

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

PEDRO CRUZ VILLALÓN

7 päivänä heinäkuuta 2011¹

I	Asiaa koskevat oikeussäännöt	I - 10987
	A Unionin oikeus	I - 10987
	B Kansallinen lainsäädäntö	I - 10989
II	Tosiseikat	I - 10992
III	Ennakkoratkaisukysymykset	I - 10993
IV	Asian käsittely unionin tuomioistuimessa	I - 10995
V	Asianosaisten lausumat	I - 10995
VI	Arviointi	I - 10996
	A Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys: palveluja koskeva hankintasopimus vai palvelukonsessio?	I - 10996
	B Toinen ennakkoratkaisukysymys: direktiivin 92/13, sellaisena kuin se on muu- tettuna direktiivillä 2007/66, välitön sovellettavuus	I - 11001
	C Kolmas ennakkoratkaisukysymys: direktiivin 92/13 mahdollinen taannehti- vuus	I - 11005
VII	Ratkaisuehdotus	I - 11006

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

Tämä ennakkoratkaisupyyntö tarjoaa unionin tuomioistuimelle tilaisuuden täydentää oikeuskäytäntöään siitä, millä perusteella palveluja koskevat hankintasopimukset ja palvelukonsessiot erotetaan toisistaan unionin lainsäädännössä, sekä täsmentää, missä tilanteissa direktiiviä on pidettävä välittömästi sovellettavana, vaikkei sitä olisi saatettu osaksi kansallista lainsäädäntöä säädetyssä määräajassa. Lisäksi ennakkoratkaisupyyntöön tulee – jälleen kerran – esille unionin ja jäsenvaltioiden välisen oikeudellisen yhteistyön tarpeellisuus unionin oikeuden soveltamisessa.

ja neuvoston direktiivillä 2004/17/EY³ laadittiin uudelleen tuolloin voimassa ollut julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö⁴ ja järjestettiin johdonmukaisesti ja selkeästi yhteisön lainsäätäjän antamat yhteensovittamissäännökset. Niissä käytetyt luokitukset ja käsitteet määritellään direktiivin 2004/17 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa⁵ seuraavasti:

”Tässä direktiivissä sovelletaan [seuraavia] määritelmiä.

--

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

2. a) ’Tavaroita, rakennusurakoita ja palveluja koskevilla hankintasopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen hankintayksikön sekä yhden tai useamman urakoitsijan,

A Unionin oikeus

1. Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemistekmenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY² ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin

3 – EUVL L 134, s. 1.

4 – Direktiivillä 2004/18 koottiin yhdeksi säännöksi alakohtaiset säännökset, jotka sisältyvät julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekemistekmenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1), julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekemistekmenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54) ja julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemistekmenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettuun neuvoston direktiiviin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1). Direktiivillä 2004/17 yhdistettiin vastaavasti vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoinnin alan hankintoja koskevien sopimusten tekemistekmenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84) säännökset.

5 – Kuten tiedetään, direktiivissä 2004/17 käytettyjen käsitteiden määritelmät ovat samanlaiset kuin direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 ja 4 kohdan määritelmät, joten niiden tulkinnaassa voidaan käyttää samoja perusteita. Ks. vastaavasti asia C-206/08, Eurawasser, tuomio 10.9.2009 (Kok., s. I-8377, 43 kohta). Direktiivien valmistelutöiden osalta ks. Jan M. Hebly, *European Public Procurement: Legislative History of the "Utilities" Directive 2004/17/EC*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008 ja *European Public Procurement: Legislative History of the "Classic" Directive 2004/18/EC*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007.

2 – EUVL L 134, s. 114.

tavarantoimittajan tai palvelujen suorittajan välillä.

--

- d) 'Palveluja koskevilla hankintasopimuksilla' tarkoitetaan muita kuin rakennusurakoita ja tavaranhankintoja koskevia sopimuksia, joiden kohteena on liitteessä XVII tarkoitettujen palvelujen suorittaminen."

2. Direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdan määritelmän mukaan palvelukonssiossilla tarkoitetaan samanlaista sopimusta kuin palveluja koskeva hankintasopimus, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan oikeus hyödyntää palvelua tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

3. Direktiivin 2004/17 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan nojalla direktiiviä "sovelletaan hankintayksiköihin, jotka ovat hankintaviranomaisia tai julkisia yrityksiä ja harjoittavat jotain 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa".

4. Direktiivin 2004/17 5 artiklan 1 kohdan mukaisesti tätä direktiiviä sovelletaan "selllaisten verkkojen saataville saattamiseen tai ylläpitoon, joiden tarkoituksena on tarjota yleisölle kuljetuspalveluja rautateitse, automatisoiduin järjestelmin, raitioteitse, johdintoilla, linja-autoilla tai kaapeliradoilla".

5. 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/ETY⁶, sellaisena kuin se on muutettuna 11.12.2007 annetulla direktiivillä 2007/66/EY⁷ (jäljempänä direktiivi 92/13), tavoitteena on taata direktiivien 2004/17 ja 2004/18 tehokas soveltaminen. Sen 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään tästä seuraavaa:

"1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että hankintayksiköstä riippumaton muutoksenhakuelin toteaa sopimuksen pätemättömäksi tai että sen pätemättömyys on tällaisen muutoksenhakuelimen päätöksen tulosta kaikissa seuraavissa tapauksissa:

--

- b) jos kyseessä on tämän direktiivin 1 artiklan 5 kohdan, 2 artiklan 3 kohdan tai 2 a artiklan 2 kohdan vastainen virheellinen menettely, joka on estänyt muutosta hakevaa tarjoajaa käyttämästä sopimusta edeltäviä muutoksenhakekeinoja, jos tällaisen virheellisen menettelyn yhteydessä on tapahtunut myös direktiivin 2004/17/EY vastainen virheellinen menettely, joka

6 – EYVL L 76, s. 14.

7 – EUVL L 335, s. 31.

on vaikuttanut muutoksenhakuun turvautuneen tarjoajan mahdollisuuksiin saada sopimus.”

§:n mukaan julkisen liikenteen järjestäminen kuuluu paikallisyhteisöjen autonomiseen toimivaltaan.

6. Direktiivin 92/13, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66/EY, 2 f artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltiot voivat säätää, että 2 d artiklan 1 kohdan mukainen muutoksenhaku on tehtävä:

--

b) ja joka tapauksessa ennen kuin vähintään kuusi kuukautta on kulunut sopimuksen tekopäivää seuraavasta päivästä.”

B Kansallinen lainsäädäntö

7. Merkityksellisistä kansallisista säännöksistä ensimmäinen on paikallisyhteisöjä koskeva laki (Par pašvaldībām likums),⁸ jonka 15

8. Toinen on julkisen sektorin ja yksityisen sektorin välisestä yhteistyöstä annettu laki (Publiskās un privātās partnerības likums),⁹ jonka 1 §:n 7 momentissa säädetään, että palvelukonsessio on sopimus, jonka nojalla yksityinen sopimuspuoli tarjoaa julkisen sopimuspuolen toimeksiannosta julkisista hankinnoista annetun lain (Publisko iepirkumu likums) liitteessä 2 lueteltuja palveluja ja saa vastikkeeksi tai vastikkeen olennaisena osana näiden palvelujen tarjoamisesta oikeuden hyödyntää näitä palveluja taloudellisesti mutta kantaa samaan aikaan myös palvelujen suorittamiseen liittyvät riskit tai olennaisen osan niistä.

9. Tämän lain 1 §:n 8 momentin nojalla palvelujen hyödyntämisoikeus sisältää oikeuden periä palvelujen loppukäyttäjiltä maksu tai saada julkiselta sopimuspuolelta vastike, jonka määrä riippuu loppukäyttäjien taholta tulevasta kyseisten palvelujen kysynnästä, tai saada sekä maksu palvelujen loppukäyttäjiltä että vastike julkiselta sopimuspuolelta.

