JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
SIEGBERT ALBER
7 päivänä helmikuuta 2002 [1]

I Johdanto

1. Esillä olevassa ennakkoratkaisumenettelyssä Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (jäljempänä ennakkoratkaisua pyytänyt kansallinen tuomioistuin) tiedustelee sitä, voiko se jättää ottamatta huomioon sellaisen julkista hankintasopimusta koskevan tarjouskilpailuilmoituksen lainvoiman, johon ei ole haettu muutosta kansallisessa lainsäädännössä säädetyssä määräajassa ja erään tarjoajan tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaa päätöstä vastaan (myöhemmin) nostamaa kannetta käsitellessään silti ottaa huomioon sen, että yksi tarjouskilpailuilmoituksen ehdoista oli yhteisön oikeuden vastainen. Käytännössä asiassa on tältä osin kyse tarjoajan taloudellisen tilanteen ja luottokelpoisuuden osoittamisesta julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 93/36/ETY [2] (jäljempänä direktiivi 93/36/ETY) 22 artiklan mukaisesti. Kansallinen tuomioistuin haluaa selvittää, koskeeko lainvastaisten hallintotoimien (20.3.1865 annetun lain nro 2248 5 §) soveltamatta jättämisen kansallinen periaate myös yhteisön oikeuden vastaisia tarjouskilpailuilmoituksen ehtoja. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee lisäksi, perustuuko tämä periaate myös EU 6 artiklaan ja siihen liittyen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevaan oikeuteen ja oikeuteen tehokkaaseen oikeussuojakeinoon Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 ja 13 artiklan mukaisesti. Ennakkoratkaisupyynnön tutkiminen edellyttää lisäksi 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] (jäljempänä muutoksenhakudirektiivi) tulkitsemista.

II Tosiseikat ja asian käsittely

2. Pääasian oikeudenkäynnissä Santex SpA (jäljempänä Santex) on nostanut Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Paviaa (jäljempänä USSL) vastaan kanteen, joka koskee Santexin jättämistä tavaranhankintoja koskevan sopimuksentekomenettelyn ulkopuolelle. Santex riitautti tältä osin päätöksen tarjouskilpailun ratkaisemisesta sekä kilpailuilmoituksen, johon sen mielestä sisältyy yhteisön oikeuden vastainen tarjouskilpailuun osallistumista koskeva ehto.

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.

2 — 14.6.1993 annettu neuvoston asetus (EYVL L 199, 9.8.1993, s. 1).

3 — 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 395, 30.12.1989, s. 33).

3. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan USSL julkaisi 23.10.1996 *Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä* ilmoituksen inkontinenssia varten tarkoitettujen hygieniatuotteiden toimittamista potilaiden koteihin koskevan hankintasopimuksen kilpailuttamisesta ja ilmoitti hankintasopimuksen arvoksi 1 067 372 000 Italian liiraa vuodessa. Kilpailuilmoitukseen sisältyi ehto, jonka mukaan tarjouskilpailuun voivat osallistua vain sellaiset yritykset, jotka voivat esittää kolmelta ilmoitusta edeltävältä vuodelta näytön kilpailun kohteena olevia tuotteita koskevasta liikevaihdosta, joka on vähintään kolminkertainen hankintasopimuksen arvoksi ilmoituksessa asetettuun verrattuna.

4. Santex ilmoitti 25.11.1996 päivätyllä kirjeellään USSL:n tarjouskilpailulautakunnan puheenjohtajalle, että yllä mainittu tarjouskilpailuilmoituksen ehto oli perusteettomasti kilpailua rajoittava. Koska paikalliset sosiaali- ja terveysviranomaiset (aziende sanitarie locali) olivat ryhtyneet tämäntyyppisten palvelujen tarjoamiseen vasta hiljattain, kyseisen tarjouskilpailuehdon soveltaminen merkitsi sitä, että tarjouskilpailumenettelyn ulkopuolelle suljetaan suuri määrä mahdollisia osallistujia, kuten Santex SpA, joka kuitenkin oli edeltävänä vuonna toteuttanut näiden tavaroiden toimituksilla liikevaihdon, joka oli kaksi kertaa hankintasopimuksen arvoksi ilmoituksessa vahvistettu määrä.

5. Tämän jälkeen kyseinen lautakunta lykkäsi tarjousten avaamista ja pyysi niiltä yrityksiltä, joita tämä kysymys koski, lisätietoja, koska kyseisen ehdon voitiin tulkita tarkoittavan tarjouskilpailuun osallistuvien yritysten kokonaisliikevaihtoa ja koska tällä tavoin voitaisiin arvioida tarjouskilpailussa tarkoitettuja tuotteita koskeva liikevaihto ei niinkään sen vuoksi, että tällä perusteella päätettäisiin siitä, voiko yritys osallistua tarjouskilpailuun vaan siitä, millä tavoin yritys pisteytetään tarjouskilpailumenettelyssä. [4]

6. Sca Mölnlycke SpA, jonka kanssa oli tehty vastaavien tuotteiden hankintasopimus tarjouskilpailuilmoitusta edeltävän ajanjakson osalta, riitautti tämän tulkinnan. Se vaati USSL:lle lähettämässään kirjeessä mainitun kilpailuilmoituksen ehdon kirjaimellista noudattamista.

7. Tämän jälkeen USSL pyysi tarjouskilpailuun osallistuvia yrityksiä täydentämään aiemmin toimittamiaan asiakirjoja esittämällä tiedot kyseisten tuotteiden toimituksiin liittyvästä liikevaihdosta ja laitoksista, joille nämä toimitukset oli suoritettu.

8. Tarjouskilpailu päättyi siihen, että Santexin ja kahden muun yrityksen ei katsottu täyttävän siihen osallistumisen edellytyksiä. Mölnlycke voitti hankintasopimusta koskevan tarjouskilpailun.

9. Santex toteaa, että jos se olisi hyväksytty osallistumaan tarjouskilpailuun, hankintasopimus olisi annettu sille, minkä vuoksi se riitautti päätöksen, jolla se jätettiin kilpailun ulkopuolelle, hankintasopimuksen tekemistä koskevan päätöksen sekä tarjous-

4 — Hankintaviranomaisena toimivan lautakunnan pöytäkirja nro 1, 12.12.1996.

kilpailuilmoituksen väittäen, että ne ovat lainvastaisia ja että menettelyssä oli syyllistytty harkintavallan väärinkäyttöön.

10. USSL ja Mölnlycke, jonka kanssa hankintasopimus tehtiin, ovat vedonneet siihen, että tarjouskilpailuilmoitus on riitautettu liian myöhään ja vaatineet kanteen hylkäämistä perusteettomana.

11. Kansallinen tuomioistuin hyväksyi asiassa esitetyn vaatimuksen riitautettujen toimien täytäntöönpanon lykkäämisestä perustellen näkemystään sillä, että asiassa on loukattu yhteisön kilpailuoikeudellisia periaatteita. Tarjouskilpailussa oli asetettu valintakriteeriksi määrältään niin suuri liikevaihto, että sitä voidaan pitää perusteettomana ja kohtuuttomana rajoituksena niiden yritysten kannalta, jotka olisivat halunneet osallistua siihen. Vaikka tarjouskilpailuilmoitusta koskevaa muutoksenhakua olisikin pidettävä myöhästyneenä, tarjouskilpailuehtoa ei kuitenkaan voida soveltaa yhteisön oikeuden vastaisena.

12. Italian Consiglio di Staton V jaosto kumosi riidanalaisten toimien täytäntöönpanon lykkäämistä koskevan määräyksen 29.8.1997 antamallaan määräyksellä. Tässä kumoamispäätöksessä ei kuitenkaan ollut tosiseikkoihin liittyviä eikä oikeudellisia perusteluja.

13. USSL oli täytäntöönpanon lykkäämistä koskevan määräajan päätyttyä tehnyt hankintasopimuksen Mölnlycken kanssa. Tämän määräyksen voimassaolon ajan Mölnlycke oli jo vastannut tuotteiden toimituksista.

14. Kansallinen tuomioistuin on pyytänyt pääasiassa yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisua siitä, onko direktiivin 93/36/ETY 22 artiklaa tai EU 6 artiklan 2 kohtaa, kun niitä tulkitaan yhdessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 ja 13 artiklan kanssa, tulkittava siten, että yhteisön oikeuden vastainen tarjouskilpailuilmoituksen ehto voidaan jättää soveltamatta myös siinä tapauksessa, että niihin ei ole haettu muutosta kansallisissa muutoksenhakua koskevissa säännöksissä asetetussa määräajassa.

15. Italian, Ranskan ja Itävallan hallitukset sekä komissio ovat osallistuneet ennakkoratkaisupyynnön kirjalliseen käsittelyyn.

III Ennakkoratkaisupyyntö

16. Kansallinen tuomioistuin huomauttaa ennakkoratkaisupyyntönsä perusteluissa, että sen tekemän päätöksen kannalta olennaisena on pidettävä sitä, että tarjouskilpailuilmoitukseen sisältyy yhteisön oikeussääntöjen ja vastaavien kansallisten täy-

täntöönpanosäännösten vastainen ehto.[5] Kansallisen tuomioistuimen mielestä erityisesti se, että tarjouskilpailuun osallistumiseksi edellytettiin vastaavien palvelujen suorittamista koskevan liikevaihdon edeltäviltä kolmelta vuodelta olevan kolminkertainen kilpailun kohteena olevan sopimuksen arvoon verrattuna, on omiaan loukkaamaan suhteellisuusperiaatetta ja kilpailuun osallistujien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta. Kansallisten muutoksenhakua koskevien säännösten mukaisesti kansallisen tuomioistuimen on kuitenkin ensiksi käsiteltävä muutoksenhaun myöhästymistä koskeva väite.

17. Kyseisen väitteen mukaan tarjouskilpailuilmoituksen ehtoa, jossa nimenomaisesti estetään Santexin osallistuminen, on pidettävä välittömästi ja suoraan osallistumisintressiin vaikuttavana, minkä vuoksi sitä koskeva muutoksenhaku olisi 6.6.1924 annetun asetuksen nro 1054 36 artiklan[6] mukaisesti pitänyt tehdä 60 päivän määräajassa siitä, kun Santex sai asiasta tiedon.

18. Kansallisen tuomioistuimen näkemyksen mukaan asiassa on kuitenkin pyrittävä turvaamaan julkisia hankintoja koskevia tarjouskilpailumenettelyjä koskevan muutoksenhaun tehneen henkilön oikeudet ja edut tehokkaasti niin yhteisön oikeuden kuin kansallisten oikeussääntöjenkin välittömän soveltamisen alalla. Näin ollen on jätettävä soveltamatta kilpailuilmoituksessa oleva sellainen ehto, joka rajoittaa perusteettomasti sitä, että julkisia hankintoja koskeviin tarjouskilpailuihin osallistuisi mahdollisimman suuri määrä tarjouksen tekijöitä.

