



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
5 päivänä heinäkuuta 2018¹

Asia C-328/17

**Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,
Atc Esercizio SpA,
Atp Esercizio Srl,
Riviera Trasporti SpA ja
Tpl Linea Srl
vastaan**

**Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA ja
Regione Liguria**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Ligurian alueellinen hallintotuomioistuin, Italia))

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkiset hankinnat – Tutkittavaksi ottaminen – Kohteen menettäminen –
Direktiivi 89/665/ETY – Muutoksenhakumenettelyt – Hankintamenettelyyn osallistuminen
muutoksenhaun edellytyksenä – Tarjouksen tekijän asiavaltuus, kun tarjouksen hyväksymättä jääminen
on täysin varmaa

1. Kun menettelyssä, joka on menettänyt (oikeudellisesti) kohteensa, joten asiaa ei enää tarvitse ratkaista tuomiossa, koska asianosaisten välinen asiakysymystä koskeva riita on lakannut olemasta, voiko tuomioistuin, jonka piti ratkaista asia, esittää ennakkoratkaisukysymyksen pelkästään sen ratkaisemiseksi, kenen on vastattava oikeudenkäyntikuluista?

2. Unionin tuomioistuimella on kaksi mahdollisuutta:

- Se voi yhtäältä noudattaa käsiteltävässä asiassa määräystä Reinke² ja muistuttaa, ettei tässä yhteydessä ole enää tarpeen vastata ennakkoratkaisukysymykseen, jota ei voida ottaa tutkittavaksi.
- Toisaalta se voi kiertää tämän karikon, jolloin sen on vastattava ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle muutoksenhakua julkisten hankintojen alalla koskevien direktiivien tulkinnasta.³ Siltä pyydetään tällaista tulkintaa verrattavaksi Italian ylimmissä tuomioistuimissa (Consiglio di Stato [ylin hallintotuomioistuin] Italia, ja Corte costituzionale [perustuslakituomioistuin] Italia) esitettyyn tulkintaan, joka koskee yrityksen asiavaltuutta riitauttaa sellaisen hankintamenettelyn

¹ Alkuperäinen kieli: espanja.

² Määräys 14.10.2010 (C-336/08, EU:C:2010:604, ei julkaistu; jäljempänä määräys Reinke).

³ Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY (EYVL 1989, L 395, 31.12.1989, s. 395) sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25.2.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/13/ETY (EYVL 1992, L 76, 23.3.1992, s. 14).

toimia, johon yritys ei ole osallistunut. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan pääasian oikeudenkäyntikulujen määrääminen riippuu kyseiseen kysymykseen annettavasta ratkaisusta.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

1. Direktiivi 89/665 ja direktiivi 92/13⁴

3. Direktiivin 1 artiklan ("Muutoksenhakumenettelyjen soveltamisala ja käytettävyys") sanamuoto on seuraava:

"1. Tätä direktiiviä sovelletaan julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/18/EY [(EUVL 2004, L 134, 30.4.2004, s. 114)] tarkoitettuihin hankintasopimuksiin, jos sopimuksia ei ole rajattu mainitun direktiivin 10–18 artiklan mukaisesti sen soveltamisalan ulkopuolelle [vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/17/EY [(EUVL 2004, 30.4.2004, L 134, s. 1)] tarkoitettuihin hankintasopimuksiin, paitsi jos ne mainitun direktiivin 5 artiklan 2 kohdan, 18–26 artiklan, 29 ja 30 artiklan tai 62 artiklan mukaisesti eivät kuulu sen soveltamisalaan].

Tässä direktiivissä tarkoitettuihin sopimuksiin kuuluvat julkisia hankintoja [rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja] koskevat sopimukset, puitejärjestelyt, julkiset käyttöoikeusurakat ja dynaamiset hankintajärjestelmät.

Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivin 2004/18/EY [direktiivin 2004/17/EY] soveltamisalaan kuuluviin hankintasopimuksiin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti tämän direktiivin 2–2 f artiklassa säädettyjen edellytysten mukaisesti sillä perusteella, että nämä päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai vastoin kansallisia säännöksiä, jotka on annettu kyseisen yhteisön oikeuden saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä.

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

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

— —"

4 Sellaisena kuin se on muutettuna neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL 2007, L 335, 20.12.2007, s. 31). Direktiivin 92/13 muutettu teksti on merkitty hakasulkeisiin direktiivin 89/665 sanamuodon pohjalta.

4. Direktiivin 2 artiklassa ("Muutoksenhakumenettelyä koskevat vaatimukset") säädetään seuraavaa:

"1. 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 sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa [sopimusilmoituksessa, määräaikaisessa ohjeellisessa ilmoituksessa, kelpuuttamisjärjestelmän olemassaoloa koskevassa ilmoituksessa, tarjouspyynnössä, sopimusasiakirjoissa tai muussa kyseiseen sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa] olevien syrjintää aiheuttavien teknisten, taloudellisten tai rahoitusta koskevien eritelmien poistaminen;

--"

2. Asetus N:o 1370/2007⁵

5. Asetuksen 5 artiklassa ("Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekeminen") säädetään seuraavaa:

"1. Julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset tehdään tässä asetuksessa vahvistettujen sääntöjen mukaisesti. Palveluja koskevat hankintasopimukset ja julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset, sellaisena kuin ne on määritelty direktiiveissä 2004/17/EY ja 2004/18/EY, tehdään kuitenkin linja-autojen tai raitiovaunujen henkilöliikennepalvelujen osalta näissä direktiiveissä säädettyjen menettelyjen mukaisesti, sikäli kuin sopimukset eivät ole näissä direktiiveissä määriteltyjä palveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia [eli palvelukonsessioita]. Silloin, kun sopimukset tehdään direktiivin 2004/17/EY tai 2004/18/EY mukaisesti, tämän artiklan 2–6 kohdan säännöksiä ei sovelleta.

– 7. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarpeelliset toimenpiteet sen varmistamiseksi, että 2–6 kohdan mukaisesti tehdyt päätökset voidaan tutkia uudelleen tehokkaasti ja nopeasti sellaisen henkilön hakemuksesta, joka joko on tavoitellut tai on tavoittelemassa tiettyä sopimusta ja jonka etua väitetty virheellinen menettely on vahingoittanut tai saattaa vahingoittaa sillä perusteella, että kyseiset päätökset ovat vastoin yhteisön oikeutta tai sen voimaan saattamiseksi annettuja kansallisia säännöksiä.

--"

B Italian oikeus

1. Asetus (*decreto legge*) nro 138/91, annettu 13.8.2011⁶

6. Asetuksen 3 bis §:n mukaan maakunnan alue on pääsääntöisesti paikallisten julkisten palveluiden tarjoamisen viitealue.

5 Rautateiden ja maanteiden julkisista henkilöliikennepalveluista sekä neuvoston asetusten (ETY) N:o 1191/69 ja (ETY) N:o 1107/70 kumoamisesta 23.10.2007 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EUVL 2007, L 315, 3.12.2007, s. 1).

6 Gazzetta Ufficiale nro 188, 13.8.2011, sellaisena kuin se on laiksi muunnettuna ja muutettuna 14.9.2011 annetulla lailla nro 148.

