

Asia C-303/22

Ennakkoratkaisupyyntö

Jättämispäivä:

9.5.2022

Ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin:

Krajský soud v Brně (Tšekki)

Ennakkoratkaisupyyntön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

5.5.2022

Kantaja:

CROSS Zlín a.s.

Vastaaja:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

VÄLIPÄÄTÖS

Krajský soud v Brně (Brnon alueellinen tuomioistuin, Tšekki) on päättänyt [– –] asiassa, jossa

kantajana on **CROSS Zlín, a. s.**

[– –]

ja

vastaajana on **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Tšekin kilpailuviranomainen)**

[– –] ja muuna osapuolena on **Brnon kaupunki**

ja jossa on kyse [– –] vastaajan johtajan 9.11.2020 tekemästä päätöksestä nro **ÚOHS- 34854/2020/321/ZSř** nostetusta kanteesta

seuraavaa:

I. Euroopan unionin tuomioistuimelle esitetään seuraava ennakkoratkaisukysymys:

Onko direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 3 kohdan ja 2 a artiklan 2 kohdan, luettuina yhdessä Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artiklan kanssa, mukaista, mikäli Tšekin lainsäädäntö sallii hankintaviranomaisen tehdä julkista hankintaa koskevan sopimuksen ennen kuin on nostettu kanne tuomioistuimessa, joka on toimivaltainen tutkimaan tarjoajan poissulkemista hankintamenettelystä koskevan Úřad pro ochranu hospodářské soutěžen (kilpailuviranomainen, Tšekin tasavalta) toisen asteen päätöksen laillisuuden?

II. [–]

Perustelut

I. Pääasian kohde

- 1 Käsiteltävänä olevassa asiassa hankintaviranomainen, Brnon kaupunki, käynnisti 27.9.2019 avoimen hankintamenettelyn, jonka tarkoituksena oli tehdä ”ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ (liikenteenohjauskeskuksen laajentaminen merkkivalolaitteilla)” -niminen hankintasopimus, joka julkaistiin julkisia hankintailmoituksia koskevassa virallisessa lehdessä numerolla Z2019-034002 ja Euroopan unionin virallisessa lehdessä numerolla 2019/S 190-461538. Hankintasopimuksen kohteena olivat olemassa olevan liikenteenohjauskeskuksen laajentaminen ja hankintaviranomaisen kaikkien merkkivalolaitteiden liittämistä liikenteenohjauskeskukseen, liikenteenohjauskeskuksen liittämistä DIC 2 Brno -järjestelmään, liikenteenohjauskeskuksen liittämistä kaupungin kamerajärjestelmään, teknistä tukea, operaattoreiden koulutusta ja ennalta ehkäisevää toimintaa koskevien palvelujen tarjoaminen. Julkista hankintaa koskevan sopimuksen arvioitu arvonlisäveroton arvo oli 13 805 000 Tšekin korunaa.
- 2 Hankintaviranomainen sai määräajassa kaksi tarjousta julkista hankintaa koskevasta sopimuksesta, nimittäin kantajana olevan CROSS Zlín, a.s:n tarjouksen, joka oli hinnaltaan alhaisin, ja Siemens Mobility s.r.o:n tarjouksen, joka oli hinnaltaan toiseksi alhaisin. Tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan tarjousten taloudellista edullisuutta arvioitiin alhaisimman tarjoushinnan perusteella. Hankintaviranomainen sulki 6.4.2020 antamallaan ilmoituksella yhtiön CROSS Zlín pois menettelystä hankintaehtojen täyttymättä jäämisen johdosta. Tämän jälkeen toimittajaksi valittiin 7.4.2020 Siemens Mobility. CROSS Zlín valitti poissulkemista koskevasta ilmoituksesta, ja hankintaviranomainen hylkäsi valituksen 4.5.2020 tekemällään päätöksellä. Tämän jälkeen CROSS Zlín jätti Úřad pro ochranu hospodářské soutěželle (kilpailuviranomainen, jäljempänä viranomainen) hankintaviranomaisen toimien tutkimista koskevan hakemuksen, jossa se vaati kumoamaan poissulkemista koskevan ilmoituksen ja Siemens