19. Tämän mahdollistamiseksi on vakiintuneesti turvauduttu seuraaviin mekanismeihin: Tarjouskilpailuilmoituksia koskevaan sääntelyyn joko sisällytetään ehdottomia säännöksiä analogisesti Italian siviililain 1339 §:n[7] perusteella, mikä vaihtoehto ei ole mahdollinen esillä olevassa asiassa, tai sitten tällaisia ehtoja ei sovelleta 20.3.1865 annetun lain nro 2248 5 §:n, liite E,[8] nojalla.

20. Tämän toisen vaihtoehdon osalta Italian Consiglio di Stato on vakiintuneesti todennut, että kun kyseessä on tietyn sääntelyn ja sitä ylemmäntasoisen säännöksen välinen ristiriita, joka vaikuttaa yksittäiseen subjektiiviseen oikeuteen, hallintotuomioistuin voi — samalla tavoin kuin siviilioikeuden osalta yleinen tuomioistuin — jättää soveltamatta alemmantasoista sääntelyä. Consiglio di Stato ei kuitenkaan hyväksynyt tällaista tulkintaa nyt esillä olevan julkisista hankinnoista tehtäviä sopimuksia koskevan tarjouskilpailuilmoituksen osalta, koska asiassa ei katsottu olevan kyse subjektiivisesta oikeudesta. Näin ollen tarjouskilpailuilmoitusta koskeva muutoksenhaku olisi täytynyt tehdä 60 päivän määräajassa, jonka päättymisen jälkeen ilmoitusten tai niiden ehtojen soveltamatta jättämistä ei voida enää muulla tavoin toteuttaa.

5 — Kansallinen tuomioistuin katsoo, että kyseisellä kilpailuehdolla rikotaan direktiivin 93/36/ETY 22 artiklaa ja 24.7.1992 annetun asetuksen nro 358 3 artiklan 1 kohdan c alakohtaa.

6 — Italian Consiglio Di Statoon sovellettavista säännöksistä 6 päivänä kesäkuuta 1924 annettu asetus nro 1054, jota sovelletaan 6.12.1971 annetun lain nro 1034 19 §:n mukaan myös paikallistason hallintotuomioistuimissa.

7 — "Lailla säädetyt ehdot, tavaroiden tai palvelujen hinnat ovat välittömästi osa sopimusta ja ne korvaavat osapuolten edellyttämät toisensisältöiset ehdot."

8 — "Tuomioistuimet soveltavat hallintotoimia ja yleisiä tai paikallistason säännöksiä siltä osin kuin ne ovat lainmukaisia."

21. Italian lainsäädännössä erotetaan toisistaan lailliset intressit, joita loukkaavien toimien riitauttaminen edellyttää muutoksenhakua yleistä määräaikaa soveltaen, ja subjektiiviset oikeudet, jotka turvataan soveltamatta jättämistä koskevan mekanismin avulla. Tätä kansalliseen oikeuteen perustuvaa erottelua ei kuitenkaan voida pitää pätevänä yhteisön oikeuden osalta.

22. Kansallinen tuomioistuin viittaa asiassa Simmenthal[9] annettuun tuomioon, jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kansallinen tuomioistuin, jonka tehtävänä on toimivaltansa rajoissa soveltaa yhteisön oikeussääntöjä, on velvollinen varmistamaan näiden oikeussääntöjen täyden vaikutuksen niin, että se tarvittaessa jättää omasta aloitteestaan soveltamatta kaikkia yhteisön oikeuden kanssa ristiriidassa olevia kansallisia sääntöjä, eikä sen tarvitse pyytää tai odottaa näiden kansallisten oikeussääntöjen poistamista lainsäädäntöteitse tai jollakin muulla perustuslain mukaisella tavalla.

23. Kansallinen tuomioistuin tukeutuu lisäksi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön asioissa van Schijndel ja van Veen[10] sekä Eco Swiss[11] ja katsoo, että ensin on selvitettävä, onko yhteisön oikeuden soveltaminen tehty mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi, kun otetaan huomioon hankintasopimuksen tekemistä edeltävän hallintomenettelyn kulkuun liittyvät erityispiirteet, sekä se, heikennetäänkö tällä oikeussuojan tehokkuutta yhteisön säännösten osalta.

24. USSL antoi ensin ymmärtää aikovansa tulkita kyseistä ehtoa suppeasti tai oikaista sitä, jolloin se sai Santexin olettamaan, ettei muutoksenhakumenettelyn käynnistäminen tarjouskilpailuilmoituksen osalta ollut tarpeen. USSL loi tällä tavoin Santexille objektiivisesti tarkasteltuna oikeudellisen epävarmuustilanteen. Asiassa on näin ollen sovellettava yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Peterbroeck[12] omaksumia periaatteita.

25. Esillä olevassa asiassa on yleisen edun perusteella arvioitava tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämisen lainvastaisuutta yhtäältä yhteisön oikeuden tehokkaan täytäntöönpanon turvaamiseksi ja toisaalta perustuen hallintoviranomaisten intressiin perustaa kilpailu mahdollisimman laajaan kilpailuun laadultaan parhaan mahdollisen ja hinnaltaan soveltuvimman tuotteen löytämiseksi ja valitsemiseksi.

26. Kansallisen tuomioistuimen puuttuminen asiaan viran puolesta on perusteltua. Asiassa Océano Grupo Editorial[13] antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin on nimittäin katsonut kuluttajasopimusten osalta, että kansallinen tuomioistuin voi viran puolesta arvioida käsiteltäväkseen saatetun sopimusehdon kohtuuttomuutta silloin, kun se tutkii siinä nostetun kanteen tutkittavaksi ottamista.

9 — Asia 106/77, Simmenthal, tuomio 9.3.1978 (Kok. 1978, s. 629).

10 — Yhdistetyt asiat C-430/93 ja C-431/93, van Schijndel ja van Veen, tuomio 14.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4705).

11 — Asia C-126/97, Eco Swiss, tuomio 1.6.1999 (Kok. 1999, s. I-3055).

12 — Asia C-312/93, Peterbroeck, tuomio 14.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4599).

13 — Yhdistetyt asiat C-240/98—C-244/98, Océano Grupo Editorial, tuomio 27.6.2000 (Kok. 2000, s. I-4941).

27. Asian tosiseikkojen ja oikeudellisten seikkojen perusteella on katsottava, ettei esillä olevaan asiaan voida soveltaa asiassa Eco Swiss annetussa tuomiossa [14] vahvistettua oikeusperiaatetta, jonka mukaan tiettyjen kansallisten menettelysääntöjen soveltamatta jättäminen ei merkitse sitä, että yhteisön oikeutta on sovellettava viran puolesta.

28. Kansallinen tuomioistuin esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Voidaanko julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun direktiivin 93/36/ETY 22 artiklaa tulkita siten, että toimivaltaisilla kansallisilla tuomioistuimilla on velvollisuus suojata niitä yhteisöjen kansalaisia, joiden oikeuksia on loukattu yhteisön oikeuden vastaisesti annetuilla toimilla, turvautumalla erityisesti 20.3.1865 annetun kansallisen lain nro 2248 5 §:n mukaiseen mahdollisuuteen jättää soveltamatta tällaista toimea, kun kyse on julkisia hankintoja koskevan tarjouskilpailuilmoituksen ehdoista, jotka ovat yhteisön oikeuden vastaisia, mutta joihin ei ole haettu muutosta kansallisissa muutoksenhakua koskevissa säännöksissä asetetussa määräajassa, ja soveltaa viran puolesta yhteisön oikeussääntöjä aina silloin kun on todettu, että yhteisön oikeussääntöjen soveltaminen on ollut mahdotonta tai erittäin vaikeaa, ja kun soveltaminen on perusteltua yhteisön tai kansallisen yleisen edun perusteella.

2) Voidaanko samaan johtopäätökseen tulla perustamissopimuksen [15] 6 artiklan 2 kohdan perusteella, kun tässä kohdassa määrätään, että unioni noudattaa ihmisoikeuksista ja perusvapauksista tehdyssä Euroopan yleissopimuksessa taattuja perusoikeuksia, ja unioni on näin omaksunut tämän yleissopimuksen 6 ja 13 artiklan mukaisen periaatteen yksityisten oikeussubjektien oikeudenkäyntimenettelyyn liittyvien oikeuksien suojasta?"

IV Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeussäännöt*

29. Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 93/36/ETY 22 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Osoitukseksi tavarantoimittajan luottokelpoisuudesta ja taloudellisesta tilanteesta voidaan yleensä toimittaa yksi tai useampi seuraavista viiteasiakirjoista:

— —

14 — Edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Eco Swiss annettu tuomio.

15 — Tässä tarkoitetaan Euroopan unionista tehtyä sopimusta (kirjoittajan huomautus).

c) lausunto tavarantoimittajan kokonaisliikevaihdosta sekä liikevaihdosta sopimuksessa tarkoitettuun tavaranhankintaan liittyvien liiketoimien osalta kolmelta viimeksi kuluneelta varainhoitovuodelta.

2. Hankintaviranomaisten on sopimusta koskevassa ilmoituksessaan tai tarjouspyynnössään ilmoitettava, mikä tai mitkä 1 kohdassa tarkoitetuissa viiteasiakirjoista niille on esitettävä ja mitä muita kuin 1 kohdassa mainittuja viiteasiakirjoja on esitettävä.

3. Jos tavarantoimittaja ei hyväksyttävästä syystä voi toimittaa hankintaviranomaiselle sen pyytämiä viiteasiakirjoja, tavarantoimittaja voi osoittaa taloudellisen tilanteensa ja luottokelpoisuutensa jollain muulla hankintaviranomaisen hyväksymällä asiakirjalla."

30. Esillä olevan asian kannalta ovat lisäksi merkityksellisiä direktiivin 89/665/ETY (muutoksenhakudirektiivi) 1 artiklan 1 ja 3 kohta sekä 2 artiklan 1 kohdan b alakohta ja 6 artikla, joissa säädetään seuraavaa:

1 artikla

"1. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivien 71/305/ETY ja 77/62/ETY 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. — —

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."

2 artikla

"1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklassa säädettyihin muu-

toksenhakumenettelyihin liittyviin toimenpiteisiin sisältyy valtuudet:

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

b) joko 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.

— —

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.

