



# Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (viides jaosto)

11 päivänä syyskuuta 2014\*

Ennakkoratkaisupyyntö — Julkiset hankinnat — Direktiivi 89/665/ETY — 2 d artiklan 4 kohta —  
Tulkinta ja pätevyys — Julkisia hankintasopimuksia koskevat muutoksenhakumenettelyt —  
Sopimuksen pätemättömyys — Poissulkeminen

Asiassa C-19/13,

jossa on kyse SEUT 267 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyyntöstä, jonka Consiglio di Stato (Italia) on esittänyt 14.12.2012 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 15.1.2013, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

**Ministero dell’Interno**

vastaan

**Fastweb SpA,**

**Telecom Italia SpA:n**

osallistuessa asian käsittelyyn,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja T. von Danwitz sekä tuomarit E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby ja C. Vajda (esittelevä tuomari),

julkisasiamies: Y. Bot,

kirjaaja: johtava hallintovirkamies L. Hewlett,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 20.3.2014 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

- Fastweb SpA, edustajinaan avvocato P. Stella Richter ja avvocato G. L. Tosato,
- Telecom Italia SpA, edustajinaan avvocato F. Cardarelli, avvocato F. Lattanzi ja avvocato F. S. Cantella,
- Italian hallitus, asiamiehenään G. Palmieri, avustajanaan avvocato dello Stato G. Fiengo,
- Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

\* Oikeudenkäyntikieli: italia.

- Puolan hallitus, asiamiehinään B. Majczyna, M. Szwarc ja E. Gromnicka,
- Euroopan parlamentti, asiamiehinään J. Rodrigues ja L. Visaggio,
- Euroopan unionin neuvosto, asiamiehinään P. Mahnič Bruni ja A. Vitro,
- Euroopan komissio, asiamiehinään L. Pignataro-Nolin ja A. Tokár,

kuultuaan julkisasiamiehen 10.4.2014 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

### tuomion

- 1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL L 335, s. 31; jäljempänä direktiivi 89/665), 2 d artiklan 4 kohdan tulkintaa ja pätevyyttä.
- 2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Ministero dell’Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (sisäasiainministeriön yleisestä turvallisuudesta vastaava osasto, jäljempänä Ministero dell’Interno) ja Fastweb SpA (jäljempänä Fastweb) ja joka koskee julkisen hankintasopimuksen, jonka kohteena on sähköisten viestintäpalvelujen tarjoaminen, antamista Telecom Italia SpA:lle (jäljempänä Telecom Italia) neuvottelumenettelyssä julkaisematta ennalta hankintailmoitusta.

### Asiaa koskevat oikeussäännöt

#### *Unionin oikeus*

Direktiivi 2007/66

- 3 Direktiivin 2007/66 johdanto-osan 3, 13, 14, 21, 26 ja 36 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(3) – – [direktiivillä 89/665/ETY ja vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25.2.1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/13/ETY (EYVL L 76, s. 14)] tavoiteltuja takeita avoimuudesta ja syrjimättömyydestä olisi lujitettava sen varmistamiseksi, että yhteisö kokonaisuudessaan voi hyödyntää kaikilta osin [julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/17/EY (EUVL L 134, s. 1)] toteutettujen julkisia hankintoja koskevien sääntöjen nykyaikaistamisen ja yksinkertaistamisen myönteisiä vaikutuksia. Sen vuoksi direktiivejä [89/665] ja [92/13] olisi muutettava lisäämällä tarvittavat täsmennykset, joilla voidaan saavuttaa yhteisön lainsäätäjän tavoittelemat tulokset.

--

- (13) Jotta estettäisiin lainvastaiset suorahankinnat, joilla yhteisöjen tuomioistuin katsoo hankintaviranomaisen tai hankintayksikön rikkovan kaikkein vakavimmalla tavalla julkisia hankintoja koskevaa yhteisön lainsäädäntöä, olisi säädettävä tehokkaista, oikeasuhteisista ja varoittavista seuraamuksista. Lainvastaiseen suorahankintaan perustuva hankintasopimus olisi näin ollen katsottava lähtökohtaisesti pätemättömäksi. Pätemättömyys ei saisi olla automaattista, vaan sen pitäisi olla riippumattoman muutoksenhakuelimen vahvistama tai johtua kyseisen elimen tekemästä päätöksestä.
- (14) Pätemättömyys on tehokkain tapa palauttaa kilpailu ja luoda uusia liiketoimintamahdollisuuksia niille taloudellisille toimijoille, joiden mahdollisuudet kilpailla on poistettu laittomasti. Tässä direktiivissä tarkoitetuiksi suorahankinnoiksi olisi katsottava kaikki sellaiset hankintasopimukset, jotka on tehty julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä direktiivissä [2004/18] tarkoitetun mukaisesti. Tämä vastaa direktiivissä [2004/17] tarkoitettua ilman edeltävää tarjouskilpailua toteutettavaa menettelyä.

