Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ELEANOR SHARPSTON
1 päivänä joulukuuta 2016[1][2]

Asia C-298/15

UAB ”Borta”

(Ennakkoratkaisupyyntö – Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Liettuan ylin tuomioistuin))

Julkiset hankinnat — Laadulliset valintaperusteet — Vaatimus, jonka mukaan valitun tarjoajan on suoritettava ”päätyöt” itse — Ammatillisten voimavarojen toteennäyttäminen — Toimijoiden ryhmän jättämä tarjous — Vaatimus, jonka mukaan kunkin konsortion jäsenen panoksen on vastattava sen panosta ammatillisten voimavarojen toteennäyttämisestä — Hankintasopimuksen tekomenettely — Tarjouspyyntöasiakirjojen muuttaminen menettelyn aikana — Yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusperiaate

1. Lietuvos Aukščiausiasis Teismasin (Liettuan ylin tuomioistuin) ennakkoratkaisupyyntö koskee Klaipedan (Liettua) sataman laiturin julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekemiseen liittyvää tarjouspyyntölauseketta. Kyseinen lauseke sisältää määräyksiä, jotka koskevat konsortioiden jättämiä tarjouksia. Niissä edellytetään kunkin konsortion jäsenen *suorittavan* sopimuksesta osuuden, joka vastaa sen panosta konsortion ammatillisen kokemuksen toteennäyttämisestä julkista hankintaa koskevan sopimuksen *sopimuspuolta valittaessa*. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin epäilee tämän vaatimuksen yhteensopivuutta Euroopan unionin julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön mukaisten ammatillisten voimavarojen yhdistämistä koskevien sääntöjen kanssa. Koska riidanalainen lauseke julkaistiin vasta useita viikkoja tarjouspyynnön julkaisemisen jälkeen, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee myös, voivatko hankintaviranomaiset (ja jos voivat, millä edellytyksillä) muuttaa tarjouspyyntöasiakirjoja sopimuksen tekomenettelyn kuluessa. Se esittää omasta aloitteestaan kysymyksen myös siitä, onko Euroopan unionin julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö esteenä Liettuan lainsäädännön säännökselle, jossa kielletään ”päätöiden” teettäminen aliurakkana julkisissa rakennusurakoissa.

2. Alkuhankaluus liittyy unionin tuomioistuimen toimivaltaan vastata näihin kysymyksiin. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ilmaisee huolensa direktiivin 2004/17/EY[3] osalta. On kuitenkin kiistatonta, että riidanalaisen julkisen hankinnan arvioitu arvo ei yllä sovellettavaan kynnykseen ja että kyseistä direktiiviä ei näin ollen sovelleta pääasian oikeudenkäynnissä. Onko tämä direktiivi siten suoraan ja ehdottomasti sovellettavissa sopimukseen Liettuan lainsäädännön nojalla? Jos näin on, unionin tuomioistuin on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan toimivaltainen tulkitsemaan kyseisen direktiivin asiaa koskevia säännöksiä. Vaihtoehtoisesti on niin, että mikäli

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2 — Tämän tekstin hakusanojen ja 1, 2, 11, 13, 15, 16, 23, 35, 39, 40, 44, 46, 49, 52, 54, 61, 63, 64, 65, 67, 76 ja 81 kohdan sekä alaviitteen nro 4 käännöstä on muutettu sen ensimmäisen internetissä julkaisemisen jälkeen.

3 — Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2004, L 134, s. 1). Kyseisen direktiivin versio siinä muodossa kuin se on viimeksi muutettuna 13.12.2013 annetulla komission asetuksella (EU) N:o 1336/2013 (EUVL 2013, L 335, s. 17).

riidanalaiseen sopimukseen liittyy varma rajatylittävä intressi, sen tekemiseen sovelletaan EUT-sopimuksen perussääntöjä ja yleisiä periaatteita (erityisesti SEUT 49 ja SEUT 56 artiklan vapaan liikkuvuuden periaatteita), ja siinä tapauksessa on unionin tuomioistuimen tehtävänä antaa hyödyllisiä ohjeita ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle.