— — "

3 artikla

"1. Komissio voi tehdä aloitteen tässä artiklassa säädetyn menettelyn käynnistämiseksi, jos se ennen sopimuksen tekemistä havaitsee, että direktiivien 71/305/ETY ja 77/62/ETY soveltamisalaan kuuluvassa sopimuksentekomenettelyssä on tapahtunut selvä ja ilmeinen julkisia hankintoja koskevien yhteisön säännösten vastainen virheellinen menettely.

— — "

B *Italian lainsäädäntö*

31. 24.7.1992 annetun asetuksen nro 358 13 artiklassa, jonka otsikko on "Yhtenäinen teksti julkisia tavaranhankintoja koskevista määräyksistä direktiivien 77/62/ETY, 80/767/ETY ja 88/295/ETY täytäntöönpanemiseksi" ja jolla pannaan täytäntöön direktiivin 93/36/ETY 22 artikla, säädetään seuraavaa:

13 artikla

"1. Osoitukseksi kilpailuun osallistuvien yritysten luottokelpoisuudesta ja taloudellisesta tilanteesta voidaan yleensä toimittaa yksi tai useampi seuraavista viiteasiakirjoista:

— —

c) lausunto kokonaisliikevaihdosta sekä liikevaihdosta sopimuksessa tarkoitettuun tavaranhankintaan liittyvien liiketoimien osalta, jonka yritys on toteuttanut viimeisten kolmen varainhoitovuoden aikana.

2. Hankintaviranomaisten on sopimusta koskevassa ilmoituksessaan tai tarjouspyynnössään ilmoitettava, mitkä 1 kohdassa tarkoitetuista asiakirjoista niille on esitettävä ja mitä muita viiteasiakirjoja on esitettävä. — —

3. Jos tavarantoimittaja ei hyväksyttävästä syystä voi toimittaa viiteasiakirjoja, tavarantoimittaja voi osoittaa taloudellisen tilanteensa ja luottokelpoisuutensa jollain muulla hankintaviranomaisen hyväksymällä asiakirjalla."

32. Esillä olevan asian kannalta on lisäksi merkityksellinen Consiglio di Statoon sovellettavista säännöksistä 26.6.1924 annetun kuninkaan asetuksen nro 1054 36 artiklan 1 kohta (jäljempänä 26.6.1924 annetun asetuksen 36 artikla). Nämä säännökset ulotettiin 6.12.1971 annetun lain nro 1034 19 §:llä koskemaan hallintotuomioistuimia. Kyseisessä artiklassa säädetään seuraavaa:

36 artikla

"1. Niitä tilanteita lukuun ottamatta, joissa määräajoista on säädetty oikeussuojasta annetuilla erityisillä la[e]illa, muutosta on haettava Consiglio di Statolta oikeudellisten menettelyjen osalta 60 päivän määräajassa siitä, kun hallinnollinen päätös annettiin tiedoksi siinä muodossa ja sillä tavalla, kuin asetuksessa on säädetty, tai siitä, kun asianosainen sai päätöksestä tiedon — — ."

33. Esillä olevan asian osalta on lopuksi mainittava 20.3.1865 annetun lain nro 2248 5 §, jossa säädetään seuraavaa:

5 §

"Tuomioistuimet soveltavat hallintotoimia ja yleisiä tai paikallistason säännöksiä mikäli ne ovat lainmukaisia."

V Asianosaisten huomautukset

34. *Italian hallitus* väittää kansallisen tuomioistuimen lähtevän siitä, että yhteisön oikeussäännöillä on välitön oikeusvaikutus ja että kansallisen tuomioistuimen on näin ollen yhteisön oikeuden suojaamiseksi taattava näiden säännösten tehokas soveltaminen kansallisista menettelysäännöistä riippumatta.

35. Italian Consiglio di Stato on kuitenkin 7.4.1998 antamassaan tuomiossa vahvistanut tarjouskilpailuilmoituksia koskevan oikeuskäytäntönsä ja todennut, että sellaista toimea, jolla rajoitetaan kilpailijan oikeutta osallistua tarjouskilpailuun, koskevaan muutoksenhakumenettelyyn on ryhdyttävä tavanomaisessa 60 päivän määräajassa. Määräajan päätyttyä hallintotoimea ei voida enää jättää soveltamatta. Hallintotoimeen ei voida tämän jälkeen hakea muutosta, eikä sitä vastaan nostettua kannetta voida ottaa tutkittavaksi. Samaten on hylättävä kaikki kyseisen toimen lainvastaisuuteen tukeutuvat kanneperusteet.

36. Hallintotoimen lainvoima on siis sanktio sen henkilön passiivisuudesta, joka katsoo oikeuksiaan loukatun. Samalla se vahvistaa luottamusta viranomaisten toimien lainmukaisuuteen. Hallintotoimen lainvoima on vanhentumisaikaa ja oikeusvoimaa koskevien oikeudellisten mekanismien tavoin oikeusvarmuuteen liittyvä edellytys. Sillä, että tarjouskilpailuilmoitusta koskevaa muutoksenhakumahdollisuutta jatkettaisiin, loukattaisiin tarjouskilpailuun osallistuvien yritysten perusteltua luottamusta ja taloudellisia intressejä.

37. Pääasian kannalta ratkaisevaa ei ole niinkään direktiivin 93/36/ETY 22 artiklan oikeudellinen luonne, vaan se, ovatko kilpailuilmoituksessa kilpailuun osallistuvien yritysten tekniselle ja taloudelliselle suorituskyvylle asetetut vaatimukset lainmukaisia. Italian hallituksen mukaan asiassa on epäilemättä lähdettävä tällaisesta oletamuksesta. Direktiivin 22 artikla ei ole myöskään välittömästi sovellettava.

38. Kun otetaan huomioon EY 10 artiklassa vahvistettu jäsenvaltioita ja myös niiden tuomioistuimia koskeva yleinen yhteistyö yhteisön oikeuden täytäntöönpanon osalta, esiin tulee kysymys tämän velvollisuuden ja kansallisten menettelysääntöjen välisestä suhteesta.

39. Italian hallitus viittaa yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön. Tämän oikeuskäytännön mukaan sellaisissa tilanteissa, joissa kyseisellä alalla ei ole annettu yhteisön säännöksiä, kunkin jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärjestyksessä on annettava menettelysäännöt, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuden välittömään oikeusvaikutukseen perustuvat oikeussubjektien oikeudet. Nämä menettelysäännöt eivät kuitenkaan saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat ainoastaan samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia, eivätkä ne saa olla sellaisia, että yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa.

40. Italian lainsäädännön mukaan hallintotoimiin on haettava muutosta 60 päivän määräajassa. Jäsenvaltion sisäisen sekä yhteisön oikeuden rikkominen voi johtaa siihen, että hallintotoimen katsotaan olevan lainvastainen. Näin ollen kyse ei Italian mielestä ole syrjinnästä, eikä mikään estä yhteisön oikeuden tehokasta soveltamista. Jos tuomioistuin voisi jättää soveltamatta kansallisia menettelysääntöjä tapauksessa, jossa välittömästi sovellettavaa yhteisön oikeutta on rikottu, seurauksena olisi sisältönsä puolesta vastaavanlaisten jäsenvaltion sisäisten säännösten perusteeton syrjiminen.

41. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 ja 13 artiklasta johtuva tehokkaan oikeussuojan periaate koskee Italian mukaan ainoastaan yhteisön oikeustoimia ja niihin perustuvia kansallisia oikeustoimia. Tätä periaatetta ei sen mielestä voida soveltaa kansallisten menettelysääntöjen vahingoksi.

42. Italian hallitus ehdottaa näin ollen, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Sikäli kuin välittömästi sovellettaviin yhteisön oikeussääntöihin ja jäsenvaltion sisältönsä puolesta samanlaisiin sääntöihin perustuvien hakemusten erilainen menettelyoikeudellinen käsittely ei perustu objektiivisiin syihin, sellaisten jäsenvaltion menettelysääntöjen soveltamatta jättäminen ei ole mahdollisista, joiden tarkoituksena on loukatuiksi väitettyihin oikeuksiin vetoaminen tuomioistuinteitse.

43. *Itävallan hallitus* katsoo, että ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellä tiedustellaan sitä, onko julkisia hankintasopimusmenettelyjä koskeva yhteisön lainsäädäntö ristiriidassa kansallisten prekluusiosääntöjen soveltamisen kanssa. Näin ollen julkisia tavaranhankintoja koskevat oikeussäännöt määritellään muutoksenhakudirektiivissä 89/665/ETY.

44. Itävallan hallitus on sitä mieltä, että hakemusten esittäminen sopimuksentekomenettelyssä toimivaltaiselle muutoksenhakuelimelle voidaan sitoa määräaikaan, jos tällaisen määräajan asettaminen ei ole muutoksenhakudirektiivin tavoitteiden vastaista, eikä sillä loukata EY:n perustamissopimuksesta johtuvaa tehokkuusperiaatetta eikä yhdenvertaista kohtelua koskevaa periaatetta. Direktiiviin ei sisälly tyhjentävää sääntelyä muutoksenhakuelimien organisaatiosta eikä näissä elimissä noudatettavista menettelyistä. Menettelysääntöjen antaminen on siten jäsenvaltioiden tehtävä.

45. Esillä olevassa asiassa kyseessä olevalla 60 päivän määräajalla, joka on asetettu hallintopäätöksiä koskevalle muutoksenhakumenettelylle, ei heikennetä kilpailuun osallistuvien yritysten ja tarjoajien oikeussuojaa. Päinvastoin on kilpailuun osallistuvien ja kilpailutarjouksen tekevien yritysten, hallinnon yleisen toimivuuden sekä myös muutoksenhakijoiden edun mukaista, että lainvastaisista päätöksistä tehdään ilmoitus ja ne oikaistaan mahdollisimman pian sen jälkeen, kun asianosaiset ovat saaneet niistä tiedon.

46. Itävallan tasavalta ehdottaa, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Direktiivi 89/665/ETY ei ole ristiriidassa kansallisen säännöksen kanssa, jossa säädetään määräaika sellaiseen muutoksenhakumenettelyyn ryhtymiselle, jonka tarkoituksena on arvioida hankintaviranomaisen konkreettista päätöstä tilanteessa, jossa sopimuksentekosääntöjä on havaittu rikotun ja jossa tämän määräajan noudattamatta jättämisestä on seurauksena se, ettei tähän hankintaviranomaisen päätökseen enää myöhemmän sopimuksentekomenettelyn aikana voida hakea muutosta. Säädetty määräaika ei saa olla sellainen, että muutoksenhakumenettelyyn ryhtyminen tai sen toteuttaminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa. Sopimuksentekosääntöjen rikkomusten havaitsemisen osalta voidaan säätää, että kaikista virheistä on valitettava asetetun määräajan kuluessa kyseessä olevien intressien menettämisen uhalla.

