Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ELEANOR SHARPSTON
28 päivänä huhtikuuta 2016[1]

Yhdistetyt asiat C-439/14 ja C-488/14

SC Star Storage SA
vastaan
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
(Ennakkoratkaisupyyntö – Curtea de Apel București (Bukarestin muutoksenhakutuomioistuin, Romania))
ja
SC Max Boegl România SRL,
SC UTI Grup SA,
Astaldi SpA ja
SC Construcții Napoca SA
vastaan
RA Aeroportul Oradea,
SC Porr Construct SRL,
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft,
SC Col-Air Trading SRL,
AVZI SA,
Trameco SA ja
Iamsat Muntenia SA

(Ennakkoratkaisupyyntö – Curtea de Apel Oradea (Oradean muutoksenhakutuomioistuin, Romania))

Julkiset hankinnat — Direktiivit 89/665/ETY ja 92/13/ETY — Kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan muutoksenhaun edellytyksenä on asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden asettaminen — Jäsenvaltioiden prosessiautonomia — Vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteet — Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 ja 52 artikla — Oikeus tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin — Rajoitukset — Oikeasuhteisuus

1. Käsiteltävissä asioissa Curtea de Apel București (Bukarestin muutoksenhakutuomioistuin, Romania) ja Curtea de Apel Oradea (Oradean muutoksenhakutuomioistuin, Romania) pyytävät unionin tuomioistuimelta selvennystä siihen, estääkö unionin oikeus jäsenvaltiota edellyttämästä, että muutoksenhakija asettaa asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden, jotta hän voi hakea muutosta hankintaviranomaisten tekemiin julkisia hankintoja koskeviin päätöksiin. Pääasiassa kyseessä olevan kansallisen lainsäädännön mukaan hankintaviranomainen pitää itsellään asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden, jos niiden päätösten tutkimiseen toimivaltainen elin hylkää muutoksenhakijan vaatimuksen tai muutoksenhakija peruuttaa sen.

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2. Ennakkoratkaisupyynnöt liittyvät siten tehokkaita oikeussuojakeinoja julkisten hankintojen erityisalalla koskevaan oikeuteen, joka on taattu Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 47 artiklassa ja vahvistettu myös julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjä säätelevissä unionin direktiiveissä. Missä määrin jäsenvaltiot voivat säätää taloudellisista edellytyksistä hankintaviranomaisten päätöksiä koskevalle muutoksenhaulle pienentääkseen riskiä siitä, että esitetään perusteettomia vaatimuksia, jotka eivät todennäköisesti menesty ja joiden tarkoituksena on ainoastaan viivästyttää sopimuksentekomenettelyä?

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin oikeus

3. Perusoikeuskirjan 47 artiklan ensimmäisessä kohdassa määrätään, että jokaisella, jonka unionin oikeudessa taattuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava kyseisessä artiklassa määrättyjen edellytysten mukaisesti käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot tuomioistuimessa. Perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdan mukaan perusoikeuskirjassa tunnustetun oikeuden käyttämistä voidaan rajoittaa ainoastaan lailla sekä kyseisen oikeuden keskeistä sisältöä kunnioittaen. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoituksia voidaan säätää ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia.

4. Direktiivin 89/665/ETY [2] johdanto-osan kolmannen perustelukappaleen mukaan julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle unionissa edellyttää, että takeita avoimuuden toteuttamisesta ja syrjinnän estämisestä lisätään merkittävästi. Julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden tai sen täytäntöön panemiseksi annettujen kansallisten säännösten vastaisten virheellisten menettelyjen varalta olisi siis oltava käytettävissä tehokkaita ja nopeita muutoksenhakukeinoja.

5. Direktiivin 89/665 1 artiklassa, jonka otsikko on ”Muutoksenhakumenettelyjen soveltamisala ja käytettävyys”, säädetään seuraavaa:

”1. Tätä direktiiviä sovelletaan – – direktiivissä 2004/18/EY[[3]] tarkoitettuihin hankintasopimuksiin, jos sopimuksia ei ole rajattu mainitun direktiivin 10–18 artiklan mukaisesti sen soveltamisalan ulkopuolelle.

Tässä direktiivissä tarkoitettuihin sopimuksiin kuuluvat julkisia hankintoja koskevat sopimukset, puitejärjestelyt, julkiset käyttöoikeusurakat ja dynaamiset hankintajärjestelmät.

Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivin 2004/18/EY soveltamisalaan kuuluviin hankintasopimuksiin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti tämän direktiivin 2–2 f artiklassa säädettyjen edellytysten mukaisesti sillä perusteella, että nämä päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa [unionin] oikeutta tai vastoin kansallisia säännöksiä, jotka on annettu kyseisen [unionin] oikeuden saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä.

2. Jäsenvaltioiden on huolehdittava siitä, ettei se, että tässä direktiivissä tehdään ero [unionin] oikeuden täytäntöön panemiseksi annettujen ja muiden kansallisten säännösten välillä, johda syrjintään niiden yritysten välillä, jotka ilmoittavat kärsineensä vahinkoa hankintasopimuksen tekomenettelyssä.

2 — Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL L 335, s. 31).

3 — Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 134, s. 114).

3. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelyt, joiden yksityiskohtaisista säännöistä kukin jäsenvaltio voi itse päättää, ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata.

_ _”

6. Neuvoston direktiivin 92/13/ETY [4] johdanto-osan viidennessä perustelukappaleessa todetaan, että vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alan hankintojen avaaminen kilpailulle unionissa edellyttää, että tavarantoimittajilla tai urakoitsijoilla on asiaa koskevan unionin oikeuden tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettujen kansallisten säännösten rikkomisen varalta käytettävissään asianmukaiset muutoksenhakumenettelyt.

7. Direktiivin 92/13 1 artiklan, jonka otsikko on ”Muutoksenhakumenettelyjen soveltamisala ja käytettävyys”, kolme ensimmäistä kohtaa vastaavat sisällöltään direktiivin 89/665 1 artiklan kolmea ensimmäistä kohtaa. [5]

Romanian oikeus

8. Julkisia tavaranhankintoja, rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevista sopimuksista annetun hallituksen kiireellisen asetuksen nro 34/2006 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, jäljempänä OUG nro 34/2006) 43[1] §:n mukaan jokaisen tarjoajan on annettava osallistumisestaan vakuus (jäljempänä tarjousvakuus) tapauksissa, joissa OUG:ssä nro 34/2006 säädetään hankintaviranomaisen velvollisuudesta julkaista tarjouspyyntö tai ehdotuspyyntö. Tarjousvakuuden, joka voi olla suuruudeltaan enintään 2 prosenttia julkisia hankintoja koskevan sopimuksen arvioidusta arvosta, tarkoituksena on suojata hankintaviranomaista siltä riskiltä, että tarjoaja toimii sääntöjenvastaisesti sopimuksen tekemistä edeltävän vaiheen ajan.

9. OUG:n nro 34/2006 256 §:n 1 momentin mukaan osapuolella, joka katsoo päätösten loukkaavan oikeuksiaan, on oikeus saattaa asia kansallisen riidanratkaisuneuvoston (Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, jäljempänä CNSC) käsiteltäväksi. OUG:n nro 34/2006 281 §:n 1 momentin mukaan CNSC:n päätöksiin voidaan hakea muutosta tuomioistuimessa.

10. OUG:n nro 34/2006 278 §:n 1 momentissa todetaan, että CNSC tai toimivaltainen tuomioistuin antaa ratkaisun ennen kaikkea menettelyä ja aineellisia seikkoja koskevista väitteistä. Jos se toteaa väitteiden olevan perusteltuja, se jättää asiakysymyksen tutkimatta.