Asiaa koskeva lainsäädäntö

Unionin oikeus

3. Direktiivin 2004/17 johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden tekemien julkisten hankintasopimusten avaamiseksi kilpailulle on syytä laatia säännökset, jotka koskevat tietyn arvon ylittävien sopimusten yhteensovittamista yhteisön tasolla. Tämä yhteensovittaminen perustuu Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 14, 28 ja 49 artiklasta ja Euratomin perustamissopimuksen 97 artiklasta johdettavissa oleviin vaatimuksiin eli yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen, joista syrjimättömyyden periaate on vain yksi ilmaisu, vastavuoroisen tunnustamisen periaatteeseen, suhteellisuusperiaatteeseen sekä avoimuusperiaatteeseen. Kun otetaan huomioon, millaisiin aloihin tällainen yhteensovittaminen vaikuttaa, sen avulla olisi luotava puitteet hyvälle kauppatavalle ja sallittava mahdollisimman suuri joustavuus samalla, kun turvataan mainittujen periaatteiden soveltaminen.

_ _”

4. Direktiivin johdanto-osan 43 perustelukappaleessa todetaan, että jotta voidaan helpottaa pienten ja keskisuurten yritysten osallistumista julkisiin hankintoihin, olisi annettava säännöksiä alihankinnasta.

5. Direktiivin 10 artiklassa säädetään, että ”hankintayksiköiden on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti”.

6. Direktiivin 11 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Taloudelliset toimijat saavat tehdä tarjouksia tai ilmoittautua ehdokkaiksi ryhmittyminä. Hankintayksiköt eivät voi edellyttää taloudellisten toimijoiden ryhmittymiltä tiettyä oikeudellista muotoa tarjouksen tai osallistumishakemuksen tekemistä varten. Sopimuspuoleksi valitulta ryhmittymältä voidaan kuitenkin edellyttää tiettyä oikeudellista muotoa sopimuksen teon jälkeen, sikäli kuin tämä on tarpeen hankintasopimuksen asianmukaiseksi toteuttamiseksi.”

7. Direktiivin 37 artiklassa (”Alihankinta”) säädetään seuraavaa:

”Hankintayksikkö voi pyytää tai jäsenvaltio voi velvoittaa sen pyytämään hankinta-asiakirjoissa, että tarjoaja ilmoittaa tarjouksessaan, minkä osan hankintasopimuksesta tämä aikoo antaa alihankintana kolmansille osapuolille sekä ehdotetut alihankkijat. Tämä ilmoitus ei rajoita pääasiallisen taloudellisen toimijan vastuuta.”

8. Direktiivin 38 artiklassa (”Hankintasopimuksen toteuttamisen ehdot”) säädetään seuraavaa:

”Hankintayksiköt voivat asettaa hankintasopimuksen toteuttamiselle erityisehtoja edellyttäen, että ne ovat yhteisön lainsäädännön mukaiset ja että ne on ilmoitettu tarjouskilpailua koskevassa ilmoituksessa tai eritelmissä. Hankintasopimuksen toteuttamisen ehdoissa voidaan käsitellä erityisesti sosiaalisia ja ympäristönäkökohtia.”

9. Direktiivin 53 artiklassa (”Kelpuuttamisjärjestelmät”) säädetään seuraavaa:

”1. Hankintayksiköt voivat halutessaan perustaa taloudellisten toimijoiden kelpuuttamisjärjestelmän sekä soveltaa sitä.

– –

2. Edellä 1 kohdassa tarkoitetussa järjestelmässä voi olla eri kelpoisuusasteita.

Sitä on sovellettava hankintayksikön vahvistamia puolueettomia perusteita ja sääntöjä noudattaen.

– –

5. Jos 2 kohdassa tarkoitettuihin kelpuuttamista koskeviin arviointiperusteisiin ja sääntöihin sisältyy taloudellisen toimijan teknisiä ja/tai ammatillisia voimavaroja koskevia vaatimuksia, tämä voi tarvittaessa käyttää hyväksi muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisistä oikeudellisista yhteyksistä. Sen on tässä tapauksessa osoitettava hankintayksikölle, että sillä on kelpuuttamisjärjestelmän koko voimassaolon ajan käytettävissään nämä keinot; tämä voidaan osoittaa esimerkiksi esittämällä näiden yksiköiden tekemä sitoumus siitä, että ne antavat tarvittavat voimavarat taloudellisen toimijan käyttöön.

Edellä 11 artiklassa tarkoitettu taloudellisten toimijoiden ryhmittymä voi samoin edellytyksin käyttää hyväksi ryhmittymään osallistuvien toimijoiden tai muiden yksiköiden voimavaroja.