8 – Latvijas Vēstnesis, 1994, nro 61, s. 192.

9 – Latvijas Vēstnesis, 2009, nro 107, s. 4093; laki tuli voimaan 1.10.2009. Syyskuun 30. päivään 2009 asti oli voimassa konsessiosta annettu laki (Koncesiju likums), jonka 1 §:n 2 momentin mukaan konsessiolla tarkoitetaan ”palvelujen tarjoamista koskevan oikeuden tai yksinoikeuden käyttöä konsessioon kuuluvaa omaisuutta luovuttamista määräjäksi konsession luovuttajan ja sen saajan välisellä sopimuksella”.

10. Sen 1 §:n 9 momentin mukaan palvelujen hyödyntämiseen liittyvillä riskeillä on puolestaan ymmärrettävä tarkoitettavan taloudellisia riskejä, jos yksityisen sopimuspuolen tulot riippuvat kyseisten palvelujen kysynnästä loppukäyttäjien keskuudessa (kysyntäriski) tai jos palvelua tarjotaan loppukäyttäjille konsessiossa vahvistettujen vaatimusten mukaisesti (saatavuusriski) tai jos tulot riippuvat sekä kysyntäriskistä että saatavuusriskistä.

liikenteen palveluhankinnan julkisista hankinnoista annetun lain mukaisesti.

13. Julkisen liikenteen palveluista annetun lain 11 §:n 1 momentin mukaan liikennöitsijälle korvataan tappiot, jotka liittyvät julkisen liikenteen palvelujen tarjoamiseen

” – –

11. Asian kannalta on merkityksellinen myös julkisen liikenteen palveluista annettu laki (Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums),¹⁰ jonka 8 §:n 2 momentissa säädetään, että jollei kyseisessä laissa toisin säädetä, toimeksiantajana oleva sopimuspuoli järjestää julkisen liikenteen palvelut julkisista hankinnoista annetun lain tai konsessioiden tekemisestä annetun lain mukaisesti.

1¹) valtion budjettiin tätä tarkoitusta varten varatuista varoista, kun kyseessä ovat reitit, jotka kuuluvat paikallisesti tärkeään alueelliseen liikenneverkostoon

1²) paikallisten viranomaisten määrärahoista, jos kyseessä ovat reitit, jotka kuuluvat paikallisesti tärkeään alueelliseen liikenneverkostoon, siltä osin kuin julkisen liikenteen palveluhankinnan kulut ylittävät valtion budjetissa palvelujen takaamiseen varatut varat”.

12. Julkisen liikenteen palveluista annetun lain 10 §:n 1 momentissa säädetään, että liikennöitsijälle korvataan kyseisen lain 11 ja 12 §:n mukaisesti tappiot ja kulut, jotka liittyvät julkisen liikenteen palvelujen suorittamiseen. Saman pykälän 3 momentissa säädetään, että kyseisessä laissa tarkoitettuihin tappioihin kuuluvat myös palveluista aiheutuneet kulut, jos toimeksiantaja on toteuttanut julkisen

14. Julkisen liikenteen palveluista annetun lain 12 §:n 1 momentissa säädetään, että jos valtio vahvistaa julkisen liikenteen palvelun laadun vähimmäisvaatimukset, joita voittoa tavoittelevan liikennöitsijän ei tarvitse täyttää ja joiden täyttämistä aiheutuu lisäkuluja, liikennöitsijällä on oikeus saada valtiolta korvaus kaikista näistä kuluista. Toisaalta kyseisen pykälän 2 momentissa säädetään, että 1 momentissa mainittu korvaus suoritetaan liikennöitsijöille, jotka suorittavat julkisen

10 – Latvijas Vēstnesis, 2007, nro 106, s. 3682.

liikenteen palveluja julkisen liikenteen palveluhankinnan perusteella, jos palvelun laatua koskevat vähimmäisvaatimukset vahvistetaan sen jälkeen, kun julkisen liikenteen palvelujen suorittaminen on aloitettu.

15. Julkisen liikenteen palvelujen tarjoamisesta aiheutuvien tappioiden ja kustannusten korvaamisesta ja julkisen liikenteen palvelujen maksuperusteiden vahvistamisesta annetun hallituksen asetuksen nro 1226 (Sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība, jäljempänä asetus nro 1226),¹¹ joka on annettu julkisen liikenteen palveluista annetun lain nojalla, 2 §:n mukaan liikennöitsijälle korvataan seuraavat tappiot, jotka liittyvät julkisen liikenteen palveluista tehdyn hankintasopimuksen täyttämiseen:

- ”1) välttämättömät kulut, jotka liittyvät julkisen liikenteen palveluista tehdyn hankintasopimuksen täyttämiseen ja jotka ylittävät saadut tulot
- 2) kulut, joita aiheutuu toimeksiantajan vahvistamien maksuperusteiden soveltamisesta
- 3) tulojen menetys, joka aiheutuu siinä tapauksessa, että toimeksiantaja alentaa matkalipun hintaa tiettyjen matkustajaryhmien osalta.”

11 – Latvijas Vēstnesis, 2009, nro 183, s. 4169. Tämä 21.11.2009 lähtien voimassa ollut laki korvasi 2.10.2007 annetun hallituksen asetuksen nro 672 (Latvijas Vēstnesis, 2007, nro 175, s. 3751).

16. Kyseisen asetuksen 3 §:ssä säädetään, että liikennöitsijällä on oikeus hakea korvausta tappioista, joita aiheutuu toimeksiantajan julkisen liikenteen palvelujen suorittamisen jälkeen asettamien tai lainsäädännössä asetettujen laatua koskevien vähimmäisvaatimusten täyttämisestä, jos näiden vaatimusten täyttämisen vuoksi aiemmin vahvistettuihin laatuvaatimuksiin liittyvien kulujen määrä ylittyy.

17. Toimeksiantaja määrittää asetuksen nro 1226 39 §:n nojalla todelliset tappiot, jolloin laskelman lähtökohtana ovat julkisen liikenteen palveluja koskevan sopimuksen täyttämisestä saadut kokonaistulot, joista vähennetään perustellut kulut, joita on aiheutunut julkisen liikenteen palvelujen tarjoamisesta. Tässä säännöksessä tarkoitettuja tuloja ovat lipunmyyntitulot, joukkoliikenteen kausikorttitulot mukaan luettuina, ja muut tulot, joita saadaan julkisen liikenteen palveluja koskevan sopimuksen täyttämisestä.

18. Toimeksiantaja vahvistaa maksettavan korvauksen määrän laskemalla yhteen asetuksen nro 1226 39 §:n mukaisesti vahvistettujen tappioiden ja hyvityksen määrän. Hyvityksen lasketaan kertomalla tulot hyvityskertoimella, joka lasketaan lisäämällä 2,5 prosenttia Euroopan pankkienväliseen keskimääräiseen markkinakorkoon (euribor) viitevuoden 12 kuukaudesta (40 \$).

19. Tappioista suoritettavan korvauksen määrä ei saa ylittää laskettujen todellisten tappioiden määrää, jos liikennöitsijä on soveltanut toimeksiantajan vahvistamia hintoja (kuljetushinta) (49 §).

20. Jos oikeudesta tarjota julkisen liikenteen palveluja tehdään päätös julkisista hankinnoista annetun lain perusteella, korvauksen määrä vahvistetaan sopimuksessa määrätyn julkisen liikenteen palvelun hinnan ja tosiasiallisesti saatujen tulojen välisen erotuksen perusteella (50 §).