2. *Ligurian alueellinen laki (legge regionale) nro 33, annettu 7.11.2013*⁷

7. Ligurian alueellisen lain nro 33/2013 9 §:n 1 momentin ja 14 §:n 1 momentin mukaan palvelua koskeva toimeksianto on annettava määrittämällä yksi koko hallintoalueen alueen kattava erä.⁸

3. *Hallintolainkäyttökoodeksi (Codice del processo amministrativo)*⁹

8. Hallintolainkäyttökoodeksin 26 §:ssä ("Oikeudenkäyntikulut") säädetään seuraavaa:

"1. Tuomioistuin päättää ratkaisun antaessaan myös oikeudenkäyntikuluista siviiliprosessikoodeksin 91, 92, 93, 94, 96 ja 97 §:n mukaisesti ja ottaa samalla huomioon 3 §:n 2 momentissa mainittujen selkeyden ja täsmällisyyden periaatteiden noudattamisen. Tuomioistuin voi joka tapauksessa määrätä, myös viran puolesta, häviävän asianosaisen maksamaan vastapuolelle tietyn kohtuulliseksi katsotun määrän, joka on enintään kaksinkertainen maksettuihin oikeudenkäyntikuluihin nähden, kun perusteet ovat selvästi perusteettomat.

– –"

9. Sen 39 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

"Jos asiasta ei ole säädetty tässä koodeksissa, sovelletaan siviiliprosessikoodeksin säännöksiä siltä osin kuin ne ovat yhdenmukaisia yleisten periaatteiden kanssa tai vastaavat yleisiä periaatteita."

4. *Siviiliprosessikoodeksi (Codice di procedura civile)*¹⁰

10. Siviiliprosessikoodeksin 91 §:ssä säädetään periaatteesta, jonka mukaan hävinnyt asianosainen maksaa sekä omat että vastapuolen oikeudenkäyntikulut.

11. Sen 92 §:ssä tarkennetaan asiaa seuraavasti:

"Tuomioistuin voi edellisen pykälän mukaisesti antamassaan tuomiossa jättää määräämättä korvattaviksi asian voittaneen asianosaisen oikeudenkäyntikulut, jos se pitää niitä kohtuuttomina tai tarpeettomina; – –"

Jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi, jos käsiteltävä kysymys on täysin uusi tai jos oikeuskäytäntö muuttuu ratkaisevien kysymysten osalta, tuomioistuin voi tasata oikeudenkäyntikulut osittain tai kokonaan asianosaisten välillä.

– –"

12. Sen 100 §:ssä säädetään seuraavaa:

"Vaatimuksen esittäminen tai sen vastustaminen edellyttää oikeussuojan tarvetta."

⁷ Bollettino Ufficiale nro 17, 8.11.2013 (jäljempänä Ligurian alueellinen laki nro 33/2013).

⁸ Kyseiset pykälät kumottiin 9.8.2016 annetulla alueellisella lailla (legge regionale) nro 19, jolla tehtiin "muutoksia 7.11.2013 annettuun alueelliseen lakiin nro 33 (alueellisen ja paikallisen julkisen liikennejärjestelmän uudistus) ja muita julkista paikallisliikennettä koskevia lainsäädännöllisiä muutoksia" (Gazzetta Ufficiale nro 11, 18.3.2017; jäljempänä Ligurian alueellinen laki nro 19/2016).

⁹ Asetus (decreto legislativo) nro 104, 2.7.2010 (Gazzetta Ufficiale nro 156, 7.7.2010)

¹⁰ Kuninkaan asetus (Regio Decreto) nro 1443, annettu 28.10.1940 (Gazzetta Ufficiale nro 253, 28.10.1940)

II Pääasian tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymys

13. Regione Liguria julkaisi Agenzia regionale per il trasporto pubblico lokalen (julkisesta paikallisliikenteestä vastaava aluevirasto) välityksellä Euroopan unionin virallisessa lehdessä 3.6.2015¹¹ hankintailmoituksen niiden talouden toimijoiden yksilöimiseksi, joiden tehtäväksi annetaan maanteiden julkisten henkilöliikennepalvelun tarjoaminen sen alueella, Ligurian alueellisen lain nro 33/2013 sekä asetuksen N:o 1370/2007 mukaisesti.

14. Useat yritykset (jäljempänä AMT), jotka tarjosivat maanteiden julkisen liikenteen palvelua koko hallintoalueella, maakunnan alueella tai maakuntien välillä, riitauttivat valintamenettelyn toimet Tribunale Amministrativo Regionale della Liguriassa (Ligurian alueellinen hallintotuomioistuim, Italia).¹² Ne perustelivat vaatimustaan sillä, että kun hallintoalue vahvistettiin palvelun tarjoamisen ainoaksi viitealueeksi, niiden mahdollisuudet tulla valituiksi sopimuspuoliksi olivat käytännössä olemattomat.

15. Kun Ligurian alueellisen lain nro 33/2013 perustuslain mukaisuus kyseenalaistettiin, Ligurian alueellinen hallintotuomioistuin esitti 21.1.2016 perustuslain mukaisuutta koskevan kysymyksen Corte Costituzionalelle (Italian perustuslakituomioistuin, Italia).

16. Perustuslain mukaisuutta koskevan asian ollessa vireillä Regione Liguria hyväksyi uuden lain,¹³ jolla poistettiin maanteiden liikennepalvelun tarjoamista koskeva alueellinen raja. Toimivaltainen viranomainen kieltäytyi tämän poiston perusteella jatkamasta hankintamenettelyä, joka raukesi.

17. Edellä esitetystä huolimatta Corte Costituzionale antoi 22.11.2016 tuomion nro 245/2016, jossa se totesi, ettei Ligurian alueellisen tuomioistuimen esittämää kysymystä voitu ottaa tutkittavaksi, koska AMT:llä ei ollut asiavaltuutta riitauttaa sellaisen hankintamenettelyn toimia, johon se ei ollut osallistunut.

18. Corte Costituzionale perusteli ratkaisunsa seuraavasti:

”Perustuslain mukaisuutta koskevan kysymyksen esittäneen tuomioistuimen esille tuomien seikkojen perusteella kantajat eli yritykset, jotka tarjosivat jo julkisen liikenteen palveluja maakunnan laajuisesti, eivät osallistuneet aluehallinnon järjestämään asetuksen nro 163/2006^[14] 30 §:ssa tarkoitettuun epäviralliseen hankintamenettelyyn, vaan ne ainoastaan riitauttivat talouden toimijoiden yksilöimistä koskevan ilmoituksen, jossa pyydettiin ilmaisemaan kiinnostus, siltä osin kuin siinä määrättiin yhtenä ainoana eränä toteutettavasta alueellisen tason hankintamenettelystä.

Hallinto-oikeuden alan vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yritys, joka ei osallistu hankintamenettelyyn, ei voi riitauttaa kyseistä menettelyä eikä kolmansien yritysten valintaa hankintasopimuksen sopimuspuoliksi, koska sen aineellinen oikeusasema ei ole riittävällä tavalla eriytynyt, vaan perustuu pelkkään tosiseikkoihin pohjautuvaan intressiin (Consiglio di Stato kolmannen jaoston 10.6.2016 antama tuomio nro 2507; Consiglio di Stato kolmannen jaoston 2.2.2015 antama tuomio nro 491; Consiglio di Stato kuudennen jaoston 10.12.2014 antama tuomio nro 6048; Consiglio di Stato täysistunnon 25.2.2014 antama tuomio nro 9 ja Consiglio di Stato täysistunnon 7.4.2011 antama tuomio nro 4).

11 EUVL 2015, S 105, 3.6.2015, hankintailmoitus 191825. Tätä ilmoitusta edelsi toinen 18.2.2014 annettu ”ohjeellinen ilmoitus” (2014/S 038-063550), jossa viitattiin direktiiviin 2004/17.