47. *Ranskan hallitus* katsoo ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellä tarkoitettavan sitä, onko kansallinen tuomioistuin velvollinen arvioimaan viran puolesta kansallisen toimen yhteensoveltuvuutta yhteisön oikeuden säännöksen kanssa, jos kyseistä toimea koskevaa muutoksenhakua ei ole tehty kansallisissa menettelysäännöissä säädetyssä määräajassa. Ranskan hallitus ehdottaa, että tähän ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi.

48. Ranskan hallitus viittaa myös yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Peterbroeck antamaan tuomioon [16] ja katsoo, ettei Italian lainsäädännössä hallintotoimia koskevalle muutoksenhaulle säädetty 60 päivän

16 — Edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Peterbroeck, tuomion 12 kohta.

määräaika ole sellainen, että yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa.

49. Prekluusiosäännöillä mahdollistetaan Ranskan mukaan oikeusvarmuuden periaatteen soveltaminen kaikkiin asianosaisiin siten, että niissä määritellään muutoksenhakumahdollisuutta koskevat oikeussäännöt ja muutoksenhaun määräaika. Oikeusvarmuus on yksi yhteisön oikeuden perusperiaatteista. Nämä periaatteet ovat yleistä järjestystä koskevia sääntöjä, jotka sekä asianosaisten että tuomioistuimen on otettava huomioon.

50. Siltä osin kuin kansallinen tuomioistuin katsoo, että hankintaviranomaisen toiminta kilpailuilmoituksen julkaisemisen jälkeen on johtanut siihen, ettei hakijan muutoksenhakua otettu tutkittavaksi, Ranskan hallitus viittaa asiassa Edis [17] annettuun tuomioon. Vaikka tässä tuomiossa myönnetäänkin mahdolliseksi se, että hakija menettää kansallisen viranomaisen toiminnan ja riidanalaisen määräajan vuoksi täysin mahdollisuutensa vedota oikeuksiinsa kansallisissa tuomioistuimissa, hakijan kaltainen yritys ei kuitenkaan voi olla tietämätön siitä, että muutoksenhaku on ennalta varautuvasti tehtävä määräaikana, vaikka kyseinen yritys kävisikin samanaikaisesti neuvotteluja hankintaviranomaisen kanssa.

17 — Asia C-231/96, Edis, tuomio 15.9.1998 (Kok. 1998, s. I-4951, 48 kohta).

51. Ranskan hallitus ehdottaa, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Yhteisön oikeuden mukaan toimivaltansa perusteella asiaa käsittelevä kansallinen tuomioistuin ei ole velvollinen arvioimaan viran puolesta jäsenvaltion sisäisen oikeustoimen yhteensoveltuvuutta yhteisön oikeuden kanssa, jos asianosainen ei ole ryhtynyt oikeustoimea koskevaan muutoksenhakumenettelyyn kansallisissa muutoksenhakua koskevissa säännöksissä asetetussa määräajassa.

Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 6 artiklan 2 kohdassa ei siltä osin kuin siinä viitataan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 ja 13 artiklaan säädetä tätä pitemmälle menevistä velvoitteista.

52. *Komissio* toteaa huomautuksissaan ensiksi, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä mainittuja kansallisten tuomioistuinjärjestelmien arviointiperusteita, kuten syrjintäkieltoa ja vaatimusta siitä, että oikeuksien käyttäminen ei saa olla käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa, voidaan soveltaa vain silloin, kun yhteisön oikeuteen ei sisälly sellaisenaan tai yhdenmukaistettujen säännösten seurauksena sääntelyä, jota on sovellettava kansallisessa lainsäädännössä. Julkisista hankinnoista on annettu direktiivi 89/665/ETY, jonka perusteella esillä olevaa ennakkoratkaisupyyntöä on arvioitava.

53. Näin ollen komissio ehdottaa, että ennakkoratkaisukysymys olisi muotoiltava uudelleen seuraavasti:

Voidaanko direktiiviä 89/665/ETY tulkita siten, että toimivaltaisilla kansallisilla tuomioistuimilla on velvollisuus suojata niitä yhteisöjen kansalaisia, joiden oikeuksia on loukattu direktiivin 93/36/ETY vastaisesti annetulla toimella, jättämällä soveltamatta yhteisön oikeuden vastaisia tarjouskilpailuilmoituksen ehtoja, joihin ei ole haettu muutosta kansallisissa muutoksenhakua koskevissa säännöksissä asetetussa määräajassa, ja soveltaa yhteisön oikeutta viran puolesta kaikissa sopimuksentekomenettelyn vaiheissa, mukaan lukien tarjouskilpailun ratkaisemista koskeva päätös.

54. Kun otetaan huomioon se, että muutoksenhakudirektiivin 89/665/ETY mukaan jäsenvaltioilla on velvollisuus huolehtia siitä, että hankintaviranomaisten päätösten osalta voidaan ryhtyä tehokkaisiin ja nopeisiin oikeudellisiin toimiin, joiden nojalla lainvastaiset päätökset voidaan kumota siitä riippumatta, onko aikaisemmassa vaiheessa tehtyyn päätökseen haettu muutosta annetussa määräajassa, on arvioitava sitä, ovatko tarjouskilpailun ratkaisemista ja kilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevat päätökset kyseisessä direktiivissä tarkoitettuja "päätöksiä".

55. Luettelo muutoksenhakudirektiivin 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa mainituista kannekelpoisista lainvastaisesti tehdyistä päätöksistä on esimerkinomainen eikä missään tapauksessa tyhjentävä. Komissio viittaa hankintasopimuksen solmimista koskevan päätöksen osalta asiassa Alcatel [18] annettuun tuomioon, jossa todettiin, että päätös tarjouskilpailun ratkaisemisesta on direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettu päätös.

56. Tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevan päätöksen osalta komissio toteaa, että hankintaviranomainen vastasi tällä toimella yrityksen hakemukseen saada osallistua sopimuksentekomenettelyyn. Hankintaviranomainen viittaa tässä päätöksessään kilpailuilmoituksen yleisiin ja erityisiin ehtoihin ja ottaa näin ollen kantaa niiden tulkintaan. Tämä toimi on siis uusi ja itsenäinen päätös. Jos kilpailuilmoituksella rikotaan yhteisön oikeuden säännöksiä, hankintaviranomaisella on jopa velvollisuus soveltaa yhteisön oikeutta välittömästi ja tehdä lainmukainen päätös.

57. Näin ollen tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskeva päätös on direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettu päätös, jonka osalta on voitava ryhtyä tehokkaisiin ja nopeisiin oikeudellisiin toimiin ilman, että on tarpeen ottaa huomioon lainvastaista kilpailuilmoitusta, jonka soveltaminen ei näin ollen ole sallittua.

58. Esillä olevassa asiassa hankintaviranomainen on lisäksi antanut ensin ymmär-

18 — Asia C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7671).

tää, että kyseistä tarjouskilpailuilmoituksen ehtoa voidaan pitää sopimuksentekoperusteena eikä valintaperusteena, joten se on tulkinnut kilpailuilmoitusta yhteisön oikeuden mukaisesti ja soveltanut sitä välittömästi.

59. Direktiivin 89/665/ETY valmisteluasiakirjoissa vahvistetaan edellä mainittu tarkastelutapa. Komission alkuperäinen ehdotus kuului seuraavasti: "Jäsenvaltioiden on toteutettava riittävät toimenpiteet sen varmistamiseksi, että kaikissa sopimuksentekomenettelyn vaiheissa muutosta voidaan hakea tehokkaasti hallinnollisesti ja/tai tuomioistuimessa — — ." [19] Neuvoston esitöiden aikana ilmaus "kaikissa sopimuksentekomenettelyn vaiheissa" poistettiin ilman selitystä, ja Italian valtuuskunta pyysi korvaamaan ilmauksen "päätökset" ilmauksella "jokainen päätös". Kyseinen pyyntö peruutettiin myöhemmin, kun yhteinen julistus 1 artiklasta merkittiin pöytäkirjaan. Tämän yhteisen julistuksen sisältö on seuraavanlainen: Neuvosto ja komissio ilmoittavat, että kaikki ne henkilöt, jotka tämän direktiivin mukaisesti on jätetty sopimuksentekomenettelyn ulkopuolelle virheelliseksi väitetyn menettelyn takia, ovat henkilöitä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotakin julkisia tavaranhankintoja koskevaa sopimusta ja joiden oikeuksia on loukattu tai saatetaan loukata.

19 — EYVL C 230, 28.8.1987, s. 6.

60. Komissio ehdottaa, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Direktiivin 89/665/ETY nojalla toimivaltaisilla kansallisilla tuomioistuimilla on velvollisuus suojata niitä yhteisöjen kansalaisia, joiden oikeuksia on loukattu direktiivin 93/36/ETY vastaisesti annetuilla toimilla, turvautumalla mahdollisuuteen jättää soveltamatta tarjouskilpailuilmoituksen ehtoja, jotka ovat yhteisön oikeuden vastaisia, mutta joihin ei ole haettu muutosta kansallisissa muutoksenhakua koskevissa säännöksissä asetetussa määräajassa, ja soveltaa viran puolesta yhteisön oikeussääntöjä kaikissa sopimuksentekomenettelyn vaiheissa, mukaan lukien päätös tarjouskilpailun ratkaisemisesta.

VI Asian arviointi

61. Kun ennakkoratkaisukysymyksiä tarkastellaan yhdessä ennakkoratkaisupyynnön kanssa, käy ilmi, että ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen muotoilusta huolimatta kansallinen tuomioistuin ei tiedustelekaan direktiivin 93/36/ETY 22 artiklan tulkintaa. Vaikuttaa siltä, että kansallinen tuomioistuin on vakuuttunut tarjouskilpailuilmoituksen riidanalaisen ehdon lainvastaisuudesta. Kansallinen tuomioistuin lähtee siitä, että kilpailuilmoituksen ehdolla rikotaan sekä direktiivin 93/36/ETY 22 artiklaa että 24.7.1992 annetun asetuksen nro 358

3 artiklan 1 kohdan c alakohtaa, jolla yhteisön oikeuden säännös saatettiin osaksi kansallista lainsäädäntöä.