21. Asetuksen nro 1226 57 §:n mukaan silloin, kun julkisen liikenteen palveluja koskeva sopimus päättyy,

”1) liikennöitsijän on palautettava toimeksiantajalle liikaa maksetut määrät, jos tappioista julkisen liikenteen palvelun tarjoamisen aikana suoritettujen korvauksen määrä ylittää sen määrän, joka todellisuudessa olisi ollut maksettava, ja toimeksiantajan on kohdennettava kyseiset varat muille liikennöitsijöille aiheutuneiden tappioiden korvaamiseen

2) toimeksiantajan on korvattava tappiot, jos tappioista julkisen liikenteen palvelun tarjoamisen aikana suoritettujen korvauksen määrä on pienempi kuin se määrä, joka todellisuudessa olisi ollut maksettava.”

II Tosiseikat

22. Kuten ennakkoratkaisupyyntöstä ilmenee, Ludzas rajona padome (Ludzan maakuntavaltuusto) julkaisi 17.6.2009 hankintailmoituksen, joka koski julkisen liikenteen palvelujen tarjoamista linja-autolla Ludzan kaupungissa ja Ludzan maakunnan alueen reiteillä. Valittajat esittivät tarjouksensa 6.8.2009.

23. Tarjouskilpailun voittajaksi valittiin 31.8.2009 tehdyllä päätöksellä SIA Ludzas autotransporta užņēmums -niminen yritys (jäljempänä SIA Ludzas ATU). Ludzas novada dome¹² päätti 2.9.2009 tehdä konsessiosopimuksen SIA Ludzasin kanssa.

24. Valittajat vaativat 16.9.2009 tuomioistuimessa Ludzas novada domen päätöksen kumoamista ja samalla sen täytäntöönpanon lykkäämistä. Administratīvā rajona tiesa (alimman asteen hallintotuomioistuin) hyväksyi 16.10.2009 tekemällään päätöksellä valittajien vaatimuksen päätöksen täytäntöönpanon lykkäämisestä siihen saakka, kunnes pääasia olisi ratkaistu. Tämä päätös pysytettiin Administratīvā apgabaltiesan (toisen asteen hallintotuomioistuin) 14.12.2009 tekemällä päätöksellä.

12 – Elin, jolle maakunnanvaltuuston tehtävät tällä välin siirrettiin. Ilmeisesti nämä kaksi elintä toimivat kuitenkin jonkin aikaa rinnakkain.

25. Siitä huolimatta maakuntavaltuusto ja SIA Ludzas ATU tekivät 9.10.2009 konsessiosopimuksen julkisen liikenteen palvelujen tarjoamisesta. Valittajat valittivat 26.11.2009 alimman asteen hallintotuomioistuimeen ja vaativat konsession toteamista pätemättömäksi.

tehtiinkin ennen kuin määräaika direktiivin saattamiselle osaksi kansallista lainsäädäntöä oli päättynyt.

III Ennakkoratkaisukysymykset

26. Asian alimpana oikeusasteena tutkinut tuomioistuin hylkäsi vaatimuksen 3.12.2009 tekemällään päätöksellä, jossa se totesi, että sopimukseen sovelletaan siviilioikeutta, joten se ei kuulu hallintotuomioistuimen toimivaltaan.

29. Edellä esitetyn perusteella Latvian ylimmän oikeusasteen tuomioistuin esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat kolme ennakkoratkaisukysymystä:

27. Muutoksenhakutuomioistuin kumosi tämän päätöksen 11.5.2010 tekemällään päätöksellä ja hylkäsi valituksen ennakkoratkaisupyynnön mukaan sillä perusteella, että ”valittajilla ei ollut mitään subjektiivista oikeutta vaatia sopimuksen toteamista pätemättömäksi”.

”1) Onko direktiivin 2004/17/EY 1 artiklan 3 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että julkisia palveluja koskevalla konsessiolla on katsottava tarkoitettavan sopimusta, jolla valitulle tarjoajalle annetaan oikeus suorittaa julkisen liikenteen palveluja linja-autolla, kun osan vastikkeesta muodostaa oikeus hyödyntää kyseisiä palveluja, mutta samaan aikaan hankintaviranomainen korvaa tarjoajalle palvelujen tarjoamisesta aiheutuneet tappiot, ja kun lisäksi näiden palvelun suorittamista sääntelevissä julkisoikeudellisissa säännöksissä ja sopimusmääräyksissä rajoitetaan palvelujen hyödyntämisestä aiheutuvaa riskiä?

28. Valittajat valittivat päätöksestä Latvian ylimpään tuomioistuimeen ja väittivät, että direktiivissä 2007/66 niille annetaan subjektiivinen oikeus vaatia sopimuksen toteamista pätemättömäksi. Ne katsovat, ettei niiltä voida evätä tämänkaltaista itse direktiivin tarkoituksesta johtuvaa oikeutta, vaikka sopimus

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi, onko direktiivin 92/13/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66/EY, 2 d artiklan 1 kohdan

b alakohta suoraan sovellettavissa Latviassa 21.12.2009 lähtien?

- 3) Jos toiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että sitä sovelletaan julkisiin hankintasopimuksiin, jotka on tehty ennen direktiivin 2007/66/EY täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä?”

30. Lisättäköön jo tässä vaiheessa, että ennakkoratkaisupyynnön mukaan kansallinen tuomioistuin on epävarma siitä, onko julkisen liikenteen palvelujen suorittamista koskevaa sopimusta pidettävä direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitettuna palvelukonsessiona, kun olosuhteet ovat seuraavat:

- 1) osa vastikkeesta koostuu oikeudesta hyödyntää julkisen liikenteen palveluja (palvelun suorittaja saa vastikkeen kolmansien henkilöiden eli kuljetuksen käyttäjien suorittamina maksuina)
- 2) hankintaviranomainen suorittaa jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti palvelujen suorittajalle korvauksen, jos palvelujen tarjoamisesta aiheutuu tappioita

- 3) julkisen liikenteen palvelujen hyödyntämisen riskiä rajoittavat lainsäädäntö, jossa säädetään kyseisten palvelujen suorittamista koskevasta hankinnasta, ja sopimusmääräykset.

31. Toisella ennakkoratkaisukysymyksellään Latvian ylin tuomioistuin tiedustelee, että jos Latvia ei ollut täyttänyt direktiivin 2007/66 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädettyjä velvoitteita 21.12.2009 ja 14.6.2010 välisenä aikana, onko direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että sitä sovelletaan myös direktiivissä 2004/17 tarkoitettuihin sopimuksiin, jotka on tehty ennen kuin direktiivin 2007/66 täytäntöönpanon määräaika päättyi. Tältä osin on huomattava, että direktiivin 92/13 2 f artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan henkilöllä on oikeus riitauttaa tehty sopimus kuuden kuukauden kuluessa sopimuksen tekopäivästä. Kun otetaan huomioon nyt riitautetun sopimuksen tekopäivä (9.10.2009), valittajilla on siis täytyntä olla tämä oikeus myös 21.12.2009 (direktiivin saattamiselle osaksi kansallista oikeutta asetetun määräajan päätyttyä).

32. Edellä esitetyn perusteella Latvian ylin tuomioistuin katsoo, että direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdan ja direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdan tulkinnasta vallitsee epäilyksiä ja että kyseessä on ratkaiseva seikka määritettäessä

sitä, onko valittajilla oikeus vaatia sopimuksen kumoamista tuomioistuimessa.

IV Asian käsittely unionin tuomioistuimessa

33. Ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin saapuneeksi unionin tuomioistuimen kirjaamoon 9.7.2010.

34. Norma-A ja Dekom, Itävallan ja Latvian hallitukset sekä Euroopan komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia.

