JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JULIANE KOKOTT

29 päivänä lokakuuta 2009 [1]

I Johdanto

1. Nyt ennakkoratkaisupyyntö, jonka on esittänyt High Court of Justice (England & Wales), [2] antaa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tilaisuuden täsmentää oikeuskäytäntöään julkisiin hankintamenettelyihin osallistuneiden hylättyjen tarjoajien oikeussuojakeinojen osalta.

2. On tunnustettu tosiseikka, että jäsenvaltiot voivat säätää tämänkaltaisiin oikeussuojakeinoihin sovellettavista kohtuullisista preklusiivisista määräajoista. Erityisesti on tarpeen selventää, mistä ajankohdasta menettelyn aikana nämä määräajat voivat alkaa kulua: ajankohdasta, jona väitetty julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkominen tapahtui, vai ajankohdasta, jona hylätty tarjoaja sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tästä rikkomisesta. Tämä ongelma, jonka käytännön vaikutuksia ei ole syytä väheksyä, liittyy Englannin oikeuden säännökseen, jonka mukaan muutoksenhakemuksille asetettu määräaika alkaa kulua riippumatta siitä, onko hylätty tarjoaja saanut tiedon julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta, ja tämän määräajan mahdollinen pidentäminen kuuluu asiaa käsittelevän kansallisen tuomioistuimen vapaaseen harkintavaltaan.

3. Esitetyistä oikeuskysymyksistä osalta voidaan todeta, että nyt käsiteltävällä asialla on joitakin yhtymäkohtia asiaan komissio vastaan Irlanti (C-456/08), jossa myös esitän ratkaisuehdotuksen tänään.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus*

4. Tätä asiaa koskevina yhteisön oikeussääntöinä pidetään direktiiviä 89/665/ETY, [3] sellaisena kuin se on muutettuna [4] direktiivillä 92/50/ETY. [5]

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

2 – High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, Leeds District Registry, jäljempänä myös High Court.

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

4 – Direktiivillä 2007/66 tehdyt uusimmat direktiivin 89/665 muutokset eivät ole esillä olevan asian kannalta merkityksellisiä, koska niiden täytäntöönpanoon sovelletaan 20.12.2009 päättyvää määräaikaa (neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, EUVL L 335, s. 31; ks. erityisesti 3 artiklan 1 kohta).

5 – Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1).

5. Direktiivin 89/665 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivien 71/305/ETY, 77/62/ETY ja 92/50/ETY soveltamisalaan kuuluviin sopimusten tekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, kun edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen täytäntöön panemiseksi annettuja kansallisia säännöksiä.

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

3. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että käytettävissä on muutoksenhakumenettelyt, joiden yksityiskohdista kukin jäsenvaltio voi itse päättää ja jotka ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat 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.” [6]

6. Lisäksi direktiivin 89/665 2 artiklan 1 kohtaan sisältyy seuraava säännös:

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

– –

b) joko poistaa lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden poistaminen – –

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot.”

6 – Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohtaan sisältyvää viittausta direktiiviin 77/62 on pidettävä viittauksena julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114; oikaisu EUVL L 351, s. 44). Tämä käy ilmi direktiivin 2004/18 82 artiklan 2 kohdasta, luettuna yhdessä julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1) 33 artiklan 2 kohdan kanssa.

B *Kansallinen oikeus*

7. Direktiivi 89/665 on Englannin, Walesin ja Pohjois-Irlannin osalta pantu täytäntöön Public Contracts Regulations 2006:n [7] (jäljempänä PCR 2006) 9 jaksolla, jonka 47 §:ssä säädetään muun muassa seuraavaa:

”1. Hankintaviranomaisella on seuraavat velvollisuudet talouden toimijaa kohtaan:

a) sen on noudatettava tämän asetuksen säännöksiä, – – lukuun ottamatta, ja kaikkia julkisiin hankintoihin, puitesopimuksiin tai – – suunnittelukilpailuun liittyviä, täytäntöönpantavissa olevia yhteisön oikeuden mukaisia velvollisuuksia

– –

6. Talouden toimija voi nostaa kanteen edellä 1 ja 2 momentissa säädettyjen velvollisuuksien noudattamatta jättämisestä, jos sille on tästä syystä aiheutunut tai saattaa aiheutua vahinkoa, ja tämä kanne on nostettava High Courtissa.

7. Tässä pykälässä tarkoitetun kanteen saa nostaa vain, jos

a) kanteen nostava talouden toimija on ilmoittanut joko hankintaviranomaiselle tai konsessionhaltijalle niiden velvollisuuksien laiminlyönnistä tai väitetystä laiminlyönnistä, jotka hankintaviranomaisella 1 tai 2 momentin nojalla on talouden toimijaa kohtaan, ja siitä, että talouden toimija aikoo nostaa tähän pykälään perustuvan kyseistä laiminlyöntiä koskevan kanteen, ja

b) kanne on nostettu viipymättä ja viimeistään kolmen kuukauden kuluessa siitä ajankohdasta, jona kanteen nostamisperusteen olemassaolo ensimmäistä kertaa tuli esille, jollei High Court katso, että kanteen nostamista koskevan määräajan pidentämiseen on olemassa hyvä syy.

7 – Julkisista hankinnoista annettu vuoden 2006 asetus (SI 2006, nro 5), joka tuli voimaan 31.1.2006.

– –

9. High Court ei ole tämän pykälän mukaisissa oikeudenkäynneissä toimivaltainen määräämään muuta korvausta kuin korvauksen siitä vahingosta, joka 1 tai 2 momentissa säädetyn velvollisuuden laiminlyönnillä on aiheutettu, jos sopimus, johon laiminlyönti liittyi, on jo tehty.”

III Tosiseikat ja pääasian oikeudenkäynti

8. Uniplex (UK) Ltd [8] on Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautunut pääomayhtiö, joka on direktiivissä 2004/18 ja PCR 2006:ssa tarkoitettu talouden toimija. Se on Alankomaihin sijoittautuneen Gelita Medical BV:n valmistamien, verenvuotoa tyrehdyttävien tuotteiden ainoa jälleenmyyjä Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

9. NHS Business Services Authority [9] on osa National Health Serviceä, joka on valtion omistama ja ylläpitämä julkisten terveydenhuoltopalvelujen tarjoaja Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Kyseessä on direktiivissä 2004/18 ja PCR 2006:ssa tarkoitettu hankintaviranomainen.

10. NHS aloitti 26.3.2007 rajoitetun menettelyn puitesopimuksen tekemiseksi verenvuotoa tyrehdyttävien tuotteiden toimittamisesta NHS:n laitoksille. [10] Tätä koskeva ilmoitus julkaistiin 28.3.2007 Euroopan unionin virallisessa lehdessä.

11. NHS esitti 13.6.2007 päivätyllä kirjeellä tarjouspyynnön viidelle niistä tavarantoimittajista, jotka olivat ilmaisseet kiinnostuksensa sopimukseen. Uniplex oli yksi näistä. Tarjoukset oli jätettävä 19.7.2007 mennessä. Uniplex jätti tarjouksensa 18.7.2007.

12. NHS ilmoitti 22.11.2007 Uniplexille kirjallisesti, että se oli päättänyt lopulta tehdä sopimuksen kolmen tarjoajan kanssa, kun taas Uniplexia ei otettu puitesopimuksen osapuoleksi. Kirjeessä ilmoitettiin myös sopimuksentekoperusteet, valittujen tarjoajien nimet, Uniplexille annetut arviointipisteet ja valittujen tarjoajien pistetaso. NHS:n käyttämien perusteiden mukaan Uniplex sai vähiten pisteitä niiden viiden tarjoajan joukossa, joilta oli pyydetty tarjousta ja jotka olivat jättäneet tarjouksen. Samassa kirjeessä Uniplexille ilmoitettiin sen oikeudesta riitauttaa hankintapäätös ja vaatia lisätietoja.

