Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MELCHIOR WATHELET
3 päivänä maaliskuuta 2016[1]

Asia C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
vastaan
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal

(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunal Central Administrativo Sul (Etelä-Portugalin ylempi hallintotuomioistuin))

Ennakkoratkaisupyyntö — Julkiset hankinnat — Direktiivi 2004/18/EY — 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohta — Välitön oikeusvaikutus — Sopimusten tekomenettely — Talouden toimijat — Tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys — Näyttö

I Johdanto

1. Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA:n (jäljempänä Ambisig) ja AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombalin (jäljempänä AICP) välisessä oikeudenkäynnissä.

2. Tämä ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY[2] 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan tulkintaa.

3. Tämä säännös koskee kyseisestä hankintasopimuksesta kiinnostuneilta toimijoilta vaadittavan teknisen ja/tai ammatillisen pätevyyden todistamista. Tribunal Central Administrativo Sul (Etelä-Portugalin ylempi hallintotuomioistuin) kysyy unionin tuomioistuimelta yhtäältä säännöksen mahdollisesta välittömästä oikeusvaikutuksesta ja toisaalta direktiivissä säädettyjen todistamista koskevien menettelytapojen järjestelystä.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Unionin oikeus*

4. Direktiivin 2004/18 II osastossa annetaan julkisiin hankintoihin sovellettavat säännöt. Laadulliset valintaperusteet esitetään sen VII luvun 2 jaksossa, johon muun muassa 45 ja 48 artikla kuuluvat.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.
2 — EUVL L 134, s. 114.

5. Direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa säädetään, että talouden toimija, ”joka on tämän luvun soveltamiseksi vaadittavia tietoja ilmoittaessaan vakavalla tavalla syyllistynyt väärien tietojen antamiseen tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen”, voidaan sulkea pois kyseisestä hankintamenettelystä.

6. Direktiivin 2004/18 48 artiklan, jonka otsikkona on ”Tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys”, sanamuoto on seuraava:

”1. Taloudellisten toimijoiden tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys arvioidaan ja todennetaan 2 ja 3 kohdan mukaisesti.

2. Taloudellisten toimijoiden tekninen pätevyys voidaan osoittaa yhdellä tai useammalla seuraavista tavoista rakennusurakoiden, tavarahankintojen tai palvelujen luonteen, määrän tai laajuuden ja käyttötarkoituksen mukaan:

– –

ii) luettelo viimeksi kuluneiden kolmen vuoden merkittävimmistä suoritetuista tavarantoimituksista tai palveluista sekä tiedot niiden arvosta, ajankohdasta sekä julkisesta tai yksityisestä vastaanottajasta. Osoitukseksi toimituksista ja palveluista on esitettävä:

— toimivaltaisen viranomaisen antama tai vahvistama todistus, kun tuotteiden tai palvelujen vastaanottajana on ollut hankintaviranomainen,

— ostajan antama todistus tai, jollei tällaista ole, pelkästään talouden toimijan antama vakuutus, kun vastaanottajana on ollut yksityinen ostaja;

– – –”

B *Portugalin oikeus*

1. Julkisista hankinnoista annettu koodeksi

7. Direktiivi 2004/18 on saatettu osaksi Portugalin oikeusjärjestystä julkisista hankinnoista annetulla koodeksilla (Código dos Contratos Públicos), joka on hyväksytty 29.1.2008 annetulla asetuksella (decreto-lei) nro 18/2008, sellaisena kuin se on muutettuna ja julkaistuna uudelleen 2.10.2009 annetun asetuksen (decreto-lei) nro 278/2009 (Diário da República, ensimmäinen sarja, nro 192, 2.10.2009; jäljempänä julkisista hankinnoista annettu koodeksi) liitteessä.

8. Julkisista hankinnoista annetun koodeksin 165 §:ssä säädetään seuraavaa:

”1 – Edellisen pykälän 1 momentin h kohdassa tarkoitetut teknistä pätevyyttä koskevat vähimmäisvaatimukset on mukautettava julkisesta hankinnasta tehtävän sopimuksen suoritusten luonteen mukaan ja niiden on liityttävä tilanteisiin, pätevyyteen, ominaispiirteisiin tai muihin tosiseikkoihin, jotka koskevat erityisesti

a) ehdokkaiden ammattikokemusta

b) henkilö-, teknologia- ja laitteistoresursseja tai muita resursseja, joita ehdokkaat käyttävät millä perusteella hyvänsä

c) ehdokkaiden organisaatiomalleja ja -kapasiteettia, erityisesti johtoa ja erityisosaamista organisaation sisällä, tietotekniikan tukijärjestelmiä ja laadunvalvontajärjestelmiä

d) ehdokkaiden kykyä toteuttaa ympäristönhallintatoimenpiteitä julkisesta hankinnasta tehtävän sopimuksen täytäntöönpanon yhteydessä

e) Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P:n tietokantaan sisältyviä yrittäjiä koskevia tietoja, kun kyse on rakennusurakkaa tai julkista käyttöoikeusurakkaa koskevan sopimuksen tekemisestä.

– –

5 – 1 momentissa tarkoitettuja teknistä pätevyyttä koskevia vähimmäisvaatimuksia ja edellisen pykälän 1 momentin i kohdassa tarkoitettua tekijää ’f’ ei saa vahvistaa syrjivällä tavalla.”

2. Hankintailmoitus

9. Hankintailmoituksen 12 artiklassa määrätään seuraavaa:

”Ehdokkaiden on esitettävä valituksi tulemista varten seuraavat ehdokkuutta koskevat asiakirjat:

– –

c) tämän hankintailmoituksen liitteessä VIII olevan todistusmallin mukainen asiakkaan antama todistus asiakkaan tunnuksella ja leimalla varustetulla paperilla, joka osoittaa ehdokkaaksi hakevan toteuttaneen [hankintailmoituksen 8 artiklassa vaaditun] ympäristönhallintajärjestelmän ja/tai laadunvalvontajärjestelmän. Todistuksessa on oltava notaarin, asianajajan tai muun toimivaltaisen tahon oikeaksi todistama allekirjoitus ja maininta allekirjoittajan asemasta

– –

f) tämän hankintailmoituksen liitteessä IX olevan todistusmallin mukainen asiakkaan antama todistus asiakkaan tunnuksella ja leimalla varustetulla paperilla, joka osoittaa ehdokkaaksi hakevan toteuttaneen [hankintailmoituksen 8 artiklassa vaaditut] hallintajärjestelmät, kehittäneen ja toteuttaneen verkkoteknologia-alustan, hallintajärjestelmäohjelmistot ja koordinointitoimet ja jossa mainitaan kyseinen arvo. Todistuksessa on oltava notaarin, asianajajan tai muun toimivaltaisen tahon oikeaksi todistama allekirjoitus ja maininta allekirjoittajan asemasta – –.”