11. OUG:n nro 34/2006 278[1] §:ssä säädettiin, että hankintaviranomainen pitää itsellään osan tarjousvakuudesta, jos CNSC tai toimivaltainen tuomioistuin on hylännyt tarjoajan esittämän vaatimuksen tai jos tarjoaja on luopunut siitä.

12. Hallituksen kiireellisellä asetuksella nro 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014, jäljempänä OUG nro 51/2014) kumottiin OUG:n nro 34/2006 278[1] § ja sisällytettiin kyseiseen asetukseen seuraavat säännökset: [6]

4 — Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25.2.1992 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 76, s. 14).

5 — Lukuun ottamatta sitä, että direktiivin 92/13 1 artiklassa viitataan vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2004/17/EY (EUVL L 134, s. 1) eikä direktiiviin 2004/18.

6 — Käytän näistä säännöksistä jäljempänä nimitystä ”alkuperäinen järjestely”.

”271[1] §

1. Jotta hankintaviranomaista suojeltaisiin mahdollisen sääntöjenvastaisen toiminnan riskiltä, vaatimuksen esittäjä on velvollinen asettamaan asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden koko ajanjaksolta oikaisuvaatimuksen/kanteen/valituksen jättämispäivästä siihen päivään, jona [CNSC:n] päätöksestä tai toimivaltaisen tuomioistuimen tuomiosta tulee lopullinen.

2. [Vaatimus] hylätään, jos vaatimuksen esittäjä ei esitä näyttöä 1 momentissa säädetyn vakuuden asettamisesta.

3. Asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus on asetettava pankkisiirrolla tai pankkilaitoksen tai vakuutusyhtiön lakisääteisten vaatimusten mukaisesti antaman vakuusasiakirjan muodossa, ja sen alkuperäiskappale on talletettava hankintaviranomaisen toimipaikkaan ja sen jäljennös [CNSC:n] tai tuomioistuimen toimipaikkaan [vaatimuksen] jättämisen yhteydessä.

4. Asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden kokonaismäärä vahvistetaan menettelyn kohteena olevan sopimuksen arvioidun arvon perusteella seuraavien sääntöjen mukaisesti:

a) 1 prosentti arvioidusta arvosta, jos se on pienempi kuin 55 §:n 2 momentin a ja b kohdassa säädetyt kynnysarvot[7]

b) 1 prosentti arvioidusta arvosta, jos se on pienempi kuin 55 §:n 2 momentin c kohdassa[8] säädetyt kynnysarvot mutta enintään 10 000:ta euroa vastaava arvo Romanian valuutassa vakuuden asettamispäivänä voimassa olevan – – vaihtokurssin mukaan

c) 1 prosentti arvioidusta arvosta, jos se on yhtä suuri tai suurempi kuin 55 §:n 2 momentin a ja b kohdassa säädetyt kynnysarvot mutta enintään 25 000:ta euroa vastaava arvo Romanian valuutassa vakuuden asettamispäivänä voimassa olevan – – vaihtokurssin mukaan

d) 1 prosentti arvioidusta arvosta, jos se on yhtä suuri tai suurempi kuin 55 §:n 2 momentin c kohdassa säädetyt kynnysarvot mutta enintään 100 000:ta euroa vastaava arvo Romanian valuutassa vakuuden asettamispäivänä voimassa olevan – – vaihtokurssin mukaan.

5. Asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden on oltava voimassa vähintään 90 päivää, sen on oltava peruuttamaton ja maksettavissa ehdoitta hankintaviranomaisen ensimmäisestä pyynnöstä, jos esitetty [vaatimus] hylätään.

6. Mikäli [CNSC:n] päätöksestä tai tuomioistuimen tuomiosta ei ole tullut lopullinen asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden voimassaolon viimeiseen päivään mennessä eikä vaatimuksen esittäjä ole pidentänyt asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden voimassaoloaikaa 1–5 momentin edellytysten mukaisesti, hankintaviranomainen pitää vakuuden itsellään. Asetuksen 271[2] §:n 3–5 momentin säännöksiä sovelletaan soveltuvin osin.

– –

7 — OUG:n nro 34/2006 55 §:n 2 momentin a ja b kohta koskevat julkisia tavaranhankintoja ja julkisia palvelunhankintoja koskevia sopimuksia.

8 — OUG:n nro 34/2006 55 §:n 2 momentin c kohta koskee julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia.

271[2] §

1. Mikäli [CNSC] tai tuomioistuin, jos vaatimuksen esittäjä on kääntynyt suoraan tuomioistuimen puoleen, hylkää vaatimuksen, hankintaviranomainen on velvollinen pitämään itsellään asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden siitä päivästä lähtien, jona [CNSC:n] päätös tai tuomioistuimen tuomio on tullut lopulliseksi. Pidätys koskee niitä sopimuksen osia, joiden osalta vaatimus on hylätty.

2. Edellä 1 momentin säännöksiä sovelletaan myös silloin, jos vaatimuksen esittäjä luopuu [vaatimuksestaan].

3. Edellä 1 momentissa säädettyä toimenpidettä ei sovelleta, jos [CNSC]/tuomioistuin hylkää vaatimuksen sillä perusteella, että sillä ei ole kohdetta, tai jos [vaatimuksesta] luovutaan sen vuoksi, että hankintaviranomainen on toteuttanut 256[3] §:n 1 momentissa tarkoitetut tarvittavat korjaavat toimenpiteet.

4. Jos [CNSC] hyväksyy oikaisuvaatimuksen tai toimivaltainen tuomioistuin hyväksyy [CNSC:n] hylkäävästä päätöksestä nostetun kanteen, hankintaviranomainen on velvollinen palauttamaan vaatimuksen esittäjälle asianmukaisesta toimintatavasta asetetun vakuuden viiden päivän kuluessa siitä, kun päätös/tuomio on tullut lopulliseksi.

5. Jos vaatimuksen esittäjä saattaa asian suoraan tuomioistuimen käsiteltäväksi ja tämä hyväksyy kanteen, sovelletaan soveltuvin osin 4 momentin säännöksiä.

6. Hankintaviranomaisen asianmukaisesta toimintatavasta asetetun vakuuden täytäntöönpanemisesta saamat summat ovat sen tuloja.”

13. Unionin tuomioistuimen selvennyspyyntöön antamassaan vastauksessa ennakkoratkaisua pyytäneet tuomioistuimet vahvistivat, että Curtea Constituțională (Romanian perustuslakituomioistuin) oli todennut 15.1.2015 antamassaan tuomiossa OUG:n nro 34/2006 271[2] §:n 1 ja 2 momentin perustuslain vastaisiksi. Perustuslakituomioistuin päätyi tähän lähinnä sillä perusteella, että kyseisissä säännöksissä hankintaviranomaisen edellytettiin pitävän itsellään asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden, jos vaatimus hylätään tai peruutetaan, eikä CNSC tai asiaa käsittelevä tuomioistuin voinut tässä yhteydessä ottaa huomioon kantajan toimintatapaa. Asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden menettämisen perusteena voisi olla ainoastaan epäasianmukainen toiminta. Perustuslakituomioistuin totesi 4.11.2015 samanlaisin perustein perustuslain vastaiseksi OUG:n nro 34/2006 271[1] §:n 5 momentin siltä osin kuin siinä edellytettiin, että asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden täytyy olla maksettavissa ehdoitta hankintaviranomaisen ensimmäisestä kehotuksesta, jos esitetty vaatimus hylätään.