8 – Jäljempänä Uniplex.

9 – Jäljempänä NHS.

10 – Hankintamenettelyn toteutti valtuutettu NHS:n yksikkö, ns. NHS Supply Chain.

13. Uniplex esitti 23.11.2007 erillisen pyynnön, johon NHS vastasi 13.12.2007 esittelemällä yksityiskohtaisesti arviointimenetelmäänsä sopimuksentekoperusteidensa avulla ja myös tarkastelemalla valittujen tarjoajien ominaispiirteitä ja niihin liittyviä suhteellisia etuja verrattuna Uniplexin tarjoukseen.

14. Uniplex lähetti 28.1.2008 NHS:lle oikeudenkäyntiä edeltävän kirjeen, jossa se viittasi useisiin julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisiin.

15. NHS ilmoitti 11.2.2008 päivätyllä kirjeellä Uniplexille, että tilanne oli muuttunut. NHS:n mukaan oli käynyt ilmi, että Assut (UK) Ltd:n tarjous ei täyttänyt asetettuja edellytyksiä, joten B. Braun (UK) Ltd, joka oli luokiteltu neljänneksi tarjoajia arvioitaessa, otettiin puitesopimuksen osapuoleksi Assut (UK) Ltd:n sijaan.

16. Uniplex ja NHS jatkoivat kirjeenvaihtoa, jossa ne muun muassa kiistelivät kanteen vireillepanon määräajan alkamisajankohdasta, minkä jälkeen Uniplex nosti 12.3.2008 kanteen High Courtissa, joka on esittänyt nyt käsiteltävän ennakkoratkaisupyynnön. Uniplex vaatii kyseistä tuomioistuinta vahvistamaan, että julkisia hankintoja koskevia säännöksiä on rikottu sen esittämällä tavalla, velvoittamaan NHS:n korvaamaan näistä rikkomisista aiheutuneen vahingon ja määräämään – mikäli kansallinen tuomioistuin on tältä osin toimivaltainen –, että NHS:n on otettava Uniplex puitesopimuksen osapuoleksi.

17. Kansallinen tuomioistuin ei ole varma siitä, onko Uniplex nostanut kanteensa säädetyssä määräajassa ja onko kansallisen tuomioistuimen mahdollisesti käytettävä harkintavaltaansa pidentääkseen PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdassa tarkoitettua kanteen vireillepanon määräaikaa.

IV Ennakkoratkaisupyyntö ja oikeudenkäynti yhteisöjen tuomioistuimessa

18. High Court on 30.7.2008 tekemällään ja 18.9.2008 yhteisöjen tuomioistuimeen saapuneella päätöksellä lykännyt asian käsittelyä ja esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”Kun talouden toimija riitauttaa kansallisessa oikeudenkäynnissä puitesopimuksen tekemistä koskevan päätöksen, jonka hankintaviranomainen on tehnyt julkisessa hankintamenettelyssä, johon ensin mainittu osallistui tarjoajana ja joka piti toteuttaa direktiivin 2004/18/EY (ja sen kansallisten täytäntöönpanosäännösten) mukaisesti, ja kun se vaatii mainitussa oikeudenkäynnissä tuomioistuinta toteamaan julkisia hankintoja koskevien sovellettavien säännösten rikkomisen julkisessa hankintamenettelyssä ja puitesopimuksen tekemistä koskevan päätöksen yhteydessä ja myöntämään vahingonkorvauksen:

a) Onko vuoden 2006 Public Contracts Regulationsin 47 §:n 7 momentin b kohdan kaltaista kansallista säännöstä, jossa säädetään, että tällaiset kanteet on nostettava viipymättä ja viimeistään kolmen kuukauden kuluessa siitä ajankohdasta, jona kanteen nostamisperus-

teen olemassaolo ensimmäistä kertaa tuli esille, jollei tuomioistuin katso, että kanteen nostamista koskevan määräajan pidentämiseen on olemassa hyvä syy, tulkittava direktiivin 89/665 1 ja 2 artiklan, yhteisön oikeuden vastaavuusperiaatteen ja yhteisön oikeudessa asetetun tehokasta oikeussuojaa koskevan vaatimuksen ja/tai tehokkuusperiaatteen sekä minkä tahansa muun merkityksellisen yhteisön oikeuden periaatteen valossa siten, että sillä annetaan tarjoajalle henkilökohtainen ja ehdoton oikeus, johon se voi vedota hankintaviranomaista vastaan ja jonka mukaan määräaika, jonka kuluessa sen on riitautettava tällainen hankintamenettely ja sopimuksen tekeminen, alkaa kulua siitä ajankohdasta, jona tarjoaja sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto siitä, että hankintamenettelyssä ja sopimusta tehtäessä oli rikottu julkisia hankintoja koskevia yhteisön säännöksiä, vai siitä ajankohdasta, jona julkisia hankintoja koskevia sovellettavia säännöksiä rikottiin?

b) Miten kansallisen tuomioistuimen on näissä molemmissa tapauksissa

i) sovellettava edellytystä, jonka mukaan kanne on nostettava viipymättä, ja

ii) käytettävä harkintavaltaansa pidentäessään tällaisen kanteen nostamiselle asetettua kansallista määräaikaa?”

19. Yhteisöjen tuomioistuimessa käytävässä oikeudenkäynnissä kirjallisia ja suullisia huomautuksia ovat Uniplexin ja NHS:n lisäksi esittäneet Yhdistyneen kuningaskunnan ja Irlannin hallitukset sekä Euroopan yhteisöjen komissio. [11] Suulliseen käsittelyyn osallistui lisäksi Saksan hallitus.

V Arviointi

20. High Court pyrkii kahdella ennakkoratkaisukysymyksellään selvittämään, mitä vaatimuksia yhteisön oikeudesta seuraa preklusiivisten määräaikojen tulkinnan ja soveltamisen kannalta julkisia hankintoja koskevassa muutoksenhakumenettelyssä.

21. Direktiivissä 89/665 ei säädetä nimenomaisesti sen 1 artiklassa säädettyyn muutoksenhakumenettelyyn sovellettavista määräajoista. [12] Yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin tunnustaa vakiintuneessa oikeuskäytännössään, että jäsenvaltiot voivat menettelyllisen itsemääräämisoikeutensa puitteissa ottaa käyttöön kohtuullisia preklusiivisia määräaikoja oikeussuojakeinojen käyttämiselle,

11 – Suullinen käsittely nyt käsiteltävässä asiassa pidettiin samana päivänä kuin suullinen käsittely asiassa komissio v. Irlanti (C-456/08).

12 – Ks. myös asia Pressetext Nachrichtenagentur, ratkaisuehdotukseni 13.3.2008 (Kok., s. I-4401, 154 kohta). Direktiivin 89/665, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66, 2 c artiklassa kuitenkin määritellään perusvaatimukset, joita yhteisön oikeuden tulevaisuudessa asetetaan jäsenvaltioiden sisäisille muutoksenhakua koskeville määräajoille.

kunhan ne tällöin noudattavat vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteita. [13] Molemmat periaatteet sisältyvät myös direktiivin 89/665 1 artiklaan: vastaavuusperiaate sen 2 kohtaan ja tehokkuusperiaate sen 1 kohtaan. [14]

22. Nyt käsiteltävässä asiassa on ensisijaisesti kyse tehokkuusperiaatteesta. On kiistatonta, että Yhdistynyt kuningaskunta voi säätää preklusiivisista määräajoista hankintaviranomaisten päätöksiä koskeville muutoksenhakemuksille. [15] Asianosaisten erimielisyydet koskevat ainoastaan tiettyjä yksityiskohtia, jotka liittyvät kansallisia määräaikoja koskevien säännösten tulkintaan ja soveltamiseen. Ne ovat eri mieltä siitä, otetaanko Englannin PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan kaltaisessa määräaikaa koskevassa säännöksessä riittävässä määrin huomioon yhteisön oikeuden mukaiset vaatimukset. Tässä yhteydessä kansallinen tuomioistuin haluaa tietää,

– voiko se katsoa määräajan alkavan kulua julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisen ajankohdasta vai onko sen pidettävä ratkaisevana ajankohtaa, jona muutoksenhakija sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto kyseisestä rikkomisesta (ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys),

– voiko se muutoksenhakumenettelyssä jättää kanteen tutkimatta, jos sitä ei nostettu ”viipymättä” (toisen ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäinen osa), ja

– millä tavoin sen on käytettävä harkintavaltaansa määräajan mahdollisen pidennyksen tapauksessa (toisen ennakkoratkaisukysymyksen toinen osa).