35. Norma-A:n, Dekomin ja Latgales plānošanas reģionsin (Latgalen suunnittelualaue¹³) edustajat sekä Latvian hallituksen ja Euroopan komission asiamiehet esittivät suullisia huomautuksia 18.5.2011 pidetyssä istunnossa.

V Asianosaisten lausumat

36. Norma-A ja Dekom sekä Itävallan hallitus ja komissio väittävät, että pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevaa sopimusta on

pidettävä direktiivissä 2004/17 tarkoitettuna palveluja koskevana hankintasopimuksena, kun taas Latvian hallitus väittää sitä konsessioksi. Ensiksi mainittujen mukaan sopimuspuoleksi valitulle yritykselle aiheutuva riski on liian pieni konsessioksi luokittelun edellytysten täyttymiseksi. Latvian hallitus ja Latgales plānošanas reģions taas pitävät taloudellista riskiä merkittävänä ja joka tapauksessa riittävän suurena, jotta voidaan puhua palvelukonsessiosta.

37. Toisesta ja kolmannelta ennakkoratkaisukysymyksestä komissio, Itävallan ja Latvian hallitukset sekä Latgales plānošanas reģions katsovat, ettei direktiiviä 2007/66 sovelleta sopimukseen, jotka on tehty ennen sen täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä. Itävallan hallitus väittää, ettei direktiiviä voida pitää välittömästi sovellettavana, koska sen säännökset eivät ole ehdottomia ja riittävän täsmällisiä. Se kuitenkin esittää tämän puhtaasti teoreettisena huomiona, koska nyt riitautetun hankintamenettelyn vaiheet käytiin jo ennen direktiivin täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä eikä mikään anna aihetta olettaa, että direktiiviä voitaisiin soveltaa taannehtivasti ja vaatia sen nojalla ennen tämän määräajan päättymistä tehtyjen sopimusten kumoamista. Itävallan hallituksen mukaan muu ratkaisu olisi vastoin oikeusvarmuuden periaatetta, ja Latvian hallitus on samalla kannalla. Komissio vastaa kahteen

13 – Elin, joka tuli pääasian oikeudenkäynnissä vastaajaksi Ludzas novada pašvaldīban (Ludzan maakunnan itsenäinen hallintoelin) tilalle.

viimeiseen kysymykseen yhdessä ja toteaa, että direktiivin välittömälle soveltamiselle asetetut tavanomaiset edellytykset täyttyvät, vaikkakaan direktiiviä ei voida soveltaa ennen sen täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä tehtyihin sopimuksiin.

VI Arviointi

A Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys: palveluja koskeva hankintasopimus vai palvelukonsessio?

38. Norma-A ja Dekom toteavat, että direktiivin 2007/66 2 f artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan yksityisellä on oikeus riitauttaa tehty sopimus tuomioistuimessa ja vaatia sen toteamista pätemättömäksi kuuden kuukauden kuluessa sopimuksen tekopäivästä. Koska tämä kuuden kuukauden määräaika ei ollut kulunut umpeen sinä ajankohtana, johon mennessä direktiivi olisi pitänyt saattaa osaksi kansallista lainsäädäntöä, 2 d artiklaa on sovellettava, vaikka sopimus tehtiin ennen direktiivin täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä. Norma-A ja Dekom katsovat, että jos kerran jäsenvaltioiden on pidättäydyttävä antamasta säännöksiä, jotka ovat omiaan vaarantamaan direktiivissä säädetyn tavoitteen saavuttamisen, niillä on myös velvollisuus tulkita kansallista oikeutta direktiivin mukaisesti. Nyt tarkasteltavan kaltaisessa tilanteessa subjektiivinen oikeus tällaiseen muutoksenhakuun hankintaviranomaisesta riippumattomassa elimessä on johdettavissa suoraan direktiivin tarkoituksesta.

39. Unionin tuomioistuimen tehtävä ei ole luokitella pääasiassa kyseessä olevia liiketoimia, sillä tällainen luokittelu kuuluu yksin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toimivaltaan. Unionin tuomioistuimen asia on ainoastaan antaa kansalliselle tuomioistuimelle unionin oikeudesta tulkinta, joka on kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllinen, kun se ratkaisee vireillä olevan asian (ks. asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005, Kok., s. I-8585, 32 kohta).

40. Sitä, onko riidanalainen sopimus luokiteltava palvelukonsessioksi vai palveluja koskevaksi hankintasopimukseksi, on siten arvioitava yksinomaan unionin oikeuden kannalta (asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007, Kok., s. I-6657, 31 kohta ja asia C-196/08, Acoset, tuomio 15.10.2008, Kok., s. I-9913, 38 kohta).

41. Direktiivin 2004/17 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdasta ilmenee, että palveluja koskevilla hankintasopimuksilla tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen hankintayksikön sekä yhden tai useamman urakoitsijan, tavarantoimittajan tai palvelujen suorittajan välillä ja joiden kohteena on

direktiivin liitteessä XVII tarkoitettujen palvelujen, tässä tapauksessa maakuljetuspalvelujen, suorittaminen.

kummankin sopimuspuolen etujen mukaisesti tehdyn sopimuksen lopputuloksesta.

42. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 3 kohdan b alakohdan mukaan palvelukonsessiolla tarkoitetaan samanlaista sopimusta kuin palveluja koskeva hankintasopimus, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan oikeus hyödyntää palvelua tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

43. Palveluhankintasopimusten ja palvelukonsession välinen ero on lähinnä palvelujen suorittamisesta saatavassa vastikkeessa (asia C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, tuomio 10.3.2011, Kok., s. I-1335, 24 kohta).

44. Direktiivissä ei määritellä tarkemmin, mistä palvelujen suorittamisesta sopimuksen perusteella saatavan vastikkeen on muodostuttava. Siinä ainoastaan säädetään, että jos vastikkeena on oikeus hyödyntää palvelua, kyseessä on palvelukonsessio. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että kyseisten sopimusmuotojen ero on siinä, maksaako hankintaviranomainen vastikkeen suoraan palvelun suorittajalle vai tuleeko vastike kolmansilta (ks. edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Eurawasser, tuomion 51 kohta). Viime kädessä tästä erosta voidaan kuitenkin johtaa luokitteluperusteeksi sen riskin siirtyminen, joka liittyy epävarmuuteen

45. Vastikkeen tulemistä kolmansilta on pidetty ratkaisevana perusteena sopimuksen luokittelumiseksi palvelukonsessioksi, koska tällainen epäsuora vastike merkitsee, että sopimuspuoleksi valittu tarjoaja ottaa samalla vastatakseen palvelujen suorittamiseen liittyvät liiketoiminnalliset riskit. Kuten julkisasiamies Mazák toteaa edellä 43 kohdassa mainitussa asiassa Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler antamassaan ratkaisuehdotuksessa,¹⁴ yhteisöjen tuomioistuin on todennut sopimuksen olevan palvelukonsessio jo pelkästään sillä perusteella, että vastike on ollut epäsuora.¹⁵

46. Itse pitäisin ratkaisevana kriteerinä sitä, että riski otetaan vastattavaksi. Tätä tukee se, että vastikkeen saaminen suoraan hankintaviranomaiselta ei välttämättä eikä joka tapauksessa merkitse, että kyseessä on hankintasopimus. Kuten julkisasiamies Mazák toteaa edellä alaviitteessä 14 mainitussa ratkaisuehdotuksessaan (28 ja 29 kohta), tämä johtuu siitä, että unionin tuomioistuin on antanut vielä ”toissijaiset perusteet”, joiden pohjalta voidaan päätellä palvelujen suorittajan ottaneen kyseiseen palveluun liittyvän liiketoiminnallisen riskin vastattavakseen silloin, kun kyseessä on suora vastike. Tämän riskin vastattavaksi ottaminen on siis

14 – Ratkaisuehdotus 9.9.2010, 25 kohta, alaviite 14.