Mobilityn valinnan toimittajaksi. Viranomaisen määräsi hallinnollisessa menettelyssä 3.7.2020 viran puolesta välitoimesta, jolla hankintaviranomaista kiellettiin tekemästä julkista hankintaa koskevaa sopimusta siihen saakka, kunnes hallinnollisessa menettelyssä oli tehty lopullinen päätös. Viranomaisen hylkäsi hakemuksen 5.8.2020 tekemällään päätöksellä. CROSS Zlín haki ensimmäisen asteen päätökseen hallinnollista muutosta, jonka viranomaisen johtaja hylkäsi 9.11.2020 tekemällään päätöksellä ja vahvisti ensimmäisen asteen päätöksen; tämä päätös tuli lainvoimaiseksi 13.11.20[20]. Hankintaviranomainen teki 18.11.2020 sopimuspuoleksi valitun tarjoajan kanssa julkisia hankintoja koskevan sopimuksen.

- 3 Kantaja CROSS Zlín nosti 13.1.2021 Krajský soud v Brněssa kanteen vastaajan johtajan päätöksestä. Kanteen nostamisen yhteydessä kantaja haki riitauttamiselle lykkäävää vaikutusta ja välitoimen määräämistä, jotta hankintaviranomaista kiellettäisiin tekemästä julkisia hankintoja koskevaa sopimusta tai kiellettäisiin sopimuksen täytäntöönpano. Tuomioistuin hylkäsi 11.2.2021 antamallaan välipäätöksellä lykkäävää vaikutusta koskevan hakemuksen ja välitoimen määräämisen sillä perusteella, että koska sopimus oli jo tehty, hankintaviranomaiselle ei ole tarpeellista asettaa sopimuksen tekemistä koskevaa kieltoa. Vaikka kanne menestyisi ja tuomioistuin kumoaisi vastaajan johtajan päätöksen, viranomaisen lopettaisi menettelyn asian palauttamisen jälkeen viittaamalla julkisista hankinnoista annetun lain nro 134/2016 (zákon o zadávání veřejných zakázek) 257 §:n j kohtaan ja lopettaisi pääasian käsittelyn. Tuomioistuimen mukaan hankintaviranomaista ei voitu edes kieltää täyttämästä sopimusta, koska mikään oikeudellinen este ei estänyt sopimuksen tekemistä kyseisenä ajankohtana (viranomaisen johtajan päätöksen lainvoimaiseksi tulon jälkeen).
- 4 Tuomioistuin ilmoitti 28.3.2022 päivätyllä kirjeellä osapuolille aikovansa esittää ennakkoratkaisukysymyksen ja antoi osapuolille määräajan, jonka kuluessa niillä oli mahdollisuus esittää kantansa tähän menettelyyn. Vastaaja ilmoitti tuomioistuimelle 8.4.2022, että se ottaa yksityiskohtaisesti kantaa vasta ennakkoratkaisumenettelyn vaiheessa, mikäli menettely aloitetaan. Kantaja esitti 26.4.2022 päivätyissä huomautuksissaan, että se yritti turhaan estää julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekemisen välitoimihakemuksella sen jälkeen, kun vastaajan päätös oli tullut lainvoimaiseksi. Julkista hankintaa koskevien sopimusten tekeminen vastaajan päätöksen tultua lainvoimaiseksi on hankintaviranomaisten vakiintunut käytäntö, joka loukkaa menettelyn ulkopuolelle jätetyn tarjoajan oikeutta tehokkaaseen oikeussuojaan ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Se ei näin ollen vastustanut ennakkoratkaisupyynnöä. Se esitti kuitenkin, että tilanne olisi ollut ratkaistavissa siinä tapauksessa, että vastaaja olisi toteuttanut hankintaviranomaisen toimien tutkimista koskevassa menettelyssä välitoimen, kunnes määräaika kanteen nostamiseksi hallintotuomioistuimessa olisi ollut päättynyt. [– –]