14. Romanian hallitus selitti istunnossa, että OUG:n nro 34/2006 271[1] ja 271[2] §:n ne osat, joita ei ollut todettu perustuslain vastaisiksi, ovat edelleen voimassa. Se vahvisti, että voimassa olevien säännösten [9] mukaan kantajan on edelleen asetettava asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus, mutta enää ei ole oikeudellista perustaa, jonka nojalla hankintaviranomainen voisi pitää sen itsellään. Hankintaviranomaisen on näin ollen palautettava asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus kantajalle menettelyn päätyttyä riippumatta siitä, hyväksytäänkö vaatimus ja oliko se ylipäänsä perusteltu.

9 — Edelleen voimassa olevat säännökset ovat (käsittääkseni) OUG:n nro 34/2006 271[1] §, lukuun ottamatta sen 5 momentissa tarkoitettua ehdotonta maksuedellytystä, ja 271[2] §:n 3–5 momentti. Käytän tässä ratkaisuehdotuksessa näistä säännöksistä nimitystä ”siirtymäjärjestely” ja erotan sen sekä ”alkuperäisestä järjestelystä” että uudesta järjestelystä, joka Romanian lainsäätäjän on tarkoitus ottaa käyttöön tulevaisuudessa, kuten Romanian hallitus totesi istunnossa.

Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

Asia C-439/14

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (kansallinen tietotekniikan tutkimus- ja kehityslaitos, jäljempänä INCDI) käynnisti menettelyn julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekemiseksi pilvilaskenta-alustan kehittämisestä ja toteuttamisesta. Sopimuksen arvioitu arvo arvonlisäverottomana oli 61 287 713,71 Romanian leitä (RON) (noin 13 700 000 euroa). INCDI laati asiaa koskevat tarjouspyyntöasiakirjat ja julkaisi 1.4.2014 tarjouspyyntöilmoituksen julkisia hankintoja koskevassa sähköisessä järjestelmässä Sistemul Electronic de Achiziții Publicessa. Tekoperusteena oli ”alin hinta”.

16. Useat talouden toimijat pyysivät INCDI:ä selventämään tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettuja sääntöjä. INCDI julkaisi julkisia hankintoja koskevassa sähköisessä järjestelmässä useita selittäviä huomautuksia.

17. SC Star Storage SA (jäljempänä Star Storage) teki 30.6.2014 CNSC:lle oikaisuvaatimuksen kolmesta selittävästä huomautuksesta. CNSC jätti vaatimuksen tutkimatta 18.7.2014, koska Star Storage ei ollut asettanut asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuutta.[10] Star Storage nosti päätöksestä kanteen Curtea de Apel Bucureştissa (Bukarestin muutoksenhakutuomioistuin), joka lykkäsi asian käsittelyä ja esitti seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko [direktiivin 89/665] 1 artiklan 1 kohdan kolmannen alakohdan ja 3 kohdan säännöksiä tulkittava siten, että ne ovat esteenä säännöstölle, jossa asetetaan hankintaviranomaisten päätöksiä koskevien muutoksenhakumenettelyjen käytön edellytykseksi sen velvollisuuden täyttyminen, jonka mukaan ensin on asetettava [OUG:n nro 34/2006] 271^1 ja 271^2 §:ssä säädetyn kaltainen ’asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus’?”

Asia C-488/14

18. RA Aeroportul Oradea (jäljempänä Oradea Airport) julkaisi 21.1.2014 julkisia hankintoja koskevassa sähköisessä järjestelmässä hankintailmoituksen sopimuksen tekemiseksi lentoaseman laajentamisesta ja nykyaikaistamisesta. Sopimuksen arvioitu arvo arvonlisäverottomana oli 101 232 054 Romanian leitä (RON) (noin 22 800 000 euroa). Hankintaperusteena oli ”taloudellisesti edullisin tarjous”.

19. Tarjouksia esitti neljä talouden toimijaa. SC Max Boegl România SRL:n (jäljempänä Max Boegl), SC UTI Grup SA:n ja Astaldi SpA:n muodostaman yritysten yhteenliittymän esittämä tarjous jätettiin hankintamenettelyn ulkopuolelle 28.3.2014 laaditussa tarjousten arviointiraportissa. Samassa raportissa todettiin, että SC Construcții Napoca SA:n (jäljempänä Construcții Napoca), SC Aici Cluj SA:n ja CS Icco Energ SRL:n muodostaman yritysten yhteenliittymän esittämä tarjous tuli menettelyssä toiseksi.

20. CNSC totesi 10.7.2014 perusteettomiksi kyseisten kahden yhteenliittymän tarjousten arviointiraportista esittämät oikaisuvaatimukset.

10 — Romanian valuutassa asetettavan vakuuden arvo oli 25 000 euroa.

21. Yritysten yhteenliittymä, johon Max Boegl kuuluu, ja Construcții Napoca nostivat näistä päätöksistä kanteet Curtea de Apel Oradeassa (Oradean muutoksenhakutuomioistuin). Oradean muutoksenhakutuomioistuin kiinnitti 10.9.2014 pidetyssä istunnossa kantajien huomion asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden asettamista koskevaan vaatimukseen, joka perustui 30.6.2014 voimaan tulleisiin OUG:n nro 34/2006 271^1 ja 271^2 §:ään.[11] Oradean muutoksenhakutuomioistuin lykkäsi asioiden käsittelyä ja esitti unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko [direktiivin 89/665] 1 artiklan 1, 2 ja 3 kohtaa ja [direktiivin 92/13] 1 artiklan 1, 2 ja 3 kohtaa tulkittava siten, että ne ovat esteenä säännöstölle, jossa asetetaan hankintaviranomaisten päätöksiä koskevien muutoksenhakumenettelyjen käytön edellytykseksi sen velvollisuuden täyttäminen, jonka mukaan ensin on asetettava [OUG:n nro 34/2006] 271^1 ja 271^2 §:ssä säädetyn kaltainen ’asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus’?”

22. Unionin tuomioistuimen presidentti päätti 13.11.2014 yhdistää kyseiset kaksi asiaa kirjallista ja suullista käsittelyä sekä tuomion antamista varten. Kirjallisia huomautuksia esittivät Star Storage, Kreikan ja Romanian hallitukset ja Euroopan komissio. Max Boegl, Romanian hallitus ja komissio esittivät suulliset lausumansa 14.1.2016 pidetyssä istunnossa.

Asian tarkastelu

Alustavat huomautukset

23. Asiassa C-439/14 kyseessä olevan julkista hankintaa koskevan sopimuksen arvo ylittää direktiivin 2004/18 7 artiklan b alakohdassa julkisille tavara- ja palveluhankintoja koskeville sopimuksille asetetun kynnysarvon. Näin ollen asiassa sovelletaan direktiiviä 89/665.[12] Myös asiassa C-488/14 kyseessä olevan julkista hankintaa koskevan sopimuksen arvo ylittää direktiivin 2004/18 7 artiklan c alakohdassa ja direktiivin 2004/17 16 artiklan b alakohdassa julkisia rakennusurakoita koskeville sopimuksille asetetun kynnysarvon.

24. Romanian hallitus ja komissio ovat kuitenkin erimielisiä asiassa C-488/14 merkityksellisistä oikeussäännöistä. Romanian hallituksen mukaan asiassa sovelletaan ainoastaan direktiiviä 2004/18 ja sitä kautta direktiiviä 89/665. Komissio väittää, että koska kyseinen sopimuksentekomenettely koskee lentoaseman laajentamista ja kohentamista, se kuuluu direktiivin 2004/17[13] soveltamisalaan, joten sitä säännellään direktiivillä 92/13.[14]

25. Unionin tuomioistuimella ei nähdäkseni ole riittävästi tietoa tästä sopimuksesta, jotta se voisi määrittää, sovelletaanko sopimuksentekomenettelyyn direktiiviä 89/665 vai direktiiviä 92/13. Tämä ei kuitenkaan aiheuta ongelmia. Yhtäältä käsiteltävän asian C-488/14 tosiseikkojen perusteella on selvää, että Oradean muutoksenhakutuomioistuimen unionin tuomioistuimelle esittämä kysymys ei ole hypoteettinen siltä osin kuin se koskee direktiiviä 92/13. Toisaalta direktiivin 92/13 1 artiklan kolme ensimmäistä kohtaa vastaavat sisällöltään direktiivin 89/665 1 artiklan kolmea ensimmäistä kohtaa. Ennakkoratkaisua pyytäneiden tuomioistuinten esittämät kaksi kysymystä ovat siten sisällöllisesti samat, ja ne olisi käsiteltävä yhdessä.