III Pääasian tosiseikat

10. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan AICP päätti käynnistää 23.4.2013 esivalintaan perustuvan rajoitetun tarjouspyyntömenettelyn ympäristönhallinta- ja laatujärjestelmien sekä teknologia-alustan toteuttamista koskevien palvelujen suorittamista koskevan hankintasopimuksen tekemiseksi.

11. Hankintailmoituksen 8 artiklan 1 kohdan a ja c alakohdan mukaan ehdokkaiden oli täytettävä useat niiden teknistä pätevyyttä koskevista kumulatiivisista edellytyksistä.

12. Hankintailmoituksen 12 artiklan 1 kohdan c ja f alakohdassa määrätään, että ehdokkaiden on valituksi tulemista varten todistettava näiden edellytysten täyttyminen asiakkaiden antamilla ja asiakkaiden tunnuksella ja leimalla varustetulle paperille laadituilla todistuksilla. Todistuksissa on oltava myös notaarin, asianajajan tai muun toimivaltaisen tahon oikeaksi todistama allekirjoitus ja maininta allekirjoittajan asemasta.

13. AICP hyväksyi 30.8.2013 tarjouspyynnön osalta valintalautakunnan valintaa koskevan loppukertomuksen. Kertomuksessa valittiin ehdokkuuksista Índice ICT & Management Lda -nimisen yhtiön ehdokkuus ja suljettiin pois menettelystä kaksi muuta ehdokkuutta, joista toinen oli Ambisigin ehdokkuus.

14. Tribunal Central Administrativo Sul (Etelä-Portugalin ylempi hallintotuomioistuin) kumosi 14.11.2013 antamallaan tuomiolla syistä, joita ei mainita ennakkoratkaisupyynnössä, tämän päätöksen. Se määräsi lisäksi, että AICP:n oli tehtävä 20 päivän kuluessa uusi päätös menettelyn valinnasta ja laadittava uusi hankintailmoitus, josta oli poistettu todetut lainvastaisuudet sekä toteutettava kaikki tähän liittyvät toimet ja toimenpiteet.

15. Tämän tuomion mukaisesti AICP päätti 10.12.2013 käynnistää uuden esivalintaan perustuvan rajoitetun tarjouspyyntömenettelyn 13 yrityksessä ympäristönhallinta- ja laatujärjestelmien sekä teknologia-alustan toteuttamista koskevien palvelujen suorittamista koskevan hankintasopimuksen tekemiseksi.

16. Uuden valintamenettelyn päätyttyä AICP:n johto päätti 27.3.2014 hyväksyä valintalautakunnan laatiman valintaa koskevan loppukertomuksen, jossa valintalautakunta valitsi Índice ICT & Management Lda:n ehdokkuuden ja sulki Ambisigin ehdokkuuden pois menettelystä.

17. Ambisig nosti päätöksestä kanteen Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiriassa (Leirian hallinto- ja veroasioita käsittelevä tuomioistuin, Portugali), joka kumosi päätöksen 11.6.2014. Ambisig riitautti kuitenkin ratkaisun saman tuomioistuimen kollegiaalisessa tuomiokokoonpanossa sillä perusteella, että ratkaisussa oli virheellisesti hylätty kanneperusteet, jotka koskivat erityisesti hankintailmoituksen 12 artiklan 1 kohdan c ja f alakohdan yhteensopimattomuutta direktiivin 2004/18 48 artiklassa tarkoitettujen todistamista koskevien vaatimusten sekä julkisista hankinnoista annetusta koodeksista seuraavien kilpailu-, puolueettomuus- ja suhteellisuusperiaatteiden kanssa.

18. Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Leirian hallinto- ja veroasioita käsittelevä tuomioistuin) hylkäsi 6.8.2014 antamallaan tuomiolla Ambisigin esittämän oikaisuvaatimuksen ja pysytti siten 11.6.2014 antamansa ratkaisun. Ambisig päätti riitauttaa tuomion Tribunal Central Administrativo Sulissa (Etelä-Portugalin ylempi hallintotuomioistuin).

19. Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty tämän muutoksenhaun yhteydessä. Tribunal Central Administrativo Sul (Etelä-Portugalin ylempi hallintotuomioistuin) esittää nimittäin joitakin epäilyksiä direktiivin 2004/18 48 artiklassa olevien todistamista koskevien vaatimusten ulottuvuudesta ja siitä, soveltuvatko hankintailmoituksen vaatimukset yhteen tämän artiklan kanssa.

IV Ennakkoratkaisupyyntö ja menettely unionin tuomioistuimessa

20. Tribunal Central Administrativo Sul (Etelä-Portugalin ylempi hallintotuomioistuin) päätti 29.1.2015 tekemällään ja unionin tuomioistuimeen 5.2.2015 saapuneella päätöksellä siten lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Kun Portugalin lainsäädännössä ei säännellä – – direktiivin 2004/18 – – 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan sisältämää asiakysymystä, voidaanko kyseistä luetelmakohtaa soveltaa välittömästi Portugalin oikeusjärjestyksessä siten, että siinä annetaan yksityisille oikeus, johon ne voivat vedota hankintaviranomaisia vastaan?

2) Onko direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan säännöstä tulkittava siten, että se on esteenä hankintaviranomaisten asettamien sellaisten määräysten soveltamiselle, joiden mukaan talouden toimija ei voi osoittaa, että se on suorittanut palveluita, itse allekirjoittamallaan vakuutuksella, ellei se todista, että todistuksen saaminen yksityiseltä ostajalta on mahdotonta tai erittäin vaikeaa?