II. Asian kannalta merkityksellinen unionin oikeus ja kansallinen oikeus

- 5 Neuvoston direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 3 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelyt, joiden yksityiskohtaisista säännöistä kukin jäsenvaltio voi itse päättää, ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta, ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata.
- 6 Neuvoston direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 3 kohdasta käy ilmi, että kun muutosta hankintaa koskevaan päätökseen on haettava hankintaviranomaisesta riippumattomalta ensimmäisen oikeusasteen elimeltä, jäsenvaltioiden on varmistettava, että hankintaviranomainen ei voi tehdä sopimusta ennen kuin muutoksenhakuelin on ratkaissut joko välitoimihakemuksen tai muutoksenhaun. Keskeyttäminen saa päättyä aikaisintaan 2 a artiklan 2 kohdassa ja 2 d artiklan 4 ja 5 kohdassa tarkoitetun odotusajan päättyessä.
- 7 Neuvoston direktiivin 89/665/ETY 2 a artiklan 1 kohdassa säädetään, että jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklan 3 kohdassa tarkoitetuilla henkilöillä on käytössä tarpeeksi aikaa hakea tehokkaasti muutosta hankintaviranomaisten hankintaa koskeviin päätöksiin, antamalla tarvittavat säännökset tämän artiklan 2 kohdassa sekä 2 c artiklassa vahvistettujen vähimmäisedellytysten mukaisesti.
- 8 Neuvoston direktiivin 89/665/ETY 2 a artiklan 2 kohdan mukaan direktiivin 2014/24/EU tai direktiivin 2014/23/EU soveltamisalaan kuuluvaa hankintapäätöksestä johtuvaa sopimusta ei saa tehdä, ennen kuin vähintään 10 kalenteripäivää on kulunut sitä päivää seuraavasta päivästä, jona hankintasopimuksen tekopäätös on lähetetty asianomaisille tarjoajille ja ehdokkaille faksilla tai sähköisessä muodossa, tai käytettäessä muita viestintätapoja vähintään 15 kalenteripäivää on kulunut sitä päivää seuraavasta päivästä, jona hankintasopimuksen tekopäätös on lähetetty asianomaisille tarjoajille ja ehdokkaille, tai ennen kuin vähintään 10 kalenteripäivää on kulunut sitä päivää seuraavasta päivästä, jona hankintasopimuksen tekopäätös on vastaanotettu. Tarjoajat on katsottava asianomaisiksi, jos tarjoajia ei ole vielä lopullisesti suljettu pois. Poissulkeminen on lopullista, jos siitä on ilmoitettu asianomaiselle tarjoajalle ja jos riippumaton muutoksenhakuelin on todennut poissulkemisen lailliseksi tai jos poissulkemiseen ei voida enää hakea muutosta.
- 9 Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 47 artiklan 2 kohdan mukaan jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa, joka on etukäteen laillisesti perustettu. Jokaisella on oltava mahdollisuus saada neuvoja ja antaa toisen henkilön puolustaa ja edustaa itseään.
- 10 Suojasta hankintaviranomaisen epäasianmukaisia toimia vastaan säädetään kansallisessa lainsäädännössä julkisista hankinnoista annetun lain nro 134/2016 13

osassa. Hankintaviranomaisen menettelystä voi esittää oikaisuvaatimuksen 15 päivän määräajan kuluessa siitä, kun oikaisuvaatimuksen esittäjä on saanut tiedon hankintaviranomaisen lainvastaisesta menettelystä (lain 241 ja 242 §).