– –”

Liettuan lainsäädäntö

10. Liettuan tasavallan julkisia hankintoja koskevan lain (Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas, jäljempänä julkisia hankintoja koskeva laki) 2 §:n 29 momentissa määritellään toimittaja yleisesti siten, että sillä tarkoitetaan mitä tahansa talouden toimijaa, joka voi olla luonnollinen henkilö, yksityinen oikeushenkilö, julkinen oikeushenkilö, jokin muu organisaatio tai niiden sivuliike taikka tällaisten henkilöiden ryhmä, joka kykenee tarjoamaan tai tarjoaa tavaroita, palveluja tai rakennusurakoita.

11. Julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentin mukaan hankinta-asiakirjoissa edellytetään, että ehdokas tai tarjoaja erittelee tarjouksessaan kaikki ehdotetut alihankkijat, ja niissä voidaan edellyttää, että ehdokas tai tarjoaja erittelee osuuden, joka aiotaan teettää alihankintana kyseisillä alihankkijoilla. Jos aliurakoitsijoita kutsutaan suorittamaan rakennusurakkasopimusta, tarjoajan on kuitenkin suoritettava työt, jotka hankintaviranomainen on määritellyt päätöiksi.

12. Hankintaviranomainen voi julkisia hankintoja koskevan lain 27 §:n 4 momentin mukaan omasta aloitteestaan milloin tahansa ennen tarjousten jättämiselle asetetun määräajan päättymistä selventää hankinta-asiakirjoja.

13. Julkisia hankintoja koskevan lain 32 §:n 3 momentissa säädetään, että jos se on tarpeen tietyn tarjouspyynnön yhteydessä, toimittaja voi turvautua muiden taloudellisten toimijoiden voimavaroihin riippumatta sen ja näiden toimijoiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta. Tässä tapauksessa tarjoajan on osoitettava hankintaviranomaiselle, että nämä voimavarat ovat sen käytettävissä sopimuksen toteuttamista varten. Samoin edellytyksin taloudellisten toimijoiden ryhmä voi tukeutua ryhmän jäsenten tai muiden taloudellisten toimijoiden voimavaroihin.

Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

14. VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Klaipėdan valtiollinen satamaviranomainen, jäljempänä satamaviranomainen), joka on liettualainen julkinen yritys, julkaisi 2.4.2014 avoimen tarjouspyynnön, jonka kohteena oli ”Rakennusurakka: ’laitureiden nrot 67 ja 68 peruskorjaus. Vaihe 1’”. Tämä tarjouspyyntö julkaistiin myös Euroopan unionin virallisessa lehdessä 5.4.2014.[4]

Tarjouspyyntöasiakirjojen 3.2.1 kohtaan sisältyi seuraava vaatimus: ” ”Tarjoajien olennaisten rakennus- tai asennustöiden (merisataman laiturien rakentaminen tai peruskorjaus) keskimääräisten vuotuisten määrien on viiden viimeisen vuoden aikana tai tarjoajan rekisteröintiajankohdasta alkavan ajanjakson aikana (jos tarjoaja on harjoittanut toimintaansa alle viiden vuoden ajan) oltava vähintään 5 000 000 [Liettuan litiä] LTL (1 448 100,09 euroa) ilman arvonlisäveroa.”

15. .”

16. Tarjouspyyntöasiakirjojen 4.2.3 kohdassa edellytettiin, että tarjoajan on yksilöitä ”konsortiosopimuksen nojalla toimivien konsortion jäsenten sitoumukset hankintasopimuksen toteuttamisen osalta ja näiden sitoumusten prosenttiosuudet ja todettava, että kyseistä palvelujen määrän jakoa sovelletaan yksinomaan konsortion jäseniin eikä se sido millään tavoin asiakasta (hankintaviranomaista)”.

17. Tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdan alkuperäisessä versiossa määrättiin seuraavaa:

”Jos tarjouksen jättävät toimittajat, jotka toimivat konsortiosopimuksen perusteella, vähintään yhden konsortion jäsenen tai kaikkien konsortiosopimuksen nojalla toimivien jäsenten kokonaisuutena on täytettävä [3.2.1 kohdan] vaatimukset. – – [Julkisia hankintoja koskevan lain] 24 §:n 5 momentin nojalla [satamaviranomainen] toteaa, että päätyöt koostuvat määrällisiä vaatimuksia koskevan rakennusosuuden erästä 1.2.8, joten toimittajan on toteutettava tämä urakka itse.”[5]

18. Satamaviranomainen teki omasta aloitteestaan 24.4.2014 tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohtaan ensimmäisen muutoksen. Tässä uudessa versiossa, joka julkaistiin Euroopan unionin virallisessa lehdessä, määrättiin erityisesti, että jos tarjouksen jättäisivät toimijat, jotka toimisivat konsortiosopimuksen perusteella, kunkin konsortion jäsenen oli täytettävä vähintään 50 prosenttia 3.2.1 kohdan mukaisesta vaatimuksesta. Tämän muutoksen seurauksena satamaviranomainen pidensi tarjousten jättämisen määräaikaa.