3) Onko direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan säännöstä tulkittava siten, että se on esteenä hankintaviranomaisten asettamien sellaisten määräysten soveltamiselle, joissa vaaditaan menettelyn ulkopuolelle sulkemisen uhalla, että yksityisen ostajan antamassa todistuksessa on notaarin, asianajajan tai muun toimivaltaisen tahon oikeaksi todistama allekirjoitus?”

21. Ambisig, Portugalin hallitus ja Euroopan komissio esittivät kirjalliset huomautukset. Portugalin hallitus ja komissio esittivät kantansa lisäksi suullisesti 28.1.2016 pidetyssä suullisessa käsittelyssä.

V Asian tarkastelu

A *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

22. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää ensimmäisellä kysymyksellään, onko direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toista luetelmakohtaa tulkittava siten, että silloin, kun sitä ei ole pantu täytäntöön valtion sisäisessä oikeudessa, sillä annetaan yksityisille oikeuksia, joihin ne voivat vedota hankintaviranomaisia vastaan kansallisissa tuomioistuimissa vireille saatetuissa asioissa. Näin ollen on selvitettävä, onko tällä säännöksellä mahdollisesti välitön oikeusvaikutus.

1. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan välittömän oikeusvaikutuksen selvittäminen

23. Edellytykset ja rajat direktiivin säännösten välittömän oikeusvaikutuksen tunnustamiselle ovat tiedossa. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on niin, että aina, kun direktiivin säännökset ovat sisällöltään ehdottomia ja riittävän täsmällisiä, yksityiset voivat kansallisissa tuomioistuimissa vedota niihin valtiota vastaan, jos valtio ei ole saattanut direktiiviä osaksi kansallista oikeusjärjestystä määräajassa tai jos se on saattanut direktiivin osaksi kansallista oikeusjärjestystä virheellisesti.[3]

24. Unionin oikeuden säännös katsotaan ehdottomaksi, mikäli siinä säädetään velvollisuus, johon ei ole liitetty mitään ehtoja ja jonka täytäntöönpano tai vaikutukset eivät riipu Euroopan unionin toimielinten eivätkä jäsenvaltioiden toimista.[4]

25. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta näyttää mielestäni täyttävän edellä esitetyt ehdottomuutta ja täsmällisyyttä koskevat edellytykset. Tämä säännös ei nimittäin vaadi mitään lisätoimia sen soveltamiseksi siltä osin kuin siinä säädetään yhtäältä, että talouden toimijoiden tekninen pätevyys voidaan osoittaa sellaisella luettelolla viimeksi kuluneiden kolmen vuoden merkittävimmistä suoritetuista tavarantoimituksista tai palveluista, josta käy ilmi niiden

3 — Ks. vastaavasti lukuisista tuomioista tuomio Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, 18 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

4 — Ks. vastaavasti tuomio Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, 32 kohta) ja tuomio Larentia + Minerva ja Marenave Schiffahrt (C-108/14 ja C-109/14, EU:C:2015:496, 49 kohta).

arvo, ajankohta sekä asianomainen julkinen tai yksityinen vastaanottaja, ja toisaalta siltä osin kuin siinä täsmennetään, että palvelun suorittaminen voidaan osoittaa ostajan antamalla todistuksella tai, jollei tällaista ole, pelkästään talouden toimijan antamalla vakuutuksella, kun vastaanottajana on ollut yksityinen ostaja.

26. Oikeuskäytännössä on lisäksi jo todettu, että yksityinen pystyi vetoamaan kansallisissa tuomioistuimissa julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26.7.1971 annetun neuvoston direktiivin 71/305/ETY [5] 26 artiklaan, ”koska mikään erityinen täytäntöönpanotoimenpide ei ollut tarpeen [siinä asetettujen] edellytysten noudattamiseksi”. [6] Vaikka tämä direktiivin 71/305 artikla koski ainoastaan rakennusurakoita eikä palveluhankintoja, tässä säännöksessä säädetyt teknisen pätevyyden osoittamista koskevat säännöt voidaan katsoa niiden ehdottomuuden ja täsmällisyyden suhteen analogisiksi direktiivin 2004/18 48 artiklassa olevien sääntöjen kanssa.

27. Lisään vielä, että unionin tuomioistuin on myös katsonut yleisellä tavalla, että yksityinen pystyi vetoamaan kansallisessa tuomioistuimessa julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY [7] VI osaston säännöksiin ”sikäli kuin niiden sanamuodon tapauskohtainen tutkinta osoittaa ne ehdottomiksi sekä riittävän selkeiksi ja täsmällisiksi”. [8] Näihin säännöksiin kuului kuitenkin 32 artikla, jonka 2 kohdassa jo säädettiin, että palvelujen suorittajan tekninen pätevyys voitiin osoittaa ”luettelolla tärkeimmistä palveluista sekä tiedoilla niiden arvosta, ajankohdasta sekä julkisesta tai yksityisestä vastaanottajasta viimeksi kuluneilta kolmelta vuodelta [ja että] yksityisille ostajille suoritetut palvelut o[li] hankkijan todistettava suoritetuiksi, tai jollei tämä ol[lut] mahdollista, palvelujen suorittajan o[li] pelkästään vakuutettava palvelut suoritetuiksi”.

28. On kuitenkin todettava, että tämä säännös on otettu lähes identtisenä direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohtaan. Näin ollen viimeksi mainittu säännös näyttää minusta ehdottomalta ja riittävän täsmälliseltä, jotta siihen voidaan vedota kansallisissa tuomioistuimissa.

2. Tarve määritellä hankintaviranomainen ”valtioksi”

29. Jotta Ambisig voisi vedota kansallisessa tuomioistuimessa direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toiseen luetelmakohtaan, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on varmistettava, että pääasiassa kyseessä oleva hankintaviranomainen ei ole ”yksityinen”.

30. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan direktiivillä ei nimittäin sellaisenaan voida luoda velvollisuuksia yksityiselle. Siihen ei näin ollen sellaisenaan voida vedota tällaista henkilöä vastaan kansallisessa tuomioistuimessa. [9]

31. Vaikka direktiivin sellaisiin säännöksiin, joilla on välitön oikeusvaikutus, voidaan näin ollen vedota ainoastaan valtiota vastaan, sillä, missä asemassa valtio toimii, ei ole merkitystä. [10]

5 — EYVL L 185, s. 5.