--

- (21) Saavutettava tavoite silloin kun jäsenvaltiot vahvistavat säännöt, joilla varmistetaan sopimuksen katsominen pätemättömäksi, on se, että sopimuksen mukaiset osapuolten oikeudet ja velvoitteet lakkaavat olemasta voimassa ja täytäntöönpantavissa. Pätemättömäksi todetusta sopimuksesta aiheutuvat vaikutukset olisi määriteltävä kansallisessa lainsäädännössä. Kansallisessa lainsäädännössä voidaan esimerkiksi säätää kaikkien sopimusvelvoitteiden taannehtivasta peruuntumisesta (ex tunc) tai päinvastoin rajoittaa peruuntuminen koskemaan niitä velvoitteita, jotka edelleen olisi pantava täytäntöön (ex nunc). Tämä ei kuitenkaan saisi johtaa tehokkaiden seuraamusten puuttumiseen, jos sopimuksesta aiheutuvat velvoitteet on jo täytetty joko kokonaan tai lähes kokonaan. Tällöin jäsenvaltioiden olisi säädettävä myös vaihtoehtoisista seuraamuksista ottaen huomioon, missä määrin sopimus on edelleen voimassa kansallisen lainsäädännön mukaisesti. Vastaavasti kansallisessa lainsäädännössä tulee määritellä vaikutukset, jotka koskevat mahdollisesti jo maksettujen summien mahdollista takaisinperintää ja mahdollisen palauttamisen kaikkia muita muotoja – mukaan lukien arvon korvaaminen, kun omaisuuden palauttaminen ei ole mahdollista.

--

- (26) Pätemättömyydestä mahdollisesti aiheutuvan oikeudellisen epävarmuuden välttämiseksi jäsenvaltioiden olisi säädettävä mahdollisuudesta poiketa todetusta pätemättömyydestä myös silloin, kun hankintaviranomainen tai hankintayksikkö katsoo, että suorahankinnan tekeminen julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä on sallittua direktiivien [2004/18] ja [2004/17] mukaisesti, ja se on soveltanut vähimmäisodotusaikaa, joka mahdollistaa tehokkaan muutoksenhaun. Tällainen vapaaehtoinen julkaiseminen, josta odotusaika alkaa, ei edellytä minkään direktiivistä [2004/18] tai direktiivistä [2004/17] johtuvan velvoitteen laajentamista.

--

- (36) Tässä direktiivissä kunnioitetaan perusoikeuksia ja otetaan huomioon erityisesti Euroopan unionin perusoikeuskirjassa [(jäljempänä perusoikeuskirja)] tunnustetut periaatteet yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina. Tämän direktiivin tarkoituksena on erityisesti varmistaa, että oikeutta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen täysin kunnioitetaan perusoikeuskirjan 47 artiklan ensimmäisen ja toisen kohdan mukaisesti.”

Direktiivi 89/665

- 4 Direktiivin 89/665 johdanto-osan kolmannen perustelukappaleen sanamuoto on seuraava:

”julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle yhteisössä edellyttää, että takeita avoimuuden toteuttamisesta ja syrjinnän estämisestä lisätään merkittävästi; tämän toteuttamiseksi on julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden tai sen täytäntöön panemiseksi annettujen kansallisten säännösten vastaisten virheellisten menettelyjen varalta oltava käytettävissä tehokkaita ja nopeita muutoksenhakukeinoja”.

- 5 Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan kolmannessa alakohdassa säädetään seuraavaa:

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

- 6 Direktiivin 89/665 2 artiklan, jonka otsikko on ”Muutoksenhakumenettelyjä koskevat vaatimukset”, 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklassa säädettyjä muutoksenhakumenettelyjä koskeviin toimenpiteisiin sisältyvät valtuudet:

--

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

c) määrätä virheellisestä menettelystä kärsineelle vahingonkorvausta.”

- 7 Direktiivin 89/665 2 artiklan 7 kohdan ensimmäisessä alakohdassa säädetään seuraavaa:

”Lukuun ottamatta 2 d–2 f artiklassa tarkoitettuja tapauksia tämän artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen valtuuksien käytön vaikutukset hankintapäätöksestä johtuvaan sopimukseen on määriteltävä kansallisessa lainsäädännössä.”

- 8 Direktiivin 89/665 2 d artiklassa, jonka otsikko on ”Pätemättömyys”, säädetään seuraavaa:

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

a) jos hankintaviranomainen on tehnyt sopimuksen julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä, vaikkei tämä ole sallittua direktiivin [2004/18] mukaisesti;

--

2. Pätemättömäksi todetusta sopimuksesta aiheutuvista seurauksista säädetään kansallisessa lainsäädännössä.

Kansallisessa lainsäädännössä voidaan säätää kaikkien sopimusvelvoitteiden taannehtivasta peruuntumisesta tai rajoittaa peruuntuminen koskemaan niitä velvoitteita, jotka edelleen olisi pantava täytäntöön. Jälkimmäisessä tapauksessa jäsenvaltioiden on säädettävä muiden 2 e artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen seuraamusten soveltamisesta.

--

4. Jäsenvaltioiden on säädettävä, että tämän artiklan 1 kohdan a alakohtaa ei sovelleta, jos

- hankintaviranomainen katsoo, että sopimuksen tekeminen ilman sitä koskevan hankintailmoituksen julkaisemista ennalta Euroopan unionin virallisessa lehdessä on sallittua direktiivin [2004/18] mukaisesti,
- hankintaviranomainen on tämän direktiivin 3 a artiklan mukaisesti julkaissut Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen, jossa se ilmaisee aikovansa tehdä sopimuksen, ja
- sopimusta ei ole tehty ennen kuin vähintään 10 kalenteripäivää on kulunut tämän ilmoituksen julkaisemispäivää seuraavasta päivästä.