12 Jäljempänä Ligurian alueellinen hallintotuomioistuin.

13 Ks. alaviite 8.

14 Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. (asetus nro 163, annettu 12.4.2006, julkisia rakennusurakoita, palveluhankintoja ja tavarahankintoja koskevista sopimuksista direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY täytäntöönpanemiseksi annetusta koodeksista, Gazzetta Ufficiale nro 100, 2.5.2006; jäljempänä asetus nro 163/2006 tai julkisia hankintoja koskeva koodeksi).

On myös vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jonka mukaan ”hankintailmoitukset, kilpailuilmoitukset ja kiinnostuksenilmaisupyynnöt riitautetaan tavallisesti yhdessä niiden toimien kanssa, joissa niitä sovelletaan, koska tällaisissa toimissa yksilöidään konkreettisesti subjekti, jolle toimi on vastainen, ja niissä samalla tehdään asianosaisen henkilön subjektiivisen tilanteen loukkauksesta todellinen ja konkreettinen.” (Consiglio de Staton täysistunnon 29.1.2003 antama tuomio nro 1).

Poikkeuksen näihin sääntöihin, jotka johtuvat pelkästä asiavaltuuteen ja oikeussuojan tarpeeseen liittyvien yleisten periaatteiden soveltamisesta hankintamenettelyihin, muodostavat tilanteet, joissa on riitautettu hankintamenettelyn toteuttamatta jättäminen tai kutsun puuttuminen taikka joissa on riitautettu hankintailmoitukseen sisältyviä välittömiä poissulkemislausekkeitä tai lausekkeitä, joissa asetetaan ilmeisen käsittämättömiä tai täysin kohtuuttomia velvoitteita tai joiden vuoksi jo tarjouksen tekeminen on mahdotonta (Consiglio de Staton kolmannen jaoston 10.6.2016 antama tuomio nro 2507; Consiglio de Staton viidennen jaoston 30.12.2015 antama tuomio nro 5862; Consiglio de Staton viidennen jaoston 12.11.2015 antama tuomio nro 5181; Consiglio de Staton täysistunnon 25.2.2014 antama tuomio nro 9 ja Consiglio de Staton täysistunnon 7.4.2011 antama tuomio nro 4).

Tällaisissa tapauksissa menettelyyn osallistumista koskevalla hakemuksella ei ole merkitystä riitauttamisen kannalta joko siksi, ettei varsinaista hankintamenettelyä ole toteutettu, tai siksi, että menettelyn riitauttaminen alusta alkaen tai siihen osallistumisen mahdottomuus synnyttää itsessään erityisen oikeudellisen aseman (suhteessa yritykseen, jonka oikeussuhde ei ole sovitettavissa yhteen uudessa menettelyssä julkaistavan ilmoituksen kanssa, ja suhteessa alan yritykseen, joka on estynyt osallistumasta), jossa aiheutuu todellista konkreettista vahinkoa (Consiglio de Staton täysistunnon 7.4.2011 antama tuomio nro 4).

Käsiteltävässä asiassa tarkasteltava tapaus ei ole tällainen poikkeustilanne, mikä käy ilmi myös ennakkoratkaisupyyntöpäätöksen perusteluista, joiden mukaan riitautetut lausekkeet vaikuttavat kantajien mahdollisuuteen tulla valituiksi sopimuspuoliksi siten, että mahdollisuus ”vähenisi lähes olemattomiin”, kun taas maakunnan tasolla järjestettävässä useaan erään jaetussa hankinnassa niillä ”olisi paljon suurempi todennäköisyys saada palvelutoimeksianto, vaikka tämä johtuisi ainoastaan siitä edusta, että ne ovat huolehtineet palvelusta aikaisemmin”.

Tällaisen perustelun perusteella ei voida päätellä, että hankintamenettelyyn osallistumiselle olisi olemassa varma ja todellinen este, vaan odotettavissa on ollut ainoastaan hypoteettinen oikeudenloukkaus, johon menettelyyn osallistunut toimija voi vedota yksinomaan menettelyn päätyttyä siinä tapauksessa, ettei sitä ole valittu sopimuspuoleksi.”

19. Ligurian alueellinen hallintotuomioistuin epäilee, ettei tämä Corte Costituzionalen esittämä tulkinta ole direktiivin 89/665 mukainen. Vaikka hankintailmoitus raukesi, se tästä syystä pitää unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisua olennaisena menettelyn oikeudenkäyntikulujen ratkaisemisen kannalta.

20. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mielestä mahdollisia ratkaisuja on kaksi:

- ”mikäli – – katsotaan, että kanne, jolla pyritään koko hankintamenettelyn kumoamiseen, kuuluu niiden poikkeustapausten joukkoon, joissa sellainen talouden toimija, joka ei ole osallistunut hankintamenettelyyn, voi nostaa kanteen, tuomioistuimen olisi todettava toteavassa tuomiossa, että kanne on menettänyt merkityksensä Ligurian alueellisen lain nro 19/2016 antamisen myötä [...] oikeudenkäyntikulut ja myös yhdenmukaistettu maksu [– –] olisi [– –] tuomittava vastaajien maksettavaksi, jolloin ne olisi korvattava kantajille”;

- ”toisaalta, mikäli perustuslakituomioistuimen tuomiossa nro 245/2016 esittämä tulkintavaihtoehto hyväksyttäisiin ja katsottaisiin näin ollen, ettei kantajina olevilla yhtiöillä ole oikeutta riitauttaa hankintamenettelyn toimia, tuomioistuimen olisi todettava, ettei vaatimusta voida ottaa tutkittavaksi oikeussuojan tarpeen puuttumisen vuoksi, jolloin oikeudenkäyntikulut olisi tuomittava kantajien maksettaviksi”.

21. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella Ligurian alueellinen hallintotuomioistuin esittää seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Ovatko julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annetun direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1, 2 ja 3 kohta ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohta esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan mahdollisuus hankintamenettelyn toimien riitauttamiseen on vain niillä talouden toimijoilla, jotka ovat esittäneet itse menettelyä koskevan osallistumishakemuksen, siinäkin tapauksessa, että kanteella pyritään vastustamaan menettelyä alusta alkaen, koska sopimuksen saaminen olisi hankintamenettelyä koskevien sääntöjen vuoksi erittäin epätodennäköistä?”

III Yhteenveto asianosaisten ja muiden osapuolten lausumista

22. Italian hallituksen mukaan ennakkoratkaisukysymystä ei voida ottaa tutkittavaksi seuraavista syistä:

- Ensinnäkin direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa määritellään sen soveltamisala suhteessa direktiiviin 2004/18. Koska riidanalaisen hankintamenettelyn kohteena oli maantieliikenteen julkista palvelua koskevan konsession myöntäminen, direktiiviä 2004/18 ei voida soveltaa, kuten ei myöskään direktiiviä 89/665.
- Toiseksi vaikka niiden katsottaisiin tulevan sovellettaviksi, direktiivin 89/665 soveltaminen perustuu direktiivin 2004/18 aineellisten säännösten rikkomiseen. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei ole ilmaissut, mitä säännöksiä on rikottu, vaan se on viitannut epämääräisesti mahdolliseen kilpailun liialliseen rajoittamiseen rikottuja unionin oikeussääntöjä täsmentämättä.