23. Näihin kysymyksiin annettavista vastauksesta riippuu, onko kansallisen tuomioistuimen pidettävä Uniplexin pääasiassa nostamaa kannetta PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan mukaisessa määräajassa nostettuna.

24. Seuraavassa tarkastelen aluksi ensimmäistä kysymystä (ks. jäljempänä A kohta) ja toisen kysymyksen toista osaa (ks. jäljempänä B kohta), jotka liittyvät läheisesti toisiinsa, ennen kuin ryhdyn käsittelemään toisen kysymyksen ensimmäistä osaa (ks. jäljempänä C kohta).

13 – Ks. esim. asia 33/76, Rewe v. Landwirtschaftskammer Saarland, tuomio 16.12.1976 (Kok., s. 1989, Kok. Ep. III, s. 271, 5 kohta); asia C-231/96, Edis, tuomio 15.9.1998 (Kok., s. I-4951, 20 ja 35 kohta); asia C-30/02, Recheio – Cash & Carry, tuomio 17.6.2004 (Kok., s. I-6051, 18 kohta) ja asia C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, tuomio 6.10.2009 (Kok., s. I-9579, 41 kohta).

14 – Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Pressetext Nachrichtenagentur, ratkaisuehdotukseni 155 kohta.

15 – Ks. asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002 (Kok., s. I-11617, erityisesti 71 ja 76 kohta); asia C-327/00, Santex, tuomio 27.2.2003 (Kok., s. I-1877, 52 kohta) ja asia C-241/06, Lämmerzahl, tuomio 11.10.2007 (Kok., s. I-8415, 50 kohta).

25. Toisin kuin NHS, Yhdistynyt kuningaskunta ja Irlanti ovat esittäneet suullisen käsittelyn aikana, näihin kysymyksiin vastaaminen ei voi ratkaisevasti riippua siitä, että PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan kaltaisen säännöksen taustalla mahdollisesti on monivuotinen perinne kyseisessä jäsenvaltiossa.

26. On kiistatonta, että tulkittaessa yhteisön oikeuden mukaisia vaatimuksia on aina otettava huomioon, voidaanko ne saattaa osaksi kansallista oikeusjärjestystä mahdollisimman harkitusti. Tästä huolimatta yhteisöjen tuomioistuimen tärkeimpänä tehtävänä on varmistaa lain noudattaminen tulkittaessa ja sovellettaessa yhteisön oikeutta (EY 220 artiklan 1 kohta) ja – yhteistyössä kansallisten tuomioistuinten kanssa – huolehtia yhteisön oikeudesta johtuvien yksityisen oikeussubjektin oikeuksien tehokkaasta toteutumisesta.

A *Onko tieto julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta ratkaiseva määräajan kulumisen alkamisen kannalta? (ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys)*

27. Kansallisen tuomioistuimen ensimmäinen kysymys koskee lähinnä sitä, voiko se katsoa preklusiivisen määräajan julkisia hankintoja koskevassa muutoksenhakumenettelyssä alkavan julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisen ajankohdasta vai onko sen pidettävä ratkaisevana ajankohtaa, jona muutoksenhakija sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto kyseisestä rikkomisesta.

28. Asian käsittelyyn osallistuvat eivät ole tästä yksimielisiä: Uniplex, Saksan hallitus ja komissio katsovat, että ainakaan sellaisten oikeussuojakeinojen tapauksessa, jotka eivät koske sopimusten pätevyyttä, preklusiivinen määräaika ei voi alkaa ennen kuin muutoksenhakija sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. Sitä vastoin NHS, Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus ja Irlannin hallitus toteavat painokkaasti, että määräajan kulumisen kannalta ei voi olla merkitystä sillä, saiko hakija tiedon tai olisiko sen pitänyt saada tieto julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta; niiden mukaan riittää, että kansalliselle tuomioistuimelle annetaan mahdollisuus pidentää määräaikaa vapaan harkintavaltansa perusteella.

29. Viimeksi mainittu näkemys ilmenee Englannin tuomioistuinten [16] ja myös Irlannin tuomioistuinten [17] käytännöstä. Niiden oikeuskäytännön mukaan hankintapäätöstä

16 – Kansallinen tuomioistuin lainaa Court of Appeal of England and Walesin (tuomari Dyson) 13.7.2001 antamaa tuomiota asiassa Jobsin Co UK plc v. Department of Health, ((2001) EWCA Civ 1241, (2001) EuLR 685, 23 ja 28 kohta; kyseinen tuomio koski PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohtaa edeltänyttä säännöstä, jonka sisältö oli sama); ks. myös High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Divisionin (tuomari Langley) 14.11.1997 antama tuomio asiassa Keymed Limited v. Forest Healthcare NHS Trust ((1998) EuLR 71 (92)).

17 – Irlanti viittaa kirjallisissa huomautuksissaan High Court of Irelandin (tuomari Clarke) 2.5.2006 antamaan tuomioon asiassa Veolia Water UK v. Fingal County Council (No. 1), ((2006) IEHC 137, (2007) 1 IR 690, 28–54 kohta).

koskevan muutoksenhakemuksen määräaika alkaa PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan mukaan [18] kulua riippumatta siitä, saiko asianomainen tarjoaja tai ehdokas tiedon tai olisiko sen pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. Sillä, että muutoksenhakija ei tiennyt julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta, voi olla merkitystä korkeintaan määräajan pidennyksen kannalta eli se on yksi monista näkökohdista, jotka kansallinen tuomioistuin ottaa huomioon käyttäessään harkintavaltaansa. [19]

30. Tämän Englannin tuomioistuinten vallitsevan käytännön [20] valossa seuraavaksi on tarkasteltava, voidaanko pitää yhteisön oikeuden vaatimusten mukaisena sitä, että PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan kaltainen preklusiivinen määräaika alkaa kulua riippumatta siitä, saiko muutoksenhakija tiedon tai olisiko sen pitänyt saada tieto kyseisestä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta.

31. Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa edellytetään, että hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta ”tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista”, milloin päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta. Tästä käyvät ilmi sekä tehokkuusperiaate (”tehokkaasti”) että nopeusperiaate (”niin nopeasti kuin mahdollista”). Kumpaakaan näistä näkökohdista ei saa toteuttaa toisen näkökohdan kustannuksella. [21] Sen sijaan ne on saatettava oikeanlaiseen tasapainoon, mitä arvioidaan tarkastelemalla kulloisenkin oikeussuojakeinon luonnetta ja oikeudellisia seurauksia sekä kaikkien asianosaisten kyseessä olevia oikeuksia ja intressejä.

32. Asiassa Pressetext Nachrichtenagentur antamassani ratkaisuehdotuksessa esitin tähän jo ratkaisun, joka perustuu ensisijaisen oikeussuojan ja toissijaisen oikeussuojan erottamiseen toisistaan. [22]

18 – Irlannissa on voimassa pääosin samansisältöinen määräaikaa koskeva säännös ylioikeuksien työjärjestyksen (Rules of the Superior Courts) 84 a §:n 4 momentin mukaisesti (SI 1998, nro 374). Komissio on nostanut kanteen kyseisestä säännöksestä jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä komissio v. Irlanti (C-456/08), josta myös annan ratkaisuehdotuksen tänään.