15 – Esim. asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3303), 16 kohta ja asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008 (Kok., s. I-8457), 24 kohta.

riittävä peruste sopimuksen luokitteluksi palvelukonsessioksi, vaikka vastike saataisiin suoraan.¹⁶

47. Koska riski on lähtökohtaisesti palvelun taloudellisen hyödyntämisen erottamaton osa (edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Eurawasser, tuomion 66 kohta), yhteisöjen tuomioistuimen näkemyksen mukaan tämän riskin siirtäminen palvelujen suorittajalle merkitsee, että hankintaviranomaisen kanssa tehty sopimus on palvelukonsessio.

48. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan palveluun liittyvä liiketoiminnallinen riski on ymmärrettävä riskinä altistua markkinoiden epävarmuustekijöille (edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Eurawasser, tuomion 66 ja 67 kohta ja edellä 43 kohdassa mainittu asia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, tuomion 37 kohta), ja se voi ilmetä muiden toimijoiden kilpailusta aiheutuvana riskinä, riskinä, joka aiheutuu siitä, etteivät palvelujen kysyntä ja tarjonta vastaa toisiaan, riskinä, joka aiheutuu siitä, että ne, joiden on maksettava hinta suoritetuista palveluista, ovat maksukyvyttömiä, riskinä, joka aiheutuu siitä, ettei tuloilla saada kokonaan katetuiksi toimintakustannuksia, tai vielä palvelun puutteellisuudesta aiheutuvaan vahinkoon perustuvasta vastuusta aiheutuvana riskinä (edellä 43 kohdassa mainittu asia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, tuomion 37 kohta, jossa viitataan edellä alaviitteessä 16 mainittuihin asioihin

Contse ym., tuomion 22 kohta ja Hans & Christophorus Oymanns, tuomion 74 kohta).

49. Riskeillä, jotka aiheutuvat taloudellisen toimijan huonosta liikkeenhoidosta tai sen tekemistä arviointivirheistä, ei sitä vastoin ole merkitystä, kun sopimusta luokitellaan julkisia hankintoja koskeväksi sopimukseksi tai palvelukonsessioksi, koska nämä riskit liittyvät olennaisesti kaikkiin sopimuksiin (edellä 43 kohdassa mainittu asia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, tuomion 38 kohta). Yksinomaan taloudellisesta toimijasta riippuvaisiin muuttujiin liittyvät riskit eivät siis ole tässä yhteydessä merkityksellisiä.

50. Palvelujen suorittajalle siirretyn riskin, joka oikeuttaa sopimuksen luokittelun konsessioksi, ei tarvitse olla ”absoluuttisesti arvioituna huomattava”, vaan riittää, kun se muodostaa ”pääosan” riskistä, joka hankintaviranomaisen olisi joka tapauksessa otettava vastattavakseen, jos se ryhtyisi itse tarjoamaan kyseistä palvelua.¹⁷

16 – Asia C-234/03, Contse ym., tuomio 27.10.2005 (Kok., s. I-9315); asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007 (Kok., s. I-6657) ja asia C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, tuomio 11.6.2009 (Kok., s. I-4779). Näihin kuuluvat peruste, jonka mukaan palvelun puutteellisuudesta aiheutuvista vahingoista johtuva vastuu siirretään kokonaan, sekä peruste, joka koskee tiettyä taloudellista vapautta määräävää tietyn palvelun hyödyntämisedellytykset.

17 – Totean vielä toissijaisesti, että mielestäni tässä yhteydessä on merkitystä myös sillä, että direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdan mukaan konsessiossa palvelujen suorittamisen vastikkeena voi olla joko yksinomaan oikeus hyödyntää palvelua tai tällainen oikeus ”ja maksu yhdessä”. Näiden kahden tekijän yhdistäminen vastikkeeksi palvelusta, joka oikeudellisesti voidaan luokitella joko julkiseksi hankinnaksi tai konsessioksi, edellyttää kunkin tekijän painoarvon punnitsemista erikseen. Se on toimenpide, jossa ei mielestäni voida soveltaa mitään muuta perustetta kuin palvelun suorittajan vastattavakseen ottamaa riskiä. Sitä määritettäessä on otettava huomioon, kuinka merkittävästi hyödyntämisoikeuteen yhdistetty maksu pienentää liiketoiminnallista riskiä.

51. Yhteisöjen tuomioistuin on nimittäin katsonut, että vaikka taloudelliset riskit tehtäisiin mahdollisimman pieniksi julkisoikeudellisilla yksityiskohtaisilla säännöillä, joita sovelletaan palvelun taloudelliseen hyödyntämiseen, hankintaviranomaisten on edelleen voitava päättää hankkia palvelut konsessiolla, jos ne katsovat, että kyseessä on paras tapa varmistaa kyseinen julkinen palvelu. Siksi ei olisi kohtuullista vaatia julkista viranomaista luomaan kilpailuedellytykset ja taloudellisen riskin edellytykset, jotka ylittäisivät ne, jotka vallitsevat kyseisellä alalla siihen sovellettavan lainsäädännön perusteella, pelkästään sen vuoksi, että siirrettävä riski muodostuisi riittävän suureksi oikeuttaakseen hankintasopimuksen määrittelyn palvelukonsessioksi (edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Eurawasser, tuomion 72–76 kohta). Ratkaisevaa on se, että palvelujen suorittamiseen liittyvä liiketoiminnallinen riski siirretään pääosin toiselle sopimuspuolelle, ei itse riskin suuruus absoluuttisesti arvioituna.

52. Latvian ylimmän tuomioistuimen ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys koskee sopimuksia, ”joissa osan vastikkeesta muodostaa oikeus hyödyntää taloudellisesti julkisen liikenteen palveluja”, mutta samaan aikaan hankintaviranomainen ”korvaa palvelujen suorittajalle tappiot, joita on aiheutunut palvelujen suorittamisesta”, ja lisäksi ”palvelun suorittamista sääntelevissä julkisoikeudellisissa säännöksissä ja sopimusmääräyksissä rajoitetaan palvelujen hyödyntämisestä aiheutuvaa riskiä”.

53. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin täsmentää, palvelun suorittaja saa

vastikkeen kolmansien henkilöiden eli kuljetuksen käyttäjien suorittamina maksuina. Tältä kannalta katsottuna riitautettu sopimus olisi siten tyyppiesimerkki direktiivin 2004/17 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa tarkoitettusta palvelukonsessiosta.

54. Palveluun liittyvää liiketoiminnallista riskiä kuitenkin rajoitetaan kyseisten palvelujen suorittamista koskevilla kansallisilla säännöksillä, tässä tapauksessa julkisen liikenteen palveluista annetulla lailla. Kyseessä ei siis ole riski, joka tavanomaisesti aiheutuu palvelujen suorittamisesta täydellisen markkinavapauden ympäristössä. Vaikka riskiä jo rajoitetaan palvelujen taloudelliseen hyödyntämiseen sovellettavilla julkisoikeudellisilla säännöillä, hankintaviranomainen maksaa vielä palvelujen suorittajalle korvauksen tiettyistä tappioista.

55. Kuten äsken totesin, tässä tapauksessa merkityksellinen riski on se, joka on johdettavissa palvelujen suorittamista sääntelevistä julkisoikeudellisista säännöistä (ks. edellä 51 ja 52 kohta). Tämän konkreettisen riskin on siirryttävä pääosin valitulle tarjoajalle, sillä – kuten mainitsin edellä alaviitteessä 17 – vastattavaksi otetun riskin osuus pikemminkin kuin vastikkeen tyyppi ratkaisee, luokitellaanko sopimus hankintasopimukseksi vai konsessioksi.

56. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selittää, että tässä tapauksessa liiketoiminnallinen riski ei siirry tarjouskilpailun voittajalle.

Todellisuudessa se ei kannu edes olennaista osuutta riskistä (ennakkoratkaisupyyntö 13 kohta).

57. Asiaa koskevista kansallisista säännöksistä ja sopimuksen sisällöstä nimittäin ilmenee, että sopimuspuoleksi valitulle liikennöitsijälle korvataan seuraavat palvelujen tarjoamisesta aiheutuneet tappiot: A) välttämättömät kulut, jotka liittyvät julkisen liikenteen palveluista tehdyn hankintasopimuksen täyttämiseen ja jotka ylittävät saadut tulot; B) kulut, joita aiheutuu toimeksiantajan vahvistamien maksuperusteiden soveltamisesta; C) tulojen menetys, joka aiheutuu siinä tapauksessa, että toimeksiantaja alentaa matkalipun hintaa tiettyjen matkustajaryhmien osalta; D) kulut, joita aiheutuu julkisen liikenteen palvelujen suorittamisen aloittamisen jälkeen asetettujen laatuvaatimusten täyttämistä, jos näiden täyttämisen vuoksi niiden kulujen määrä ylittyy, jotka liittyvät aiemmin vahvistettuihin laatuvaatimuksiin.

58. Edellä mainituista tappioista maksettavaan korvaukseen lisätään hyvitys, joka saadaan kertomalla tulot hyvityskertoimella, joka lasketaan lisäämällä 2,5 prosenttia Euroopan pankkienväliseen keskimääräiseen markkinakorkoon (euribor) viitevuoden 12 kuukaudelta.

59. Korvausta siis maksetaan sekä palvelun suorittamiseen liittyvistä liiketoiminnan kuluiksi lasketuista tappioista että myyntivoiton menetyksestä.

60. Nämä Latvian ylimmän tuomioistuimen esittämät seikat ovat periaatteessa riittävän valaisevia, jotta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin voi jo niiden perusteella päätellä, että riidanalainen sopimus on luokiteltava hankintasopimukseksi. Mielestäni niistä säännöksistä ja sopimusmääräyksistä, joissa nyt riitautetun sopimuksen tausta ja sisältö on määritelty, voidaan selvästi johdattaa riittävät perusteet sen toteutukseksi, että kyseessä on nimenomaan palveluja koskeva hankintasopimus.

61. Sekä Latvian hallitus että Latgales plānošanas reģions esittävät kuitenkin useita syitä, jotka niiden näkemyksen mukaan sulkevat pois sen, että riskit siirtyisivät sopimuspuoleksi valitulle tarjoajalle ja että kyseessä olisi hankintasopimus. Näitä ovat lähinnä suuri kysyntäriski, mahdollisten tappioiden korvaamiseen tarkoitettujen valtion talousarviomäärärahojen vähentäminen, investointikulut, joita ei saada takaisin, sekä reittien ja linjojen laajentaminen tai vähentäminen.

62. Toistettakoon vielä, että unionin tuomioistuimen asia ei ole arvioida asian olosuhteita, joihin Latvian hallitus ja Latgales plānošanas reģions vetosivat istunnossa, eikä osallistua keskusteluun hankintasopimuksen tekoajan kohtana vallinneiden liiketoimintanäkymien ja epäsuotuisan taloussuhdanteen seurauksena tosiasiallisesti toteutuneiden liiketoimintanäkymien välisten, väitetyksi merkittävien erojen laadusta ja laajuudesta.

63. Koska – kuten jo edellä 40 kohdassa muistutin – sopimuksen luokittelu kuuluu viime kädessä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toimivaltaan, on nimenomaisesti korostettava, että Latvian ylimmän tuomioistuimen tehtävä on ratkaista, voivatko seikat, joihin Latvian hallitus ja Latgales plānošanas reģions ovat vedonneet, kumota edellä esittämäni, säännösten ja sopimusmääräysten tarkastelusta luontevasti seuraavan päätelmän. Näin on oltava erityisesti siksi, että Latvian ylin tuomioistuin mainitsee ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessään, että hankintaviranomainen korvaa palvelujen suorittajalle aiheutuneet tappiot ja että palvelun suorittamista sääntelevissä säännöksissä ja sopimusmääräyksissä ”rajoitetaan” liiketoiminnallista riskiä. Ainoastaan ennakkoratkaisua pyytäneellä tuomioistuimella on toimivalta ratkaista, miten suuri osuus riidanalaisen sopimuksen luokittelun kannalta merkityksellisestä riskistä kuuluu kullekin sopimuspuolelle, koska vain se pystyy arvioimaan asian olosuhteita ja siihen vaikuttaneita eri muuttujia kokonaisuudessaan.

64. Vaikka riidanalaisen sopimuksen luokittelu kuuluukin kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan ja vaikka unionin tuomioistuimen tehtävä on ainoastaan antaa sille unionin oikeudesta tulkinta, josta voi olla hyötyä tämän kysymyksen ratkaisemisessa, jo asiaa koskevista oikeussäännöksistä ja sopimusmääräyksistä voidaan päätellä nyt riitautetun sopimuksen täyttävän palveluja koskevan hankintasopimuksen tunnusmerkit.

Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asia on kuitenkin toimivaltansa nojalla ja asian konkreettiset olosuhteet tutkittuaan ratkaista, onko tämä unionin oikeuden kannalta arvioituna asianmukaisin tai paras ratkaisu.

B Toinen ennakkoratkaisukysymys: direktiivin 92/13, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66, välitön sovellettavuus

65. Jos nyt oletetaan, että kyseessä on lähtökohtaisesti palveluja koskeva hankintasopimus, siihen olisi aineellisesti sovellettava direktiiviä 92/13. Näin ollen seuraavaksi nousee esille kysymys siitä, onko direktiivin 92/13, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66, 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdasta ollut välittömästi sovellettavissa Latviassa 21.12.2009 lähtien eli siitä päivästä lähtien, jolloin jälkimmäisen direktiivin täytäntöönpanolle säädetty määräaika päättyi, ja jos tähän kysymykseen vastataan myöntävästi, onko direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdasta tulkittava siten, että sitä sovelletaan myös ennen tämän määräajan päättymistä tehtyihin hankintasopimuksiin.

66. Nämä kaksi ongelmaa vastaavat Latvian ylimmän tuomioistuimen toista ja kolmatta ennakkoratkaisukysymystä. Toisin kuin

Itävallan hallitus esittää, kolmanteen kysymykseen voidaan mielestäni vastata ainoastaan sen jälkeen, kun toinen kysymys on ratkaistu. Sen selvittämiseksi, sallitaanko direktiivin 92/13 2 f artiklan 1 kohdan b alakohdassa sen 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdan taannehtiva soveltaminen, on siis ensin tutkittava, onko jälkimmäinen säännös ollut välittömästi sovellettavissa 21.12.2009 lähtien. Vasta kun on selvitetty, voitiinko direktiiviä 92/13 soveltaa välittömästi tuosta ajankohdasta alkaen, voidaan tutkia, voidaanko soveltaa myös artiklaa, jossa mahdollisesti sallitaan mainitun direktiivin 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdan taannehtiva soveltaminen.