23. Italian hallitus toteaa asiakysymyksestä, että pääsäännön mukaan sillä, joka on vapaaehtoisesti ja vapaasta tahdostaan jättänyt osallistumatta valintamenettelyyn, ei ole asiavaltuutta vaatia menettelyn kumoamista. Poikkeuksia on kuitenkin olemassa, kun riitautetaan i) tarjouskilpailukutsu alusta alkaen, ii) tarjouskilpailukutsun puuttuminen viranomaisen tehtyä suorahankinnan tai iii) yksi tai useampi hankintailmoitukseen sisältyvä lauseke, koska niitä pidetään välittömästi poissulkevana. Italian hallituksen mukaan tällainen malli on täysin yhdenmukainen tuomiossa Grossmann Air Service vahvistettujen periaatteiden kanssa.¹⁵

24. Italian hallitus toteaa, että käsiteltävässä tapauksessa Corte Costituzionale arvioi, että AMT:n mahdollisuudet eivät olleet olemattomat vaan ainoastaan pienemmät, joten AMT:n tarjouksen hyväksyminen olisi voinut ratketa vasta valintamenettelyn päättyessä, ja sen olisi pitänyt osallistua kyseiseen menettelyyn.

25. Tšekin hallitus tukeutuu niin ikään tuomioon Grossmann ja väittää, että jos potentiaalsiin tarjouksen tekijöihin kohdistuu syrjintää, on niillä tunnustettava olevan asiavaltuus syrjivien lausekkeiden riitauttamiseen. Niiden kanteen hyväksyminen antaisi niille mahdollisuuden sopimuksen saamiseen ja ne voisivat saada hankintamenettelyn toimet tarkistettua menettelyn ensimmäisessä vaiheessa ilman, että niiden pitäisi odottaa menettelyn lopullista ratkeamista.

¹⁵ Tuomio 12.2.2004 (C-230/02, EU:C:2004:93; jäljempänä tuomio Grossmann).

26. Espanjan hallituksen mukaan direktiivissä 89/665 säädetään käytettävissä olevien muutoksenhakumenettelyjen vähimmäistasosta ja nämä menettelyt on määritettävä jäsenvaltioiden sisäisessä oikeudessa vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden rajat huomioon ottaen. Espanjan hallitus keskittyy arvioinnissaan tehokkuusperiaatteeseen ja katsoo, ettei sitä ole loukattu, sillä direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa edellytetään, että väitetty unionin oikeuden rikkominen on loukannut tai saattaa loukata henkilön, jota asia koskee, etua. Kantajalle ei ole käynyt näin sellaisen hankintamenettelyn toimien johdosta, johon kantaja ei ole osallistunut.

27. Espanjan hallitus tuo esille, että Italian lainsäädännössä ja sitä tulkitsevassa oikeuskäytännössä tarjotaan keinoja riitauttaa tarjouskilpailukutsu ilman, että hankintamenettelyyn osallistuminen on välttämätöntä, ja että kantaja ei käyttänyt mahdollisuutta sen riitauttamiseen. Sillä ei siis ole perustetta nostaa nyt sellaisen hankintamenettelyn toimia koskeva kanne, johon se ei osallistunut.

28. Komission mielestä esitettyä ennakkoratkaisukysymystä ei voida ottaa tutkittavaksi, koska se on hypoteettinen, sillä pääasia on menettänyt kohteensa.

29. Komissio tarkastelee asiakysymyksen yhteydessä tuomiota Grossmann ja päättää, että muutoksenhakua koskevien kansallisten oikeussääntöjen on oltava tehokkuusperiaatteen mukaisia eivätkä ne saa estää direktiivin 89/665 tehokasta vaikutusta Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artiklalla vahvistettuna.

30. Komission mukaan Corte Costituzionalen oikeuskäytäntö on kyseisen periaatteen vastainen, koska siinä edellytetään, että hankintamenettelystä poissulkemisen on oltava ehdottoman varmaa, jotta kantajaan, joka ei ole osallistunut kyseiseen menettelyyn, voidaan soveltaa asiavaltuutta koskevia poikkeuksia. Unionin tuomioistuin ei ole edellyttänyt ehdottoman varmuuden, vaan ainoastaan todennäköisyyden, osoittamista.

IV Asian käsittely unionin tuomioistuimessa

31. Ennakkoratkaisupyyntö saapui unionin tuomioistuimen kirjaamoon 31.5.2017.

32. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Italian, Espanjan ja Tšekin hallitukset sekä Euroopan komissio. Vain Italian hallitus ja komissio osallistuivat 26.4.2018 pidettyyn istuntoon.

V Oikeudellinen arviointi

A Ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottaminen

33. Ennakkoratkaisupyyntöön painopisteenä on AMT:n kaltaisen toimijan, joka ei ole esittänyt hakemustaan tullakseen valituksi julkisia hankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuoleksi katsoessaan, ettei mitä todennäköisimmin tulisi valituksi, asiavaltuus.

34. Kuten edellä on todettu, kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävä oikeusriita menetti kohteensa, kun hankintaviranomainen mitätöi tarjouskilpailukutsun lainsäädäntöuudistuksen seurauksena. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin väittää kuitenkin, että unionin tuomioistuimelta saatava ennakkoratkaisu on edelleen välttämätön, jotta se voisi ratkaista oikeudenkäyntikulut.

35. SEUT 267 artiklan mukaan ennakkoratkaisupyyntöön tarkoituksena on antaa kansalliselle tuomioistuimelle tarvittava ohjeet sellaisen oikeusriidan ratkaisemiseksi, jossa tämä on epävarma unionin oikeuden tulkinnasta.

36. Olen muistuttanut jo tämän ratkaisuehdotuksen alussa, että unionin tuomioistuimella on ollut tilaisuus ottaa kantaa samanlaiseen tilanteeseen, jossa pääasia oli menettänyt kohteensa ja ennakkoratkaisusta oli hyötyä ainoastaan oikeudenkäyntikulujen ratkaisemisessa.

37. Määräyksessä Reinke todetaan, että oikeudenkäyntikulujen ratkaiseminen on toissijaista sen pääasian ratkaisemiseen nähden, jonka yhteydessä ennakkoratkaisukysymykset esitettiin. Koska oikeusriita oli ratkennut, ei ollut tarpeen vastata ainoastaan oikeudenkäyntikuluihin liittyviin kysymyksiin.¹⁶

38. Nähdäkseni määräyksen Reinke taustalla oleva logiikka on moitteeton¹⁷ ja vastaa saman periaatteen muitakin ilmentymiä (esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan mukaan muutosta ei voida hakea vain oikeudenkäyntikulujen määrän osalta tai siltä osin, kuka vastaa oikeudenkäyntikuluista). Jos menettely, jossa unionin oikeussääntöä on sovellettava, menettää myöhemmin kohteensa, asianosaisten välinen riita on lakannut eikä unionin tuomioistuimen ole yksinkertaisesti enää tarpeen tulkita unionin oikeussääntöä, koska tulkinnalla ei voi olla vaikutusta riitaan (jota ei ole olemassa).

39. Ligurian alueellinen hallintotuomioistuin tuo kuitenkin esille, että unionin tuomioistuimen olisi olennaista arvioida, onko kantajalla asiavaltuus riitauttaa hankintamenettely, johon se ei ole osallistunut, jotta kyseinen tuomioistuin voisi ratkaista, kenen on vastattava oikeudenkäyntikuluista menettelyssä, joka on menettänyt kohteensa, ja niiden määrän.