11 — Unionin tuomioistuimelle toimitetuista tiedoista ilmenee, että kummankin kansallisessa menettelyssä edellytetyn Romanian valuutassa asetettavan asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden arvo oli 100 000 euroa.

12 — Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohta.

13 — Direktiivin 2004/17 7 artiklan b alakohta.

14 — Direktiivin 92/13 1 artiklan 1 kohta.

26. Toiseksi Curtea Constituțională:n (perustuslakituomioistuin) 15.1. ja 4.11.2015 antamien tuomioiden vaikutus pääasioihin ei ole selvä. Romanian hallitus väitti istunnossa, että ennakkoratkaisua pyytäneiden tuomioistuinten on nyt sovellettava siirtymäjärjestelyä. Komissio taas pyrki erottamaan kyseiset kaksi asiaa toisistaan. Asiassa C-488/14 edellytys asianmukaista toimintatapaa koskevasta vakuudesta tuli ensimmäisen kerran esille vasta ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa. Sen on näin ollen sovellettava *siirtymäjärjestelyä*. Asiassa C-439/14 sen sijaan edellytystä käsiteltiin jo CNSC:ssä eli ennen perustuslakituomioistuimen tuomioita. Komissio väittää näin ollen, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tuossa asiassa sovellettava *alkuperäistä* järjestelyä unionin tuomioistuimen vastauksen saatuaan.

27. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan unionin tuomioistuimen asiana ei ole ottaa kantaa kansallisten säännösten soveltamiseen pääasian ratkaisemiseksi. Unionin tuomioistuimen asiana on unionin tuomioistuinten ja kansallisten tuomioistuinten välisen toimivallanjaon puitteissa pikemminkin ottaa huomioon ennakkoratkaisupyynnössä esitetyt, ennakkoratkaisukysymykseen liittyvät oikeudelliset seikat sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin on ne määritellyt.[15] Unionin tuomioistuin on kuitenkin toimivaltainen esittämään ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle kaikki sellaiset unionin oikeuden tulkintaan liittyvät seikat, joiden avulla se voi arvioida kansallisen oikeuden ja unionin oikeuden yhteensopivuutta sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa.[16] Koska ei ole selvää, sovelletaanko asiassa C-439/14 alkuperäistä järjestelyä vai siirtymäjärjestelyä, tarkastelen tässä ratkaisuehdotuksessa niitä kumpaakin.

28. Unionin tuomioistuimen käytettävissä olevista tiedoista ilmenee vielä, että OUG:n nro 34/2006 mukaisesti vaatimus voidaan esittää joko CNSC:lle (jonka päätökset voidaan tämän jälkeen riitauttaa muutoksenhakutuomioistuimessa) tai suoraan tuomioistuimelle. Tämä seikka ei vaikuta seuraavassa esitettävään päättelyyn, koska asianmukaista toimintatapaa koskevaa vakuutta edellytetään kummassakin tilanteessa.[17]

Arviointitapa

29. Direktiivin 89/665 johdanto-osan ensimmäisessä ja toisessa perustelukappaleessa ja direktiivin 92/13 johdanto-osan ensimmäisessä, toisessa ja kolmannessa perustelukappaleessa tehdään selväksi, että direktiivien tarkoituksena on lujittaa nykyisiä kansallisia ja unionin mekanismeja sen varmistamiseksi, että julkisia hankintoja koskevia direktiivejä sovelletaan tehokkaasti erityisesti siinä vaiheessa, kun lainvastaisuus on vielä mahdollista korjata.[18] Tätä tarkoitusta varten kummankin direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa jäsenvaltioille asetetaan velvoite varmistaa, että hankintaviranomaisten unionin oikeuden vastaisiin päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja mahdollisimman nopeasti.[19] Niiden on taattava, että kaikilla, jotka ovat olleet tai ovat tavoittelemassa tiettyä sopimusta ja joiden etua väitetty lainvastaisuus on loukannut tai saattaa loukata, on käytettävissään kattavat muutoksenhakumahdollisuudet.[20]

15 — Ks. mm. tuomio Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, 20 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

16 — Tuomio Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, 51 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

17 — Ks. erityisesti OUG:n nro 34/2006 271^1 §:n 1 momentti ja 271^2 §:n 1 ja 5 momentti.

18 — Ks. mm. tuomio Alcatel Austria ym. (C-81/98, EU:C:1999:534, 33 kohta); tuomio GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, 44 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, 26 kohta).

19 — Ks. mm. tuomio Hackermüller (C-249/01, EU:C:2003:359, 22 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, 44 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

20 — Tuomio MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

30. Näissä direktiiveissä asetetaan kuitenkin ainoastaan vähimmäisedellytykset, jotka kansallisten oikeusjärjestysten mukaisten muutoksenhakumenettelyjen on täytettävä julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden noudattamiseksi. [21] Jos aihetta koskevia säännöksiä ei ole annettu, kunkin jäsenvaltion asiana on antaa hallinnollisen menettelyn ja tuomioistuinmenettelyn säännöt, joilla pyritään turvaamaan yksityisillä julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden perusteella olevat oikeudet. Nämä säännöt eivät saa kuitenkaan olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia oikeussuojakeinoja jäsenvaltion sisäiseen oikeusjärjestykseen perustuvien oikeuksien suojaamiseksi (vastaavuusperiaate), eivätkä ne saa olla sellaisia, että unionin oikeusjärjestyksessä vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaate). [22] Viimeksi mainittu edellytys on ratkaiseva, jotta voidaan saavuttaa julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden päätavoite eli hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa. [23]

31. Kuten komissio huomauttaa, direktiivi 89/665 ja direktiivi 92/13 eivät kumpikaan sisällä sääntöjä taloudellisista edellytyksistä, jotka talouden toimijoiden on tarvittaessa täytettävä, jotta ne voivat hakea muutosta hankintaviranomaisten päätöksiin. Käsiteltävissä asioissa kyseessä olevien kaltaiset kansalliset säännökset kuuluvat siten jäsenvaltioiden prosessiautonomian piiriin, ja niihin sovelletaan vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteita. Käsittelen ennakkoratkaisukysymyksiä jäljempänä siis näiden periaatteiden näkökulmasta. [24]

32. Kummassakin edellä mainitussa direktiivissä konkretisoidaan kuitenkin unionin oikeuden yleinen periaate, joka koskee oikeutta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin julkisten hankintojen erityisalalla. [25] Tästä herää kaksi toisiinsa tiiviisti yhteydessä olevaa kysymystä tehokkuusperiaatteen ulottuvuudesta.

33. Ensinnäkin, rajoittuuko tämä periaate sen selvittämiseen, tekeekö käsiteltävissä asioissa kyseessä olevan kaltainen kansallinen menettelymääräys direktiivin 89/665 ja direktiivin 92/13 1 artiklassa vahvistetun muutoksenhakumenettelyjä koskevan oikeuden käytön *käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi*? Vai onko se laajempi siten, että sen mukaan *kaikki kansalliset säännöt, jotka heikentävät* näitä säännöksiä, on kumottava?