--”

- 9 Direktiivin 89/665 3 a artiklan mukaan, jonka otsikko on ”Vapaaehtoista ex ante -avoimuutta koskevan ilmoituksen sisältö”, 2 d artiklan 4 kohdan toisessa luettelukohdassa tarkoitettussa ilmoituksessa on oltava hankintaviranomaisen nimi ja yhteystiedot, kuvaus hankintasopimuksen kohteesta, perustelut hankintaviranomaisen päätökselle tehdä hankintasopimus ilman hankintailmoituksen julkaisemista ennalta, sen toimijan nimi ja yhteystiedot, jonka eduksi hankintaa koskeva päätös on tehty sekä tarvittaessa muut hankintaviranomaisen tarpeelliseksi katsomat tiedot.

Direktiivi 2004/18

- 10 Direktiivin 2004/18 2 artiklassa, jonka otsikko on ”Julkisissa hankintasopimuksissa noudatettavat periaatteet”, säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti.”

- 11 Direktiivin 2004/18 31 artiklan, jonka otsikko on ”Tapaukset, joissa neuvottelumenettelyä voidaan noudattaa julkaisematta hankintailmoitusta”, sanamuoto on seuraava:

”Hankintaviranomaiset voivat julkisia hankintasopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennakolta hankintailmoitusta seuraavissa tapauksissa:

- 1) rakennusurakoita, tavaroita ja palveluja koskevat julkiset hankintasopimukset, kun:

--

- b) teknisistä tai taiteellisista taikka yksinoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä hankintasopimus voidaan tehdä ainoastaan tietyn taloudellisen toimijan kanssa;

--”

Direktiivi 2009/81/EY

- 12 Hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden tekemien rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta puolustus- ja turvallisuusosalalla ja direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta 13.7.2009 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2009/81/EY (EUVL L 216, s. 76) 28 artiklan, jonka otsikko on ”Tapaukset, joissa neuvottelumenettelyä voidaan noudattaa julkaisematta hankintailmoitusta”, sanamuoto on seuraava:

”Seuraavissa tapauksissa hankintaviranomaiset/hankintayksiköt voivat hankintasopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennakolta hankintailmoitusta, jolloin niiden on perusteltava tämän menettelyn käyttö ilmoituksessa tehdystä hankintasopimuksesta 30 artiklan 3 kohdassa edellytetyllä tavalla:

1. Rakennusurakoita, tavaroita ja palveluja koskevien sopimusten osalta:

--

- e) jos teknisistä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä hankintasopimus voidaan tehdä ainoastaan tietyn talouden toimijan kanssa.

--”

- 13 Kyseisen direktiivin 60 artiklassa, jonka otsikko on ”Pätemättömyys”, säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että hankintaviranomaisesta/hankintayksiköstä riippumaton muutoksenhakuelin toteaa sopimuksen pätemättömäksi tai että tällaisen muutoksenhakuelimen päätöksestä seuraa sopimuksen pätemättömyys kaikissa seuraavissa tapauksissa:

- a) jos hankintaviranomainen/hankintayksikkö on tehnyt sopimuksen julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä, vaikkei se ole sallittua tämän direktiivin mukaisesti;

--

4. Jäsenvaltioiden on säädettävä, että 1 kohdan a alakohtaa ei sovelleta, jos

— hankintaviranomainen/hankintayksikkö katsoo, että sopimuksen tekeminen ilman sitä koskevan hankintailmoituksen julkaisemista ennalta Euroopan unionin virallisessa lehdessä on sallittua tämän direktiivin mukaisesti,

— hankintaviranomainen/hankintayksikkö on tämän direktiivin 64 artiklan mukaisesti julkaissut Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen, jossa se ilmaisee aikovansa tehdä sopimuksen, ja

— sopimusta ei ole tehty ennen vähintään kymmenen kalenteripäivän määräajan kulumista tämän ilmoituksen julkaisemispäivää seuraavasta päivästä.

--”

### *Italian oikeus*

- 14 Direktiivi 2007/66 on saatettu osaksi Italian oikeusjärjestystä 20.3.2010 annetulla asetuksella nro 53, jonka sisältö on sittemmin sisällytetty hallintolainkäyttökoodeksista 2.7.2010 annetun asetuksen nro 104 (decreto legislativo n° 104, Codice di procedura amministrativa; GURI, Supplemento ordinario, nro 158, 7.7.2010; jäljempänä hallintolainkäyttökoodeksi) 120–125 §:ään.
- 15 Hallintolainkäyttökoodeksin 121 §:stä ilmenee, että vakavien rikkomisten kohdalla, kuten silloin, jos hankintasopimus annetaan julkaisematta ennalta hankintailmoitusta tapauksissa, joissa se ei ole sallittua, tällaisen menettelyn seurauksena tehty sopimus on todettava pätemättömäksi, jollei poikkeuksista ja hallintotuomarin harkintavallasta muuta johdu.
- 16 Yksi poikkeuksista tähän sääntöön on hallintolainkäyttökoodeksin 121 §:n 5 momentissa, jolla pannaan täytäntöön direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohta ja jossa säädetään, että sopimus on kuitenkin pätevä, jos hankintaviranomainen on sopimuksentekomenettelyn aloittamista edeltävällä perustellulla toimella todennut, että neuvottelumenettely julkaisematta ennalta hankintailmoitusta on sallittua hallintolainkäyttökoodeksin nojalla, ja kun se on julkaissut vapaaehtoista ex ante -avoimuutta koskevan ilmoituksen eikä ole tehnyt kyseistä sopimusta ennen kuin vähintään kymmenen kalenteripäivän kuluttua mainitun ilmoituksen julkaisemispäivää seuraavasta päivästä.
- 17 Hallintolainkäyttökoodeksin 122 §:n mukaan, joka koskee muita rikkomistapauksia, kansallinen tuomioistuin päättää kyseisessä pykälässä asetetuissa rajoissa, onko sopimus todettava pätemättömäksi.