- 11 Hankintaviranomaisen on lain nro 134/2016 245 §:n 1 momentin mukaan lähetettävä oikaisuvaatimusta koskeva päätös sen esittäjälle 15 päivän kuluessa oikaisuvaatimuksen vastaanottamisesta. Päätöksessä hankintaviranomaisen on ilmoitettava, hyväksyykö vai hylkääkö se oikaisuvaatimuksen; päätökseen on liitettävä perustelut, joissa hankintaviranomainen ottaa yksityiskohtaisesti ja ymmärrettävästi kantaa kaikkiin oikaisuvaatimukseen esittäjän vaatimuksessaan esille tuomiin seikkoihin. Jos hankintaviranomainen hyväksyy huomautukset, sen on samalla ilmoitettava päätöksessään, mihin korjaaviin toimenpiteisiin se aikoo ryhtyä.
- 12 Lisäksi lain nro 134/2016 245 §:n 4 momentista seuraa, että jos hankintaviranomainen hylkää oikaisuvaatimuksen, sen on ilmoitettava vaatimuksen esittäjälle oikaisuvaatimusta koskevassa päätöksessä mahdollisuudesta jättää viranomaiselle 251 §:n 2 momentin mukaisessa määräajassa hakemus hankintaviranomaisen toimien tutkimisen aloittamiseksi ja velvollisuudesta toimittaa hakemuksen jäljennös hankintaviranomaiselle samassa määräajassa.
- 13 Lain nro 134/2016 246 §:n 1 momentissa säädetään, että hankintaviranomainen ei voi tehdä sopimusta toimittajan kanssa a) ennen kuin määräaika, johon mennessä on esitettävä vastalauseet tarjoajan poissulkemista koskevasta päätöksestä, toimittajan valinnasta tai sopimuksen tekemistä koskevasta vapaaehtoisesta ilmoituksesta, on kulunut umpeen, b) ennen kuin päätös oikaisuvaatimuksesta on toimitettu sen esittäjälle, mikäli oikaisuvaatimus on tehty c) ennen hankintaviranomaisen toimia koskevan muutoksenhakumenettelyn aloittamista koskevan hakemuksen jättämiselle asetetun määräajan päättymistä, jos hankintaviranomainen on hylännyt esitetyn oikaisuvaatimuksen, d) 60 päivän kuluessa hankintaviranomaisen toimia koskevan muutoksenhakumenettelyn aloittamisesta, jos menettelyn aloittamista koskeva hakemus on jätetty ajoissa; hankintaviranomainen voi kuitenkin tehdä sopimuksen tässä määräajassa, jos viranomainen on hylännyt hakemuksen tai jos hakemusta koskeva hallinnollinen menettely on päätetty ja päätös on tullut lainvoimaiseksi. Kyseisen säännöksen 2 kohdan mukaan hankintaviranomainen ei voi myöskään tehdä hankintasopimusta toimittajan kanssa 60 päivän kuluessa hankintaviranomaisen toimien tutkimisen vireillepanosta, jos viranomainen panee menettelyn viran puolesta vireille; hankintaviranomainen voi kuitenkin edelleen tehdä hankintasopimuksen kyseisessä määräajassa, jos hallinnollinen menettely on päätetty ja päätös on tullut lainvoimaiseksi.
- 14 Lain nro 134/2016 254 §:n 1 momentista seuraa, että hakemuksen julkista hankintaa koskevan sopimuksen täytäntöönpanoa koskevan kiellon määrittämiseksi voi tehdä tarjoaja, joka väittää, että hankintaviranomainen on tehnyt sopimuksen a) julkaisematta sitä etukäteen [– –], b) tässä laissa säädetystä

tai välitoimella määrätystä sopimuksen tekemistä koskevasta kiellosta huolimatta, c) hankintamenettelyn ulkopuolisen menettelyn perusteella [– –] tai d) 135 §:n 3 momentin tai 141 §:n 4 momentin mukaisesti [– –].