19 – Tässä yhteydessä valaisevia ovat seikat, jotka tuomari Dyson esitti edellä alaviitteessä 16 mainitussa asiassa Jobsin Co UK plc v. Department of Health antamassaan tuomiossa. Niitä lainataan ennakkoratkaisupyynnössä: ”Palveluntarjoajan tietoisuudella ei selvästikään ole merkitystä sen kannalta, onko sille aiheutunut tai uhkaako sille aiheutua tappiota tai vahinkoa hankintaviranomaisen laiminlyötyä velvollisuutensa sitä kohtaan. – – Tieto on usein merkityksellistä sen kannalta, onko perusteltua pidentää muutoksenhaulle varattua määräaikaa, mutta sillä ei voi olla merkitystä tätä edeltävän kysymyksen eli muutoksenhakuoikeuden syntymisajankohdan kannalta” (kyseisen tuomion 23–28 kohta). Yhteisöjen tuomioistuimessa käydyssä suullisessa käsittelyssä asianosaiset olivat yksimielisiä siitä, että kansallisella tuomioistuimella ei ole velvollisuutta myöntää määräajan pidennystä.

20 – Vaikuttaa siltä, että kaikki tuomarit Englannissa eivät noudata tätä lähestymistapaa. Yhteisöjen tuomioistuimessa käydyssä suullisessa käsittelyssä tässä yhteydessä mainittiin High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Divisionin (tuomari Coulson) 8.5.2009 antama tuomio asiassa Amaryllis Ltd v. HM Treasury ((2009) EWHC 962 (TCC)).

21 – Ks. myös tänään annettava ratkaisuehdotus asiassa C-456/08, komissio v. Irlanti (56 kohta).

22 – Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Pressetext Nachrichtenagentur, ratkaisuehdotukseni 161–171 kohta.

– Ensisijaisen oikeussuojan ja toissijaisen oikeussuojan välinen ero

33. Jos oikeussuojakeinolla pyritään siihen, että valitun tarjoajan kanssa jo tehty sopimus todetaan pätemättömäksi (*ensisijainen oikeussuoja*), on tarkoituksenmukaista asettaa suhteellisen lyhyt ehdoton preklusiivinen määräaika. Erityisen vakava oikeudellinen seuraus, jo tehdyn sopimuksen pätemättömyys, oikeuttaa nimittäin asettamaan määräajan, joka kuluu myös riippumatta siitä, oliko muutoksenhakija saanut tiedon siitä, että hankintasopimus tehtiin julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisesti, tai olisiko hänen ainakin pitänyt saada tämä tieto. Sekä hankintaviranomaisella että tämän sopimuskumppanilla on tehdyn sopimuksen pätevyyden osalta selvä ja suojelunarvoinen oikeusvarmuuden tarve. [23] Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan mukainen vaatimus ”niin nopeasti kuin mahdollista” tapahtuvasta muutoksenhausta on siis ensisijaisen oikeussuojan alalla erityisen merkittävä.

34. Asianlaita on toinen, jos oikeussuojakeinon tarkoituksena on ainoastaan vahvistaa julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkominen ja mahdollisesti vahingonkorvauksen myöntäminen (*toissijainen oikeussuoja*). Tällainen oikeussuojakeino ei nimittäin koske valitun tarjoajan kanssa jo tehdyn sopimuksen voimassaoloa. Se ei vaikuta sopimuskumppaneilla olevaan ennakoitavuuden tarpeeseen eikä niiden kiinnostukseen panna mahdollisimman pian täytäntöön julkinen hankintasopimus. Näin ollen ei ole mitään syytä soveltaa toissijaista oikeussuojaa koskeviin vaatimuksiin samoja tiukkoja preklusiivisia määräaikoja kuin ensisijaista oikeussuojaa koskeviin vaatimuksiin. Tehokkaan muutoksenhaun tavoite – sellaisena kuin se on asetettu jäsenvaltioille direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa – puhuu sen puolesta, että hylätyn tarjoajan tai ehdokkaan oikeussuojaa koskeville tarpeille pannaan enemmän painoa, ja siten sellaisten suurpiirteisempien määräaikojen puolesta, jotka alkavat kulua vasta siitä ajankohdasta, jona asianomainen sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. [24]

35. Toisin kuin NHS ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus ovat esittäneet, tällainen ensisijaisen ja toissijaisen oikeussuojan erottaminen toisistaan ei johda ”avoimuuden puutteeseen” eikä ”oikeudelliseen epävarmuuteen”. Sitä voidaan mainiosti käyttää muulloinkin kuin asian Pressetext Nachrichtenagentur kaltaisissa asioissa, joissa hankintaviranomainen tekee sopimuksen suoraan ilman edeltävää hankintailmoitusta.

36. Ensisijaisen oikeussuojan ja toissijaisen oikeussuojan välinen ero on pikemminkin yleispätevä. Sen avulla on mahdollista löytää oikeanlainen tasapaino ”tehokkaan muutoksenhaun” ja ”niin nopeasti kuin mahdollista tapahtuvan muutoksenhaun” välillä, ja se on sisällytetty direktiiviin 89/665 itseensä. Jo tämän direktiivin alkuperäisen toisinnon 2 artiklan 1 kohdan b ja c alakohdassa

23 – Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Pressetext Nachrichtenagentur, ratkaisuehdotukseni 162 kohta.

24 – Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Pressetext Nachrichtenagentur, ratkaisuehdotukseni 163–167 kohta.

erotetaan toisistaan lainvastaisesti tehtyjen päätösten poistaminen ja vahinkojen korvaaminen. Direktiivin 89/665, sellaisina kuin se ovat muutettuna direktiivillä 2007/66, 2 d, 2 e ja 2 f artiklasta tämä ensisijaisen oikeussuojan ja toissijaisen oikeussuojan välinen ero käy vastaisuudessa ilmi vielä selvemmin, myös ja erityisesti preklusiivisten määräaikojen osalta. [25]

37. Nyt käsiteltävä asia ei koske ensisijaista oikeussuojaa vaan ainoastaan toissijaista oikeussuojaa. Tämä käy ilmi erityisen selvästi, kun tarkastellaan High Courtin laatimien ennakkoratkaisukysymysten johdantolausetta. Siinä on kysymys yksinomaan vaatimuksista, jotka koskevat julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisen toteamista ja vahingonkorvauksen myöntämistä. Tämä on konteksti, johon ennakkoratkaisukysymykset kuuluvat. [26]

38. Näin ollen ei ole mitään syytä soveltaa Uniplexin pääasiassa esittämiin vaatimuksiin niitä tiukkoja preklusiivisia määräaikoja, joita mahdollisesti sovellettaisiin vaatimuksiin, jotka koskevat sopimuksen pätemättömyyden vahvistamista tai jopa hankintaviranomaisen määräämistä sopimuksen tekemiseen.

– Määräajan kulumisen alkaminen siitä, kun tieto julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta on saatu tai olisi pitänyt saada

39. Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa ilmaistu tehokkuusperiaate edellyttää, että preklusiivinen määräaika, jota sovelletaan vahingonkorvauskanteisiin ja julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisen toteamista koskeviin vaatimuksiin, alkaa kulua vasta siitä ajankohdasta, jona muutoksenhakija sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. [27]

40. Myös yhteisöjen tuomioistuin on todennut vastaavaa asiassa Universale-Bau ym. antamassaan tuomiossa: [28] sen mukaan

25 – Jos sopimus todetaan pätemättömäksi, asian kannalta merkityksellisiä ovat direktiivin 89/665, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66, 2 d artikla ja 2 f artiklan 1 kohta. Jos sen sijaan on määrä myöntää vahingonkorvaus, sovelletaan direktiivin 89/665, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66, 2 e artiklaa ja 2 f artiklan 2 kohtaa luettuna yhdessä 2 c artiklan kanssa.