6 — Tuomio Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, 43 kohta).

7 — EYVL L 209, s. 1.

8 — Tuomio Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, 47 kohta).

9 — Ks. vastaavasti tuomio Marshall (152/84, EU:C:1986:84, 48 kohta); tuomio Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, 20 kohta) ja tuomio Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, 22 kohta).

10 — Ks. vastaavasti tuomio Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, 23 kohta).

32. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä todetaan, että ”laitos, jolle on sen oikeudellisesta muodostaan riippumatta viranomaisen toimella annettu tehtäväksi julkisen edun mukaisen palvelun tuottaminen tämän määräysvallan alaisuudessa ja jolla tätä varten on erityisiä toimivaltuuksia, jotka poikkeavat yksityisten välisiin suhteisiin sovellettavista oikeussäännöistä, kuuluu - - sellaisten yksiköiden joukkoon, joita vastaan voidaan vedota sellaisiin direktiivin säännöksiin, joilla voi olla välittömiä oikeusvaikutuksia”. [11]

33. Pääasiassa kyseessä olevan hankintaviranomaisen nimestä näyttää seuraavan, että kyse on puhtaasta yksityisestä yritysten yhdistyksestä, joka ei tarjoa yleisen edun mukaisia palveluja eikä sillä ainakaan ole erityisiä toimivaltuuksia näiden tehtävien suorittamista varten.

34. Portugalin hallituksen asiamies vahvisti 28.1.2016 pidetyssä suullisessa käsittelyssä unionin tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin antamassaan vastauksessa, että AICP oli yksityisoikeuden mukaan perustettu yhdistys, joka ei harjoittanut ja jolle ei ollut uskottu yleisen edun mukaisia tehtäviä. Asiamiehen selityksen mukaan AICP:n toimintaan sovelletaan julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä vain siitä syystä, että sen toimintaa rahoitetaan pääosin julkisista varoista. [12]

35. Tribunal Central Administrativo Sulin (Etelä-Portugalin ylempi hallintotuomioistuin) on näin ollen tutkittava, oliko AICP pääasian tosiseikkojen tapahtuma-aikaan laitos, jonka tehtäväksi oli annettu viranomaisen määräysvallan alaisuudessa tuottaa julkisen edun mukainen palvelu, ja oliko kyseisellä yritysten yhdistyksellä tätä varten käytössään tällaisia erityisiä toimivaltuuksia. [13]

36. Jollei näin ole, sitä vastaan ei voida vedota direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toiseen luetelmakohtaan. Tässä tapauksessa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on kuitenkin soveltaa unionin oikeuden mukaisen tulkinnan periaatetta ja tulkita kaikkia kansallisen oikeuden relevantteja säännöksiä mahdollisimman pitkälle direktiivin 2004/18 sanamuodon ja tarkoituksen mukaisesti, jotta sillä tarkoitettu tulos saavutettaisiin ja noudatettaisiin siten SEUT 288 artiklan kolmatta kohtaa. [14]

B *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

37. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää toisella kysymyksellään, onko direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta esteenä hankintaviranomaisten asettamien sellaisten määräysten soveltamiselle, joiden mukaan talouden toimija ei voi osoittaa teknistä pätevyyttään itse allekirjoittamallaan vakuutuksella, ellei se todista, että todistuksen saaminen yksityiseltä ostajalta on mahdotonta tai erittäin vaikeaa.

11 — Tuomio Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, 24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

12 — Direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan mukaisesti.

13 — Ks. vastaavasti tuomio Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, 31 kohta).

14 — Ks. vastaavasti tuomio Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, 24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Unionin tuomioistuin on nimenomaisesti vahvistanut tuomioon Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200) johtaneessa yksityisten välisessä asiassa sovellettavien ratkaisujen hierarkian todetessaan, että ”vaikkei kansallista oikeutta voida tulkita [kyseisen] direktiivin mukaisesti – mikä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on selvitettävä – direktiivin [relevanttiin] artiklaan ei voida vedota – – yksityisten oikeussubjektien välisessä riita-asiassa [kyseisessä artiklassa annetun] – – oikeuden täyden vaikutuksen takaamiseksi ja sen vastaisen kansallisten oikeussääntöjen soveltamatta jättämiseksi. Tällaisessa tilanteessa asianosaisella, jonka oikeuksia on loukattu sen vuoksi, että kansallinen oikeus on ristiriidassa unionin oikeuden kanssa, on kuitenkin mahdollisuus vedota tuomioon Frankovich ym. (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428) perustuvaan oikeuskäytäntöön [joka koskee jäsenvaltioiden sopimussuhteen ulkopuolista vastuuta unionin oikeuden rikkomisen johdosta] saadakseen tapauksen mukaan korvauksen kärsimästään vahingosta (ks. tuomio Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, 43 kohta)” (48 kohta). Toisin sanoen on niin, että jos kansallinen tuomioistuin ei pysty yksityisten välisessä riita-asiassa tulkitsemaan kansallista oikeutta sovellettavan direktiivin mukaisesti, se ei voi soveltaa kyseistä direktiiviä mutta ei myöskään jättää soveltamatta sen kanssa ristiriidassa olevaa kansallista oikeutta. Tässä tapauksessa yksityisen, jonka oikeuksia on loukattu, ainoa mahdollisuus saada parannettua tilannetta on saattaa kyseinen jäsenvaltio vastuuseen unionin oikeuden rikkomisesta.

38. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy siten unionin tuomioistuimelta direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisessa luetelmakohdassa sallittujen todistamistapojen mahdollisesta hierarkiasta.

39. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdassa säädetään, että taloudellisten toimijoiden tekninen pätevyys voidaan osoittaa luettelolla viimeksi kuluneiden kolmen vuoden merkittävimmistä suoritetuista tavarantoimituksista tai palveluista. Jos vastaanottajana oli yksityinen ostaja, kyseisen säännöksen toisessa luetelmakohdassa on säädetty kahdesta todistamistavasta sen osoittamiseksi, että nämä liiketoimet (tavaran toimittaminen tai palvelun suorittaminen) ovat tapahtuneet. Todistamistavat ovat ”ostajan antama todistus tai, *jollei tällaista ole*, pelkästään taloudellisen toimijan antama vakuutus”. [15]

40. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan unionin oikeuden säännöksen tai määräyksen tulkitsemisessa on otettava huomioon paitsi sen sanamuoto myös asiayhteys ja sillä lainsäädännöllä tavoitellut päämäärät, jonka osa säännös tai määräys on. [16]

41. Kuten julkisasiamies Trstenjak on todennut asiassa Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99) antamansa ratkaisuehdotuksen 37 kohdassa, tämä tarkoittaa, että ”säännöksen sanamuoto on aina jokaisen tulkinnan *lähtökohta* ja samalla raja”. [17] Yhdyn lisäksi julkisasiamies Léger’n tekemään tarkennukseen, jonka mukaan muut kuin säännöksen sanamuotoon perustuvat tulkinnat eivät ole tarpeen silloin, kun kyseessä oleva säännös on täysin selvä ja yksiselitteinen. ”Tällaisessa tapauksessa nimittäin [unionin] oikeuden säännökset riittävät sellaisenaan”. [18]

42. Esillä olevassa asiassa on todettava, että direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohta on vaaditulla tavalla selvä ja yksiselitteinen kaikissa kieliversioissa.

43. Tässä säännöksessä käytetty ilmaisu ”jollei tällaista ole” tarkoittaa ”jonkun poissa ollessa”, [19] ”jonkun sijasta” tai vielä ”jonkin puuttuessa”. [20] Sitä ei voida siten tulkita muutoin kuin että sillä asetetaan asiat hierarkiajärjestykseen. Konkreettisesti tämä tarkoittaa, että todistamistapa, joka seuraa sanamuotoa ”jollei tällaista ole” – eli talouden toimijan antama vakuutus – on siten välttämättä toissijainen sen edellä olevaan todistamistapaan, eli ostajan antamaan todistukseen, nähden.

44. Tietyt kieliversiot ovat vielä täsmällisimpiä siten, ettei niissä tyydytä sanamuotoa ”jollei tällaista ole” vastaavaan analogiseen ilmaisuun vaan sallitaan toimijan antama pelkkä vakuutus vain silloin, kun kyse on nimenomaisesti siitä, että ostajan – edellä tarkoitettua – todistusta ei ole. [21]

45. Lisäksi on niin, että jos talouden toimija voisi vapaasti valita todistamistavan direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii kohdan toisessa luetelmakohdassa sallituista todistamistavoista, sanamuodolla ”jollei tällaista ole” ei olisi mitään merkitystä. Talouden toimijan on nimittäin aina helpompaa laatia itse vakuutus kuin pyytää todistusta kolmannelta.

15 — Kursivointi tässä.

16 — Ks. mm. tuomio Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, 24 kohta); tuomio Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, 13 kohta); tuomio Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, 34 kohta) ja tuomio Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, 35 kohta).

17 — Kursivointi tässä.

18 — Julkisasiamies Léger’n ratkaisuehdotus asiassa Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, 88 kohta). Ks. myös a contario -tulkinnasta tuomio Tecom Mican ja Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, 35 kohta).

19 — Sanakirjan *Le Petit Robert*, 2014, määritelmän mukaan.

20 — Sanakirjan *Larousse.fr* määritelmien mukaan.

21 — Ks. mm. espanjankielinen versio, jossa direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdassa säädetään seuraavaa: ”cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [jollei tätä todistusta ole], simplemente mediante una declaración del operador económico” (kursivointi tässä). Italiankielisessä versiossa sanotaan myös ”in mancanza di tale attestazione”. Saksankielisessä versiossa unionin lainsäätäjä tarkoittaa tilannetta ”falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist”. Kreikankielinen versio on vielä selvempi siltä osin, että siinä tarkoitetaan ostajan antaman todistuksen ”mahdottomuutta”, kun siinä säädetään, että ”εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [jos tämä ei ole mahdollista], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα” (kursivointi tässä).

46. Talouden toimijan antama vakuutus on täten toissijainen todistamistapa silloin, kun todistusta ei ollut mahdollista saada ostajalta. Tässä tapauksessa talouden toimijan tehtävänä on osoittaa, ettei sen ollut mahdollista saada kyseistä todistusta.

47. Koska direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa sallitaan sellaisen talouden toimijan sulkeminen pois hankintamenettelystä, ”joka on tämän luvun soveltamiseksi vaadittavia tietoja ilmoittaessaan vakavalla tavalla syyllistynyt väärien tietojen antamiseen tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen”, hankintaviranomaisen on pystyttävä selvittämään näiden tietojen todenperäisyys tai syyt niiden puuttumiselle.

48. Se, että hankintaviranomaisella on oltava mahdollisuus tähän selvittämiseen, on entistä tärkeämpää siksi, että unionin tuomioistuin on jo todennut yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja siitä johtuvan avoimuusvelvollisuuden, joita hankintaviranomaisten on direktiivin 2004/18 2 artiklan nojalla noudatettava, nojalla, että hankintaviranomaisten on ”noudatettava tarkasti arviointiperusteita, jotka [ne ovat itse vahvistaneet], jolloin [niid]en on suljettava hankinnan ulkopuolelle taloudellinen toimija, joka ei ole toimittanut asiakirjaa tai ilmoittanut tietoa, joiden esittämistä edellytettiin kyseistä hankintaa koskevissa asiakirjoissa menettelyn ulkopuolelle sulkemisen uhalla”. [22]

49. Kuten komissio on korostanut kirjallisissa huomautuksissaan, tämän lisävaatimuksen on kuitenkin oltava suhteellisuusperiaatteen mukainen.

50. Tämä tarkoittaa yhtäältä sitä, että turvautuminen talouden toimijan antamaan vakuutukseen ei voisi olla rajoitettu tapaukseen, jossa ostajan antaman todistuksen saaminen olisi ehdottomasti mahdotonta (kuten esimerkiksi konkurssitapauksessa). Tämän todistuksen saamisen estyminen, kuten pelkkä ostajan perustelematon kieltäytyminen tai se, että ostaja vaatii vastiketta, voisivat riittää. Toisaalta mahdottomuuden näyttäminen on arvioitava konkreettisessa tapauksessa. Vaikka konkurssitapauksessa olisi mahdollista vaatia virallinen asiakirja, pelkkä kirjeenvaihto tai vastaamatta jättäminen (mikä on todistettava esimerkiksi yhdellä tai useammalla muistutuksella) voi riittää ostajan haluttomuuden osoittamiseen.