- 15 Lain nro 134/2016 264 §:n 1 momentissa säädetään, että viranomaisen on määrättävä hankintaviranomaiselle 254 §:n mukaisessa hakemusta koskevassa menettelyssä sopimuksen täytäntöönpanoa koskeva kiello, jos julkisia hankintoja koskeva sopimus tai puitejärjestely on tehty 254 §:n 1 momentissa tarkoitettua menettelyä noudattaen. Sopimus, jonka osalta viranomainen määrää täytäntöönpanokiellon ilman 3 kohdan mukaista menettelyä, on alusta alkaen pätemätön. Edellä mainitun säännöksen 2 kohdassa säädetään, että julkisia hankintoja koskeva sopimus on pätemätön tämän lain rikkomisen vuoksi vain silloin, kun viranomainen määrää sopimuksen 1 kohdan nojalla täytäntöönpanokiellon. Tämä ei koske muista syistä johtuvaa pätemättömyyttä.
- 16 Lain nro 134/2016 257 §:n j kohdan mukaan viranomaisen on keskeytettävä päätöksellä aloitettu menettely, jos hankintaviranomainen on tehnyt hallinnollisen menettelyn aikana sopimuksen muutoksenhaun kohteena olevan julkisen hankinnan kohteen täytäntöönpanosta.
- 17 Hallintokoodeksista annetun lain (zákon správní řád) nro 500/2004 (jäljempänä laki nro 500/2004) 61 §:n mukaan hallintoviranomainen voi viran puolesta tai asianosaisen pyynnöstä määrätä päätöksellä ennen menettelyn päättymistä välitoimen, jos se on tarpeen asianosaisten olosuhteiden väliaikaiseksi sääntelemiseksi [– –]. Välitoimella voidaan määrätä asianosainen tai muu henkilö tekemään jotakin, pidättäytymään jostakin tai sietämään jotakin taikka takavarikoimaan todisteena käytettävä asia tai asia, joka voi olla pakkotäytäntöönpanon kohteena (1 momentti). Päätös asianosaisten välitoimia koskevasta pyynnöstä on tehtävä 10 päivän kuluessa. Päätös annetaan tiedoksi vain sille, jota se koskee, ja tarvittaessa toiselle asianosaiselle, joka on sitä pyytänyt. Välitoimea koskevasta päätöksestä tehdyllä muutoksenhaulla ei ole lykkäävää vaikutusta; muutoksenhaun voi tehdä vain se osapuoli, jolle päätös on annettu tiedoksi (2 momentti). Hallintoviranomaisen on kumottava välitoimi päätöksellä viipymättä sen jälkeen, kun syy, jonka vuoksi se on määrätty, on päätynyt. Jos se ei tee niin, välitoimi lakkaa olemasta voimassa sinä päivänä, jona asiassa tehty päätös tulee täytäntöönpanokelpoiseksi tai sillä on muita oikeusvaikutuksia (3 momentti).
- 18 Hallintolainkäyttökoodeksista annetun lain (zákon soudní řád správní) nro 150/2002 (jäljempänä laki nro 150/2002) 38 §:ssä säädetään, että jos menettelyn aloittamista koskeva hakemus on jätetty ja jos asianosaisten olosuhteita on tarpeen säädellä väliaikaisesti uhkaavan vakavan vahingon vuoksi, tuomioistuin voi määräyksellä määrätä asianosaiset tilapäistä oikeussuojaa koskevan hakemuksen perusteella tekemään jotakin, pidättäytymään jostakin tai sietämään jotakin. Samoista syistä tuomioistuin voi asettaa tällaisen velvoitteen kolmannelle osapuolelle, jos sitä voidaan kohtuudella vaatia tekemään niin (1 momentti). Tuomioistuin pyytää tarvittaessa muilta asianosaisilta huomautuksia

välitoimihakemukseen (2 momentti). Tuomioistuimen on tehtävä ratkaisu välitoimihakemuksesta ilman aiheetonta viivytystä; jos hakemuksen pidempään tutkimiseen ei liity vaaraa, sen on tehtävä päätös 30 päivän kuluessa hakemuksen jättämisestä. Välitoimihakemuksen hyväksymistä koskeva välipäätös on aina perusteltava (3 momentti). Tuomioistuin voi kumota välitoimipäätöksen tai muuttaa siitä, jos olosuhteet muuttuvat, vaikka asianmukaista hakemusta ei olisi tehty. Välitoimen voimassaolo päättyy viimeistään sinä päivänä, jona tuomioistuimen päätös menettelyn lopettamisesta tulee täytäntöönpanokelpoiseksi (4 momentti).

- 19 Lain nro 150/2002 72 §:n 1 momentin mukaan kanne voidaan nostaa kahden kuukauden kuluessa siitä, kun päätös on annettu kantajalle tiedoksi toimittamalla kirjallinen kappale tai muulla laissa säädetyllä tavalla, jollei erityisessä laissa säädetä muusta määräajasta.
- 20 Lain nro 150/2002 78 §:n 1 momentin säännöksistä seuraa, että jos kanne on perusteltu, tuomioistuin kumoo riidanalaisen päätöksen lainvastaisuuden tai menettelyvirheiden perusteella. Tuomioistuin kumoo riidanalaisen päätöksen niin ikään lainvastaisuuden perusteella, jos se katsoo, että hallintoviranomainen on ylittänyt lakisääteisen harkintavaltansa rajat tai on käyttänyt sitä väärin. Lisäksi 4 momentissa säädetään, että jos tuomioistuin kumoo päätöksen, se ilmoittaa samalla, että asia palautetaan vastaajalle jatkokäsittelyä varten.

III. Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu

- 21 Käsiteltävänä olevassa asiassa tuomioistuimella on epäilyksiä siitä, onko Tšekin lainsäädäntö direktiivin 89/665/ETY vaatimusten ja perusoikeuskirjan 47 artiklan mukaisen tuomioistuinvalvonnan tehokkuuden varmistamista koskevan vaatimuksen mukainen, jos se sallii hankintaviranomaisen tehdä julkisia hankintoja koskevan sopimuksen ennen kuin viranomaisen muutoksenhakua koskevan päätöksen tuomioistuinvalvonta on pantu vireille tai ennen kuin tuomioistuin voi päättää määrätä välitoimen, jolla hankintaviranomaista kielletään tekemästä sopimusta siihen asti, kunnes kanteen johdosta annettava päätös on lainvoimainen.
- 22 Jos tarjoaja suljetaan pois hankintamenettelystä, kuten tässä tapauksessa, poissuljetun tarjoajan hakemusta viranomaisessa koskevan menettelyn aikana on voimassa 60 päivän pituinen estoaika, jonka aikana hankintasopimusta ei voida tehdä (lain nro 134/2016 246 §:n 1 momentin d kohta). Viranomainen voi pidentää tätä määräaikaa määräämällä lain nro 500/2004 61 §:n mukaisen välitoimen, jolla hankintaviranomaista kielletään tekemästä julkista hankintaa koskevaa sopimusta siihen asti, kunnes hakemuksesta tehdystä viranomaisen päätöksestä on tullut lainvoimainen. Välitoimen voimassaolo päättyy kuitenkin viimeistään sinä päivänä, jona muutoksenhakua koskeva viranomaisen johtajan päätös tulee lainvoimaiseksi. Kun viranomaisen johtajan päätös muutoksenhausta on saanut lainvoiman, mikään ei estä hankintaviranomaista tekemästä julkista

hankintaa koskevaa sopimusta. Tämä johtaa usein tilanteisiin, joissa hankintaviranomainen tekee julkista hankintaa koskevan sopimuksen ennen kuin muutoksenhakua koskevasta viranomaisen johtajan päätöksestä nostetaan kanne tuomioistuimessa. Kanne hallintotuomioistuimessa voidaan nostaa kahden kuukauden kuluessa siitä, kun toisen asteen hallinnollinen päätös on annettu kantajalle tiedoksi (lain nro 150/2002 72 §:n 1 momentti), ja siihen voidaan liittää välitoimihakemus, joka koskee määräystä, jolla hankintaviranomaista kielletään tekemästä julkista hankintaa koskevaa sopimusta oikeudenkäynnin aikana. Välitoimihakemusta ei voida tehdä ennen kanteen nostamista (lain nro 150/2002 38 §).