26 – Tämän puolesta puhuu myös PCR 2006:n 47 §:n 9 momentti. NHS katsoo Uniplexin esittäneen pääasiassa pidemmälle meneviä vaatimuksia. Yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä on kuitenkin ottaa huomioon ennakkoratkaisukysymyksiin liittyvät tosiasiat ja oikeudelliset seikat, sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin on ne määritellyt; ks. yhdistetyt asiat C-482/01 ja C-493/01, Orfanopoulos ja Oliveri, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. I-5257, 42 kohta) ja asia C-244/06, Dynamic Medien, tuomio 14.2.2008 (Kok., s. I-505, 19 kohta).

27 – Ks. edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Pressetext Nachrichtenagentur, ratkaisuehdotukseni 171 kohta.

28 – Edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Universale-Bau ym., tuomion 78 kohta.

preklusiivisten määräaikojen tarkoituksena on se, että hankintaviranomaisten lainvastaiset päätökset riitautetaan ja korjataan niin pian kuin mahdollista *sen jälkeen kun henkilöt, joita asia koskee, ovat havainneet ne.* [29] [30]

41. Luonnollisesti kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on todeta, mistä ajankohdasta lähtien henkilö, jota asia koskee, tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. [31] Antaakseen hyödyllisen vastauksen yhteisöjen tuomioistuin voi kuitenkin kansallisten tuomioistuinten kanssa harjoittamansa yhteistyön nimissä esittää ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle kaikki tarpeellisiksi katsomansa ohjeet. [32]

42. Pelkästään se, että tarjoaja tai ehdokas on saanut tiedon tarjouksensa hylätyksi tulemisesta, ei vielä merkitse sitä, että hän olisi saanut tiedon mahdollisesta julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. Näin ollen tämä tapahtuma yksistään ei voi käynnistää toissijaisen oikeussuojan hakemisen oikeussuojakeinoja koskevaa määräaikaa. Kuten Uniplex perustellusti totesi, hylätty tarjoaja tai ehdokas ei puolestaan voi perustaa muutoksenhakemustaan ainoastaan siihen, että hänen tarjoustaan ei valittu.

43. Vasta sitten, kun hylätylle tarjoajalle tai ehdokkaalle on ilmoitettu hankintamenettelyssä hylätyksi tulemisen keskeiset perusteet, voidaan yleensä katsoa, että se on saanut tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. [33] Vasta tästä ajankohdasta lähtien sen on myös mahdollista

29 – Erityisen selvästi tämä käy ilmi edellä alaviitteessä 15 mainitussa asiassa Universale-Bau ym. (tuomion 78 kohta) ranskankielisen toisinnon muotoilusta *dès qu'elles sont connues des intéressés*; tuomio laadittiin ja asiaa käsiteltiin ranskaksi.

30 – On mielenkiintoista, että NHS sivuuttaa kirjelmässään nimenomaan asiassa Universale-Bau ym. annetun tuomion 78 kohdan, kun se toisaalta lainaa asian kannalta merkityksellistä tuomion perustelujen kohtaa (74–79 kohta) sanatarkasti.

31 – Pääasian asianosaiset ovat eri mieltä siitä, olisiko Uniplexillä pitänyt olla tieto tapahtuneeksi väitetyistä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta jo 22.11.2007 päivätystä kirjeestä vaiko vasta 13.12.2007 päivätystä NHS:n kirjeestä lähtien (ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 12 ja 13 kohta). Tarkastettuani nämä kaksi kirjettä minusta vaikuttaa siltä, että ensin mainitussa annetaan ainoastaan erittäin yleisluonteisia tietoja, joiden perusteella hylätty tarjoaja voi tuskin ymmärtää, miksi sen tarjous ei menestynyt ja sovellettiinko julkisia hankintoja koskevia säännöksiä oikein. Sen sijaan toisessa kirjeessä mainitaan ainakin kaksi seikkaa, joiden perusteella voi syntyä epäilys siitä, että julkisia hankintoja koskevia säännöksiä on rikottu. Ensinnäkin kategoriassa "Price and other cost effectiveness factors" Uniplexille annettiin nolla pistettä, koska se oli ilmoittanut vain listahinnan; hankintaviranomainen näyttää siis jättäneen täysin huomiotta sen, että tarjoajan listahinta voi olla halvempi kuin jonkin toisen tarjoajan alennushinta ja että viime kädessä asian ratkaisee tosiasiallisesti tarjottujen hintojen lopullinen vertailu. Toiseksi vaikuttaa siltä, että kaikille tarjoajille, jotka eivät olleet toimineet verenvuotoa tyrehdyttävien tuotteiden markkinoilla Yhdistyneessä kuningaskunnassa, annettiin kategoriassa "UK customer base" nolla pistettä, mikä viittaa ulkomaisten tarjoajien piilosyrjintään. Viime kädessä kuitenkin kansallisen tuomioistuimen tulee tehdä tästä tarvittavat johtopäätökset.

32 – Ks. asia C-49/07, MOTOE, tuomio 1.7.2008 (Kok., s. I-4863, 30 kohta) ja asia C-142/05, Mickelsson ja Roos, tuomio 4.6.2009 (Kok., s. I-4273, 41 kohta); ks. vastaavasti myös asia C-328/91, Thomas ym., tuomio 30.3.1993 (Kok., s. I-1247, 13 kohta).

33 – Näin voi olla myös, jos tarjoaja tai ehdokas väittää julkisia hankintoja koskevia säännöksiä rikotun ja hankintaviranomainen hylkää sen esittämän väitteen ilmoittamalla perusteet.

valmistella mahdollista muutoksenhakemusta asianmukaisesti ja arvioida sen menestymisen mahdollisuuksia. [34] Sitä vastoin ennen kyseisten perustelujen saamista asianomainen ei yleensä voi tehokkaasti käyttää muutoksenhakuoikeuttaan. [35]

44. Direktiivin 2004/18 41 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetäänkin jo nyt, että hankintaviranomaisten on ilmoitettava hylätyille tarjoajille ja ehdokkaille hylkäämisen perusteet. Vastaavasti direktiivillä 2007/66 direktiiviin 89/665 lisätyssä 2 c artiklassa säädetään tulevien tapausten osalta, että kullekin tarjoajalle tai ehdokkaalle lähetettävässä ilmoituksessa hankintaviranomaisen päätöksestä on oltava liitteenä yhteenveto asiaa koskevista perusteluista ja että mahdolliset muutoksenhakemusten määräajat voivat alkaa kulua vasta sitten, kun ilmoituksen lähettämisestä on kulunut tietty määrä kalenteripäiviä.

45. Täydentävänä tietona mainittakoon vielä, että vahingonkorvauskanteeseen sovellettavan määräajan alkaminen ei saa riippua siitä, että kantaja sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto hänelle aiheutuneesta *vahingosta*. [36] Velvollisuuden noudattamatta jättämisestä aiheutuva vahinko on nimittäin toisinaan havaittavissa vasta jonkin ajan kuluttua. Vahingon havaitsemisen odottaminen olisi siis vastoin direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua ”niin nopeasti kuin mahdollista tapahtuvan muutoksenhaun” periaatetta. Vastaavasti asianomaiselle tarjoajalle tai ehdokkaalle on kuitenkin annettava mahdollisuus tarvittaessa jättää hakemus julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisen toteamiseksi ja vasta myöhemmässä vahingonkorvausmenettelyssä määritellä sille aiheutunut vahinko ja vaatia siitä korvausta.