67. Asianosaisten välillä on riidatonta, että Latvia jätti saattamatta ”direktiivin [2007/66/EY] noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset voimaan 20 päivään joulukuuta 2009 mennessä”, vaikka tätä edellytetään direktiivin 2007/66 3 artiklan 1 kohdassa. Laki, jolla mainittu direktiivi sisällytettiin osaksi kansallista lainsäädäntöä, tuli voimaan vasta 15.6.2010. Ensimmäiseksi on siis ratkaistava kysymys siitä, onko direktiivin 2 d artiklan 1 kohdan b alakohta ollut välittömästi sovellettavissa Latviassa 21.12.2009 ja 14.6.2010 välisenä aikana, vaikei sitä ollut vielä saatettu osaksi kansallista lainsäädäntöä. Kyseisessä alakohdassa jäsenvaltiot veloitetaan varmistamaan, että ”hankintayksiköstä riippumaton muutoksenhakuelin toteaa sopimuksen pätemättömäksi tai että sen pätemättömyys on tällaisen muutoksenhakuelimen

päätöksen tulosta” tilanteissa, joissa julkisia hankintoja koskevaan päätökseen kohdistuvalle muutoksenhauulle ei ole annettu täytäntöönpanoa lykkäävää vaikutusta.

68. Direktiivin täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymisen tai sen virheellinen täytäntöönpano ovat vain yksi täytäntöön panematta jätetyn direktiivin välittömälle oikeusvaikutukselle oikeuskäytännössä asetetuista edellytyksistä (ks. asia 102/79, komissio v. Belgia, tuomio 6.5.1980, Kok., s. 1473, Kok. Ep. V, s. 187, 12 kohta). Sen lisäksi edellytetään, että kyseisissä direktiivin säännöksissä määritellään oikeuksia, joihin yksityiset voivat vedota kansallisissa tuomioistuimissa (asia 8/81, Ursula Becker, tuomio 19.1.1982, Kok., s. 3301, Kok. Ep. VI, s. 295, 25 kohta), ja että nämä säännökset ovat ehdottomia ja riittävän täsmällisiä (ks. viimeksi asia C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV, tuomio 12.5.2011, Kok., s. I-3673, 54 kohta).¹⁸

69. Ensimmäinen näistä edellytyksistä selvästikin täyttyy ennakkoratkaisukysymyksessä kyseessä olevassa tilanteessa, ja myös

18 – Oikeuskirjallisuuden osalta ks. Lenaerts, K. ja van Nuffel, P., *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 3. painos, Lontoo, 2011 (s. 22-080 ja sitä seuraavat sivut).

toisen edellytyksen on katsottava täyttyvän. Direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdassa jäsenvaltioille asetettu velvoite johtaa nimittäin väistämättä julkista hankintaa koskeviin päätöksiin kohdistuvan muutoksenhaun tehokkuuden takaamiseen yksityisille. On ilmeistä, että jäsenvaltioille direktiivin 2007/66 johdanto-osan 34 perustelukappaleen mukaan kuuluvalla velvoitteella parantaa ”julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuutta” tarkoitetaan juuri takeita kansalaisten oikeudesta tehokkaaseen oikeussuojaan julkisten hankintojen alalla.

turvaavia sääntelytoimia. Tämä johdattelee tutkimaan, missä määrin tällaisia toimia on toteutettu nyt tarkasteltavassa tapauksessa.¹⁹

70. Tämä direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan balakohdankiinteäyhteystehokkaaseen oikeussuojaan johtaa kysymykseen siitä, olisiko pääasian asianosaisille tosiasiallisesti pitänyt joka tapauksessa antaa muutoksenhakuoikeus, koska – kuten istunnossa tuotiin esille – kyse on sellaisen oikeuden tehokkuudesta, johon unionin primaarioikeuden nojalla voidaan vedota jäsenvaltioita vastaan, jopa riippumatta direktiivistä ja siten myös kaikista sen kansallisista täytäntöönpanosäännöksistä. Mielestäni asia on periaatteessa juuri näin, mutta se, että muutoksenhakuoikeus edellyttää valtion toimenpiteitä, edellyttää välttämättä tämän oikeuden tehokkaan käytön

71. Määräajassa täytäntöön panematta jätetyn direktiivin välittömän sovellettavuuden kolmas edellytys on, että direktiivin 2007/66 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdan normatiivinen sisältö on ehdoton ja riittävän täsmällinen. Sen osalta on komission tapaan todettava, että tarkasteltava säännös on olennaisin osin samansisältöinen kuin direktiivin 89/665/ETY²⁰ 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan säännökset, joita asiassa C-15/04, Koppensteiner, 2.6.2005 annettussa tuomiossa (Kok., s. I-4855, 38 kohta) luonnehditaan

- 19 – Vaikkei tässä yhteydessä ole tarpeen tutkia kysymystä sellaisen tehokasta oikeussuojaa koskevan oikeuden olemassaolosta, joka osana oikeusyhteisöksi luonnehditun unionin oikeusperintöä muodostaisi koko unionin oikeusjärjestyksen perustan, ei kuitenkaan voida jättää huomiotta sitä, että jo direktiivin 92/13 alkuperäisessä versiossa taataan oikeus riittauttaa hankintaviranomaisten päätökset, kun taas direktiivillä 2007/66 parannettiin jo olemassa olevien, julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuutta. Kokonaan eri kysymys on, että tällainen parannus on tuotu säätämällä seuraamukseksi sopimuksen toteaminen tietyissä tilanteissa pätemättömäksi ja että siten on menty pelkkää vahingonkorvusoikeuden myöntämistä pidemmälle. On nimittäin syytä huomioida, että säätäminen hyvityksestä jonkin tietyn oikeuden loukkauksesta on täysin legitiimi – joskin ainoastaan ”toissijainen” – oikeussuojan muoto. Ks. Wilfried Erbguth, ”Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht”, teoksessa *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, nide 61, Berliini, 2002, s. 221 ja sitä seuraavat sivut.
- 20 – Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi 1989/665/ETY (EYVL L 395, s. 33).

”ehdottomiksi ja riittävän täsmällisiksi, jotta ne perustavat yksityiselle oikeuksia”

muutoksenhakukeinoja; C) sen yhteydessä on rikottu myös direktiiviä 2004/18; ja D) kyseinen rikkominen on vaikuttanut muutoksenhakuun turvautuvan tarjoajan mahdollisuuksiin saada sopimus.

72. Direktiivin 89/665 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa jäsenvaltiot nimittäin velvoitetaan varmistamaan, että toimenpiteisiin, joita ne toteuttavat julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden turvaamiseksi, sisältyvät valtuudet poistaa lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden poistaminen. Päätöksiin on direktiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan voitava hakea muutosta tehokkaasti ja niin nopeasti kuin mahdollista direktiivissä säädettyjen edellytysten mukaisesti.

74. On kuitenkin yksi kohta, jossa direktiivi 92/13 on Itävallan hallituksen väittämällä tavalla epätäsmällinen. Siinä ei nimetä ”hankintaviranomaisesta riippumatonta muutoksenhakuelintä”, jonka on tehtävä päätös sopimuksen toteamisesta pätemättömäksi. Tässä kohtaa kansalliselta lainsäätäjältä tarvittaisiin sellaista vähimmäissäätelyä, johon viittasin edellä 70 kohdassa huomauttaessani, että muutoksenhakuoikeus edellyttää valtion toimenpiteitä eli kansallista lainsäädäntöä.