51. Päädyn katsomaan, että direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta ei ole esteenä hankintaviranomaisten asettamien sellaisten määräysten soveltamiselle, joiden mukaan talouden toimija voi osoittaa teknisen pätevyytensä itse allekirjoittamallaan vakuutuksella ainoastaan silloin, kun se todistaa, että todistuksen saaminen yksityiseltä ostajalta on mahdotonta tai erittäin vaikeaa.

C Kolmas ennakkoratkaisukysymys

52. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy kolmannella kysymyksellään, onko direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta esteenä hankintaviranomaisten asettamien sellaisten määräysten soveltamiselle, joissa vaaditaan menettelyn ulkopuolelle sulkemisen uhalla, että yksityisen ostajan antamassa todistuksessa on notaarin, asianajajan tai muun toimivaltaisen tahon oikeaksi todistama allekirjoitus.

53. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen epävarmuus johtuu direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan portugalinkielisestä sanamuodosta. Siinä mainitaan nimittäin ”declaração *reconhecida* do adquirente”, [23] eli todistus, joka on ”tunnustettu” tai ”varmennettu”. Muissa kieliversioissa ei kuitenkaan ole tällaista adjektiivia direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan sanamuodossa.

22 — Tuomio Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 42 kohta). Ks. myös kyseisen tuomion 43 kohta, jossa viitataan yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteisiin, ja direktiivin 2004/18 2 artikla.

23 — Kursivointi tässä.

54. Unionin tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä katsotaan, että jossakin kieliversiossa käytettyä unionin oikeuden säännöksen sanamuotoa ei voida käyttää tämän säännöksen ainoana tulkintaperusteena eikä sille voida antaa etusijaa muihin kieliversioihin nähden. Unionin oikeuden säännöksiä on nimittäin tulkittava ja sovellettava yhtenäisesti ottaen huomioon kaikki unionin kielillä laaditut versiot. Unionin oikeuden säädöksen erikielisten versioiden poiketessa toisistaan kyseessä olevaa säännöstä on tulkittava sen lainsäädännön systematiikan ja tarkoituksen mukaan, jonka osa säännös on. [24]

55. Kieliversioiden vastaavuus- tai yhdenvertaisuusperiaate ei kuitenkaan mene niin pitkälle, että se estäisi unionin tuomioistuinta sivuuttamasta säännöksen asiayhteyteen perustuvan ja/tai teleologisen tulkinnan perusteella sellaista säännöksen kieliversiota, joka on ristiriidassa kaikkien muiden kieliversioiden yhteisen merkityksen kanssa. [25]

56. Käsiteltävässä asiassa esitettyyn ennakkoratkaisukysymykseen ei selvästikään voida saada selkeää vastausta yksistään muissa kieliversioissa käytetyn käsitteen yhteisestä merkityksestä. Päädyn kuitenkin sen asiayhteyden, jonka osa direktiivin 2004/18 48 artikla on, ja tämän artiklan myöhemmän kehittymisen sekä teleologisen tulkinnan perusteella hyväksymään tulkinnan, jonka mukaan direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisessa luetelmakohdassa ei vaadita yksityisen ostajan antaman sellaisen todistuksen esittämistä, jossa olisi notaarin, asianajajan tai muun toimivaltaisen tahon oikeaksi todistama allekirjoitus.

1. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan sanamuoto

57. Kun direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan eri kieliversioita verrataan keskenään, käy ilmi, että määrite ”reconhecida” (”tunnustettu” tai ”varmennettu”) esiintyy ainoastaan portugalinkielisessä versiossa, joka on myös ainoa versio, jossa tätä samaa käsitettä käytetään kummankin siinä säädetyn todistamistavan kohdalla.

58. Muissa kieliversioissa sana ”vakuutus” on nimittäin varattu jälkimmäiselle tapaukselle (talouden toimijan antama vakuutus) kun taas ensimmäinen tapaus koskee ostajan tavaran toimituksista ja palvelujen suorittamisesta antamaa ”todistusta”. Näin ollen etenkin espanjan-, saksan-, englannin- tai ranskankielisissä versioissa on käsitteet ”certificado” ja ”declaración”, ”Bescheinigung” ja ”Erklärung”, ”certification” ja ”declaration” sekä ”certification” ja ”déclaration”. [26]

59. Se, että direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan kahdesta tapauksesta on käytetty kummassakin tapauksessa eri sanaa, voidaan ymmärtää unionin lainsäätäjän tahdoksi tehdä ero niihin liittyvien todistustaakkojen välillä. Käsitteiden ”todistus” (certification) ja ”vakuutus” (déclaration) vastakohtaisuus kertoo siten suuremmasta muotosidonnaisuudesta säännöksen ensimmäisessä tapauksessa. Tätä tulkintaa tukee portugalinkielisen version sanamuoto, jossa käytetään käsitettä ”déclaration” kahdessa siinä olevassa tapauksessa mutta jossa ainoastaan ensimmäisessä tapauksessa käsitteeseen on liitetty adjektiivi ”tunnustettu” tai ”varmennettu”.

24 — Ks. vastaavasti tuomio Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, 35 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

25 — Ks. vastaavasti Lenaerts, K. ja Guttiérrez-Fons, J. A., ”To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice”, *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, s. 3–61., erityisesti s. 14 ja sivulla 78 olevassa alaviitteessä mainitut kirjoittajat.

26 — Totean, että slovakin kielessä käytetään sanamuotoja ”potvrdením”, joka voidaan kääntää pikemminkin ”vahvistamiseksi” kuin ”todistukseksi”, ja ”vyhlásením”.

