ja vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden vaatimuksia sovelletaan edelleen, vaikka menettelyn itsessään katsottaisiin jäävän yhteisön julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle.

Vastaus neljänteen asiassa C-145/08 ja toiseen asiassa C-149/08 esitettyyn kysymykseen:

Jos kansallisen tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä on katsottu, että tarjouksen tehneen yhteenliittymän yksittäinen jäsen voi nostaa kanteen julkista hankintaa koskevaan menettelyyn kuuluvasta päätöksestä, tällaisen kanteen tutkimatta jättäminen tämän oikeuskäytännön muuttumisen vuoksi ei ole sopusoinnussa yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden kanssa, ellei henkilölle, joka on nostanut kanteen, anneta ensin joko mahdollisuutta korjata tätä tutkimisedellytysten puuttumista tai ainakin esittää tätä seikkaa koskevia huomautuksiaan."