19. Borta UAB, joka on Liettuan oikeuden mukaan perustettu osakeyhtiö, teki tästä uudelleenmäärittelystä oikaisuvaatimuksen satamaviranomaiselle 3.5.2014. Tämän seurauksena satamaviranomainen muutti 9.5.2014 tekemällään päätöksellä tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohtaa toisen kerran.[6] Kyseisen kohdan uusi (ja lopullinen) versio oli seuraava:

”Jos tarjouksen jättävät toimijat, jotka toimivat konsortiosopimuksen perusteella, vähintään yhden konsortion jäsenen tai kaikkien konsortion jäsenten kokonaisuutena on täytettävä 3.2.1 – – kohdan vaatimukset. Konsortion jäsenen konsortiosopimuksen mukaisen panoksen (tehdyn työn määrä) on vastattava sen panosta näiden tarjouspyyntöasiakirjojen 3.2.1 – – kohdassa asetetun edellytyksen

4 — EUVL 2014/S 68-117458.

5 — Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selittää, että nämä päätyöt koostuvat muun muassa sivupalkkien tukeman teräksisen paneeliseinän rakentamisesta.

6 — Samaan aikaan hankintaviranomainen muutti omasta aloitteestaan hieman tarjouspyyntöasiakirjojen 4.2.3 kohtaa. Kyseinen tarjouspyyntölausekkeen muutos ei ole kuitenkaan pääasian oikeudenkäynnin kohteena.

täyttämisestä ja työmäärää, jotka se tosiasiallisesti toteuttaa, mikäli tarjous hyväksytään (sopimuksen toteuttaminen).[7] –– [Julkisia hankintoja koskevan lain] 24 §:n 5 momentin nojalla [satamaviranomainen] toteaa, että päätyöt koostuvat määrällisiä vaatimuksia koskevan rakennusosuuden erästä 1.2.8, joten toimittajan on toteutettava tämä urakka itse."

20. Viimeksi mainittu muutos julkaistiin Euroopan unionin virallisessa lehdessä, ja sen seurauksena tarjouksen jättämiselle asetettua määräaikaa pidennettiin toiseen kertaan 12.6.2014 saakka.

21. Borta jätti 12.6.2014 tarjouksen, jossa se tarjosi suorittavansa kyseisen rakennusurakan Liettuan liteissä noin 4 761 460 euron hintaan. Tämä oli kallein tarjous.[8]

22. Borta esitti kuitenkin tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdan lopullisesta versiosta oikaisuvaatimuksen satamaviranomaiselle ja, kun tämä oikaisuvaatimus oli hylätty, valitti tästä Klaipėdos apygardos teismasiin (Klaipėdan alueellinen tuomioistuin). Klaipėdan alueellinen tuomioistuin hylkäsi valituksen 18.8.2014. Borta valitti kyseisestä tuomiosta Lietuvos apeliacinis teismasiin (Liettuan muutoksenhakutuomioistuin), joka hylkäsi valituksen 13.11.2014. Molemmat tuomioistuimet katsoivat lähinnä, että riidanalainen tarjouspyyntölauseke oli perusteltavissa sopimuksen kohteen erityisluonteella ja sen merkityksellä yleisen edun kannalta ja että konsortion jäsenten yhteisvastuu satamaviranomaiseen nähden ei sellaisenaan varmistanut julkista hankintaa koskevan sopimuksen menestyksellistä toteuttamista. Ne hylkäsivät myös väitteen, jonka mukaan tarjouspyyntöasiakirjojen peräkkäiset muutokset olisivat olleet lainvastaisia, sillä julkisia hankintoja koskevan lain 27 §:n 4 momentissa annettiin satamaviranomaiselle nimenomaisesti oikeus selventää kyseisiä tarjouspyyntöasiakirjoja.