34. Unionin tuomioistuin on useaan otteeseen tutkinut, vaarantavatko direktiivin 89/665 tehokkaan vaikutuksen jäsenvaltioiden menettelysäännöt, jotka koskevat muutoksenhakukeinoja, joilla pyritään varmistamaan unionin oikeudessa sellaisille ehdokkaille ja tarjoajille myönnetyt oikeudet, joiden etuja hankintaviranomaisten päätökset loukkaavat. [26] Oikeuskäytännössä ei ole kuitenkaan yhdenmukaisesti todettu, millä tavalla tehokkaan vaikutuksen arviointi sopii yhteen jäsenvaltioiden prosessiautonomian ja sitä rajoittavan tehokkuusperiaatteen kanssa. [27] Joissakin tapauksissa tarkastelussa on keskitytty ainoastaan direktiivin 89/665 tehokkaaseen vaikutukseen viittaamatta lainkaan prosessiautonomiaan ja

21 — Tuomio Strabag ym. (C-314/09, EU:C:2010:567, 33 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. vastaavasti myös tuomio EvoBus Austria (C-111/97, EU:C:1998:434, 16 kohta).

22 — Ks. mm. tuomio Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447, 49 kohta) ja tuomio Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, 46 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

23 — Ks. vastaavasti tuomio Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, 33 ja 34 kohta).

24 — Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 40–58 kohta.

25 — Ks. vastaavasti määräys komissio v. Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, 28 kohta). Tämä päättely juontaa juurensa 15.5.1986 annetusta tuomiosta Johnston (222/84, EU:C:1986:206, 18 ja 19 kohta).

26 — Ks. mm. tuomio Universale-Bau ym. (C-470/99, EU:C:2002:746, 71 ja 72 kohta); tuomio Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, 27 kohta) ja tuomio Strabag ym. (C-314/09, EU:C:2010:567, 34 kohta).

27 — Yhdenmukaisuuden puutteen vuoksi on vaikea ennakoida, kumpaa menetelmää unionin tuomioistuin noudattaa missäkin tapauksessa. Ks. Prechal, S. ja Widdershoven, R., "Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection", *4 Review of European Administrative Law* (2011), s. 39.

sen rajoituksiin.[28] Toisissa taas on todettu, että tehokkaan vaikutuksen arviointi täydentää prosessiautonomian arviointia, kun direktiivissä 89/665 ei ole säädetty aiheesta.[29] Joissakin tapauksissa käytetty sanamuoto viittaa siihen, että tehokkaan vaikutuksen arviointi on osa prosessiautonomian arviointia (ja antaa sille erityisen sisällön).[30]

35. Mielestäni tärkeintä on loppujen lopuksi varmistaa, että unionin oikeudessa yksityisille myönnetyt oikeudet saavat osakseen pikemminkin enemmän kuin vähemmän suojaa. Direktiivin 89/665 1 artikla ja direktiivin 92/13 1 artikla ilmentävät erityisesti *tehokkaita* oikeussuojakeinoja koskevaa oikeutta. Tästä syystä tehokkuusperiaatteen tarkastelua ei voida rajata sen arvioimiseen, voiko käsiteltävissä asioissa kyseessä olevan kaltainen menettelymääräys tehdä kyseisen oikeuden käytöstä käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa. Kyseisessä asiayhteydessä tehokkuuden arvioinnissa on pikemminkin tarkasteltava sitä, voiko menettelymääräys *heikentää* oikeutta niihin tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin, jotka kyseisissä säännöksissä on taattu.

36. Toiseksi herää kysymys siitä, mikä vaikutus perusoikeuskirjan 47 artiklan mukaisella tehokkaita oikeussuojakeinoja koskevalla perusoikeudella on jäsenvaltioiden prosessiautonomiaa rajoittavaan tehokkuusperiaatteeseen.

37. Pääasioissa kyseessä olevien kaltaiset menettelymääräykset kuuluvat selvästi direktiivin 89/665 1 artiklan ja direktiivin 92/13 1 artiklan soveltamisalaan. Lisäksi näiden säännösten ilmentämä tehokkaita oikeussuojakeinoja koskeva perusoikeus kattaa myös menettelysäännöt.[31] Näin ollen käsiteltävissä asioissa sovelletaan perusoikeuskirjan 47 artiklaa.[32] Vaatimuksen tutkimisen edellytyksenä on asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden antaminen.[33] Kyseinen edellytys rajoittaa siten 47 artiklassa tarkoitettua oikeutta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin tuomioistuimessa.[34] Voiko tällainen rajoitus siis olla perusteltu ainoastaan, jos se on asetettu lailla, jos se kunnioittaa kyseisen oikeuden keskeistä sisältöä ja jos se suhteellisuusperiaatteen mukaisesti on välttämätön ja vastaa tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden

28 — Ks. esim. tuomio Universale-Bau ym. (C-470/99, EU:C:2002:746, 71 kohta) ja tuomio Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, 26–28 kohta).

29 — Tuomio Strabag ym. (C-314/09, EU:C:2010:567, 34 kohta) ja tuomio Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, 47, 50 ja 72 kohta).

30 — Tuomio eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 40 kohta – ks. erityisesti ilmaus ”varsinkaan” – ja 41 kohta). Tuomiossa Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, 47 ja 48 kohta) todettiin, että vastaavuus- ja tehokkuusvaatimukset *ilmentävät* jäsenvaltioiden yleistä velvollisuutta varmistaa yksityisillä oikeussubjekteilla unionin oikeuden perusteella olevien oikeuksien oikeussuoja. Sama toteamus toistettiin määräyksessä Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, 98 kohta). Unionin tuomioistuin liitti toisiinsa prosessiautonomiaa rajoittavan tehokkuusperiaatteen ja perusoikeuskirjan 47 artiklassa vahvistetun oikeuden tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin myös tuomiossa East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

31 — Ks. mm. tuomio Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, 44 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio Sánchez Morcillo ja Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, 35 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

32 — Ks. vastaavasti tuomio Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, 49 kohta). Ks. analogisesti myös tuomio Tall (C-239/14, EU:C:2015:824, 51 kohta). Siltä osin kuin perusoikeuskirjan 47 artiklaa sovelletaan jäsenvaltioihin, siinä toistetaan SEU 19 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan sisältö ja annetaan erityistä sisältöä SEU 4 artiklan 3 kohdassa määrätylle vilpittömän yhteistyön periaatteelle. Viimeksi mainitusta ks. tuomio Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, 37 kohta).

33 — OUG:n nro 34/2006 271[1] §:n 2 momentti.

34 — Ks. analogisesti julkisasiamies Jääskisen ratkaisuehdotus Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:307, 37 kohta). Euroopan ihmisoikeustuomioistuin pitää tuomioistuinmaksua tai oikeudenkäyntikuluista annettavaa vakuutta puuttumisena Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamista koskevan yleissopimuksen (jäljempänä Euroopan ihmisoikeussopimus) 6 artiklan 1 kappaleessa suojattuun oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevaan oikeuteen, jos asian tutkimisen edellytyksenä on maksun suorittaminen. Ks. mm. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 13.7.1995, Tolstoy Miloslavski v. Yhdistynyt kuningaskunta, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, 59–67 kohta; Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 4.5.2006, Weissman ym. v. Romania, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, 32–44 kohta ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 12.7.2007, Stankov v. Bulgaria, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, 53 kohta.

henkilöiden oikeuksia ja vapauksia?[35] Tämä arviointi on samankaltainen kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen suorittama arviointi sen tutkiessa, ovatko tuomioistuinkäsittelyn saatavuudelle asetetut taloudelliset rajoitukset sopusoinnussa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappaleen kanssa.[36]

38. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö ei tarjoa tässäkään yhteydessä riittävästi opastusta.[37] Käsiteltävien asioiden kaltaisissa tapauksissa perusoikeuskirjan 52 artikla 1 kohdassa tarkoitettu arviointi on välttämätön, jotta voidaan taata perusoikeuskirjan 47 artiklassa yksityisille annetun suojan taso. Muussa tapauksessa päädyttäisiin siihen yllättävään tulokseen (jota mielestäni ei voida hyväksyä), että jäsenvaltiot voisivat välttää tämän arvioinnin ainoastaan siksi, että ne toimivat prosessiautonomiansa rajoissa alalla, jolla unionin lainsäätäjä on säätänyt nimenomaisesti tehokkaita oikeussuojakeinoja koskevasta oikeudesta.