40. Tällainen välillinen yhteys ei mielestäni riitä, jotta yhteyttä unionin oikeuteen pidettäisiin riittävänä. Nyt ratkaistava seikka ei kuulu enää tosiasiallisesti julkisen hankintamenettelyn alaan, vaan oikeudenkäyntikuluja koskevan lainsäädännön alaan. Ellei oikeudenkäyntikuluihin voida soveltaa jotain unionin oikeussääntöä (kuten on tietyillä oikeudenaloilla, joita käsittelen jäljempänä), oikeudenkäyntikuluista päätetään yksinomaan kansallisen oikeuden, ei unionin oikeuden, perusteella.

41. Määräyksen Reinke taustalla oleva ajatus liittyy ennakkoratkaisupyynnön tarkoitukseen: unionin oikeuden tulkinnan on oltava välttämätöntä, jotta kansallinen tuomioistuin voisi ratkaista käsittelemänsä oikeusriidan (kyseisen määräyksen 13 kohta), ja tällöin oikeusriidan raukeaminen tekee ennakkoratkaisuun vastaamisesta tarpeetonta (16 kohta).

42. Unionin oikeudessa ei ole oikeudenkäyntikuluja koskevaa yhdenmukaistettua lainsäädäntöä, joten oikeudenkäyntikuluista päättäminen kuuluu täysin jäsenvaltioiden toimivaltaan. Unionin lainsäätäjä on osoittanut vain tietyillä aloilla tahtonsa puuttua tähän kysymykseen joko välttääkseen kohtuuttomat kulut, jotka saattaisivat tehdä asian saattamisesta tuomioistuimen käsiteltäväksi vähemmän houkuttelevaa jollakin oikeudenalalla,¹⁸ tai taatakseen, että oikeuksissaan vahinkoa kärsinyt asianosainen saa vastapuolen vastaamaan oikeasuhteisista ja kohtuullisista oikeudenkäyntikuluista, ja näin on jälleen tehty tietyillä oikeudenaloilla.¹⁹

¹⁶ Määräyksen 16 kohta.

¹⁷ Voitaisiin tietenkin väittää, etteivät määräyksen Reinke olosuhteet olleet samat kuin käsiteltävässä asiassa. Katson kuitenkin, että muutamista satunnaisista eroista huolimatta tapaukset ovat kiistatta analogiset.

¹⁸ Tiettyjen julkisten ja yksityisten hankkeiden ympäristövaikutusten arvioinnista 27.6.1985 annetun neuvoston direktiivin 85/337/ETY (EYVL 1985, L 175, 5.7.1985, s. 40) 10 a artikla ja ympäristön pilaantumisen ehkäisemisen ja vähentämisen yhtenäistämiseksi 24.9.1996 annetun neuvoston direktiivin 96/61/EY (EYVL 1996, L 257, 10.10.1996, s. 26) 15 a artikla.

¹⁹ Teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta 29.4.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/48/EY (EUVL 2004, L 157, 30.4.2004, s. 45) 14 artikla ja kaupallisissa toimissa tapahtuvien maksuviivästysten torjumisesta 16.2.2011 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2011/7/EU (EUVL 2011, L 48, 23.2.2011, s. 1) 6 artiklan 3 kohta.

43. Unionin tuomioistuin on todennut myös niissä asioissa, joiden kohdalla unionin oikeudessa on säädetty oikeudenkäyntikuluista, että ”jäsenvaltioiden on pannessaan direktiiviä täytäntöön varmistettava direktiivin täysi vaikutus, mutta niillä on laaja harkintavalta keinojen valinnan suhteen, jos unionin oikeuteen ei sisälly asiaa koskevia tarkkoja sääntöjä”. Se on vahvistanut tuolloin käsittelemänsä ympäristöoikeutta koskevan asian yhteydessä, että ”on otettava huomioon kaikki kansallisen lainsäädännön merkitykselliset säännökset ja etenkin kansallinen oikeusapujärjestelmä ja – kulusuojajärjestelmä” sekä ”kansallisten lainsäädäntöjen väliset huomattavat erot tällä alalla”.²⁰

44. Jos tällainen laaja harkintavalta yhdistettynä kunkin kansallisen järjestelmän erityispiirteiden tunnustamiseen on olemassa tapauksissa, joissa unionin oikeus vaikuttaa oikeudenkäyntikuluja koskevaan säännöstöön, jäsenvaltioilla on vieläkin suurempi valinnanvapaus alalla, jolla ei ole annettu unionin lainsäädäntöä.

45. Jos käsiteltävässä asiassa kiisteltäisiin oikeudenkäyntikuluista,²¹ se koskisi eittämättä niiden sisäisen oikeuden säännösten tulkintaa, joissa säädetään oikeudenkäyntikulujen jakamisesta asianosaisten välillä sekä tuomioistuimen toimivallasta muuttaa oikeudenkäyntikuluja. Kun riita rajoittuu vain oikeudenkäyntikuluihin, on ratkaisemisohjeiden löydettävä kansallisesta oikeudesta eikä unionin oikeudesta, jossa ei siis säädetä niistä kyseessä olevalla alalla.

46. On mahdollista, että vaikkei tämäntyyppisiin oikeusriitoihin liittyviä oikeudenkäyntikuluja ole yhdenmukaistettu unionissa, pääasian erityispiirteet haittaavat EUT-sopimuksen perusmääräysten ja yleisten periaatteiden noudattamista, mutta tämä edellyttäisi, että jokin perusvapauksista olisi kyseenalaistettu, mitä ei käy ilmi ennakkoratkaisupyyntöstä.

47. En halua korvata ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tekemiä arviointeja omilla arvioinneillani tai puuttua sen vapautteen valita yksi kansallisessa oikeudessa tarjolla olevista ratkaisumalleista, vaan totean vain, että se pystyy edellä toistettujen siviiliprosessikoodeksinsa ja hallintolainkäyttökoodeksinsa säännösten pohjalta ratkaisemaan kantajan asiavaltuutta koskevan ongelman lopullisesta ratkaisusta riippumatta, kenet sen on määrättävä vastaamaan oikeudenkäyntikuluista, sellaisten perusteiden nojalla, jotka eivät liity edellä mainittuun ongelmaan.

48. Tältä kannalta minun tarvitsee vain muistuttaa, että sisäisen oikeuden mukaan on niin, että ”jos käsiteltävä kysymys on täysin uusi” tai ”oikeuskäytäntö muuttuu ratkaisevien kysymysten osalta”,²² tuomioistuin voi tasata oikeudenkäyntikulut kokonaan tai osittain asianosaisten välillä. Sillä on siis tässä suhteessa täysi valinnanvapaus riippumatta siitä, hylätäänkö AMT:n asiavaltuus Corte Costituzionalen tuomion mukaisesti vai hyväksytäänkö se.

49. Katson näin ollen, ettei ennakkoratkaisupyyntöä voida ottaa tutkittavaksi, sillä unionin tuomioistuimen vastaus ei ole välttämätön eikä unionin tuomioistuimella ole toimivaltaa lausua Italian oikeudenkäyntikuluja koskevan järjestelmän soveltamisesta, sillä asia kuuluu puhtaasti jäsenvaltion sisäiseen toimivaltaan.

20 Tuomio 11.4.2013, Edwards (C-260/11, EU:C:2013:221, 37 ja 38 kohta).

21 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei anna tietoja, joista kävisi ilmi asianosaisten välinen riita siitä, kenen olisi vastattava (tulevista) oikeudenkäyntikuluista, ja niiden määrästä. Sitä paitsi yksikään asianosainen ei ole osallistunut ennakkoratkaisumenettelyyn, mikä nähdäkseni osoittaa, etteivät ne ole kovinkaan kiinnostuneita sen ratkaisusta.