62. Italian hallitus on osoittanut, että se katsoo riidanalaisen ehdon olevan sopusoinnussa asiaa koskevien säännösten kanssa. Jos riidanalaista ehtoa ei kuitenkaan voitaisi pitää yhteisön oikeuden vastaisena, tuomioistuimen seuraava kysymys siitä, voidaanko tätä ehtoa, ja millä edellytyksin, jättää soveltamatta, olisi perusteeton. Ennakkoratkaisukysymysten tarkemman tutkimisen osalta asiassa on näin ollen kansallisen tuomioistuimen tavoin lähdettävä siitä, että riidanalaista ehtoa on sekä yhteisön oikeuden sekä kansallisten täytäntöönpanosäännösten mukaisesti pidettävä lainvastaisena.

63. Kansallinen tuomioistuin näkee vireillä olevaa asiaa arvioidessaan ongelman siinä, että kun se pitää lainvastaisena kilpailuilmoituksen ehtoa, jonka perusteella Santex jätettiin tarjouskilpailun ulkopuolelle, kyseinen ehto on kuitenkin saanut kansallisten muutoksenhakua koskevien säännösten [20] mukaan lainvoiman. Italian hallituksen esittämistä huomautuksista ilmenee, että sen lisäksi, että hallintotoimesta myöhässä tehty muutoksenhaku jätetään tutkimatta, kaikki muutkin hallintotoimen väitettyyn lainvastaisuuteen perustuvat kanneperusteet jätetään toisessa menettelyssä tutkimatta. Tämä tarkoittaa sitä, ettei kyseessä olevaa hallintotoimea yleensä voida tutkia liitännäiskysymyksenä myöhemmässä hallintolainkäyttömenettelyssä.

64. Asian suullisessa käsittelyssä syntyi esittelevän tuomarin kysymysten perusteella keskustelu, joka johti seuraavaan lopputulokseen: Lainvastaiseksi väitetyn hallintotoimen tutkiminen liitännäiskysymyksenä sisältyy lähtökohtaisesti myös Italian lainsäädäntöön. Siviilioikeudellisessa riita-asiassa, jossa on kysymys esimerkiksi lainvastaisen hallintotoimen johdosta vaadittavasta vahingonkorvauksesta, liitännäiskysymyksenä tutkiminen on epäilemättä mahdollista. Ainoastaan hallintolainkäyttömenettelyissä, joissa yleisen edun vuoksi on lähdettävä siitä, että hallintotoimi on lainvoimainen, hallintotoimen lainvastaisuuteen ei voida vedota kanneperusteena.

65. Kansallinen tuomioistuin on tukeutunut ennakkoratkaisupyynnössään siihen, että subjektiivisten oikeuksien turvaamiseksi — Italian Consiglio di Staton oikeuskäytännön mukaisesti — myös hallintotuomioistuin voi samalla tavoin kuin yleinen tuomioistuin jättää soveltamatta sääntelyä, joka on ristiriidassa ylemmäntasoisen sääntelyn kanssa. Kansallinen tuomioistuin ei epäile sitä, etteikö tämä koskisi myös niitä hallintotoimia, jotka ovat ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa.

20 — Ks. 6.6.1924 annetun asetuksen nro 1054 36 artikla, jonka mukaan hallintotoimiin on haettava muutosta 60 päivän määräajassa tiedoksisaamisesta; muussa tapauksessa hallintotoimesta tulee lainvoimainen.

66. Ratkaisevan tärkeää näyttää siten olevan mahdollisen muutoksenhakijan oikeudellisen aseman luonnehdinta — voiko muutoksenhakija vedota subjektiivisiin oikeuksiinsa vai "ainoastaan" laillisiin intresseihin — jotta lainvastaisena pidetyn hallintotoimen tutkiminen liitännäiskysymyksenä olisi mahdollista kansallisen oikeuden mukaisesti.

67. Koska muutoksenhakijan oikeudellista asemaa, sellaisena kuin se on direktiivin 93/36/ETY 22 artiklan rikkomisen ja sitä seuranneen täytäntöönpanosäännösten rikkomisen perusteella, ei ilmeisesti voida pitää sellaisena, että Italian lainsäädännössä tarkoitettuja "subjektiivisia oikeuksia" voitaisiin katsoa loukatun, kansallinen tuomioistuin ei voinut ottaa huomioon tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaa päätöstä vastaan nostettua kumoamiskannetta käsitellessään sitä, että sen näkemyksen mukaan kilpailuilmoitus oli lainvastainen.

68. Tässä yhteydessä kansallisen tuomioistuimen esittämän ensimmäisen kysymyksen voitaisiin — toisin kuin asian käsittelyyn yhteisöjen tuomioistuimessa osallistuneet ovat katsoneet — ymmärtää tarkoittavan sitä, onko tarjoajilla subjektiivisia oikeuksia direktiivin 93/36/ETY 22 artiklan perusteella. Asiassa on tältä osin kysymys siitä, miten hankintamenettelyyn osallistuvien yritysten direktiivin 93/36/ETY 22 artiklaan perustuva oikeudellinen asema määritellään.

69. Tältä kannalta tarkasteltuna voidaan pitää merkityksellisinä myös Italian hallituksen väitteitä, jotka koskevat direktiivin 93/36/ETY 22 artiklan oikeudellista luonnetta ja mahdollista välitöntä soveltamista. Yhteisöjen tuomioistuimen näkemys direktiivin säännösten välittömästä soveltamisesta perustuu olettamukseen yksittäisten oikeussubjektien suojeltavasta oikeudellisesta asemasta, joka heillä on direktiivin perusteella. Yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yksittäinen oikeussubjekti voi vedota sisällöltään ehdottomiin ja riittävän täsmällisiin direktiivin säännöksiin valtiota vastaan. [21]

70. Kyseinen 22 artikla on direktiivin 93/36/ETY IV osaston 2 luvussa, ja sen otsikko on "Laadulliset valintaperusteet". Säännöksessä säädetään siitä, mitä viiteasiakirjoja hankintaviranomainen voi vaatia osoitukseksi tavarantoimittajan luottokelpoisuudesta ja taloudellisesta tilanteesta. Direktiivissä mainitaan kolme vaihtoehtoa:

"a) pankkien antamat asianmukaiset lausunnot,

b) yrityksen taseet tai otteet niistä, jos sen valtion lainsäädännössä, johon tavarantoimittaja on sijoittautunut, edellytetään taseen julkistamista,

21 — Ks. vastaavasti asia 8/81, Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt, tuomio 19.1.1982 (Kok. 1982, s. 53, Kok. Ep. VI, s. 295, 25 kohta).

c) lausunto tavarantoimittajan kokonaisliikevaihdosta sekä liikevaihdosta sopimuksessa tarkoitettuun tavaranhankintaan liittyvien liiketoimien osalta kolmelta viimeksi kuluneelta varainhoitovuodelta."

71. Direktiivin 93/36/ETY 22 artiklan 2 kohdasta käy ilmi, että hankintaviranomaiset voivat vaatia erilaisten viiteasiakirjojen esittämistä sekä vaihtoehtoisesti että yhdessä, ja ettei viiteasiakirjoja koskeva luettelo ole tyhjentävä. Näin ollen hankintaviranomaisen on sopimusta koskevassa ilmoituksessaan tai tarjouspyynnössään myös ilmoitettava, mitä *muita* kuin 1 kohdassa mainittuja viiteasiakirjoja on esitettävä. Tämän lisäksi potentiaalinen tavarantoimittaja voi 3 kohdan mukaan osoittaa taloudellisen tilanteensa ja luottokelpoisuutensa jollain muulla hankintaviranomaisen hyväksymällä asiakirjalla, jos tavarantoimittaja ei "hyväksyttävästä syystä" voi toimittaa hankintaviranomaiselle sen pyytämiä viiteasiakirjoja.

72. Säännöksessä näin ollen taataan kyllä potentiaaliselle toimittajalle mahdollisuudet osallistua hankintamenettelyyn.

73. Esillä olevassa asiassa ei kuitenkaan ole kysymys direktiivin säännösten välittömästä soveltamisesta, koska asiaa koskeva direktiivin säännös on epäilemättä saatettu asianmukaisesti [22] osaksi kansallista oikeusjärjestystä. Ongelmat, jotka pääasiassa aiheutuvat näiden säännösten rikkomisesta, koskevat oikeussuojan tasoa.

74. Oikeussuoja lainvastaiseksi luokiteltua tarjouskilpailuilmoituksen ehtoa vastaan voi olla merkityksellinen eri tasoilla. Kysymys voi yhtäältä olla kilpailuilmoitusta koskevasta välittömästä muutoksenhausta, joka — edellä esitetyn tavoin — on Italian lainsäädännön mukaan tehtävä 60 päivän määräajassa. Toisaalta tällainen lainvastaisuus voi myös jatkua menettelyn myöhemmissä vaiheissa, korostua tai tulla vasta tässä vaiheessa ilmi, jolloin muutoksenhaun kohteena ei enää ole kilpailuilmoitus sinänsä vaan menettelyn kulloistakin vaihetta sääntelevä tai sen päätteeksi tehty päätös. Pääasiassa on kyse tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevasta päätöksestä, joka vaikuttaa hakijaan välittömästi ja johon tämä on hakenut muutosta.

75. Tällaisessa tilanteessa on kysymys siitä, voiko, ja missä laajuudessa, alun perin lainvastaisesta kilpailuilmoituksen ehdosta olla seurauksena se, että myöhemmin tehty päätös kumotaan.

76. Hallintotoimia koskevista muutoksenhakusäännöistä säätäminen on läh-

22 — Ainakaan direktiivin säännöksen täytäntöönpanoon liittyvistä mahdollisista virheellisistä menettelyistä ei ole esitetty kriittisiä arvioita eikä tällaisia virheellisiä menettelyjä ole sinänsä muutoinkaan havaittavissa.

tökohtaisesti kunkin jäsenvaltion asia. Yhteisön oikeuden oikeusvaikutusten täytäntöön panemisen osalta on kuitenkin otettava huomioon yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössään omaksumat periaatteet. Tässä yhteydessä on kyse vastaavuusperiaatteesta ja tehokkuusperiaatteesta. Yhteisöjen tuomioistuimen viimeaikaisessa oikeuskäytännössä tällaisiksi luonnehdittujen periaatteiden [23] mukaan menettelysäännöt, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuteen perustuvat oikeussubjektien oikeudet, eivät saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia, eivätkä ne saa olla sellaisia, että yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa. [24]

77. Yhteisöjen tuomioistuin on vakiintuneessa oikeuskäytännössään [25] toistuvasti todennut, että kansallisten tuomioistuinten on yhteistyöperiaatteen mukaisesti varmistettava yhteisön oikeuden välittömän oikeusvaikutuksen perusteella oikeussubjekteille syntyvän oikeussuojan toteutuminen. *"Koska kyseisellä alalla ei ole annettu yhteisön säännöksiä,* — — sisäisessä oikeusjärjestyksessä on määriteltävä toimivaltaiset tuomioistuimet ja annettava menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuden välittömään oikeusvaikutukseen perustuvat oikeussubjektien oikeudet". [26]

78. Näin ollen on ensiksi tutkittava sitä, onko esillä olevassa asiassa merkityksellisten tosiseikkojen osalta annettu yhteisön säännöksiä. Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annetussa direktiivissä 89/665/ETY asetetaan vähimmäisvaatimukset taattavan oikeussuojan osalta. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa säädetään, että jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja ennen kaikkea niin nopeasti kuin mahdollista, milloin edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta. Direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelyt ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotakin julkisia tavaranhankintoja tai rakennusurakoita koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata.