39. Tarkastelenkin seuraavaksi, ovatko käsiteltävissä asioissa kyseessä olevien kaltaiset kansalliset säännöt, jotka kuuluvat jäsenvaltioiden prosessiautonomian piiriin, vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden mukaiset. Kun otetaan huomioon, että tällaisia sääntöjä säädellään direktiivin 89/665 ja direktiivin 92/13 1 artiklan 1 ja 3 kohdassa, jotka ilmentävät perusoikeuskirjan 47 artiklassa taattua oikeutta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin julkisten hankintojen erityisalalla, otan tarkastelussani lähtökohdaksi sen, että tehokkuusperiaatteen mukaan on selvitettävä, täyttävätkö kyseistä oikeutta rajoittavat kansalliset säännöt perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdassa tarkoitetut oikeasuhteisuuden edellytykset. Jos ne eivät niitä täytä, ne heikentävät kummankin direktiivin 1 artiklan 1 ja 3 kohdan tehokasta vaikutusta.

Alkuperäinen järjestely

40. Direktiivin 89/665 1 artiklan 2 kohta ja direktiivin 92/13 1 artiklan 2 kohta ilmentävät erityisesti vastaavuusperiaatetta. Sen mukaan kyseistä kansallista sääntöä on sovellettava samalla tavalla sekä unionin oikeuden rikkomiseen perustuviin kanteisiin että jäsenvaltion kansallisen oikeuden rikkomiseen perustuviin kanteisiin, joiden kohde ja syy ovat samankaltaiset.[38]

41. En ole samaa mieltä Star Storagen kanssa siitä, että käsiteltävien kaltaiset kansalliset säännöt olisivat ristiriidassa vastaavuusperiaatteen kanssa. Vaikka niillä otetaan käyttöön taloudellinen rasite, joka liittyy muutoksenhakumenettelyjen vireillepanoon julkisten hankintojen alalla, vastaavuusperiaate ei edellytä, että luonteeltaan erilaisiin riita-asioihin (kuten yhtäältä siviilioikeudelliset asiat ja toisaalta hallintolainkäyttöasiat) taikka kahta eri oikeudenalaa koskeviin riita-asioihin sovellettavat kansalliset

35 — Ks. mm. tuomio Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, 72 kohta) ja ratkaisuehdotukseni Ordre des barreaux francophones et germanophone ym. (C-543/14, EU:C:2016:157, 80 kohta).

36 — Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on tehnyt selväksi, että vaikka jäsenvaltioilla on harkintavaltaa ottaa käyttöön tällaisia rajoituksia, niillä ei saa rajoittaa tai vaikeuttaa asian saattamista tuomioistuimen käsiteltäväksi siinä määrin, että kyseisen oikeuden perusolemus vaarantuu, niillä on oltava legitiimi tavoite ja käytettyjen keinojen on oltava kohtuullisesti suhteutetut tavoitteisiin nähden. Ks. vastaavasti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 13.7.2005, Tolstoy-Miloslavsky v. Yhdistynyt kuningaskunta, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, 59–67 kohta ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 19.6.2001, Kreuz v. Puola, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, 54 ja 55 kohta, johon viitataan tuomiossa DEB (C-279/09, EU:C:2010:811, 47 kohta). Ks. myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 14.12.2006, Markovic ym. v. Italia, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, 99 kohta.

37 — Tuomiossa Orizzonte Salute unionin tuomioistuin teki selväksi, että direktiivin 89/665 1 artiklaa on tulkittava perusoikeuskirjan 47 artiklan näkökulmasta. Se kuitenkin rajasi tehokkuusperiaatteen arvioinnin sen varmistamiseen, että kyseessä ollut tuomioistuinmaksujärjestelmä ei ollut omiaan tekemään unionin oikeusjärjestyksessä julkisten hankintojen alalla vahvistettujen oikeuksien käyttämisestä käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tuomio Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, 49 ja 72 kohta). Unionin tuomioistuin ei suorittanut perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua oikeasuhteisuuden arviointia. Joissakin muissa tapauksissa unionin tuomioistuin on sen sijaan suorittanut oikeasuhteisuuden arvioinnin tarkastellessaan perusoikeuskirjan 47 artiklassa taattuun tehokkaita oikeussuojakeinoja tuomioistuimessa koskevaan oikeuteen kohdistuvia rajoituksia. Ks. mm. tuomio Alassini ym. (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, 61–66 kohta) ja tuomio Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, 84–88 kohta).

38 — Ks. viimeksi tuomio Surgicare (C-662/13, EU:C:2015:89, 30 kohta).

menettelysäännöt vastaavat toisiaan.[39] Romanian hallitus vahvisti kuitenkin istunnossa, että pääasioissa kyseessä olevia kansallisia säännöksiä sovelletaan kaikkiin hankintaviranomaisten päätöksistä tehtyihin muutoksenhakuihin riippumatta siitä, kuuluuko sopimuksentekomenettely julkisia hankintoja koskevien unionin sääntöjen soveltamisalaan.

42. Entä tehokkuusperiaate ja perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdassa vahvistettu oikeasuhteisuuden arviointi?

43. On riidatonta, että OUG:n nro 34/2006 271^1 ja 271^2 §:stä johtuva rajoitus on *asetettu lailla*.

44. Oikeasuhteisuuden arvioinnin toisena edellytyksenä on, että toimenpiteellä on *oikeutettu tavoite* (eli unionin tunnustama yleisen edun mukainen tavoite tai tarve suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia). On riidatonta, että asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus on hankintaviranomaisen tulonlähde tapauksissa, joissa se pitää vakuuden itsellään. Vakuudella ei siten rahoiteta tuomioistuinjärjestelmää.[40] Asianmukaista toimintatapaa koskevasta vakuudesta annettujen kansallisten säännösten tarkoituksena on pikemminkin suojella hankintaviranomaisia, CNSC:tä ja tuomioistuimia perusteettomilta vaatimuksilta, joita talouden toimijat (myös muut kuin tarjoajat) voivat esittää muista syistä kuin niistä, joita varten muutoksenhakumenettelyt on otettu käyttöön.[41] Tämä tavoite on väistämättä oikeutettu.Ks. analogisesti tuomio Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, 73 ja 74 kohta). Tämä on myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kanta. Ks. mm. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 12.7.2007, Stankov v. Bulgaria, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, 57 kohta ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 3.6.2014, Harrison McKee v. Unkari, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, 27 kohta. Perusteettomien vaatimusten esittämistä ehkäisemällä hankintaviranomaisten päätösten tutkimisesta vastaavat elimet pystyvät keskittymään aiheellisiin vaatimuksiin. Tällä tavoin todennäköisesti myös täytetään vaatimus, jonka mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti, jos päätösten väitetään rikkovan julkisia hankintoja koskevaa unionin oikeutta tai kansallisia säännöksiä, jotka on annettu kyseisen unionin oikeuden saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä.[42]

45. Seuraavaksi on selvitettävä, voidaanko käsiteltävien kaltaisilla kansallisilla säännöksillä *saavuttaa tämä tavoite*.