22 Ennakkoratkaisupyyntöpäätöksen mukaan lainsäädäntö ja Consiglio di Stato aikaisempi oikeuskäytäntö, jotka koskevat sellaisen toimijan asiavaltuutta, joka ei ole osallistunut hankintamenettelyyn, ”ovat linjassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa”. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan tilanne on muuttunut ”erityisen arvovaltaisen” ennakkotapauksen, Corte Costituzionalen tuomion nro 245/2016, vuoksi, ja kyseistä tuomiota on jo sovellettu Consiglio di Stato myöhemmissä tuomioissa.

B Asiakysymys

50. Esitän kantani asiakysymykseen toissijaisesti siltä varalta, että unionin tuomioistuin suostuu ratkaisemaan ennakkoratkaisukysymyksen asiakysymyksen. Pysin samalla ensin rajaamaan sovellettavaa oikeuskehystä, jotta pystyn sitten ehdottamaan ratkaisua esitettyyn kysymykseen.

1. Sovellettava oikeuskehys

51. Riidanalaisen hankintamenettelyn kohteena oli maanteiden julkisia henkilöliikennepalveluja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinta. Tämänäyttöiset palvelut kuuluvat asetuksen N:o 1370/2007 nimenomaiseen soveltamisalaan, sillä asetuksen 5 artiklassa säädetään julkisia palveluja koskevien sopimusten tekemisestä liikennepalveluiden alalla.

52. Ennakkoratkaisupyyntöpäätökseen sisältyvistä tiedoista ei voida päätellä varmuudella, oliko asiassa kyseessä ”palvelukonsessiosopimus” vai ”palveluhankintasopimus”. Vaikka molemmilla sopimuksilla on samanlaiset ominaispiirteet,²³ ne eroavat vastikkeen osalta: konsessiossa vastike muodostuu oikeudesta hyödyntää palvelua (joko pelkästä hyödyntämisoikeudesta tai hyödyntämisoikeudesta yhdistettynä maksuun) ja palveluhankintasopimuksessa vastike muodostuu hankintaviranomaisen palveluntarjoajalle suorittamasta maksusta.²⁴

53. Kansallisen tuomioistuimen on sijoitettava riidanalainen sopimus jompaankumpaan kategoriaan, koska sillä on tiedossaan kaikki tähän tarvittavat tosiseikat, toisin kuin unionin tuomioistuimella. Sopimuksen luokittelu jompaankumpaan kategoriaan on olennaista siihen sovellettavan oikeuskehyn määrittämiseksi, kun huomioon otetaan asetuksen N:o 1370/2007 5 artiklan 1 kohta.²⁵

54. Käsittelen seuraavaksi asiavaltuutta koskevaa ongelmaa molempien hypoteesien kannalta.

a) Julkisia liikennepalveluja koskeva konsessio

55. Ensimmäisen hypoteesin mukaan kyseessä on palvelukonsessio, kuten muutamissa kirjallisissa huomautuksissa esitetään ja kuten tarjouskilpailukutsusta voidaan päätellä, koska siinä viitataan julkisia hankintoja koskevan koodeksin 30 §:ään, jossa säädetään nimenomaisesti ”palvelukonsessioista”.²⁶

56. Italian hallituksen mukaan kyseessä on konsessio, ja se kyseenalaistaa tämän perusteella direktiivin 89/665 soveltamisen. Italian hallituksen mukaan on niin, että koska direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa vahvistetaan kyseisen direktiivin soveltamisala viittaamalla direktiivin 2004/18, direktiiviä 89/665 ei voida soveltaa tällaisiin konsessioihin.

23 Ks. julkiasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotus 28.6.2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, 26 kohta) ja julkiasiamies Cruz Villalónin ratkaisuehdotus 7.7.2011, Norma-A ja Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468, 39 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

24 Tähän on lisättävä, että konsenssionsaajan on otettava kantaakseen palvelujen hyödyntämiseen liittyvä riski. Ks. tuomio 10.11.2011, Norma-A ja Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, 44 kohta).

25 ”Julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset tehdään tässä asetuksessa vahvistettujen sääntöjen mukaisesti. Palveluja koskevat hankintasopimukset ja julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset, sellaisena kuin ne on määritelty direktiiveissä 2004/17/EY ja 2004/18/EY, tehdään kuitenkin linja-autojen tai raitiovaunujen henkilöliikennepalvelujen osalta näissä direktiiveissä säädettyjen menettelyjen mukaisesti, sikäli kuin sopimukset eivät ole näissä direktiiveissä määriteltyjä palveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia [oikeammin: palvelukonsessiosopimuksia].”

26 Kyseisen säännöksen mukaan ”julkisia hankintoja koskevan koodeksin säännöksiä ei sovelleta palvelukonsessioihin tässä artiklassa säädettyä lukuun ottamatta”. Kyseisen pykälän 3 momenttiin sisältyy mahdollisuus käyttää konsenssionsaajan valitsemiseksi ”epävirallista hankintamenettelyä, johon kutsutaan vähintään viisi osallistujaa”; käsiteltävässä asiassa oli kyse tällaisesta menettelystä.

57. Komissio väittää sitä vastoin, että Italiassa julkisia hankintoja koskevan koodeksin 30 §:n 7 momentissa ulotetaan direktiivin 89/665 soveltamisala käsittämään myös julkisia palveluja koskevat konsessiot. Kansallisen lainsäädännön ja unionin oikeuden välillä on siis unioniin liittyvä yhteys, jonka perusteella unionin tuomioistuin on asiassa toimivaltainen edellä mainitun oikeuskäytännön mukaisesti.²⁷

58. Tätä kautta direktiivi 89/665 voisi tulla sovellettavaksi asiassa. On kuitenkin niin, että ”niiden rajoitusten huomioon ottaminen, joita kansallinen lainsäätäjä on voinut säätää yhteisön oikeuden soveltamiselle sellaisiin puhtaasti kansallisiin tilanteisiin, joissa yhteisön oikeutta voidaan soveltaa ainoastaan kansallisen lain välityksellä, kuuluu kansalliseen oikeuteen ja näin ollen jäsenvaltion tuomioistuinten yksinomaiseen toimivaltaan”, ja tämän seikan arviointi on yksinomaan kansallisen tuomioistuimen asia.²⁸

59. Asetukseen N:o 1370/2007 sisältyvissä maanteiden julkisia henkilöliikennepalveluja koskevissa erityissäännöksissä edellytetään lisäksi, että kyseiset konsessiot myönnetään saman asetuksen 5 artiklan 2–6 kohtaa noudattaen, ja 5 artiklan 7 kohdassa lisätään, että mainittujen kohtien mukaisesti tehdyt päätökset on voitava ”tutkia uudelleen tehokkaasti ja nopeasti sellaisen henkilön hakemuksesta, joka joko on tavoitellut tai on tavoittelemassa tiettyä sopimusta ja jonka etua väitetty virheellinen menettely on vahingoittanut tai saattaa vahingoittaa sillä perusteella, että kyseiset päätökset ovat vastoin yhteisön oikeutta tai sen voimaan saattamiseksi annettuja kansallisia säännöksiä”.