### **Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset**

- 18 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että Ministero dell'Interno teki vuonna 2003 Telecom Italian kanssa televiestintäpalvelujen hallinnointia ja kehittämistä koskevan sopimuksen.
- 19 Kyseisen sopimuksen voimassaolon päättymispäivän eli 31.12.2011 lähestyessä Ministero dell'Interno nimitti 15.12.2011 tekemällään päätöksellä Telecom Italian palveluntarjoajakseen ja teknologian alan yhteistyökumppanikseen näiden palvelujen hallinnoimisen ja kehittämisen osalta.
- 20 Ministero dell'Interno arvioi voivansa antaa sähköistä viestintää koskevan hankintasopimuksen käyttäen direktiivin 2009/81 28 artiklan 1 kohdan e alakohdassa ja julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY mukaisesti sovellettavasta koodeksista 12.4.2006 annetun asetuksen nro 163 (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; GURI, Supplemento ordinario, nro 100, 2.5.2006), sellaisena kuin se on muutettuna 11.9.2008 annetulla asetuksella nro 152 (GURI, Supplemento ordinario, nro 231, 2.10.2008; jäljempänä asetus nro 163/2006), 57 §:n 2 momentin b kohdassa säädettyä neuvottelumenettelyä, jossa ei julkaista ennalta hankintailmoitusta.
- 21 Viimeksi mainitun säännöksen mukaan hankintaviranomainen voi hankintasopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennalta hankintailmoitusta, ”jos teknisistä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä hankintasopimus voidaan antaa ainoastaan tietyille talouden toimijalle”.
- 22 Ministero dell'Interno katsoi nyt käsiteltävässä asiassa, että Telecom Italia oli teknisten syiden ja tiettyjen yksinoikeuksien suojaamiseen liittyvien syiden vuoksi ainoa talouden toimija, joka kykeni toteuttamaan kyseessä olevan hankintasopimuksen.

- 23 Saatuaan 20.12.2011 Avvocatura Generalelta myönteisen lausunnon suunnitellusta menettelystä Ministero dell'Interno julkaisi samana päivänä Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen, jossa se ilmoitti aikovansa antaa kyseisen sopimuksen Telecom Italialle.
- 24 Ministero dell'Interno kutsui 22.12.2011 Telecom Italian osallistumaan neuvotteluun.
- 25 Neuvottelun päätteeksi osapuolet allekirjoittivat 31.12.2011 puitesopimuksen ”sähköisten viestintäpalvelujen, kuten puhelin-, matkapuhelin- ja tietojensiirtopalvelujen toimittamisesta sisäasiainministeriön julkisesta turvallisuudesta vastaavalle osastolle ja karabiniereille”.
- 26 Sopimuksen antamista koskeva ilmoitus julkaistiin Euroopan unionin virallisessa lehdessä 16.2.2012.
- 27 Fastweb nosti Tribunale amministrativo regionale per Lazio (Lazio alueellinen hallintotuomioistuin) kanteen, jossa se vaati hankintapäätöksen kumoamista ja tehdyn sopimuksen toteamista pätemättömäksi sillä perusteella, että direktiivin 2009/81 28 artiklan ja asetuksen nro 163/2006 57 §:n mukaiset edellytykset neuvottelumenettelyn käyttämiseen julkaisematta ennalta hankintailmoitusta eivät olleet täyttyneet.
- 28 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio hyväksyi Fastwebin kanteen. Se katsoi, että syyt, joilla kyseisen menettelyn käyttämistä perusteltiin ja joihin Ministero dell'Interno vetosi, eivät olleet asetuksen nro 163/2006 57 §:n 2 momentin b kohdassa tarkoitettuja ”teknisiä syitä”, joiden vuoksi hankintasopimus voidaan antaa ainoastaan tietylle talouden toimijalle, vaan pikemminkin tarkoituksenmukaisuusyyt. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio kumosi hankintapäätöksen mutta katsoi, ettei se voinut todeta 31.12.2011 tehtyä sopimusta pätemättömäksi hallintolainkäyttökoodeksin 121 §:n 5 momentin nojalla, koska kyseisessä säännöksessä säädetyt edellytykset mainitun periaatteen soveltamisen sulkemiseksi pois täyttyivät. Se totesi sopimuksen kuitenkin pätemättömäksi 31.12.2013 alkaen hallintolainkäyttökoodeksin 122 §:n perusteella.
- 29 Ministero dell'Interno ja Telecom Italia hakivat muutosta tähän tuomioon Consiglio di Stato.
- 30 Consiglio di Stato vahvisti 8.1.2013 antamallaan määräyksellä kyseisen hankintapäätöksen kumoamisen sillä perusteella, ettei Ministero dell'Interno ollut näyttänyt toteen, että edellytykset neuvottelumenettelyn käyttämiseen hankintailmoitusta ennalta julkaisematta olisivat täyttyneet. Consiglio di Stato katsoi nimittäin, ettei asiakirja-aineistosta käynyt ilmi, että olisi objektiivisesti mahdotonta antaa kyseistä hankintasopimusta eri talouden toimijoille, vaan pikemminkin, että tällainen valinta ei olisi tarkoituksenmukainen, ja näin oli pääasiallisesti siksi, että Ministero dell'Interno katsoi, että kyseisestä ratkaisusta aiheutui muutoksia ja kustannuksia ja että se edellytti sopeutumisaikaa.
- 31 Vaikka Consiglio di Stato huomauttaa, että direktiiviin 2009/81 sisältyy lähes vastaava muutoksenhakujärjestelmä kuin direktiiviin 89/665, se keskittyy huomioissaan tältä osalta direktiiviin 89/665.
- 32 Koska Consiglio di Stato ei kuitenkaan ollut varma, millaisia seurauksia tällaisella kumoamisella on katsottava olevan kyseisen sopimuksen pätevyydelle, kun otetaan huomioon direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan sanamuoto, se päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:
- ”1) Onko direktiivin [89/665] 2 d artiklan 4 kohtaa tulkittava siten, että jos hankintaviranomainen on, ennen kuin se on antanut sopimuksen suoraan sellaiselle talouden toimijalle, joka on valittu hankintailmoitusta julkaisematta, julkaissut Euroopan unionin virallisessa lehdessä ex ante -avoimuutta koskevan ilmoituksen ja odottanut vähintään kymmenen päivää ennen sopimuksen tekemistä, on automaattisesti – aina ja kaikissa tapauksissa – suljettu pois, että kansallinen