46. Kuten käsiteltävät asiat osoittavat,[43] tällaisista säännöksistä voi aiheutua huomattavia kustannuksia talouden toimijalle, jos se häviää asiansa tai peruuttaa vaatimuksensa.[44] Nämä kulut voivat olla julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tapauksessa suuruudeltaan 25 000 euroa ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tapauksessa 100 000 euroa vakuuden antamiseen liittyvien kustannusten ohella.[45] Romanian hallitus vahvisti istunnossa, että alkuperäisen järjestelyn mukaan muutoksenhakija menetti asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden kokonaisuudessaan, koska hankintaviranomainen oli velvollinen pitämään sen itsellään. CNSC:llä tai muutoksenhausta päättävällä tuomioistuimella ei ole valtuuksia määrätä hankintaviranomaista pitämään itsellään ainoastaan osa asianmukaista toimintatapaa koskevasta vakuudesta asian olosuhteiden perusteella.

39 — Tuomio Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, 67 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

40 — Tämä erottaa asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden tuomioistuinmaksuista, joista oli kyse tuomiossa Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655.

41 — OUG:n nro 51/2014 johdanto-osan mukaan vaatimuksilla, jotka ovat ilmeisen perusteettomia tai joilla pyritään ainoastaan viivästyttämään menettelyä, on useita kielteisiä vaikutuksia. Hankintaviranomaiset saattavat menettää ulkopuolista (myös unionin) rahoitusta, jos sopimuksentekomenettelyt kestävät epätavallisen pitkään, jolloin ne eivät pysty toteuttamaan tärkeitä yleisen edun mukaisia hankkeita. Perusteettomat vaatimukset myös aiheuttavat ylimääräistä työtaakkaa henkilöstölle, joka puolustaa hankintaviranomaisia CNSC:n tai tuomioistuinten menettelyissä, ja yleisemmällä tasolla heikentävät CNSC:n tehokasta toimintaa.

42 — Direktiivin 89/665 ja direktiivin 92/13 1 artiklan 1 kohdan kolmas alakohta.

43 — Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteet 10 ja 11.

44 — Paitsi tapauksissa, joissa hankintaviranomainen on velvollinen palauttamaan asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden 271^2 §:n 3 momentin nojalla.

45 — Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 55 kohta.

47. Vastaavansuuruiset kulut ovat nähdäkseni omiaan ehkäisemään perusteettomien vaatimusten esittämistä, sillä ne luonteensa vuoksi todennäköisesti hylätään, mikä johtaa automaattisesti koko asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden menettämiseen ja muiden edellä mainittujen kustannusten syntymiseen.[46] Kuten unionin tuomioistuin muistutti tuomiossa Orizzonte Salute,[47] tätä päätelmää ei kyseenalaista se, että julkista hankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn, jota säännellään julkisia hankintoja koskevilla unionin säännöillä, osallistuvilta yrityksiltä edellytetään asianmukaisia taloudellisia ja rahoituksellisia voimavaroja. Pääasioissa kyseessä olevia kansallisia säännöksiä sovelletaan ensinnäkin kaikkiin talouden toimijoihin, jotka hakevat muutosta hankintaviranomaisten päätöksiin, eikä siis ainoastaan tarjoajiin. Tämän lisäksi tarjoajien taloudellisia ja rahoituksellisia voimavaroja koskeva vaatimus ei ole absoluuttinen. Direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdassa säädetään, että talouden toimija voi käyttää voimavarojensa osoittamisessa muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien luonteesta.[48] Tarjoajaa ei siis voida sulkea julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle ainoastaan siksi, että se käyttää sopimuksen täyttääkseen voimavaroja, jotka eivät ole sen omia vaan kuuluvat yhdelle tai useammalle muulle yksikölle.[49] Tämän lisäksi unionin tuomioistuimen tuomiossa Orizzonte Salute esittämä toteamus taloudellisista ja rahoituksellisista voimavaroista liittyi huomattavasti pienempiin muutoksenhakumenettelyjen käyttämistä koskeviin taloudellisiin rajoituksiin kuin käsiteltävissä asioissa.[50]

48. Oikeasuhteisuuden arvioinnissa on lopuksi vielä varmistettava, että kyseisillä toimenpiteillä *ei mennä pidemmälle kuin* tavoitteiden saavuttamiseksi *on tarpeen*.[51] Silloin, kun on mahdollista valita usean tarkoituksenmukaisen toimenpiteen välillä, on valittava niistä vähiten rajoittava, eivätkä toimenpiteistä aiheutuvat haitat saa olla liian suuria tavoiteltuihin päämääriin nähden.[52]

49. Alkuperäisen järjestelyn mukaan muutoksenhakija menettää automaattisesti asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden, jos hänen vaatimuksensa hylätään tai hän peruuttaa sen. Tämä pätee myös silloin, kun muutoksenhakumenettelyn väärinkäytöstä ei ole merkkejä (esimerkiksi, että vaatimus olisi ilmeisen perusteeton tai sen tarkoituksena olisi ainoastaan viivästyttää sopimuksentekomenettelyä). Edellä esitettyjä vastaavista syistä[53] alkuperäinen järjestely estää siis merkittävästi sellaisia henkilöitä, joiden vaatimukset ovat perusteltuja (vaikka ne lopulta hylättäisiinkin), hakemasta tehokkaasti muutosta hankintaviranomaisten päätöksiin.[54] Se voi siten saada huomattavan useat potentiaaliset muutoksenhakijat luopumaan vaatimuksestaan, jos sen menestyminen ei ole varmaa. Esimerkiksi kyseessä voi olla tilanne, jossa aiheesta ei ole vielä annettu vakiintunutta oikeuskäytäntöä tai jossa vaatimuksella pyritään kyseenalaistamaan hankintaviranomaisen arviointi, jossa tällä kuitenkin on erittäin suuri harkintavalta.

46 — Tämä koskee erityisesti tarjoajia, joiden on lisäksi annettava tarjousvakuutus, joka on enintään 2 % sopimuksen arvioidusta arvosta (OUG:n nro 34/2006 43[i] §). Vaikka Romanian hallitus väitti istunnossa, että kyseisillä kahdella vakuudella oli eri tarkoitukset, tarjoaja voi joka tapauksessa menettää ne molemmat yhdessä sopimuksentekomenettelyssä.

47 — Tuomio Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, 64 kohta).

48 — Ks. myös julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18 kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU (EUVL L 94, s. 65) 63 artiklan 1 kohta.

49 — Tuomio Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, 26 kohta); tuomio Siemens ja ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, 43 kohta) ja tuomio Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, 32 kohta).

50 — Kyseisessä tuomiossa tarkastellut yhdenmukaistetut tuomioistuinmaksut olivat 2 000 euroa, 4 000 euroa tai 6 000 euroa julkista hankintaa koskevan sopimuksen arvosta riippuen.

51 — Ks. vastaavasti tuomio WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 74 kohta).

52 — Ks. mm. tuomio Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, 58 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

53 — Edellä tämän ratkaisuehdotuksen 46 kohta.

54 — Ilmaisu perustellut vaatimukset (arguable claims) on lainattu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä, jonka mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 13 artiklan tarkoituksena on taata tehokkaat oikeussuojakeinot perusteltuja vaatimuksia koskevissa tapauksissa. Ks. mm. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 23.6.2011, Diallo v. Tšekki, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, 56 kohta.

50. Tämä kielteinen vaikutus (ja siitä seuraava merkittävä puuttuminen tehokkaita oikeussuojakeinoja koskevaan oikeuteen) olisi nähdäkseni ollut mahdollista välttää horjuttamatta perusteettomien vaatimusten estämisen tavoitetta. Tapauksissa, joissa vaatimus hylätään tai peruutetaan, CNSC:lle tai toimivaltaiselle tuomioistuimelle olisi esimerkiksi voitu antaa mahdollisuus selvittää, oliko vaatimus perusteeton kaikkien merkityksellisten olosuhteiden näkökulmasta,[55] ja päättää tämän jälkeen, onko asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden pidättäminen (kokonaan tai osittain) perusteltua.