73. Jos kerran näitä direktiivin 89/665 säännöksiä pidetään ”ehdottomina ja riittävän täsmällisinä”, samaa on – tiettyä jäljempänä mainittua kohtaa lukuun ottamatta – todettava direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdan sisällöstä, sillä jälkimmäisessä määritellään täysin selkeästi edellytykset, joiden täytyessä riippumattoman muutoksenhakuelimen on todettava sopimus pätemättömäksi. Ne ovat seuraavat: A) kyseessä on direktiivin 1 artiklan 5 kohdan, 2 artiklan 3 kohdan tai 2 a artiklan 2 kohdan vastainen virheellinen menettely, jossa ei ole noudatettu hankintamenettelyissä sovellettavia täytäntöönpanon keskeyttämistä koskevia määräaikoja; B) tämä virheellinen menettely on estänyt muutosta hakevaa tarjoajaa käyttämästä sopimuksen tekoa edeltäviä

75. Edellä mainitun seikan perusteella ei kuitenkaan mielestäni voida päätellä, että direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan b alakohta ei ollut välittömästi sovellettavissa Latviassa 21.12.2009 lähtien. Kuten Itävallan hallitus aivan oikein huomauttaa, näin on katsottava siksi, että jäsenvaltioiden velvollisuudesta tulkita kansallista oikeutta unionin oikeuden mukaisesti ja niiden velvollisuudesta suojella tehokkaasti kansalaisten oikeuksia seuraavaksi, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä on selvittää asiassa C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft, 17.9.1997 annetussa tuomiossa (Kok., I-4961) esitetyn ratkaisun mukaisesti, onko tuomioistuinten toimivaltaa koskevien kansallisten säännösten perusteella mahdollista yksilöidä

lainkäyttöelin, joka on toimivaltainen tutki-
maan direktiivissä 92/13 tarkoitettuja muu-
toksenhakuja. Kyseessä voi joko olla elin, jolle
on kansallisessa oikeudessa annettu nimen-
omainen toimivalta valvoa julkisia palveluja
koskevien sopimusten tekomenettelyjä, tai
mahdollisesti voidaan soveltaa toissijaisia
toimivaltasäännöksiä.²¹

*C Kolmas ennakkoratkaisukysymys: direktii-
vin 92/13 mahdollinen taannehtivuus*

76. Kun nyt on tultu siihen lopputulokseen,
että direktiivin 92/13, sellaisena kuin se on
muutettuna direktiivillä 2007/66, 2 d artik-
lan 1 kohdan b alakohta, on ollut välittömästi
sovellettavissa Latviassa siitä päivästä lähtien,
jolloin direktiivin täytäntöönpanolle säädetty
määräaika päättyi, on vielä ratkaistava, onko
nyt tarkasteltavan kaltaisessa tilanteessa so-
vellettava direktiivin 92/13 2 f artiklan 1 koh-
dan b alakohdassa muutoksenhauille asetet-
tua määräaika, joka on kuusi kuukautta
sopimuksen tekopäivästä. Toisin sanoen
olisi selvitettävä, koskeeko direktiivissä
92/13 säädetty muutoksenhakumahdollisuus
myös sopimuksia, jotka on tehty direktiivin

välittömän vaikutuksen alkamispäivää edel-
tävinä kuutena kuukautena. Jos näin on, sitä
on voitava soveltaa myös tässä tapauksessa,
sillä riidanalainen sopimus tehtiin 9.10.2009.

77. Mielestäni direktiivin paremman vai-
kutuksen varmistaminen voisi periaatteessa
oikeuttaa sen soveltamisen myös kuutena
kuukautena ennen sen täytäntöönpanolle
asetetun määräajan päättymistä tehtyihin so-
pimuksiin. Sillä esimerkiksi estettäisiin sopi-
musten tekeminen liian pikaisesti direktiivin
säännösten soveltamisen välttämiseksi ja
ehkäistäisiin sellaisen oikeudellisen tilanteen
vakiintuminen, joka on omiaan estämään
kansalaisia käyttämästä asianmukaisesti oi-
keuttaan tehokkaaseen oikeussuojaan. Tähän
suuntaan viittaisi myös yhteisöjen tuomiois-
tuimen asiassa C-129/96, Inter-Environne-
ment Wallonia, 18.12.1997 antamassa tuo-
miossa (Kok., s. I-7411) vahvistama periaate,
johon Norma-A ja Dekom vetoavat ja jonka
mukaan jäsenvaltioiden, joille direktiivi on
osoitettu, on pidätyttävä direktiivin täytän-
töönpanolle varatun määräajan kuluessa an-
tamasta säännöksistä, jotka ovat omiaan vaa-
rantamaan direktiivissä säädetyn tavoitteen
toteuttamisen.

21 – Tässä yhteydessä on huomattava, että Norma-A:n ja Deko-
min väitteiden mukaan (ranskankielisen version s. 6 ja 7)
Latviassa on 1.2.2004 alkaen toiminut hallintotuomioistuin,
jolle on hallintomenettelylain 184 §:ssä annettu toimivalta
tutkia julkisoikeudellisten sopimusten pätevyyteen liittyviä
muutoksenhakuja.

78. Direktiivin rakenne ja sisältö kuitenkin te-
kevät tällaisen taannehtivuuden käytännössä
mahdottomaksi, ja lisäksi direktiivistä puut-
tuu nimenomainen viittaus taannehtivaan

oikeusvaikutukseen; tietenkään ei voida jättää täysin huomiotta vahinkoa, joka oikeusvarmuudelle aiheutuu oikeuden taannehtivasta soveltamisesta.

menettelyllisiä vaatimuksia eikä varsinkaan niitä täytäntöönpanon keskeyttämistä koskevia määräaikoja, joiden noudattamatta jättämisestä on määrättävä 2 d artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetty seuraamukset.

79. Direktiivin 92/13 mukaan voidaan riitauttaa ainoastaan sopimukset, jotka on tehty itse direktiivissä määritellyissä oikeudellisissa puitteissa, sillä muutoksenhakuperusteiden on vastattava direktiivissä hankintamenetelylle asetettuja vaatimuksia. Näin ollen yksikään ennen direktiivin voimaantuloa tehty sopimus ei voi täyttää siinä asetettuja

80. Näin ollen ei olisi järkevää hyväksyä taannehtivasti muutoksenhakua, jolle ei lopulta voitaisi esittää mitään muita perusteita kuin sellaisten velvoitteiden täyttämättä jättäminen, joita ei edellytetty muutoksenhaun kohteena olevan sopimuksen tekohetkellä.

VII Ratkaisuehdotus

81. Edellä esitetyt seikat huomioon ottaen ehdotan unionin tuomioistuimelle, että se ratkaisisi Latvian ylimmän tuomioistuimen esittämät kysymykset seuraavasti:

”1) Direktiivin 2004/17/EY 1 artiklan 3 kohdan b alakohtaa on tulkittava siten, että sen mukaan on lähtökohtaisesti pidettävä julkisia palveluja koskevana hankintasopimuksena sellaista sopimusta, jolla tarjouskilpailun voittajalle annetaan oikeus hyödyntää julkisen liikenteen palveluja, kun hankintaviranomainen korvaa

palvelujen tarjoamisesta aiheutuneet tappiot, ja lisäksi palvelun suorittamista sääntelevissä julkisoikeudellisissa säännöksissä ja sopimusmääräyksissä rajoitetaan palvelujen hyödyntämisestä aiheutuvaa riskiä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä on joka tapauksessa määrittää, edellyttävätkö asian olosuhteet sitä, että tällainen sopimus luokitellaan unionin oikeuden perusteella eri tavalla.

- 2) Direktiivin 92/13/EY, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2007/66/EY, 2 d artiklan 1 kohdan b alakohta on ollut välittömästi sovellettavissa Latviassa 21.12.2009 lähtien, sikäli kuin siellä on toiminut kyseisessä direktiivissä tarkoitettu toimivaltainen muutoksenhakuelin, mikä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asiana on tarkistaa.

- 3) Direktiivin 92/13 2 d artiklan 1 kohdan b alakohtaa on tulkittava siten, että sitä ei sovelleta julkisiin hankintasopimuksiin, jotka on tehty ennen kuin direktiivin 2007/66/EY täytäntöönpanon määräaika päättyi.”