tuomioistuin voisi todeta sopimuksen pätemättömäksi, vaikka tämä katsoisi, että säännöksiä, joiden nojalla on tietyin edellytyksin mahdollista antaa sopimus ilman tarjouspyyntömenettelyä, on rikottu?

- 2) Onko direktiivin [89/665] 2 d artiklan 4 kohta – jos sitä tulkitaan siten, että siinä suljetaan pois mahdollisuus todeta sopimus pätemättömäksi kansallisen oikeuden (hallintolainkäyttökoodeksin 122 §) nojalla, vaikka kansallinen tuomioistuin katsoo, että säännöksiä, joiden nojalla on tietyin edellytyksin mahdollista antaa hankintasopimus ilman tarjouspyyntömenettelyä, on rikottu – yhteensopiva asianomaisten yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja kilpailun suojelun periaatteiden kanssa ja taataanko sillä [perusoikeuskirjan] 47 artiklan mukainen oikeus tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin?”

## Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

### *Ensimmäinen kysymys*

- 33 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä kysymyksellään lähinnä, onko direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohtaa tulkittava siten, että jos hankintasopimus annetaan julkaisematta ennalta hankintailmoitusta ilman, että direktiivissä 2004/18 kyseisen menettelyn käyttämiselle asetetut edellytykset täyttyvät, kyseinen säännös sulkee pois sen, että kyseinen hankintasopimus todettaisiin pätemättömäksi, jos hankintaviranomainen on julkaissut Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen taatakseen ex ante -avoimuuden ja noudattanut vähintään kymmenen päivän odotusaikaa laskettuna kyseisen ilmoituksen julkaisemisesta seuraavasta päivästä.
- 34 Aluksi on muistutettava, että direktiivin 89/665 säännöksillä, joilla on tarkoitus suojata tarjoajia hankintaviranomaisen mielivallalta, pyritään vahvistamaan olemassa olevia järjestelyjä, joilla varmistetaan julkisia hankintoja koskevien unionin sääntöjen tehokas soveltaminen, erityisesti siinä vaiheessa, jona virheelliset menettelyt voidaan vielä korjata (tuomio komissio v. Itävalta, C-212/02, EU:C:2004:386, 20 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 35 Kuten direktiivin 2007/66 johdanto-osan kolmannesta ja neljännestä perustelukappaleesta lisäksi ilmenee, kyseisen direktiivin tarkoituksena on parantaa direktiivillä 89/665 tavoiteltuja takeita avoimuudesta ja syrjimättömyydestä, jotta lisätään henkilöiden, jotka ovat tavoittelemassa tiettyä sopimusta, jäsenvaltioissa aloittamien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuutta.
- 36 Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan kolmannessa alakohdassa asetetaan jäsenvaltioille velvollisuus toteuttaa toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti kyseisen direktiivin 2–2 f artiklassa säädettyjen edellytysten mukaisesti.
- 37 Tämän vuoksi direktiivin 89/665 2 artiklan, jonka otsikko on ”Muutoksenhakumenettelyjä koskevat vaatimukset”, 1 kohdan b alakohdassa säädetään, että jäsenvaltioiden on annettava muutoksenhakumenettelystä vastaavalle elimelle valtuudet kumota lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden kumoaminen.
- 38 Direktiivin 89/665 2 d artiklan 1 kohdan a alakohdassa edellytetään tältä osin, että muutoksenhakumenettelystä vastaava elin toteaa sopimuksen pätemättömäksi, jos hankintaviranomainen on antanut hankintasopimuksen julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä, vaikkei tämä ole sallittua direktiivin 2004/18 nojalla.