79. Tarjouskilpailun ulkopuolelle jätetty tarjoaja kuuluu näin ollen epäilemättä nii-

23 — Ks. edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Edis, tuomion 34 kohta.

24 — Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Peterbroeck, tuomion 12 kohta sekä Italian kirjelmässä sivulla 9 mainittu tuomio.

25 — Ks. mm. asia 33/76, Rewe, tuomio 16.12.1976 (Kok. 1976, s. 1989, 5 kohta); asia 45/76, Comet, tuomio 16.12.1976 (Kok. 1976, s. 2043, 12—16 kohta); asia 68/79, Just, tuomio 27.2.1980 (Kok. 1980, s. 501, Kok. Ep. V, s. 31, 25 kohta); asia 199/82, San Giorgio, tuomio 9.11.1983 (Kok. 1983, s. 3595, Kok. Ep. VII, s. 373, 14 kohta); yhdistetyt asiat 331/85, 376/85 ja 378/85, Bianco ja Girard, tuomio 25.2.1988 (Kok. 1988, s. 1099, Kok. Ep. IX, s. 393, 12 kohta); asia 104/86, komissio v. Italia, tuomio 24.3.1988 (Kok. 1988, s. 1799, 7 kohta); asiat 123/87 ja 330/87, Jeunehomme ja EGI, tuomio 14.7.1988 (Kok. 1988, s. 4517, 17 kohta); asia C-96/91, komissio v. Espanja, tuomio 9.6.1992 (Kok. 1992, s. I-3789, 12 kohta); yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90, Francovich ym., tuomio 19.11.1991 (Kok. 1991, s. I-5357, Kok. Ep. XI, s. I-467, 43 kohta) ja edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Peterbroek, tuomion 12 kohta.

26 — Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Peterbroeck, tuomion 12 kohta, kursivointi tässä.

hin oikeussubjekteihin, jotka voivat ryhtyä muutoksenhakumenettelyyn. Epäselväksi jää kuitenkin vielä kysymys siitä, mihin päätöksiin muutosta voidaan tai täytyy hakea. Direktiiviin 89/665/ETY ei sisälly tyhjentävää luetteloa päätöksistä, joihin muutosta voidaan hakea. Direktiivin 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään ainoastaan seuraavaa:

"Jäsenvaltioiden on varmistettava, että — — liittyviin toimenpiteisiin sisältyy valtuudet 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".

80. Vaikka pääasiassa mahdollisesti onkin kysymys syrjintää aiheuttavista taloudellisista tai rahoitusta koskevista eritelmistä, epäselvää on kuitenkin edelleen se, missä hankintamenettelyn vaiheessa niihin täytyy vedota. Ratkaisevaa on näin ollen se, onko tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskeva päätös sellaisenaan direktiivissä tarkoitettu päätös, johon voidaan hakea muutosta, ja voidaanko tässä menettelyssä tarvittaessa vedota syrjintää aiheuttaviin taloudellisiin tai rahoitusta koskeviin eritelmiin.

81. Yhteisöjen tuomioistuin joutui ottamaan asiassa Alcatel[27] kantaa kysymykseen siitä, onko tarjouskilpailun ratkaisusta tehty päätös direktiivissä 89/665/ETY tarkoitettu päätös. Yhteisöjen tuomioistuin vastasi kysymykseen myöntävästi. Kysymystä arvioidessaan yhteisöjen tuomioistuin tukeutui tarjouskilpailumenettelyn eri vaiheisiin, jotka otetaan huomioon direktiivissä 89/665/ETY. "Niinpä direktiivissä 89/665/ETY tehdään ero sen mukaan, onko kysymys sopimuksen tekemistä edeltävästä vaiheesta, johon sovelletaan 2 artiklan 1 kohtaa, vai sopimuksen jälkeisestä vaiheesta, jonka osalta jäsenvaltio voi 2 artiklan 6 kohdan toisen alakohdan mukaisesti määrätä, että muutoksenhakuelimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvauksen myöntämiseen sille, jonka oikeuksia on loukattu".[28]

82. Tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskeva päätös on loogisesti tehtävä ennen tarjouskilpailun ratkaisemista koskevaa päätöstä, vaikkakin näiden päätösten välinen aika on käytännössä hyvin lyhyt. Menettelyn kulun kannalta mikään ei tältä osin näytä olevan esteenä sille, etteikö tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskeva päätös voisi olla muutoksenhaun kohteena sen kaikilta osin.

83. Direktiivin 89/665/ETY tavoite määritellään sen 1 artiklan 3 kohdassa, jossa säädetään, että muutoksenhakumenettelyt ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka

27 — Edellä alaviitteessä 18 mainittu asia C-81/98.

28 — Ks. tuomion 37 kohta.

joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotakin julkisia tavaranhankintoja koskevaa sopimusta. Näin ollen kilpailuun osallistumista tai kilpailun ulkopuolelle jättämistä välittömästi koskevaan päätökseen on voitava hakea muutosta. Tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskeva päätös on myös päätös, jossa hankintaviranomainen tulkitsee kilpailuilmoituksen ehtoja ja soveltaa niitä itsenäisesti kilpailuun osallistujaan. Tällaisella aikaisemmin määriteltyjen ehtojen yksilöllisellä soveltamisella on epäilemättä itsenäisesti sääntelevä sisältö, jonka perusteella muutoksenhaun on oltava mahdollista.[29]

84. Tällaista tarkastelutapaa tukee direktiivin syntyhistoria, johon komissio on nimenomaisesti tukeutunut tämän menettelyn osalta.[30] Pöytäkirjaan lopuksi merkitty yhteinen ilmoitus kuuluu seuraavasti: Neuvosto ja komissio ilmoittavat, että kaikki ne henkilöt, jotka tämän direktiivin mukaisesti on jätetty sopimuksentekomenettelyn ulkopuolelle virheelliseksi väitetyn menettelyn takia, ovat henkilöitä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotakin julkisia tavaranhankintoja koskevaa sopimusta ja joiden oikeuksia on loukattu tai saatetaan loukata.

85. Sekä muutoksenhakumenettelyyn oikeutetun oikeussubjektin että niiden päätösten luonteen osalta, joihin muutosta voidaan hakea, tämä ilmoitus on osoitus siitä, että oikeussuoja hankintaviranomaisten päätöksiä vastaan on määriteltävä laajaksi.

86. Tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaa päätöstä on näin ollen pidettävä sellaisena päätöksenä, jota vastaan voidaan ryhtyä muutoksenhakumenettelyyn. Jos kansallisella tasolla tehtävä muutoksenhaku tapahtuu direktiivin 89/665/ETY 1 artiklassa säädettyjä valtuuksia käyttäen siten, että hallintotuomioistuimessa nostetaan kumoamiskanne, tällaiseen menettelyyn on voitava ryhtyä myös tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevan päätöksen osalta. Se, ettei kyseiseen menettelyyn liittyviin aikaisempiin toimiin ollut haettu muutosta, ei sinänsä voi olla esteenä tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaa päätöstä vastaan nostetun kumoamiskanteen tutkittavaksi ottamiselle.

87. Epäselvää on kuitenkin se, miten sopimuksentekomenettelyn aikaisemmassa vaiheessa tehdyn hallintotoimen lainvoima vaikuttaa tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaa päätöstä vastaan nostetun kanteen menestymiseen. Kilpailuilmoituksen lainvoimalla on sisältönsä osalta samanlainen vaikutus kuin prekluusiosäännöllä, koska — kuten edellä jo esitettiin[31] — hallintotoimen lainvastaisuuteen perustuvat kanneperusteet jätetään tutkimatta.

29 — Ks. kaikkia sopimuksentekomenettelyn yhteydessä tehtyjä päätöksiä koskevan laajan oikeussuojan osalta julkisasiamies Tizzanon 28.6.2001 asiassa C-92/00 esittämän ratkaisuehdotuksen 21 kohta ja sitä seuraavat kohdat (tuomio 18.6.2002, Kok. 2002, s. I-5553, s. I-5556); implisiittisen myönteisestä suhtautumisesta muutoksenhakuun myös sellaisista päätöksistä, jotka tehdään sopimuksentekome- nettelyn myöhemmässä vaiheessa, ks. julkisasiamies Mischon 10.6.1999 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-81/98, Alcatel Austria ym. (Kok. 1999, s. I-7671, 46 kohta).

30 — Ks. edellä 59 kohta.

31 — Ks. edellä 63 kohta.

88. Yhteisöjen tuomioistuimella on ollut toistuvasti tilaisuus lausua käsityksensä siitä, ovatko kansalliset prekluusiosäännöt sallittuja yhteisön oikeuden soveltamisen osalta.[32] Yhteisöjen tuomioistuin on tällöin tarkastellut hyvin yksityiskohtaisesti asiaa koskevan yhteisön oikeuden soveltamatta jättämiseen liittyviä edellytyksiä ja olosuhteita voidakseen tämän perusteella päättää siitä, ovatko tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevat säännökset sallittuja vai ei. Prekluusiosäännön sallimista koskevaan kysymykseen ei näin ollen voida antaa yleispätevää vastausta.