- 23 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun välitoimihakemukseen liittyvä kanne koskee julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekemistä, tuomioistuin ei enää määrää välitoimia, koska tällaisessa tilanteessa ei ole enää tarpeen säädellä asianosaisten välisiä suhteita väliaikaisesti (ks. esim. *Krajský soud v Brněn* 26.11.2020 antama ratkaisu, asia 30 Af 66/2020-88). Jos tuomioistuin katsoo, että viranomaisen on arvioinut virheellisesti tarjoajan poissulkemisen laillisuuden, se kumoaa viranomaisen päätöksen lainvastaisuuden vuoksi ja palauttaa asian viranomaiselle jatkokäsittelyä varten (lain nro 150/2002 78 artiklan 1 ja 4 momentti). Jos julkista hankintaa koskeva sopimus on kuitenkin jo tehty, viranomaisen ei sen jälkeen, kun tuomioistuin on palauttanut asian sille jatkokäsittelyä varten, tutki uudelleen hankintaviranomaisen toimia koskevan muutoksenhakuvaatimuksen asiasisältöä tuomioistuimen päätelmien mukaisesti, vaan keskeyttää hakemuksen käsittelyn lain nro 134/2016 257 §:n j kohtaan viitaten. Näin voi syntyä tilanne, jossa tuomioistuin yhtyy hankintamenettelystä poissuljetun tarjoajan väitteeseen, jonka mukaan hankintaviranomaisen menettely, joka johti tarjoajan poissulkemiseen, oli lainvastainen, ja kumoaa viranomaisen toisen asteen päätöksen lainvastaisuuden vuoksi, mutta poissuljetulla tarjoajalla ei ole enää mahdollisuutta saada julkista hankintaa koskevaa sopimusta, koska julkista hankintaa koskeva sopimus on tehty muutoksenhakua koskevan viranomaisen päätöksen lainvoimaiseksi tulon ja tuomioistuimen mahdollisen välitoimia oikeudenkäynnin aikana koskevan päätöksen välisenä aikana. Tšekin lainsäädännön mukaan tällaisella tarjoajalla on oikeus vaatia korvausta hankintaviranomaisen lainvastaisesta menettelystä aiheutuneesta vahingosta ainoastaan siviilituomioistuimissa siviiliprosessikoodeksista annetun lain (*zákon občanský soudní řád*) nro 99/1963 nojalla. Laittomasti hankintamenettelystä poissuljettu tarjoaja voi kuitenkin menestyä vahingonkorvausmenettelyssä vain, jos se pystyy osoittamaan 1) hankintaviranomaisen lainvastaisen toiminnan; 2) vahingon aiheutumisen; 3) syy-yhteyden vahingonaiheuttajan lainvastaisen toiminnan ja vahingon välillä sekä tarvittaessa 4) siviilikodeksista annetun lain (*zákon občanský zákoník*) nro 89/2012 2911 §:ssä mukaisen vahingonaiheuttajan tuottamuksen (vaikka voidaankin viittaamalla unionin tuomioistuimen tuomioon 30.[9].2010, *Strabag ym.* (C- 314/09, EU:C:2010:567) todeta, että tapauksessa, jossa vahinkoa todetaan aiheutuneen julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden rikkomisen johdosta, hankintaviranomainen vastaa automaattisesti tällaisesta vahingosta). Lainvastaisesti poissuljetun tarjoajan on käytännössä usein vaikea todistaa todellisen vahingon syntyminen ja syy-yhteys

hankintaviranomaisen lainvastaisen toiminnan ja vahingon välillä. Pelkkä hankintaviranomaisen lainvastaisen toiminnan aiheuttaman vahingon mahdollisuus ei riitä, vaan on osoitettava varmuudella, että vahinko on todella aiheutunut ja että sillä on syy-yhteys.

- 24 Tšekin lainsäädännön mukaan viranomaisen on direktiivissä 89/66/ETY tarkoitettu ”muutoksenhakuelin”. Tästä osoituksena on myös lain nro 134/2016 246 §:ään sisältyvä säännös, joka sisältää määräajat, jotka estävät hankintaviranomaista tekemästä hankintasopimusta viranomaisen menettelyn aikana. Viranomaista ei kuitenkaan voida pitää perusoikeuskirjan 47 artiklassa tarkoitettuna riippumattomana ja puolueettomana, etukäteen laillisesti perustettuna tuomioistuimena.
- 25 Euroopan unionin tuomioistuin katsoi tuomiossa 21.12.2021, Randstad (C-497/20, EU:C:2021:1037, 73 kohta), että direktiivin 89/665/ETY 2 a artiklan 2 kohtaa on tulkittava perusoikeuskirjan 47 artiklan toisen kohdan valossa. Näin ollen unionin tuomioistuimen mukaan direktiivin 89/665/ETY 2 a artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna ilmaisuna ”riippumaton muutoksenhakuelin” on siten sen määrittämiseksi, onko tarjoajan poissulkeminen tullut lopulliseksi, ymmärrettävä tarkoitettavan perusoikeuskirjan 47 artiklassa tarkoitettua riippumatonta ja puolueetonta tuomioistuinta, joka on etukäteen lailla perustettu.
- 26 Tarve tulkita riippumattoman muutoksenhakuelimen käsitettä perusoikeuskirjan 47 artiklan valossa ilmenee myös unionin tuomioistuimen tuomiosta 15.9.2016, SC Star Storage SA (C- 439/14 ja C- 488/14, EU:C:2016:688), joka koski sekä direktiivin 89/665/ETY että vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 92/13/ETY tulkintaa. Edellä mainitun tuomion 41 kohdassa sanotaan, että direktiivillä ”pyritään siten varmistamaan, että kaikissa jäsenvaltioissa on tehokkaita muutoksenhakukeinoja, jotta taataan julkisia hankintoja koskevien unionin sääntöjen tehokas soveltaminen, erityisesti siinä vaiheessa, jona rikkomiset voidaan vielä korjata”. Jäsenvaltiot ovat unionin tuomioistuimen mukaan velvollisia takaamaan ”ehdokkaille ja tarjoajille, joita hankintaviranomaisten päätökset ovat loukanneet [– –] perusoikeuskirjan 47 artiklassa vahvistetun tehokkaita oikeussuojakeinoja ja puolueetonta tuomioistuinta koskevan oikeuden kunnioittami[s]en” (ks. kohta 46).
- 27 Jos katsottaisiin, että direktiivin 89/665/ETY 2 a artiklan 2 kohdassa ja 2 artiklan 3 kohdassa tarkoitettuna riippumattoman muutoksenhakuelimen on oltava riippumaton tuomioistuin, Tšekin lainsäädäntö, jossa sallitaan julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekeminen välittömästi viranomaisen johtajan muutoksenhausta tekemän päätöksen tultua lainvoimaiseksi eli ennen menettelyn aloittamista perusoikeuskirjan 47 artiklassa tarkoitettuna laillisesti perustettuna tuomioistuimessa, on ristiriidassa direktiivin 89/665/ETY 2 a artiklan 2 kohdan kanssa ja se ei tarjoaisi julkisesta hankinnasta poissuljetuille tarjoajille tehokasta muutoksenhakumahdollisuutta tuomioistuimessa. Perusoikeuskirjan 47 artiklassa