- 39 Unionin lainsäätäjä on kuitenkin säätänyt direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa poikkeuksen kyseiseen hankintasopimuksen pätemättömyyttä koskevaan sääntöön. Kyseisen säännöksen mukaan mainittua sääntöä ei sovelleta, jos ensinnäkin hankintaviranomainen katsoo, että sopimuksen tekeminen ilman sitä koskevan hankintailmoituksen julkaisemista ennalta Euroopan unionin virallisessa lehdessä on sallittua direktiivin 2004/18 nojalla, toiseksi hankintaviranomainen on direktiivin 89/665 3 a artiklan mukaisesti julkaissut Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen, jossa se ilmaisee aikovansa tehdä sopimuksen, ja kolmanneksi sopimusta ei ole tehty ennen kuin vähintään 10 kalenteripäivää on kulunut tämän ilmoituksen julkaisemispäivää seuraavasta päivästä.
- 40 Koska direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohta on poikkeus kyseisen direktiivin 2 d artiklan 1 kohdan hankintasopimuksen pätemättömyyttä koskevasta säännöstä, sitä on tulkittava suppeasti (ks. vastaavasti tuomio komissio v. Saksa, C-275/08, EU:C:2009:632, 55 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Tämän poikkeuksen tulkinnan on kuitenkin sovellettava yhteen poikkeuksen tavoitteiden kanssa. Kyseinen suppean tulkinnan periaate ei näin ollen tarkoita sitä, että direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa tarkoitettua poikkeuksen määrittelemisessä käytettyä sanamuotoa pitäisi tulkita niin, että poikkeus menettäisi tavoitellut vaikutuksensa (ks. analogisesti tuomio Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 41 Fastweb väittää, että direktiivin 89/665 tavoitteiden sekä sijoittautumisvapauten ja kilpailuun, joita julkisia hankintoja koskevalla unionin oikeudella pyritään toteuttamaan, liittyvien sääntöjen perusteella kyseinen poikkeus on ainoastaan vaihtoehtoinen. Se väittää tässä yhteydessä, että direktiivin 2007/66 johdanto-osan 20–22 perustelukappaleesta ilmenee, että direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa ei suljeta pois ankarampien seuraamusten soveltamista kansallisen oikeuden nojalla ja siten kansallisen tuomioistuimen mahdollisuutta päättää kyseessä olevia yleisiä ja yksilöllisiä etuja vertailtuaan, onko hankintasopimus todettava pätemättömäksi.
- 42 Tässä yhteydessä on huomautettava, että direktiivin 89/665 2 artiklan 7 kohdan mukaan on niin, että lukuun ottamatta 2 d–2 f artiklassa tarkoitettuja tapauksia kyseisen direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen valtuuksien käytön vaikutukset hankintapäätöksestä johtuvaan sopimukseen on määriteltävä kansallisessa lainsäädännössä. Tästä seuraa, että erityisesti kyseisen direktiivin 2 d artiklassa tarkoitetuissa tilanteissa hankintaviranomaisten päätöksistä tehdyissä muutoksenhauissa toteutettavissa olevat toimenpiteet määritellään yksinomaan kyseisessä direktiivissä säädettyjen sääntöjen mukaisesti. Tässä yhteydessä on todettava, että direktiivin 89/665 2 artiklan 7 kohdan mukaan kyseisen direktiivin 2 d–2 f artiklassa säädetty tapaukset eivät kuulu sen yleisen säännön soveltamisalaan, jonka mukaan julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden rikkomisen seuraukset on määriteltävä kansallisessa lainsäädännössä. Jäsenvaltioiden ei siten ole sallittua antaa kansallisessa lainsäädännössään säännöksiä kyseisen direktiivin 2 d artiklan 4 kohdassa tarkoitetuissa olosuhteissa tapahtuneen julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden rikkomisen vaikutuksista.
- 43 Vaikka direktiivin 2007/66 johdanto-osan 13 ja 14 perustelukappaleesta ilmenee, että lainvastainen suorahankinta on julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden rikkomisen vakavin muoto, josta on lähtökohtaisesti säädettyä seuraamukseksi hankintasopimuksen pätemättömyys, kyseisen direktiivin johdanto-osan 26 perustelukappaleessa korostetaan tarvetta välttää tällaisesta pätemättömyydestä mahdollisesti aiheutuvaa oikeudellista epävarmuutta direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa tarkoitettussa erityistapauksessa.
- 44 Kuten julkisasiamies on maininnut ratkaisuehdotuksensa 57 kohdassa, ottaessaan direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa käyttöön tämän poikkeuksen sopimuksen pätemättömyyttä koskevaan sääntöön unionin lainsäätäjä on halunnut sovittaa yhteen riidanalaisia eri intressejä eli sen yrityksen intressit, joka on kärsinyt virheellisestä menettelystä ja jolle on varattava mahdollisuus tehdä ennen sopimuksen tekemistä välitoimihakemus ja saada lainvastaisesti tehty sopimus todettua pätemättömäksi, sekä hankintaviranomaisen ja valitun yrityksen intressit, jotka edellyttävät sopimuksen pätemättömyydestä mahdollisesti aiheutuvan oikeudellisen epävarmuuden välttämistä.