89. Aikaisemmin jo useassa yhteydessä mainittu asia Peterbroeck[33] oli riita kyseisen yhtiön ja Belgian valtion välillä, ja se koski muihin kuin sellaisiin yrityksiin, joilla on kotipaikka Belgiassa, sovellettavaa veroprosenttia. Yhteisön oikeuden rikkomista koskeva väite esitettiin pääasiassa ensimmäistä kertaa muutoksenhakutuomioistuimessa uutena kanneperusteena. Kansallisen oikeuden asiaa koskevien säännösten mukaan oikeussubjektit eivät voi enää muutoksenhakutuomioistuimessa esittää uusia yhteisön oikeuteen liittyviä vaatimuksia sen jälkeen kun 60 päivän määräaika, laskettuna siitä, kun veroviranomaiset ovat toimittaneet riidanalaisen päätöksen oikeaksi todistetun jäljennöksen muutoksenhakutuomioistuimeen, on päättynyt.[34]

90. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan oikeussubjekteille asetettua 60 päivän määräaikaa ei sinänsä ole syytä asettaa kyseenalaiseksi.[35] Yhteisöjen tuomioistuin totesi kuitenkin, että yhdenvertaisuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen soveltamiseksi kaikkia sellaisia 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 eri kansallisissa oikeuselimissä. Tämän osalta on tarvittaessa syytä ottaa huomioon kansallisen tuomioistuinjärjestelmän perustana olevat periaatteet, joita ovat muun muassa puolustuksen oikeuksien suojaaminen, oikeusvarmuuden periaate sekä oikeudenkäyntimenettelyn moitteeton kulku.[36]

91. Esillä olleen oikeudenkäynnin erityispiirteitä arvioituaan yhteisöjen tuomioistuin päätyi kyseisessä asiassa siihen johtopäätökseen, että yhteisön oikeuden kanssa ristiriidassa on sellaisen kansallisen menettelysäännön soveltaminen, jossa kansallista tuomioistuinta — sen käsitellessä toimivaltaansa kuuluvia asioita — kielletään tutkimasta viran puolesta, onko kansallinen säännös yhteensoveltuva yhteisön oikeuden säännöksen kanssa, kun oikeussubjekti ei ole vedonnut tähän yhteisön säännökseen tietyssä määräajassa.[37]

92. Yhdistetyissä asioissa van Schijndel ja van Veen[38] oli kyse yhteisön sopimuspe-

32 — Ks. esim. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia C-312/93, Peterbroeck; edellä alaviitteessä 10 mainituissa yhdistetyissä asioissa van Schijndel ja van Veen annettu tuomio; edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa Edis annettu tuomio ja edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Eco Swiss annettu tuomio.

33 — Edellä alaviitteessä 12 mainittu asia C-312/93.

34 — Ks. tuomion 15 kohta.

35 — Ks. tuomion 16 kohta.

36 — Ks. tuomion 14 kohta.

37 — Ks. tuomion 21 kohta ja tuomiolauselma.

38 — Ks. edellä alaviitteessä 10 mainitut yhdistetyt asiat C-430/93 ja C-431/93.

rusteisten kilpailusääntöjen soveltamisesta riita-asiassa, joka koski pakollista kuulumista erääseen ammatilliseen eläkejärjestelmään. Yhteisön oikeuden rikkomista koskeva väite esitettiin kyseisessä asiassa ensimmäistä kertaa vasta kassaatiomenettelyssä Alankomaiden Hoge Raad der Nederlandenissa. Kassaatioperusteen luonne on sellainen, että uusiin väitteisiin voidaan vedota ainoastaan, jos ne ovat oikeudellisia. Valittajat olivat valitusperusteensa tueksi vedonneet sellaisiin tosiseikkoihin ja olosuhteisiin, joihin he eivät olleet vedonneet alemmissa oikeusasteissa.[39] Kansallisen tuomioistuimen osalta esiin tuli kysymys siitä, oliko sen kuitenkin otettava yhteisön oikeus huomioon viran puolesta.

93. Yhteisöjen tuomioistuin totesi tältä osin: "Jos kansallisen oikeuden mukaan tuomioistuinten on viran puolesta tutkittava sellaiset pakottavaan kansalliseen oikeussääntöön perustuvat oikeudelliset perusteet, joihin asianosaiset eivät ole vedonneet, tällainen velvollisuus koskee myös pakottaviin yhteisön oikeuden sääntöihin nojautuvia oikeudellisia perusteita. — — Näin on myös siinä tapauksessa, että kansallisessa oikeudessa annetaan tuomioistuimelle mahdollisuus viran puolesta soveltaa pakottavaa oikeussääntöä."[40] Vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen osalta yhteisöjen tuomioistuin totesi, että sellaisia tapauksia "on tarkasteltava ottaen huomioon tämän menettelysäännön merkitys koko oikeudenkäynnin, sen kulun ja sen erityispiirteiden kannalta eri kansallisissa oikeuselimissä."[41]

94. Yhteisöjen tuomioistuin päätyi siihen johtopäätökseen, että kansallisen tuomioistuimen on viran puolesta otettava pakottavat yhteisön oikeuden säännökset samalla tavalla huomioon kuin pakottavat kansalliset oikeussäännöt. Tämä ei kuitenkaan koske tilanteita, joissa kansallisen tuomioistuimen olisi "luovuttava sille kuuluvasta passiivisuudesta" ja "ylitettävä asianosaisten määrittämän riita-asian rajat".[42]

95. Asiassa Edis[43] oli kyse yhteisön oikeuden vastaisen rekisteröintimaksun nojalla perusteettomasti kannettujen maksujen palauttamista koskevasta vaatimuksesta. Se, että kyseinen rekisteröintimaksu oli yhteisön oikeuden vastainen, oli tullut ilmi vasta eräässä yhteisöjen tuomioistuimen antamassa tuomiossa.[44] Viranomaiset vetosivat rekisteröintimaksuvelvollisen esittämän palauttamisvaatimuksen osalta maksujärjestelmässä voimassa olleeseen kolmen vuoden määräaikaan. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että yhteisön oikeuden vastaista ei ole se, että jäsenvaltio hylkää yhteisön oikeuden vastaisesti kannettujen verojen tai maksujen palauttamista koskevan vaatimuksen vetoamalla kolmen vuoden kansalliseen määräaikaan, jonka laiminlyömisestä seuraa palautusoikeuden menettäminen, kunhan tätä määräaikaa sovelletaan samalla tavalla kaikkiin verojen tai maksujen palauttamista koskeviin vaatimuksiin siitä riippumatta, perustuvatko nämä vaatimukset yhteisön oikeuteen tai kansalliseen oikeuteen.

96. Asiassa Eco Swiss[45] oli kyse muun muassa siitä, onko kansallisen tuomiois-

39 — Ks. tuomion 11 kohta.

40 — Ks. tuomion 13 kohta ja sitä seuraava kohta.

41 — Ks. tuomion 19 kohta.

42 — Ks. tuomion tuomiolauselma.

43 — Ks. edellä alaviitteessä 17 mainittu asia C-231/96.

44 — Yhdistetyt asiat C-71/91 ja C-178/91, Ponente Carni ja Cispadana Costruzioni, tuomio 20.4.1993 (Kok. 1993, s. I-1915); ks. asiassa Edis annetun tuomion 5 kohta.

45 — Ks. edellä alaviitteessä 11 mainittu asia C-126/97.

tuimen jätettävä soveltamatta sellainen kansallinen menettelysääntö, jonka mukaan välitystuomiolla on tietyin edellytyksin oikeusvoimavaikutus, voidakseen soveltaa asiaa koskevaa yhteisön oikeutta merkityksellisiin tosiseikkoihin.[46] Yhteisöjen tuomioistuin vastasi kysymykseen kieltävästi. Kumoamiskanteen nostamiselle jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä säädetyillä määräajoilla ei yhteisöjen tuomioistuimen näkemyksen mukaan tehdä yhteisön oikeudessa annettujen oikeuksien käyttämistä suhteettoman vaikeaksi tai käytännössä mahdottomaksi.[47]

97. Jotta edellä mainitusta oikeuskäytännöstä voidaan tehdä johtopäätöksiä nyt esillä olevan asian osalta, on lähdettävä siitä, että preklusiivisista määräajoista ei sinänsä voida tehdä valitusta. Kuten asiasta Peterbroeck käy ilmi, 60 päivän preklusiivista määräaikaa ei sinänsä voida riitauttaa. Preklusiivisten määräaikojen soveltaminen julkisiin hankintasopimusmenettelyihin ei sinänsä ole myöskään yhteisön oikeuden vastaista. Tämänsisältöisen näkemykseni esitin myös 8.11.2001 asiassa C-470/99[48] antamassani ratkaisuehdotuksessa.

98. Edellä mainituista tuomioista[49] käy kuitenkin ilmi, että vastaavuusperiaate ja tehokkuusperiaate sekä kulloiseenkin asiayhteyteen ja oikeussäännöstöön liittyvät konkreettiset olosuhteet on otettava huomioon, kun tutkitaan prekluusiosääntöjen yhteensoveltuvuutta yhteisön oikeuden kanssa.[50]

99. Vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen osalta edellä on jo todettu,[51] että niitä sovelletaan ennen kaikkea silloin, kun kyseisellä alalla ei ole annettu yhteisön säännöksiä. Käsiteltäessä mahdollisuutta hakea muutosta tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaan päätökseen oli tältä osin tukeuduttava muutoksenhakudirektiiviin 89/665/ETY. Tässä yhteydessä on kuitenkin kyse siitä, onko prekluusiosääntöjen soveltaminen julkisissa hankintasopimusmenettelyissä sallittua. Direktiiviin 89/665/ETY ei sisälly tältä osin mitään nimenomaisia säännöksiä.[52] Näin ollen on ratkaisevan tärkeää, että vastaavuusperiaate ja tehokkuusperiaate otetaan huomioon arvioitaessa sitä, ovatko prekluusiosäännöt sallittuja.

100. Vastaavuusperiaatteen osalta on muunlaisen tiedon puuttuessa lähdettävä siitä, että preklusiivinen määräaika koskee yhtälailla sekä kansalliseen että yhteisön oikeuteen perustuviin oikeuksiin vetoamista.

46 — Ks. tuomion 43 kohta.

47 — Ks. tuomion 45 kohta.

48 — Ks. asiassa Universale-Bau AG esitetyn ratkaisuehdotuksen 68 kohta (tuomio 12.12.2002, Kok. 2002, s. I-11617, s. I-11620).

49 — Ks. edellä 89—96 kohta.

50 — Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Peterbroeck, tuomion 12 ja 14 kohta; edellä alaviitteessä 10 mainittu asia van Schijndel ja van Veen, tuomion 17 ja 19 kohta; edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Edis, tuomion 19 kohta.

51 — Ks. edellä 77 kohta ja sitä seuraava kohta.

52 — Ks. tältä osin asiassa Universale Bau AG esittämäni ratkaisuehdotuksen 69 kohta (ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

101. Tehokkuusperiaatteen asiasisältö edellyttää,[53] että kansalliset menettelyt eivät saa tehdä yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttämistä käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi. Jos jonkin hankintamenettelyn yhteydessä havaitaan, että aikaisemmin toteutettu hallintotoimi on yhteisön oikeuden vastainen, kyseisessä tilanteessa on lähdettävä siitä, että 60 päivän muutoksenhakuaika ei estä yhteisön oikeuden tehokasta soveltamista. Tällaista tarkastelutapaa puoltavat oikeusvarmuuteen sekä oikeudenkäyntimenettelyn moitteettomaan kulkuun liittyvät näkökohdat. Nämä näkökohdat edellyttävät, että kilpailuun osallistuvien on voitava luottaa aikaisempien menettelyvaiheiden moitteettomaan kulkuun.