60. Ei kuitenkaan voida kokonaan jättää ottamatta huomioon sitä, että direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisessa luetelmakohdassa sallitaan niiden palvelusuoritusten todistaminen, joihin talouden toimija vetoaa, *ostajan* antamalla todistuksella ilman, että siinä viitattaisiin johonkin viralliseen asiakirjaan tai kolmannen väliintuloon. Koska sellainen täsmennys puuttuu, sanan ”todistus” yhteinen merkitys ei tarkoita mitään muuta kuin sitä, että varmistetaan jokin asia kirjallisesti. [27]

61. Näin ollen on todettava, että kyseisen säännöksen sanamuodon tarkastelulla ei voida yksinään päästä kyseisen säännöksen riittävän varmaan tulkintaan.

2. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan systemaattinen tulkinta

62. Ensinnäkin unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä käy ilmi, että direktiivissä 2004/18 säädetään suljetusta järjestelmästä, jolla rajoitetaan hankintaviranomaisten käytettävissä olevia arviointi- ja todentamistapoja ja näin ollen *niiden mahdollisuuksia vaatimusten esittämiseen*. [28]

63. Unionin tuomioistuin on lisäksi täsmentänyt, että jopa avoimessa järjestelmässä (kuten direktiivin 2004/18 47 artiklan 4 kohdassa säädetyssä järjestelmässä siltä osin kuin se koskee ehdokkaiden taloudellisia ja rahoitusta koskevia voimavaroja) hankintaviranomaisten vapaus ei kuitenkaan ollut rajoittamaton ja että valittujen erien oli ”objektiivisesti sovelluttava antamaan tietoja – – näistä voimavaroista – – menemättä kuitenkaan pidemmälle, kuin tässä suhteessa kohtuullisesti on tarpeen”. [29]

64. Sitä suuremmalla syyllä näin on oltava direktiivin 2004/18 48 artiklan suljetussa todistamisjärjestelmässä säädettyjen vaatimusten osalta. Yksityisen ostajan, joka todistaa hankintamenettelyn ehdokkaana olevan talouden toimijan suorittaneen tavarantoimituksen tai palvelunsuorituksen, allekirjoituksen oikeaksi todistamisen edellyttäminen näyttää mielestäni menevän pidemmälle kuin se, mikä on tarpeen kyseisen toimijan teknisen pätevyyden osoittamiseksi, ja olevan muotovaatimusten liioittelua verrattuna talouden toimijan antamaan pelkkään vakuutukseen, joka on direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisessa luetelmakohdassa sallittu toissijainen todistamistapa.

65. Jos hankintaviranomaisella on epäilyksiä sille jätetyn asiakirjan todenperäisyydestä, se voi mielestäni vaatia myös sellaisia lisätietoja, jotka voivat osoittaa toimitetun asiakirjan aitouden. Asiayhteyteen perustuvassa tarkastelussa ei nimittäin saada unohtaa, että direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa sallitaan sellaisen toimijan sulkeminen pois hankintamenettelystä, joka on ”vaadittavia tietoja ilmoittaessaan vakavalla tavalla syyllistynyt väärien tietojen antamiseen”.

66. Sovellettavan säännöstön myöhempi kehittyminen puhuu myös vaaditun todistuksen ei-muodollisen tulkinnan puolesta.

67. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan taustalla oleva ajatus esiteltiin jo direktiivissä 92/50 mutta lievästi erilaisen sanamuodon alla. Direktiivin 92/50 32 artiklan 2 kohdan b alakohdan toisen luetelmakohdan mukaan palvelut, joihin talouden toimija vetoaa teknisen pätevyytensä osoittamiseksi, oli ”*ostajan* todistettava suoritetuiksi”. [30]

27 — Sanakirjan *Le Petit Robert* (2014) mukaan certification (todistus) on ensi sijassa oikeudellinen käsite, joka merkitsee ”kirjallisesti annettua vakuutusta”. Espanjankielessä sanalla ”certificado” viitataan Real Academia Española nettisanakirjan mukaan käsitteeseen ”certificación”, joka voidaan määritellä asiakirjaksi, jossa jonkin seikan todenperäisyys varmistetaan.

28 — Ks. vastaavasti tuomio Édukövízig ja Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, 28 kohta).

29 — Tuomio Édukövízig ja Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, 29 kohta).

30 — Kursivointi tässä.

68. Vaikka ”todistuksen” ajatus on mukana verbissä ”todistaa” institutionaalisen kolmannen suorittaman väliintulon puuttuminen näyttää päinvastoin selvemmältä, koska painopiste oli selvästi ostajan suorittamassa toimessa, sillä ”ostajan” oli todistettava palvelut suoritetuiksi.

69. Lisäksi direktiivin 92/50 portugalinkielisessä versiossa käytettiin jo käsitettä ”declaração” säännöksen kummankin todistamista koskevan tapauksen kohdalla mutta niin, ettei ensimmäisessä tapauksessa käytetty mitään adjektiivia.

70. Direktiivin 92/50 32 artiklan 2 kohdan sanamuotoa ei ollut alun perin ollenkaan muutettu ehdotuksessa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisia tavara- ja palveluhankintoja sekä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (KOM(2000) 275 lopullinen),[31] joka johti direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohtaan.

71. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta sai nykyisen sanamuotonsa vasta sen jälkeen kun Euroopan parlamentti oli sisällyttänyt siihen muutokset, jotka koskivat yhtäältä ryhmittyminä olevien talouden toimijoiden osallistumista ja toisaalta ympäristöön, terveyteen sekä työntekijöiden suojeluun liittyviä huolenaiheita.[32]

72. Näin ollen riidanalaisen säännöksen sanamuodon muuttaminen ei ole mikään peruste, koska muutokseen johtaneena syynä ei ollut lainsäätäjän tahto tiukentaa ostajan talouden toimijan suorittamista palveluista antamaan todistukseen liittyviä todistamista koskevia muotovaatimuksia.

73. Päinvastoin julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18 kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU[33] menee pidemmälle vähentäessään todistamista koskevia muotovaatimuksia poistamalla kaikki viittaukset ostajan antamaan todistukseen.

74. Vastedes kyseisen direktiivin 60 artiklan 4 kohdassa – jolla korvataan direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohta – säädetään pelkästään, että ”talouden toimijoiden teknisestä pätevyydestä voidaan antaa näyttö yhdellä tai useammalla liitteessä XII olevassa II osassa luetelluista tavoista rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen luonteen, määrän tai laajuuden ja käyttötarkoituksen mukaan”.