– Määräajan pidentämistä koskeva kansallisen tuomioistuimen harkintavalta

46. NHS:n Yhdistyneen kuningaskunnan ja Irlannin mukaan tehokas oikeussuoja ei kuitenkaan välttämättä edellytä sitä, että preklusiiviset määräajat oikeussuojakeinojen käyttämiselle muutoksenhakumenettelyssä alkavat kulua vasta siitä ajankohdasta, jona asianomainen tarjoaja tai ehdokas sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi

34 – Ks. vastaavasti asia 222/86, Heylens ym., tuomio 15.10.1987 (Kok., s. 4097, Kok. Ep. IX, s. 225, 15 kohta) ja asia C-75/08, Mellor, tuomio 30.4.2009 (Kok., s. I-3799, 59 kohta); ks. myös asia C-186/04, Housieaux, ratkaisuehdotukseni 27.1.2005 (Kok., s. I-3299, 32 kohta) ja edellä mainittu asia Mellor, ratkaisuehdotukseni 22.1.2008 (erityisesti 31 kohta).

35 – Ks. asia C-250/07, komissio v. Kreikka, julkisasiamies Poiares Maduron ratkaisuehdotus 17.12.2008 (Kok., s. I-4369, 28 kohta).

36 – Se, että edellä alaviitteessä 12 mainitussa asiassa Pressetext Nachrichtenagentur antamani ratkaisuehdotuksen 167 kohdan ensimmäisessä virkkeessä käytetään ilmaisua *edun loukkaaminen*, on laadintavirhe. Tosiasiallisesti riittävänä pidetään sitä, että asianomainen sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä *julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta*, kuten mainitun ratkaisuehdotuksen 169 ja 171 kohdassa todetaan.

väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. Niiden mukaan PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan kaltaisella säännöksellä varmistetaan tehokas oikeussuoja siten, että kansallinsen tuomioistuin voi harkintavaltansa perusteella tarvittaessa pidentää kanteen vireillepanon määräaikaa.

47. En pidä tätä perustelua vakuuttavana.

48. Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa luettuna yhdessä 3 kohdan kanssa varmistetaan, että jokaisella, joka joko on ollut tai on tavoittelemassa jotain julkisia hankintoja koskevaa sopimusta ja jonka etua tapahtuneeksi väitetty säännösten rikkominen on loukannut tai saattaa loukata, on *henkilökohtainen oikeus* hakea muutosta hankintaviranomaisen päätöksiin.[37] Kuten totean myös samanaikaisesti käsiteltävässä asiassa komissio vastaan Irlanti, tällaisen oikeuden tehokasta täytäntöönpanoa ei saa jättää kansallisten viranomaisten vapaan harkintavallan varaan, ei myöskään riippumattoman tuomioistuimen harkintavallan varaan.[38]

49. PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohtaan ei sisälly minkäänlaisia oikeudellisia perusteita, joita kansallisen tuomioistuimen olisi sovellettava käyttäessään harkintavaltaansa mahdolliseen määräajan pidentämiseen. Yhteisöjen tuomioistuimessa käydyssä suullisessa käsittelyssä kaikki asianosaiset katsoivat yksimielisesti, että se, että muutoksenhakija ei tiennyt julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta, on vain yksi monista näkökohdista, jotka kansallinen tuomioistuin ottaa huomioon. Toisin sanoen tietämättömyys rikkomisesta *voi* johtaa määräajan pidentämiseen, mutta asianlaita ei välttämättä ole näin. Lisäksi kansallinen tuomioistuin voi – kuten Irlanti huomauttaa – rajata mahdollisen määräajan pidennyksen koskemaan vain tiettyjä väitteitä ja jättää muut väitteet sen ulkopuolelle, jolloin hylätyn tarjoajan tai ehdokkaan kanne otetaan mahdollisesti tutkittavaksi vain osittain.

50. Tällöin sen, jota asia koskee, on yksittäisessä tapauksessa mahdotonta ennakoida, kannattaako sen käyttää oikeussuojakeinoa. Tällainen oikeudellinen tilanne saattaa saada hylätyt tarjoajat tai ehdokkaat – varsinkin muista jäsenvaltioista peräisin olevat – luopumaan oikeudestaan hakea muutosta hankintaviranomaisten päätöksiin. Tällöin direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa säädetyn tehokkaan muutoksenhaun tavoitteen saavuttaminen on epävarmaa.

– Käytännön ongelmat, jotka koskevat sen toteamista, onko tieto rikkomisesta saatu tai olisiko se pitänyt saada

51. NHS ja Yhdistynyt kuningaskunta väittävät lisäksi, että seurauksena on huomattavia käytännön ongelmia, jos preklusiivinen mää-

37 – Ks. vastaavasti asia C-15/04, Koppensteiner, tuomio 2.6.2005 (Kok., s. I-4855, 38 kohta) ja edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Lämmerzahl, tuomion 63 kohdan toinen virke.

38 – Ks. tänään annettava ratkaisuehdotukseni edellä alaviitteessä 21 mainitussa asiassa komissio v. Irlanti, 75 kohta.

räaika alkaa kulua vasta sinä päivänä, jona hylätty tarjoaja tai ehdokas sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. Niiden mukaan ei esimerkiksi ole helppoa arvioida, mihin tiedon on konkreettisessa tapauksessa perustuttava ja milloin se on saatu tai mistä lähtien se voidaan olettaa saaduksi.

viivästyttää hankintamenettelyä huomattavasti. Yhteisöjen tuomioistuimessa käydyssä suullisessa käsittelyssä NHS ja Yhdistynyt kuningaskunta yhtyivät tähän väitteeseen.

54. En kuitenkaan pidä tätäkään väitettä vakuuttavana.

52. Tästä on riittävää todeta, että samat käytännön ongelmat nousevat esiin myös silloin, kun tuomarin on harkintavaltaansa käyttäessään tutkittava mahdollisen määräajan pidennyksen osalta, milloin muutoksenhakija sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väittämästään julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan kaltaisella säännöksellä ei suinkaan voida välttää tällaisia käytännön ongelmia, vaan sen avulla niitä ainoastaan tarkastellaan toisesta näkökulmasta.

55. On kiistatonta, että hylättyjen tarjoajien tai ehdokkaiden vahingonkorvauskanteista voi – mikäli ne hyväksytään – aiheutua huomattavia taloudellisia rasitteita hankintaviranomaiselle. Hankintaviranomaisen on kuitenkin väistämättä otettava tämä mahdollisuus huomioon, jotta tehtäessä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia voidaan antaa tehokas oikeussuoja. Kaikenlaiset pyrkimykset minimoida tähän liittyvät hankintaviranomaisen taloudelliset riskit pakostakin heikentävät tehokasta oikeussuojaa.

– Vahingonkorvauskanteiden ehkäisevä vaikutus

53. Lisäksi Irlanti esittää, että vahingonkorvauskanteisiin sovellettavien määräaikojen liian suurpiirteinen soveltaminen voi vaikuttaa hankintaviranomaisiin erittäin ehkäisevällä tavalla (ns. ”chilling effect”) ja

56. Loppujen lopuksi toissijaisen oikeussuojan edellytysten liian rajoittava soveltaminen vaarantaisi myös muutoksenhakumenettelyn tavoitteiden saavuttamisen. Näihin tavoitteisiin nimittäin kuuluu muutakin kuin oikeussuojan antaminen asianomaisille tarjoajille ja ehdokkaille. Muutoksenhakumenettelyn avulla on määrä saada aikaan myös

kurinpidollinen vaikutus hankintaviranomaisiin siten, että julkisia hankintoja koskevan EU-lainsäädännön – erityisesti avoimuusperiaatteen ja syrjintäkiellon – noudattaminen varmistetaan ja mahdollisista rikkomisista määrätään seuraamuksia.