60. Asetuksen N:o 1370/2007 ja direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdan säännökset ovat tämän seikan osalta siis olennaisilta osin yhteneviä. Ensin mainitun asetuksen johdanto-osan 21 perustelukappaleessa mainitaan aiheellisesti, että ”tehokas oikeussuoja olisi taattava [direktiivien 2004/17 ja 2004/18] mukaisesti myönnettyjen sopimusten ohella myös, kun on kyse muista tämän asetuksen mukaisesti myönnettyistä sopimuksista. Tarvitaan tehokas muutoksenhakumenettely, ja sen olisi soveltuvin osin oltava vastaavanlainen kuin – – direktiivissä 89/665/ETY – – tai – – direktiivissä 92/13/ETY – – vahvistettu asianomainen menettely.”

61. Lyhyesti sanottuna kumpaakin kautta päädytään siis samaan lopputulokseen: velvollisuuteen säätää tehokkaasta muutoksenhakumenettelyistä. Tästä lähtökohdasta käsin on selvitettävä, miten pitkälle tällaisten muutoksenhakukeinojen on oltava sellaisten yritysten käytettävissä, jotka eivät ole osallistuneet hankintamenettelyyn.

b) Julkisia liikennepalveluja koskeva sopimus

62. Toisessa hypoteesissa riidanalainen liiketoimi kuuluu liikennepalveluiden alan sopimukseen. Nimittäin 22.2.2014 julkaistussa määräaikaisessa ohjeellisessa ilmoituksessa mainitaan ainoastaan direktiivi 2004/17²⁹ ja asetetaan hankintaperusteeksi kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Myös 29.5.2015 julkaistun tarjouskilpailukutsun 2 kohdassa mainitaan sopimuspuoleksi valittavalle annettava vastike, joka on määrä täsmentää lopullisesti tarjouskilpailukutsun 6 kohdassa tarkoitetun taloudellisen tarjouksen esittämistä koskevissa kutsukirjeissä.

²⁷ ”Se, että unionin tuomioistuin tulkitsee unionin oikeuden säännöksiä tai määräyksiä tilanteissa, jotka eivät kuulu unionin oikeuden soveltamisalaan, voidaan perustella sillä, että unionin oikeuden säännöksiä tai määräyksiä sovelletaan kansallisen oikeuden nojalla suoraan ja ehdottomasti, jotta voidaan taata, että mainittuja tilanteita sekä tilanteita, jotka kuuluvat unionin oikeuden soveltamisalaan, kohdellaan samalla tavoin” (tuomio 19.10.2017, Solar Electric Martinique, C-303/16, EU:C:2017:773, 27 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

²⁸ Tuomio 18.10.1990, Dzodzi (C-297/88 ja C-197/89, EU:C:1990:360, 41 ja 42 kohta).

²⁹ Kyseisen direktiivin 41 artikla koskee tällaista ilmoitusta.

63. Voitaisiin siis väittää, että nämä sopimuksen piirteet erottavat kyseisen sopimuksen liikennepalveluja koskevasta konsessiosta, sellaisena kuin se on määritelty direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa,³⁰ ja ne antavat aiheen luokitella sopimus liikennepalveluja koskevaksi sopimukseksi. Jos asia on näin, voitaisiin direktiiviä 2004/17 soveltaa asetuksen N:o 1370/2007 5 artiklan 1 kohdan nojalla, ja tätä kautta voitaisiin soveltaa myös direktiivin 92/13 1 ja 2 artiklassa säädettyä muutoksenhakujärjestelmää, joka on samanlainen kuin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksen aiheena olevassa direktiivissä 89/665 säädetty vastaava järjestelmä.

2. Vastaus ennakkoratkaisukysymykseen

64. Vaikka asian ytimessä on hankintamenettelyn riitauttamista koskeva asiavaltuus ja sitä kautta oikeus käyttää muutoksenhakujärjestelmää, ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä laajennetaan asiaa mainitsemalla yleisluonteisesti direktiivin 89/665 1 artiklan 1, 2 ja 3 kohta sekä 2 artiklan 1 kohdan b alakohta.

65. Corte Costituzionale perustaa näkemyksensä Consiglio di Stato oikeuskäytäntöön ja esittää tuomiossa nro 245/2016 oletettaman, jota on mielestäni hankala kiistää: sillä, joka on vapaaehtoisesti ja vapaasta tahdostaan jättänyt osallistumatta valintamenettelyyn, ei ole lähtökohtaisesti asiavaltuutta vaatia menettelyn kumoamista. Tämä peruste vastaa perustetta, jonka unionin tuomioistuin esitti tuomiossa Grossmann tulkittessaan direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohtaa.³¹

66. Italian ylimmät tuomioistuimet myöntävät kuitenkin, että muutoksenhakumenettelyt voivat olla tietyissä poikkeustapauksissa myös sellaisten toimijoiden käytettävissä, jotka eivät ole osallistuneet hankintamenettelyyn. Tällainen poikkeustapaus on kyseessä Corte Costituzionalen tuomion nro 245/2016 mukaisesti ”tilanteissa, joissa on riitautettu hankintamenettelyn toteuttamatta jättäminen tai kutsun puuttuminen taikka joissa on riitautettu hankintailmoitukseen sisältyviä välittömiä poissulkemislausekkeitä tai lausekkeitä, joissa asetetaan ilmeisen käsittämättömiä tai täysin kohtuuttomia velvoitteita tai joiden vuoksi jo tarjouksen tekeminen on mahdotonta”.

67. Tällainen muutoksenhakua koskevan oikeuden mahdollisuus vaikuttaa minusta jälleen yhdenmukaiselta sen näkemyksen kanssa, jonka unionin tuomioistuin on omaksunut tilanteissa, joissa hankintailmoitukseen tai eritelmään sisältyvät lausekkeet ovat olleet itsessään niin syrjiviä, että ne ovat estäneet yhden tai useamman yrityksen osallistumisen.³² Jos mainittujen yritysten mahdollisuudet tulla valituiksi kyseisen hankintasopimuksen sopimuspuoleksi ovat *olemattomat* mainittujen syrjivien eritelmien takia,³³ on niiden oikeus hakea muutosta tunnustettava hankintamenettelyyn osallistumista edellyttämättä.³⁴

³⁰ ””Palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella” [eli palvelukonsessiolla] tarkoitetaan samanlaista sopimusta kuin palveluja koskeva hankintasopimus, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus [oikeammin: oikeus hyödyntää palvelua] tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.”

³¹ Tuomion Grossmann 27 kohdan mukaan osallistuminen hankintamenettelyyn voi tässä mielessä olla lähtökohtaisesti pätevä edellytys, jonka on täyttyvä sen toteennäyttämiseksi, että asianomaisella henkilöllä on intressi saada kyseinen hankintasopimus tai että hänelle saattaa aiheutua vahinkoa kyseisen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa koskevan, lainvastaiseksi väitetyn päätöksen takia. Jos tällainen henkilö ei ole tehnyt tarjousta, hänen on vaikeaa osoittaa, että hänellä on intressi riitauttaa kyseinen päätös tai että kyseinen hankintapäätös loukkaa tai saattaa loukata hänen etuaan.

³² Saman tuomion 28 kohdan mukaan siinä tapauksessa, että yritys ei ole tehnyt tarjousta sen takia, että tarjouspyyntöä koskevat asiakirjat tai tarjousasiakirjat sisältävät *syrjiviksi väitettyjä* eritelmiä, joiden vuoksi se ei ole nimenomaisesti kyennyt tarjoamaan kaikkia vaadittuja suorituksia. Tällöin yrityksellä on oikeus hakea suoraan muutosta kyseisten eritelmien osalta jopa ennen asianomaisen julkisen hankintamenettelyn päättymistä (kursivointi tässä).