- 45 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että olisi sekä direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan sanamuodon ja tavoitteen vastaista, jos kansallisten tuomioistuinten sallittaisiin todeta, että hankintasopimus on pätemätön, kun tässä säännöksessä säädetyt kolme edellytystä täyttyvät.
- 46 Jotta direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan kolmannessa alakohdassa säädetyt tavoitteet eli erityisesti tehokkaat keinot hakea muutosta hankintaviranomaisten julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä rikkoen tekemiin päätöksiin saavutettaisiin, on kuitenkin tärkeää, että muutoksenhakumenettelystä vastaava elin harjoittaa tehokasta valvontaa, kun se tarkistaa, täytyvätkö direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa säädetyt edellytykset.
- 47 Erityisesti on todettava, että kyseisen 2 d artiklan 4 kohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa säädetty edellytys koskee sitä, että hankintaviranomainen katsoo, että sopimuksen tekeminen ilman sitä koskevan hankintailmoituksen julkaisemista ennalta Euroopan unionin virallisessa lehdessä on sallittua direktiivin 2004/18 nojalla. Lisäksi direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan toiseen luetelmakohtaan sisältyvässä edellytyksessä säädetään, että hankintaviranomainen julkaisee kyseisen direktiivin 3 a artiklan mukaisesti Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen, jossa se ilmaisee aikovansa tehdä sopimuksen. Kyseisen 3 a artiklan c alakohdan mukaan ilmoituksessa on oltava perustelut hankintaviranomaisen päätökselle tehdä hankintasopimus ilman hankintailmoituksen julkaisemista ennalta Euroopan unionin virallisessa lehdessä.
- 48 Viimeksi mainitusta seikasta on todettava, että kyseisistä perusteluista on ilmeistä selkeästi ja yksiselitteisesti syyt, joiden vuoksi hankintaviranomainen on katsonut voivansa tehdä hankintasopimuksen ilman hankintailmoituksen julkaisemista ennalta, jotta asianomaiset voivat niiden perusteella päättää kaikista asiaan vaikuttavista seikoista tietoisena, onko hyödyllistä kääntyä muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen puoleen, ja jotta viimeksi mainittu elin voi harjoittaa tehokasta valvontaa.
- 49 Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, hankintaviranomainen on pääasiassa käyttänyt direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella neuvottelumenettelyä julkaisematta ennalta hankintailmoitusta. Tässä yhteydessä on muistutettava, että neuvottelumenettelyä voidaan käyttää ainoastaan direktiivin 2004/18 30 ja 31 artiklassa tyhjentävästi mainituissa olosuhteissa ja että kyseinen menettely on luonteeltaan poikkeuksellinen verrattuna avoimeen ja rajattuun menettelyyn (tuomio komissio v. Belgia, C-292/07, EU:C:2009:246, 106 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 50 Muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen on valvonnassaan arvioitava, onko hankintaviranomainen toiminut huolellisesti, kun se päätti tehdä hankintasopimuksen käyttäen neuvottelumenettelyä julkaisematta ennalta hankintailmoitusta, ja saattoiko se katsoa, että direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohdassa asetetut edellytykset todella täyttyvät.
- 51 Seikkoihin, joka kyseisen muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen on otettava huomioon tässä yhteydessä, kuuluvat direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan toisessa luetelmakohdassa säädetyssä ilmoituksessa mainitut olosuhteet ja syyt, jotka saivat hankintaviranomaisen käyttämään direktiivin 2004/18 31 artiklassa säädettyä neuvottelumenettelyä.
- 52 Jos muutoksenhakumenettelystä vastaava elin toteaa valvontansa päätteeksi, että direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa säädetyt edellytykset eivät täyty, sen on siten todettava hankintasopimus pätemättömäksi kyseisen artiklan 1 kohdan a alakohdan nojalla. Se määrittelee hankintasopimuksen pätemättömäksi toteamisen seuraukset direktiivin 89/665 2 d artiklan 2 kohdan perusteella kansallisen lainsäädännön mukaisesti.
- 53 Jos mainittu elin puolestaan toteaa, että kyseiset edellytykset täyttyvät, sen on pidettävä hankintasopimuksen vaikutukset voimassa direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan nojalla.

54 Ensimmäiseen kysymykseen on siten vastattava, että direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohtaa on tulkittava siten, että jos hankintasopimus tehdään julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä, vaikkei tämä olisi sallittua direktiivin 2004/18 nojalla, kyseinen säännös sulkee pois sen, että hankintasopimus todettaisiin pätemättömäksi, kun kyseisessä säännöksessä luetellut edellytykset täyttyvät, minkä tarkistaminen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä.

#### *Toinen kysymys*

55 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee toisella kysymyksellään lähinnä, että jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohta pätevä, kun otetaan huomioon syrjäntäkiellon periaate ja perusoikeuskirjan 47 artiklan mukainen oikeus tehokkaihin oikeussuojakeinoihin.

56 Fastweb väittää tässä yhteydessä, että vapaaehtoista ex ante -avoimuutta koskevan ilmoituksen julkaisemisella Euroopan unionin virallisessa lehdessä ja vähintään kymmenen päivän odotusajan noudattamisella kyseisen julkaisemisen ja hankintasopimuksen tekemisen välillä ei varmisteta tehokkaita oikeussuojakeinoja koskevan periaatteen noudattamista. Tällaisella julkaisemisella ei nimittäin taata, että mahdolliset kilpailijat saisivat tiedon hankintasopimuksen antamisesta tietylle talouden toimijalle, varsinkaan, jos julkaiseminen tapahtuu ajanjaksona, jolloin toiminta on vähäisempää tai se on keskeytetty.

57 Perusoikeuskirjan 47 artiklan ensimmäisessä kohdassa määrätään perusoikeudesta tehokkaihin oikeussuojakeinoihin, että jokaisella, jonka unionin oikeudessa taattuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava kyseisessä artiklassa määrättyjen edellytysten mukaisesti käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot tuomioistuimessa.