57. Sivuhuomautuksena todettakoon, että myöskään PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan kaltaisella määräaikaa koskevalla säännöksellä ei suinkaan voida sulkea pois mainitun ehkäisevän vaikutuksen mahdollisuutta. Kuten edellä jo mainitsin, tässä säännöksessä annetaan kansalliselle tuomioistuimelle vapaa harkintavalta päättää hylättyjen tarjoajien tai ehdokkaiden kanteen vireillepanon määräaikojen pidentämisestä erityisesti silloin, jos niillä ei aiemmin ollut tietoa tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. Tämä määräajan pidentämisen mahdollisuus voi siis johtaa siihen, että hankintaviranomainen voi joutua vahingonkorvausvaatimusten kohteeksi vielä kauan sen jälkeen, kun se on tehnyt sopimuksen valitun tarjoajan tai ehdokkaan kanssa. Koska tapaa, jolla tuomioistuin käyttää harkintavaltaansa, on mahdotonta ennakoida, tätä hankintaviranomaiseen kohdistuvaa riskiä on PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan nojalla vieläkin vaikeampi arvioida kuin sellaisen säännöksen tapauksessa, jonka mukaan preklusiivinen määräaika alkaa kulua heti, kun asianomainen sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta.

B *Määräajan pidennyksen myöntämistä koskeva kansallisen tuomioistuimen harkintavalta (toisen ennakkoratkaisukysymyksen toinen osa)*

58. Toisen ennakkoratkaisukysymyksen toinen osa liittyy läheisesti ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen. Kansallinen tuomioistuin haluaa lähinnä tietää, mitä toimenpiteitä sen on toteutettava, jos hylätty tarjoaja tai ehdokas ei aluksi saanut eikä sen myöskään olisi pitänyt saada tietoa tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta, minkä vuoksi se ei voinut hakea muutosta PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdassa säädetyssä kolmen kuukauden määräajassa.

59. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltioiden tuomioistuimilla on velvollisuus tulkita ja soveltaa kansallista lainsäädäntöä direktiivin mukaisesti. [39] Erityisesti julkisia hankintoja koskevien säännösten mukaisten muutoksenhakumenettelyjen osalta on todettava, että niiden on kansallisia säännöksiä, joissa on säädetty preklusiivisesta määräajasta, soveltaessaan tulkittava niitä mahdollisimman pitkälle niin, että direktiivistä

39 – Direktiivin mukaisen tulkinnan periaatteesta yleisellä tasolla ks. asia 14/83, Von Colson ja Kamann, tuomio 10.4.1984 (Kok., s. 1891, Kok. Ep. VII, s. 557, 26 kohta); yhdistetyt asiat C-397/01–C-403/01, Pfeiffer ym., tuomio 5.10.2004 (Kok., s. I-8835, 113 kohta) ja asia C-268/06, Impact, tuomio 15.4.2008 (Kok., s. I-2483, 98 kohta); erityisesti direktiivin 89/665 osalta ks. lisäksi edellä alaviitteessä 15 mainitut asiat Santex, tuomion 63 kohta ja Lämmerzahl, tuomion 62 kohta.

89/665 johtuvan tehokkuusvaatimuksen noudattaminen varmistetaan. [40]

60. Kuten totesin ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen yhteydessä, [41] preklusiiviset määräajat, joita sovelletaan rikkomisen toteamista ja vahingonkorvausta koskeviin kanteisiin julkisten hankintojen yhteydessä, alkavat kulua vasta siitä ajankohdasta, jona kantaja sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. Kansallisen tuomioistuimen on siis tehtävä toimivaltansa rajoissa kaikki mahdollinen saavuttaakseen tämän tavoitteen. [42]

61. Näin ollen kansallisen tuomioistuimen on ensisijaisesti sovellettava PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdassa säädettyä määräaikaa direktiivin mukaisesti siten, että sen kuluminen ei rikkomisen toteamista ja vahingonkorvausta koskevien kanteiden tapauksessa ala vielä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta vaan vasta siitä ajankohdasta, jona kantaja sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto kyseisestä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta.

62. Mikäli PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohtaa ei voida tulkita tällä tavoin, kansallisen tuomioistuimen on *toissijaisesti* harkintavaltansa puitteissa pyrittävä löytämään direktiivin mukainen ratkaisu määräajan pidentämiseen. Tehokkaan muutoksenhaun tavoite – sellaisena kuin se on asetettu direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa – johtaa tällöin siihen, että kansallisen tuomioistuimen harkintavallasta tulee tavallaan merkityksetön. Sillä olisi siis *velvollisuus* myöntää Uniplexin kaltaiselle kantajalle määräajan pidennys.

63. Määräajan pidennyksen olisi oltava vähintään sen pituinen, että kantajalla on kanteen valmistelemiseksi ja jättämiseksi käytettävissään PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdassa mainitut kolme kuukautta alkaen ajankohdasta, jona se sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto tapahtuneeksi väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta. Lisäksi kansallinen tuomioistuin voi vastedeskin vapaasti myöntää tätä pidemmän määräajan pidennyksen harkintavaltansa puitteissa ja yksittäisen tapauksen olosuhteet huomioon ottaen, jos se pitää tätä välttämättömänä oikeudenmukaisen ratkaisun löytämiseksi.

C *Vaatimus oikeussuojakeinon käyttämisestä viipymättä (toisen ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäinen osa)*

64. Kansallisen tuomioistuin haluaa toisen ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäisessä osassa lähinnä tietää, voiko se jättää muutoksenhakumenettelyssä kanteen tutkimatta, jos sitä ei ole nostettu ”viipymättä” (englanniksi ”promptly”).

40 – Ks. edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Santex, tuomion 62 kohta.

41 – Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 31–46 kohta.

42 – Ks. edellä alaviitteessä 39 mainitut yhdistetyt asiat Pfeiffer ym., tuomion 118 ja 119 kohta sekä asia Impact, tuomion 101 kohta.

65. PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan määräaikaa koskevan säännöksen mukaan muutoksenhakua koskevat kanteet otetaan käsiteltäväksi vain, jos ne on jätetty ”viipymättä ja viimeistään kolmen kuukauden kuluessa siitä ajankohdasta, jona kanteen nostamisperusteen olemassaolo ensimmäistä kertaa tuli esille”. Tämä vaatimus muutoksenhakumenettelyn aloittamisesta viipymättä antaa Englannin tuomioistuimille ilmeisesti mahdollisuuden jättää muutoksenhakua koskevat kanteet tutkimatta vapaan harkintavaltansa perusteella jo ennen kolmen kuukauden määräajan päättymistä. Yhteisöjen tuomioistuimessa käydyssä suullisessa käsittelyssä pääasian asianosaiset ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus olivat yksimielisiä siitä, [43] että Englannin tuomioistuimet oikeuskäytännössään myös tosiasiallisesti käyttävät tätä mahdollisuutta kanteen hylkäämiseen ”puuttuvan viipymättömyyden” (”lack of promptness”) perusteella. [44]

66. Preklusiivisen määräajan soveltaminen ei kuitenkaan saa johtaa siihen, että hankintapäätöksiä koskevan muutoksenhakuoikeuden käytöltä riistetään sen tehokas vaikutus. [45]

67. Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa edellytetään, että hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta ”tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista”, milloin päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta. Kuten esitän yksityiskohtaisemmin asiaa C-456/08, komissio vastaan Irlanti, koskevassa ratkaisuehdotuksessani, [46] jäsenvaltioiden on vahvistettava täsmälliset oikeussäännöt kulloinkin kyseessä olevalla alueella saavuttaakseen direktiivin tavoitteen. Niiden on määritettävä sisäinen oikeustila riittävän täsmällisesti, selkeästi ja ymmärrettävästi, jotta yksityiset voivat saada tietää oikeutensa ja velvollisuutensa.