³³ Ibidem, 29 kohta (kursivointi tässä).

³⁴ Ibidem, 30 kohta: ”Yrityksen on näin ollen voitava hakea suoraan muutosta tällaisten syrjivien eritelmien osalta odottamatta hankintamenettelyn päättymistä.”

68. En siis näe ristiriitaa siinä, miten unionin tuomioistuin on tulkinnut direktiiviä 89/665 ja miten Italian ylimmät tuomioistuimet ovat tulkinneet kansallisen oikeuden säännöksiä, jotka koskevat niiden toimijoiden asiavaltuutta, jotka hankintamenettelyyn osallistumatta pyrkivät riitauttamaan syrjivät lausekkeet, jotka estävät täysin niiden osallistumisen siihen.

69. Nyt kun ennakkoratkaisukysymys on rajattu koskemaan direktiivin 89/665 ja kansallisen lainsäädännön välisen hypoteettisen ristiriidan selvittämistä abstraktisti, voidaan niiden välinen ristiriita kiistää jo edellä esitetyn perusteella. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on laatinut asianomaisen kysymyksen siten, ettei se tosiasiallisesti vastaa kaikkia Italian ylimpien tuomioistuimen doktriinissa esitettyjä nyansseja, sellaisena kuin se käy ilmi kansallisesta oikeuskäytännöstä.³⁵

70. Kun tätä vastausta sovelletaan pääasian erityispiirteisiin ja kun AMT:n asiavaltuutta koskevasta tuomiosta on tullut lainvoimainen, on vähintäänkin kyseenalaista,³⁶ onko maanteiden liikennepalveluille määritetty koko hallintoalueen kattava viitealue (sen sijaan, että se olisi jaettu maakunnan laajuisiin tai sitä suppeampiin eriin) itsessään *syrjivä*. Kokonaan toinen kysymys on se, ettei pienillä yrityksillä ole keinoja osallistua yksin hankintamenettelyyn, jolla on nämä ominaisuudet, ja näin yleensä käy laaja-alaisissa hankintamenettelyissä.

71. Joka tapauksessa Corte Costituzionale arvioi, kuten edellä on käynyt ilmi, että AMT:n mahdollisuudet sopimuksen saamiseen olivat erittäin epätodennäköiset, mutteivät täysin olemattomat.³⁷ Hankintamenettelyyn osallistumiselle ei siis mielestäni ollut olemassa ”todellista ja tehokasta estettä”. Asiaankuuluvien lausekkeiden sisältöä koskevasta arviosta on tullut jo lainvoimainen, ja kyseiset tuomiot sitovat väistämättä ennakkoratkaisua pyytänyttä tuomioistuinta, ja myös ennakkoratkaisupyyntöön annettavan vastauksen on oltava niiden mukainen.

72. Komissio väittää tuomion Grossmann perusteella, ettei hankintamenettelystä pois sulkemisen tarvitse olla ehdottoman varmaa, vaan pelkkä hylkäämisen todennäköisyys riittää, jotta asianomainen yritys voi riitauttaa hankintamenettelyn, vaikkei ole siihen osallistunut.

73. En tulkitse tuomiota Grossmann lainkaan samalla tavalla kuin komissio. Mielestäni on arveluttavaa laskea todennäköisyyksiä ainoana asian ratkaisemista ohjaavana perusteena. Mikä tahansa yritys voisi tällöin väittää, että hankintamenettelyn lausekkeet (vaikkeivät ne olisi syrjiviä) vaikuttavat siten, että yritys *todennäköisesti* hylätään, mikä antaisi toimijoille, jotka ovat päättäneet olla osallistumatta hankintamenettelyyn, mahdollisuuden nostaa kanteita kevyin perustein.

74. Toistan kuitenkin, että joka tapauksessa ei ole unionin tuomioistuimen tehtävä ratkaista, onko Corte Costituzionale tehnyt tässä *yksittäisessä* tapauksessa virheen hylätessään AMT:n asiavaltuuden. Painotan, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymys koskee kansallisen oikeussäännön ja direktiivin 89/665 välistä ristiriitaa, joten ratkaisevaa on, onko Italian ylimpien tuomioistuinten *yleinen* oikeuskäytäntö, joka koskee sellaisten talouden toimijoiden asiavaltuutta nostaa kanne, jotka eivät ole osallistuneet hankintamenettelyyn (lähtökohtaisesti asiavaltuutta ei ole, mutta tietyissä tapauksissa voi olla), unionin oikeuden mukainen, kuten uskon sen olevan.

³⁵ Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 18 kohdassa oleva lainaus.

³⁶ Tehokkuuteen ja mittakaavaetuihin liittyvien syiden vuoksi voi olla perusteltua kohdentaa maanteiden julkisten liikennepalvelujen tarjoaminen tietyille viitealueelle (esimerkiksi koko hallintoalueelle) sen sijaan, että se jaettaisiin suppeammiksi alueiksi. Näiden vaihtoehtojen välinen valinta on toimivaltaisten viranomaisten tehtävä, ja lisäksi niiden on punnittava, aiheuttaako yhdessä ainoassa erässä toteuttaminen suhteettoman suuria esteitä pienempien talouden toimijoiden osallistumiselle. Tässä tapauksessa Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato (Italian kilpailu- ja markkinaviranomainen) kehotti 25.6.2015 Atpl Liguria ottamaan käyttöön ”useita eriä, joiden avulla voidaan taata mahdollisimman laaja osallistuminen kilpailumenettelyyn”.

³⁷ AMT väitti Ligurian alueellisessa hallintotuomioistuimessa nostamassaan kanteessa, että hankintailmoituksessa ”*rajoitettiin* huomattavasti pienten ja keskisuurten toimijoiden, kuten paikallisliikenneyritysten, mahdollisuutta osallistua – –, sillä niiden oli pakko pyrkiä kaikin keinoin yhdistymään suurempien toimijoiden kanssa” (kannekirjelmän s. 51; kursivointi tässä).

VI Ratkaisuehdotus

75. Edellä esitettyjen näkökohtien perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuिन

- 1) toteaa, ettei Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Ligurian alueellinen hallintotuomioistuin, Italia) esittämää ennakkoratkaisukysymystä voida ottaa käsiteltäväksi,
- 2) toteaa toissijaisesti, että 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 1 artiklan 1, 2 ja 3 kohta sekä 2 artiklan 1 kohdan b alakohta eivät ole esteenä kansalliselle lainsäädännölle sellaisena kuin ylimmät tuomioistuimet ovat sitä tulkinneet, kun kyseisen kansallisen lainsäädännön mukaan
 - sillä, joka on vapaaehtoisesti ja vapaasta tahdostaan jättänyt osallistumatta sopimuspuoliksi valittavien valintamenettelyyn, ei ole lähtökohtaisesti asiavaltuutta vaatia valintamenettelyn kumoamista;
 - tätä sääntöä ei sovelleta tilanteissa, joissa on riitautettu hankintamenettelyn toteuttamatta jättäminen tai tarjouskilpailukutsun puuttuminen taikka joissa on riitautettu hankintailmoitukseen sisältyviä välittömiä poissulkemislausekkeita tai viime kädessä lausekkeita, joissa asetetaan ilmeisen käsittämättömiä tai täysin kohtuuttomia velvoitteita tai joiden vuoksi jo tarjouksen tekeminen on mahdotonta.