vahvistettu vaatimus tehokkaista oikeussuojakeinoista ilmenee sekä tuomion Randstad 57–58 kohdasta että esimerkiksi unionin tuomioistuimen tuomion 17.7.2014, Sánchez Morcillo ja Abril García (C- 169/14, EU:C:2014:2099) 35–36 kohdasta.

- 28 Arviointi siitä, onko kansallinen lainsäädäntö direktiivin 89/665/ETY vaatimusten mukainen, on ratkaisevaa tuomioistuimen menettelyssä, jossa se tarkastelee riidanalaisen päätöksen lainmukaisuutta. Jos unionin tuomioistuin katsoisi, ettei Tšekin lainsäätäjät ole pannut direktiiviä riittävällä tavalla täytäntöön, ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin katsoo, että sen olisi velvoitettava viranomaista noudattamaan sitovaa oikeudellista kantaansa, jos riidanalainen päätös todetaan lainvastaiseksi, mikä johtaisi siihen, ettei kyseiseen rikkomiseen johtavia kansallisen oikeuden säännöksiä sovelleta (ks. unionin tuomioistuimen tuomion 18.5.2021, yhdistetyissä asioissa Asociația ”Forumul Judecătorilor din România” ym. v. Inspectoră Judiciară ym. (C- 83/19, C- 127/19, C- 195/19, C- 291/19, C- 355/19 ja C- 397/19, EU:C:2021:393) 250–251 kohta). Käsiteltävänä olevassa tapauksessa ainoa tuomioistuinvalvonnan tehokkuusperiaatteen mukainen mielekäs seuraus vaikuttaisi olevan, että viranomaisen ei sen jälkeen, kun tuomioistuin on kumonnut sen päätöksen laittomana ja palauttanut päätöksen jatkokäsittelyä varten, soveltaisi lain nro 134/2016 257 §:n j kohdan ja lain nro 134/2016 257 §:n j kohtaan sisältyvää sääntöä, joka koskee mahdollisuutta päättää menettely julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekemisen jälkeen, vaan katsoisi ennen kanteen nostamista tehdyn sopimuksen pätemättömäksi ja määräisi sopimuksen täytäntöönpanokieltoon soveltaen soveltuvin osin lain nro 134/2016 254 §:n 1 momentin b kohtaa yhdessä 264 §:n 1 ja 2 momentin kanssa. Tämän jälkeen viranomaisen arvioisi uudelleen tarjoajan poissulkemisen laillisuutta tuomioistuimen sitovan oikeudellisen lausunnon mukaisesti. Näin kantaja säilyttäisi mahdollisuuden menestyä julkisessa hankintamenettelyssä.

IV. Päätelmät

- 29 [– –]
 30 [– –]
 31 [– –]
 [– –]