68. Selkeyden, täsmällisyyden ja ennakoitavuuden vaatimukset koskevat PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdan kaltaista määräaikaa koskevaa säännöstä erityisessä määrin. Sovellettaviin määräaikoihin liittyvät epäselvyydet ovat uhkaavan prekluusiovaikutuksen takia nimittäin omiaan aiheuttamaan runsaasti haitallisia seurauksia yksityishenkilöille ja yrityksille.

69. Kun kyseessä on PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdassa tarkoitetun kaltainen preklusiivinen määräaika, jonka pituus jätetään ”viipymättömyyden” kriteerin myötä toimivaltaisen tuomioistuimen vapaan harkintavallan varaan, määräajan vaikutuksia ei voida ennakoida. Asianomaiset tarjoajat ja ehdokkaat eivät ole tietoisia siitä, kuinka paljon aikaa heillä on valmistellakseen muutoksenhakua koskevan hakemuksensa kohtuullisella tavalla, ja ne tuskin pystyvät arvioimaan tällaisten oikeussuojakeinojen

43 – Irlannin hallitus on todennut tässä ennakkoratkaisumenettelyssä, että pääosin samansisältöisellä määräaikaa koskevalla Irlannin oikeuden säännöksellä (ylioikeuksien työjärjestyksen 84 a §:n 4 momentin mukaan muutoksenhakua koskeva hakemus on jätettävä ”mahdollisimman varhaisessa vaiheessa ja joka tapauksessa kolmen kuukauden kuluessa”) ei ole tällaisia vaikutuksia. Irlanti on kuitenkin todennut samanaikaisesti tämän asian kanssa käsiteltävässä jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä, että muutoksenhakua koskeva hakemus voidaan tietyin edellytyksin hylätä liian myöhään jätettynä silloinkin, kun se on jätetty kolmen kuukauden määräajassa (ks. tänään annettava ratkaisuehdotukseni edellä alaviitteessä 21 mainitussa asiassa komissio v. Irlanti, 70 kohta).

44 – Yhteisöjen tuomioistuimessa käydyssä suullisessa käsittelyssä asianosaiset ottivat tässä yhteydessä esille mm. High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Divisionin (tuomari Cooke) 4.11.2004 antaman tuomion asiassa M Holleran Ltd v. Severn Trent Water Ltd ((2004) EWHC 2508 (Comm), (2005) EuLR 364).

45 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 15 mainitut asiat Universale-Bau ym., erityisesti tuomion 72 kohta; Santex, tuomion 51 ja 57 kohta sekä Lämmerzahl, tuomion 52 kohta; muutoksenhakukeinoja koskevista menettelysäännöstä yleisellä tasolla ks. yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, Fabricom, tuomio 3.3.2005 (Kok., s. I-1559, 42 kohta).

46 – Ks. ratkaisuehdotuksen 47–49 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

menestymisen mahdollisuuksia. Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa säädetty tavoite eli tehokas muutoksenhaku hankintaviranomaisten päätöksiin jää tällöin saavuttamatta. [47]

70. Näin ollen kansalliset tuomioistuimet eivät voi jättää muutoksenhakua koskevaa kannetta, joka on jätetty PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdassa säädetyssä kolmen kuukauden määräajassa, tutkimatta ”puuttuvan viipymättömyyden” perusteella. Niillä on velvollisuus tulkita ja soveltaa kansallista lainsäädäntöä direktiivin mukaisella tavalla. [48] Julkisia hankintoja koskevassa muutoksenhakumenettelyssä niiden on – kuten edellä jo totesin – tulkittava asianomaisesta määräajasta säätäviä kansallisia säännöksiä mahdollisimman pitkälle niin, että direktiivistä 89/665 johtuvan tehokkuusperiaatteen noudattaminen varmistetaan. [49]

71. Tässä yhteydessä voidaan todeta, että viipymättömyyden kriteeriä ei välttämättä tarvitse nähdä itsenäisenä preklusiivisena määräaikana. Jos säännöksessä yhdistetään päivinä, viikkoina, kuukausina tai vuosina ilmaistu ajanjakso sanaan ”viipymättä” tai johonkin vastaavaan ilmaukseen, tämän lisäyksen voidaan myös tulkita tarkoittavan, että siinä ilmaistaan nopeaa ratkaisua koskevaa vaatimus ja muistutetaan hakijaa tai kantajaa siitä, että sen vastuulla on ryhtyä tarvittaviin toimenpiteisiin oman etunsa vuoksi mahdollisimman varhaisessa vaiheessa, jotta se voi puolustaa oikeuksiaan mahdollisimman hyvin. [50]

72. Tätä taustaa vasten kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, voidaanko PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohdassa olevaa ”viipymättömyyden” kriteeriä tulkita siten, että siinä ei ole kyse itsenäisestä tutkittavaksi ottamisen esteestä vaan siinä ainoastaan viitataan nopeusperiaatteeseen.

73. Jos PCR 2006:n 47 §:n 7 momentin b kohtaa ei voida tulkita direktiivin mukaisella edellä mainitulla tavalla, kansallisella tuomioistuimella on velvollisuus soveltaa yhteisön oikeutta kokonaisuudessaan ja suojata yhteisön oikeudessa yksityisille oikeussubjekteille annettuja oikeuksia jättämällä tarvittaessa soveltamatta kaikkia sellaisia kansallisia oikeussääntöjä, joiden soveltaminen konkreettisessa tapauksessa johtaisi yhteisön oikeuden vastaiseen lopputulokseen. [51]

47 – Ks. tänään annettava ratkaisuehdotukseni edellä alaviitteessä 21 mainitussa asiassa komissio v. Irlanti, 71 kohta.

48 – Ks. oikeuskäytäntöviittaukset alaviitteessä 39.

49 – Ks. edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Santex, tuomion 62 kohta.

50 – Ks. edellä alaviitteessä 21 mainitussa asiassa komissio v. Irlanti esittämäni ratkaisuehdotuksen 68 kohdan esimerkit. Myös julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä ”huolellisuusvelvoite, joka on eriteltävissä pikemminkin keinoja kuin tulosta koskevaksi velvoitteeksi”, on tuttu käsite (ks. asia C-250/07, komissio v. Kreikka, tuomio 4.6.2009, Kok., s. I-4369, 68 kohta).

51 – Ks. asia 106/77, Simmenthal, tuomio 9.3.1978 (Kok., s. 629, Kok. Ep. IV, s. 73, 24 kohta), edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Santex, tuomion 64 kohta ja edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Lämmerzahl, tuomion 63 kohta.

VI Ratkaisuehdotus

74. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa High Court of Justicen ennakkoratkaisupyyntöön seuraavasti:

1) Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa edellytetään, että preklusiivinen määräaika, jota sovelletaan julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisen toteamista koskeviin hakemuksiin ja vahingonkorvauskanteisiin, alkaa kulua vasta siitä ajankohdasta, jona muutoksenhakija sai tiedon tai sen olisi pitänyt saada tieto väitetystä julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisesta.

2) Direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdan vastaisena on pidettävä sellaista määräaikaa koskevaa säännöstä, jossa kansalliselle tuomioistuimelle annetaan mahdollisuus jättää julkisia hankintoja koskevien säännösten rikkomisen toteamista koskevat hakemukset ja vahingonkorvauskanteet tutkimatta vapaan harkintavaltansa perusteella vetoamalla vaatimukseen, jonka mukaan muutosta on haettava viipymättä.

3) Kansallisella tuomioistuimella on velvollisuus tehdä toimivaltansa rajoissa kaikki mahdollinen saavuttaakseen direktiivin 89/665/ETY mukaisen tavoitteen. Jos tavoitetta ei voida saavuttaa tulkitsemalla ja soveltamalla määräaikaa koskevaa säännöstä direktiivin mukaisella tavalla, kansallisella tuomioistuimella on velvollisuus jättää kyseinen säännös soveltamatta.