58 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tehokkaita oikeussuojakeinoja koskevan perusoikeuden mukaista on se, että oikeussuojakeinojen käyttämiselle asetetaan kohtuulliset preklusiiviset määräajat, joilla edistetään sekä asianomaista yksityistä että kyseistä viranomaista suojaavaa oikeusvarmuutta. Tällaiset määräajat eivät saa olla sellaisia, että niillä tehtäisiin unionin oikeusjärjestyksessä vahvistettujen oikeuksien käyttäminen käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi (ks. vastaavasti tuomio Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

59 Direktiivin 89/665 säännöksillä, joilla on tarkoitus suojata tarjoajia hankintaviranomaisen mielivallalta, pyritään lisäksi vahvistamaan olemassa olevia järjestelyjä, joilla varmistetaan julkisia hankintoja koskevien unionin sääntöjen tehokas soveltaminen, erityisesti siinä vaiheessa, jona virheelliset menettelyt voidaan vielä korjata. Tällainen suoja ei voi olla tehokas, jos asianomainen ei voi vedota näihin oikeussääntöihin hankintaviranomaista vastaan (ks. vastaavasti tuomio komissio v. Itävalta, EU:C:2004:386, 20 kohta).

60 Tehokas oikeussuoja edellyttää siten, että asianomaiset saavat tiedon hankintapäätöksestä hyvissä ajoin ennen hankintasopimuksen tekemistä, jotta niillä on tosiasiallinen mahdollisuus hakea muutosta ja erityisesti tehdä välitoimihakemus siihen saakka, kunnes kyseinen sopimus tehdään (ks. vastaavasti tuomio komissio v. Espanja, C-444/06, EU:C:2008:190, 38 ja 39 kohta ja tuomio komissio v. Irlanti, C-456/08, EU:C:2010:46, 33 kohta).

61 Direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan toisessa luetelmakohdassa taataan hankintasopimuksen antamisen avoimuus, koska siinä säädetään direktiivin 89/665 3 a artiklassa tarkoitetun sellaisen ilmoituksen julkaisemisesta, jossa ilmaistaan aikomus tehdä hankintasopimus, Euroopan unionin virallisessa lehdessä. Tällä säännöksellä on siten tarkoitus varmistaa, että kaikilla sopimuksesta mahdollisesti kiinnostuneilla ehdokkailla on tilaisuus saada tieto hankintaviranomaisen päätöksestä antaa hankintasopimus ilman hankintailmoituksen julkaisemista ennalta. Kyseisen säännöksen

kolmannen luetelmakohdan mukaan hankintaviranomaisella on lisäksi velvollisuus noudattaa kymmenen päivän odotusaikaa. Asianomaisilla on siten tilaisuus riitauttaa hankintasopimuksen antaminen tuomioistuimessa ennen kuin sopimus tehdään.

- 62 On myös korostettava, että vaikka direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa säädetty vähintään 10 kalenteripäivän odotusaika on päättynyt, virheellisestä menettelystä kärsineet toimijat voivat nostaa direktiivin 89/665 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetun vahingonkorvauskanteen.
- 63 Kuten tämän tuomion 44 kohdasta ilmenee, tältä osin on otettava huomioon se, että direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdassa säätämällään poikkeuksella unionin lainsäätäjän tarkoituksena on sovittaa yhteen riidanalaisia eri intressejä eli sen yrityksen intressit, joka on kärsinyt virheellisestä menettelystä, antamalla sille oikeus tehdä ennen sopimuksen tekemistä välitoimihakemus ja saada lainvastaisesti tehty hankintasopimus todettua pätemättömäksi, sekä hankintaviranomaisen ja valitun yrityksen intressit rajoittamalla hankintasopimuksen pätemättömydestä mahdollisesti johtuvaa oikeudellista epävarmuutta.
- 64 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohta ei ole ristiriidassa perusoikeuskirjan 47 artiklasta johtuvien vaatimusten kanssa siltä osin kuin kyseisessä kohdassa säädetään hankintasopimuksen vaikutusten pitämisestä voimassa.
- 65 Sama koskee myös syrjäntäkiellon periaatetta, jolla pyritään julkisten hankintojen alalla samoihin tavoitteisiin eli varmistamaan erityisesti palveluiden vapaa liikkuvuus ja hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa (ks. mm. tuomio Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, 48 kohta ja tuomio Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, 28 kohta). Kuten tämän tuomion 61 kohdassa on jo mainittu, direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan toisella luetelmakohdalla on nimittäin tarkoitus varmistaa, että kaikilla sopimuksesta mahdollisesti kiinnostuneilla ehdokkailla on tilaisuus saada tieto hankintaviranomaisen päätöksestä antaa hankintasopimus ilman hankintailmoituksen julkaisemista ennalta ja hakea tällaiseen päätökseen muutosta sen lainmukaisuuden tutkimiseksi.
- 66 Edellä esitetyn perusteella toiseen kysymykseen on vastattava, ettei sen tutkinnassa ole tullut esiin sellaisia seikkoja, jotka vaikuttaisivat direktiivin 89/665 2 d artiklan 4 kohdan pätevyYTEEN.

## Oikeudenkäyntikulut

- 67 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely unionin tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä unionin tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (viides jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) **Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY, 2 d artiklan 4 kohtaa on tulkittava siten, että jos hankintasopimus tehdään julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä, vaikkei tämä olisi sallittua julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY nojalla, kyseinen**

**säännös sulkee pois sen, että hankintasopimus todettaisiin pätemättömäksi, kun kyseisessä säännöksessä luetellut edellytykset täyttyvät, minkä tarkistaminen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä.**

- 2) Toisen ennakkoratkaisukysymyksen tutkinnassa ei ole tullut esiin sellaisia seikkoja, jotka vaikuttaisivat direktiivin 89/665, sellaisena kuin se on muutettuna, 2 d artiklan 4 kohdan pätevyyteen.**

Allekirjoitukset