102. Direktiivistä 89/665/ETY, jossa säädetään "tehokkaista" ja "nopeista" muutoksenhakukeinoista hankintaviranomaisten päätöksiin,[54] ei myöskään löydy lähtökohtaisesti tukea 60 päivän muutoksenhakuajan kyseenalaistamiselle. Tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevasta päätöksestä tehtävää muutoksenhakua aikaisemmin tarkasteltaessa viitattiin toisaalta siihen, että sopimuksentekomenettelyn aikana myöhemmin tehtävä normatiiviselta sisällöltään itsenäinen päätös voi konkretisoida aikaisemman päätöksen.

103. Preklusiivisen määräajan tarkasteleminen puhtaasti abstraktilla tasolla ei näin ollen vastaa nyt esillä olevassa asiassa käsiteltävää ongelmaa. Asiassa on pikemminkin tukeuduttava niihin konkreettisiin olosuhteisiin ja oikeudenkäyntimenettelyn kulkuun, jotka edelsivät kumoamiskanteen nostamista tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevaa päätöstä vastaan. On totta, että riidanalainen ehto julkaistiin kilpailuilmoituksen yhteydessä. Näin ollen se saatettiin hankintasopimuksesta kiinnostuneiden tietoon. Santex epäili jo tässä vaiheessa kilpailuilmoituksen ehdon lainmukaisuutta ja ilmoitti huolenaiheensa hankintaviranomaiselle.

104. Hankintaviranomainen reagoi Santexin esille tuomiin huolenaiheisiin lykkäämällä tarjousten avaamista ja pyytämällä niiltä yrityksiltä, joita tämä kysymys koski, lisätietoja, "*koska kyseisen ehdon voidaan tulkita tarkoittavan kilpailuun osallistuvien yritysten kokonaisliikevaihtoa ja koska tällä tavoin voitaisiin arvioida kilpailussa tarkoitettuja tuotteita (— —) koskeva liikevaihto ei niinkään sen vuoksi, että tällä perusteella päätettäisiin siitä, voiko yritys osallistua kilpailuun, vaan siitä, millä tavoin yritys pisteytetään kilpailumenettelyssä*".[55]

105. Hankintaviranomainen ilmoitti näin ollen ottavansa Santexin esittämät huolenaiheet huomioon ja antoi olettaa, että se soveltaisi kyseistä ehtoa yhteisön oikeuden

53 — Ks. edellä alaviitteessä 25 mainittu tähän liittyvä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö.

54 — Ks. direktiivin 1 artiklan 1 kohta.

55 — Näin sanotaan kirjaimellisesti ennakkoratkaisupyynnössä ja viitataan hankintaviranomaisena toimineen lautakunnan pöytäkirjaan 12.12.1996.

mukaisesti. Vasta tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevalla päätöksellä se otti lopullisesti kantaa tulkintaansa kilpailuilmoituksen ehdoista. Hankintaviranomainen tulkitsi tällöin kilpailuilmoituksen ehtoja tavalla, jonka perusteella niitä — ainakin asiaa käsitelleen kansallisen tuomioistuimen näkemyksen mukaan — voitiin pitää (yhteisön oikeuden kannalta katsoen) lainvastaisina.

106. Merkityksellisempää on se, että kilpailuilmoituksen ehdon toisenlaisella tulkinnalla olisi voitu estää kyseisen ehdon lainvastaisuus *ja* se, että hankintaviranomainen antoi ensin ymmärtää aikovansa menetellä tällä tavalla. Santex sai lopullisen varmuuden siitä, että kilpailuilmoituksen ehtoja tulkittaisiin sen näkemyksen mukaan lainvastaisella tavalla, vasta tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevalla päätöksellä. Vasta tässä päätöksessä konkretisoitui jo kilpailuilmoituksen ehtoihin piilevänä sisältynyt lainvastaisuus.

107. Näin ollen voidaan myös katsoa, että Santex sai vasta tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevalla päätöksellä lopullisen tiedon siitä, että kilpailuilmoituksen ehto on lainvastainen. Tämä tieto saattoi puolestaan vaikuttaa 60 päivän määräajan alkamisajankohtaan. Kysymykseen siitä, alkaako tämä määräaika aina kilpailuilmoituksen julkaisemisesta tai kyseisissä olosuhteissa mahdollisesti vasta siitä, kun tieto tietyn ehdon lainvastaisuudesta saadaan, on lopulta vastattava kansallisten muutoksenhakua koskevien säännösten perusteella.

108. Tässä tilanteessa on kuitenkin lähdettävä siitä, että yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen tehtiin Santexille suhteettoman vaikeaksi. Näin ollen on kohtuutonta, jos Santex ei enää voisi vedota tuomioistuimessa yhteisön oikeuden rikkomiseen, joka oli seurausta tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevasta päätöksestä, kun yhteisön oikeutta rikottiin jo tarjouskilpailuilmoituksen ehdoilla, mutta kyseinen rikkomus tuli ilmi vasta tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevan päätöksen yhteydessä.

109. Ranskan hallitus on huomauttanut, että Santex olisi ennalta varautuvasti voinut nostaa kanteen tarjouskilpailuilmoituksen ehtoja vastaan, vaikka se kävikin hankintaviranomaisen kanssa neuvotteluja tarjouskilpailuilmoituksen ehdosta, joka oli sen mielestä lainvastainen. Tämä saattaisi pitää paikkansa, jos hankintaviranomainen ei olisi reagoinut Santexin esittämiin huolenaiheisiin. Mutta kun otetaan huomioon se tapa, jolla hankintaviranomainen ensin reagoi näihin huomautuksiin, Santexin voidaan katsoa voineen luottaa siihen, että sen huomautukset otettaisiin huomioon ja että niitä mahdollisesti myös noudatettaisiin. Tässä yhteydessä täytyy myös muistaa, että Santex suhtautui myönteisen odottavasti hankintasopimuksen solmimiseen,

eikä tässä tilanteessa mahdollisesti ollut edullista vahingoittaa kanteen nostamisella tulevia suhteita hankintaviranomaiseen. [56]

110. Kanteen nostaminen ennalta varautuvasti ei näytä olevan myöskään direktiivin 89/665/ETY tarkoituksen mukaista. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 3 kohdan toisessa virkkeessä säädetään nimittäin seuraavaa: "Jäsenvaltiot voivat edellyttää erityisesti, että ennen muutoksenhakumenettelyn käynnistämistä hakijan on täytynyt ilmoittaa hankintaviranomaiselle väitetystä virheellisestä menettelystä sekä aikomuksestaan hakea muutosta." Tämä jäsenvaltiolle annettu mahdollisuus on myös osoitus siitä, että pyrkimyksenä on epäilemättä päästä sovintoratkaisuun ennen kanteen nostamista. Asianosaisten edun mukaista ei missään tapauksessa ole se, että hankintaviranomaista vastaan nostetaan vastentahtoisesti kanne.

111. Tämän tilanteen seurausten osalta esiin tulee kysymys siitä, siirtyikö tarjouskilpailuilmoituksen ehdolle säädetty 60 päivän muutoksenhakuaika. Voidaan myös ajatella, että muutoksenhakuaika keskeytyi hankintaviranomaisen toimien takia, koska hankintaviranomainen reagoi ensin selvästi Santexin esittämiin huolenaiheisiin ja vaati Santexin lisäksi myös muilta tarjoajilta, joita asia koski, alun perin ilmoitettua laajempia lisätietoja. Koska Santexille yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen tehtiin suhteettoman vaikeaksi, 60 päivän määräajan abstrakti soveltaminen on joka tapauksessa kohtuutonta.

112. Kansallisen tuomioistuimen tehtävä on käyttää hyväksi kaikkia kansallisessa oikeudessa säädettyjä mahdollisuuksia sen varmistamiseksi, että yhteisön lainsäädäntöä voidaan soveltaa kulloiseenkin konkreettiseen tapaukseen. Jos lievempiä keinoja ei ole käytettävissä, kansallinen tuomioistuin voi — kuten se on jo esittänyt — joutua turvautumaan 20.3.1865 annetun kansallisen lain nro 2248 5 §:n mukaiseen soveltamatta jättämistä koskevaan mekanismiin. Tarjouskilpailun ulkopuolelle jättämistä koskevan päätöksen mahdollisesta kumoamisesta aiheutuvat muut oikeudelliset seuraukset on määriteltävä kunkin jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärjestyksessä.

113. Tässä ratkaisuehdotuksessa esitetystä näkemyksestä seuraa, että kansallisen tuomioistuimen esittämän toisen ennakkoratkaisukysymyksen yksityiskohtaisempi käsitteleminen ei ole tarpeen, koska tarjouskilpailun ulkopuolelle jätetyn tarjoajan oikeussuojaintressi yhteisön oikeuden asianmukaisen soveltamisen osalta voidaan ottaa huomioon käyttämällä hyväksi kaikkia jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärjestyksessä säädettyjä mahdollisuuksia.

56 — Ks. vastaavan tilanteen osalta julkisasiamies Mischon edellä alaviitteessä 29 mainitussa asiassa Alcatel Austria ym. 10.6.1999 esittämän ratkaisuehdotuksen 38 kohta.

VII Ratkaisuehdotus

Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annettua neuvoston direktiiviä 89/665/ETY on tulkittava siten, että toimivaltaisilla tuomioistuimilla on velvollisuus hyväksyä oikeudelliset toimet, joilla hankintaviranomaisen päätökseen, mukaan lukien päätökset, joilla yritys jätetään tarjouskilpailun ulkopuolelle, voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja nopeasti, siitä riippumatta, onko aikaisempaan päätökseen haettu muutosta, silloin ja siltä osin kuin viranomaisen toiminnan seurauksena yhteisöjen kansalaisen, jonka oikeuksia on loukattu yhteisön oikeuden vastaisesti annetuilla toimilla, on ollut mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa käyttää yhteisön oikeudessa vahvistettuja oikeuksiaan. Kansallisen tuomioistuimen asiana on menettelyn puitteissa päättää, onko kyseisessä tilanteessa tarpeen turvautua 20.3.1865 annetun kansallisen lain nro 2248 5 §:ssä tarkoitettuun soveltamatta jättämistä koskevaan mekanismiin.