51. Olen näin ollen samaa mieltä Star Storagen, Max Boeglin ja komission kanssa siitä, että alkuperäinen järjestely rajoittaa suhteettomasti perusoikeuskirjan 47 artiklassa suojattua oikeutta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin ja siten heikentää direktiivin 89/665 1 artiklan 1 ja 3 kohdan ja direktiivin 92/13 1 artiklan 1 ja 3 kohdan tehokasta vaikutusta. Järjestely myös loukkaa mainitun oikeuden keskeistä sisältöä, koska se voi käytännössä viedä talouden toimijoilta, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta, mahdollisuuden hakea muutosta hankintaviranomaisten väitetysti lainvastaisiin päätöksiin.

52. Edellä esitetyistä syistä totean, että direktiivin 89/665 1 artiklan 1 ja 3 kohta ja direktiivin 92/13 1 artiklan 1 ja 3 kohta, luettuina yhdessä perusoikeuskirjan 47 artiklan kanssa, ovat esteenä pääasioissa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan muutoksenhakijan on asetettava asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus, jotta hän voi hakea muutosta julkista hankintaa koskevaan hankintaviranomaisen päätökseen, ja hankintaviranomaisen on pidettävä itsellään tämä vakuus, jos muutoksenhakijan vaatimus hylätään tai peruutetaan, riippumatta siitä, onko vaatimus perusteeton.

Siirtymäjärjestely

53. Käsittelen seuraavaksi siirtymäjärjestelyä, joka eroaa alkuperäisestä järjestelystä siinä, että muutoksenhakija saa takaisin asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden riippumatta vaatimuksen menestymisestä.

54. Tässä yhteydessä voidaan soveltaa edellä vastaavuudesta esittämääni päättelyä.[56]

55. Tehokkuuden osalta on selvää, että OUG:n nro 34/2006 271^1 §:n 1 momentista johtuvan kaltainen menettelymääräys väistämättä jo itsessään rajoittaa mahdollisuutta hakea muutosta hankintaviranomaisten päätöksiin. Edellytyksen on täytyttävä, jotta vaatimuksen perusteltavuus otetaan tutkittavaksi.[57] Vaikka muutoksenhakija saa takaisin asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden menettelyn päätteeksi, asian vireille panemisesta aiheutuu hänelle väistämättä taloudellinen rasite. OUG:n nro 34/2006 271^1 §:n 3 momentin ensimmäisessä virkkeessä kuvataan asianmukaista toimintatapaa koskevan vakuuden kaksi antamistapaa. Jos muutoksenhakija tekee tilisiirron, hän ei voi käyttää tätä mahdollisesti merkittävää rahasummaa koko sinä ajanjaksona, joka alkaa vaatimuksen esittämisestä ja päättyy siihen ajankohtaan, kun CNSC:n päätöksestä tai toimivaltaisen tuomioistuimen tuomiosta tulee lopullinen. Muutoksenhakijalle aiheutuu siis vaihtoehtoinen kustannus siitä, ettei hän pysty käyttämään kyseisiä varoja muuhun tarkoitukseen. Jos muutoksenhakija sen sijaan valitsee pankin tai vakuutusyhtiön antaman vakuusasiakirjan, hän joutuu maksamaan asiakirjaan liittyvät kustannukset.[58]

55 — Esimerkiksi, onko tietystä oikeuskysymyksestä annettu vakiintunutta oikeuskäytäntöä, toistetaanko vaatimuksessa ainoastaan aiemmin esitetty vaatimus, ja perustuuko se riitautetun toimenpiteen ilmeisen virheelliseen tulkintaan tai ilmeisen virheelliseen tosiseikkoja koskevaan olettamaan.

56 — Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 40 ja 41 kohta.

57 — OUG:n nro 34/2006 271^1 §:n 2 momentti.

58 — On epäselvää, korvaako hankintaviranomainen muutoksenhakijalle nämä kustannukset, jos CNSC tai tuomioistuin hyväksyy vaatimuksen. Vaikka tilanne olisi tämä, asian voittanut muutoksenhakija joutuu kuitenkin aluksi maksamaan nämä kustannukset, jotta hän voi hakea muutosta. Vakuuden antamista koskeva edellytys on siis jo aiheuttanut esteen muutoksenhaulle.

56. Nähdäkseni on lisäksi selvää, ettei tällainen menettelymääräys suojele hankintaviranomaisia riittävästi perusteettomilta vaatimuksilta. Siirtymäjärjestelyn mukaan hankintaviranomaisen on palautettava asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus muutoksenhakijalle viiden päivän kuluessa siitä päivämäärästä, jona CNSC:n päätöksestä tai tuomiosta on tullut lopullinen, vaikka muutoksenhakija olisi ilmeisellä tavalla käyttänyt väärin muutoksenhakuoikeuttaan. Siirtymäjärjestelyyn liittyvät kustannukset eivät siis välttämättä saa talouden toimijaa luopumaan sellaisen vaatimuksen esittämisestä, jolla on muu kuin muutoksenhakumenettelyn perimmäinen tavoite, eli esimerkiksi haitan aiheuttaminen kilpailijalle. Ne voivat kuitenkin muodostaa esteen sellaiselle vähävaraiselle talouden toimijalle, jonka vaatimukset ovat perusteltuja.

57. Alkuperäisen järjestelyn tavoin myöskään siirtymäjärjestelyssä ei eroteta toisistaan perusteltuja ja perusteettomia vaatimuksia. Tästä syystä siinä rajoitetaan muutoksenhakumenettelyjen käyttöä selvästi enemmän kuin on tarpeen perusteettomien vaatimusten estämistä koskevan tavoitteen saavuttamiseksi.

58. Päättelen näin ollen, että direktiivin 89/665 1 artiklan 1 ja 3 kohta ja direktiivin 92/13 1 artiklan 1 ja 3 kohta, luettuina yhdessä perusoikeuskirjan 47 artiklan kanssa, ovat esteenä siirtymäjärjestelyn kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan muutoksenhakijan on asetettava asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus, jotta hän voi hakea muutosta hankintaviranomaisen päätökseen, ja muutoksenhakija saa automaattisesti takaisin vakuuden vaatimuksen käsittelyn jälkeen riippumatta vaatimuksen menestymisestä.

Ratkaisuehdotus

59. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Curtea de Apel Bucureştin (Bukarestin muutoksenhakutuomioistuin, Romania) ja Curtea de Apel Oradean (Oradean muutoksenhakutuomioistuin, Romania) esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

— Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna, 1 artiklan 1 ja 3 kohta sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25.2.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/13/ETY 1 artiklan 1 ja 3 kohta, luettuina yhdessä Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artiklan kanssa, ovat esteenä pääasioissa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan muutoksenhakijan on asetettava asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus, jotta hän voi hakea muutosta julkista hankintaa koskevaan hankintaviranomaisen päätökseen, ja hankintaviranomaisen on pidettävä itsellään tämä vakuus, jos muutoksenhakijan vaatimus hylätään tai peruutetaan, riippumatta siitä, onko vaatimus perusteeton.

— Samat unionin oikeuden säännökset ovat esteenä myös kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan muutoksenhakijan on asetettava asianmukaista toimintatapaa koskeva vakuus, jotta hän voi hakea muutosta hankintaviranomaisen päätökseen, ja muutoksenhakija saa automaattisesti takaisin vakuuden vaatimuksen käsittelyn jälkeen riippumatta vaatimuksen menestymisestä.