75. Direktiivin 2014/24 liitteessä XII olevan II osan a alakohdan ii alakohdan mukaan keinot, joilla voidaan todistaa talouden toimijoiden tekninen suorituskyky, ovat ”luettelo merkittävimmistä suoritetuista tavarantoimituksista tai palveluista enintään viimeksi kuluneiden kolmen vuoden ajalta ja tiedot niiden arvosta, ajankohdasta sekä julkisesta tai yksityisestä vastaanottajasta. Jos se on tarpeen riittävän kilpailun varmistamiseksi, hankintaviranomaiset voivat ilmoittaa, että huomioon otetaan todisteet merkityksellisistä tavarantoimituksista tai palvelusuorituksista, jotka on tehty yli kolme vuotta sitten.” Vaatimus, jonka mukaan luettelon mukana olisi oltava ostajan todistus, on siten poistunut.

76. Vaikka direktiiviä 2014/24 ei sovelletakaan pääasiassa, tämä uusi direktiivi, jolla direktiivi 2004/18 kumotaan, on hyödyllinen siltä osin, että siitä käy ilmi unionin lainsäätäjän nykyinen tahto. Se auttaa meitä antamaan täten ajankohtaisen merkityksen samanlaiselle aikaisemmalle säännökselle kuitenkin sillä edellytyksellä, ettei tulkintaa suoriteta contre legem.

31 — EYVL 2001 C 29 E, s. 11. Ks. direktiiviehdotuksen 49 artiklan 3 kohta.

32 — Ks. muutettu ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisia tavara- ja palveluhankintoja sekä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (KOM(2002) 236 lopullinen), EUVL 2002, C 203 E, s. 210, erityisesti s. 223 ja 224).

33 — EUVL L 94, s. 65.

77. Käsiteltävässä asiassa minusta vaikuttaa – ilman, että tässä loukattaisiin sovellettavan säännöksen sanamuotoa – että direktiivi 92/50 ja direktiivi 2014/24 vahvistavat unionin lainsäätäjällä olevan jatkuvan tahdon olla liittämättä talouden toimijan teknisen pätevyyden todistamiseen erityistä muotomääräystä.

78. Toisin sanoen on niin, että kun direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta sijoitetaan sen asiayhteyteen ja sitä tarkastellaan historiallisen perspektiivin valossa, on todettava, että säännöksessä vaaditaan ainoastaan, että ostaja vakuuttaa tai vahvistaa, että palvelut, joihin talouden toimija vetoaa hankintasopimuksen saamista varten, ovat tapahtuneet.

3. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan teleologinen tulkinta

79. Tällainen tulkinta on myös direktiivin 2004/18 tarkoituksen mukainen; direktiivin tarkoituksena on helpottaa tavaroiden vapaata liikkuvuutta, sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta ja yleisemmin avata julkiset hankinnat kilpailulle. [34]

80. Se, että ostajan antaman todistuksen hyväksymisen edellytykseksi asetetaan, että notaari, asianajaja tai muu toimivaltainen taho vahvistaa sen oikeaksi, näyttää mielestäni olevan tämän tavoitteen vastaista.

81. Tällainen vaatimus voisi nimittäin saada jotkut potentiaaliset ehdokkaat, jotka ovat kohdanneet käytännön ongelmia (esimerkiksi hankintailmoituksessa vahvistettujen määräaikojen takia) kyseisen lisäehdon täyttämisessä, luopumaan tarjouksensa esittämisestä.

4. Kolmatta ennakkoratkaisukysymystä koskeva päätelmä

82. Katson päätelmänä, että direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toisen luetelmakohdan asiayhteyteen perustuva tulkinta ja teleologinen tulkinta vahvistavat kyseisessä säännöksessä esiintyvään käsitteeseen ”todistus” liitetyn yleisen merkityksen, ja ettei portugalinkieliseen versioon lisätyn sanan ”reconhecida” perusteella voida tehdä erityisiä päätelmiä.

83. Päädyn sen asiayhteyden, jonka osa direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta on, ja tämän säännöksen kehittymisen sekä sen teleologisen tulkinnan perusteella tulkintaan, jonka mukaan sana ”todistus” tai portugalinkielisessä versiossa käytetty sanamuoto ”todistus, joka on varmennettu,” eivät edellytä mitään erityistä muotoa.

84. Näin ollen katson, että direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta on esteenä hankintaviranomaisten asettamien sellaisten määräysten soveltamiselle, joissa vaaditaan menettelyn ulkopuolelle sulkemisen uhalla, että yksityisen ostajan antamassa todistuksessa on notaarin, asianajajan tai muun toimivaltaisen tahon oikeaksi todistama allekirjoitus.

34 — Ks. direktiivin 2004/18 johdanto-osan toinen perustelukappale.

VI Ratkaisuehdotus

85. Kaikkien edellä olevien seikkojen perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Tribunal Central Administrativo Sulin (Etelä-Portugalin toisen asteen hallintotuomioistuin) esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavalla tavalla:

1) Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toista luetelmakohtaa on tulkittava siten, että silloin, kun sitä ei ole pantu täytäntöön valtion sisäisessä oikeudessa, sillä annetaan yksityisille oikeuksia, joihin ne voivat vedota hankintaviranomaisia vastaan kansallisissa tuomioistuimissa vireille saatetuissa asioissa sillä edellytyksellä, että kyseessä oleva hankintaviranomainen vastaa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettua valtion käsitettä.

2) Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta ei ole esteenä hankintaviranomaisten asettamien sellaisten määräysten soveltamiselle, joiden mukaan talouden toimija voi osoittaa teknisen pätevyytensä itse allekirjoittamallaan vakuutuksella ainoastaan silloin, kun se todistaa, että todistuksen saaminen yksityiseltä ostajalta on mahdotonta tai erittäin vaikeaa.

3) Direktiivin 2004/18 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan ii alakohdan toinen luetelmakohta on esteenä hankintaviranomaisten asettamien sellaisten määräysten soveltamiselle, joissa vaaditaan menettelyn ulkopuolelle sulkemisen uhalla, että yksityisen ostajan antamassa todistuksessa on notaarin, asianajajan tai muun toimivaltaisen tahon oikeaksi todistama allekirjoitus.