23. Borta valitti oikeudellisin perustein Lietuvos apeliacinis teismasin (Liettuan muutoksenhakutuomioistuin) tuomiosta Lietuvos Aukščiausiasis Teismasiin (Liettuan ylin tuomioistuin), joka lykkäsi asian käsittelyä ja esitti seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko direktiivin 2004/17 37, 38, 53 ja 54 artiklan säännökset yhdessä tai erikseen luettuina ymmärrettävä siten ja onko niitä tulkittava siten (rajoittumatta kuitenkaan pelkästään näihin säännöksiin), että

   a) ne ovat esteenä kansalliselle säännöstölle, jonka mukaan siinä tapauksessa, että urakkasopimuksen toteuttamisessa turvaudutaan aliurakoitsijoihin, sopimuspuoleksi valitun on suoritettava työt, jotka hankintaviranomainen on määritellyt päätöiksi?[9]

   b) ne ovat esteenä tarjouspyyntöasiakirjoissa määritellyille yksityiskohtaisille säännöille, jotka mahdollistavat toimittajien hankintaviranomaisten riidanalaisessa tarjouspyyntöehdossa määrittämien kaltaisten ammatillisten voimavarojen yhdistämisen ja jotka edellyttävät sitä, että asianomaisen taloudellisen toimijan (konsortion jäsenen) ammatillisten voimavarojen osuuden on vastattava sitä osuutta tietystä urakasta, jonka se tosiasiallisesti toteuttaa julkista hankintaa koskevan sopimuksen perusteella?

2) Onko direktiivin 2004/17 10, 46 ja 47 artiklan säännökset yhdessä tai erikseen luettuina ymmärrettävä siten ja onko niitä tulkittava siten (rajoittumatta kuitenkaan pelkästään näihin säännöksiin), että

   a) tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta ei loukata silloin, kun hankintaviranomainen

7 — Käytän jälkimmäisestä edellytyksestä ilmaisua "vastaavuusvaatimus". "Työn määrä" mitataan oletettavasti rahamääräisesti.

8 — Valitun tarjoajan tarjous vastasi liteinä noin 3 168 400:aa euroa.

9 — Ennakkoratkaisupyynnössä todetaan, että kyseinen tuomioistuin on esittänyt tämän kysymyksen "omasta aloitteestaan" yleistä etua suojellakseen.

— antaa etukäteen tarjouspyyntöasiakirjoissa yleisen mahdollisuuden toimittajien ammatillisten voimavarojen yhdistämiseen mutta ei vahvista sen käyttämisen konkreettisia yksityiskohtia

— määrittelee tämän jälkeen tarjouspyyntömenettelyn aikana yksityiskohtaisemmin vaatimukset, joita sovelletaan arvioitaessa toimittajien pätevyyttä, vahvistamalla tiettyjä rajoituksia sille, miten toimittajien ammatillisia voimavaroja voidaan yhdistää, tai

— tämän pätevyysvaatimusten sisällön yksityiskohtaisemman määrittelyn vuoksi pidentää tarjousten jättämisen määräaikaa ja julkaisee tämä määräajan pidentämisen [Euroopan unionin] virallisessa lehdessä?

b) rajoitusta, joka koskee toimittajien voimavarojen yhdistämistä, ei tarvitse ilmoittaa selvästi etukäteen, jos tällainen rajoitus on ennakoitavissa ja perusteltavissa hankintaviranomaisen toiminnan erityisen luonteen ja julkista hankintaa koskevan sopimuksen erityispiirteiden vuoksi?”

24. Satamaviranomainen, Liettuan hallitus ja Euroopan komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Samat asianosaiset ja Borta esittivät suullisia huomautuksia 1.6.2016 pidetyssä istunnossa.

Tapauksen tarkastelu

Alustavia huomautuksia

25. Liettuan hallitus esitti suullisessa käsittelyssä, että julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentilla on pantu täytäntöön alihankintaa koskeva uusi sääntö, joka sisältyy direktiivin 2014/25/EU[10] 79 artiklan 3 kohtaan, ennen kyseisen direktiivin täytäntöönpanolle varatun ajanjakson päättymistä ja että tästä syystä unionin tuomioistuimen pitäisi tutkia nyt käsiteltävä ennakkoratkaisupyyntö vain kyseisen direktiivin näkökulmasta.[11] Satamaviranomainen omaksui saman näkemyksen. Komissio esitti päinvastoin, että direktiiviä 2014/25 ei voitaisi ottaa huomioon. Ensinnäkin julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentti hyväksyttiin ennen direktiivin antamista. Toiseksi Liettua oli laiminlyönyt antaa direktiivin 2014/25 täytäntöönpanoon Liettua lainsäädännössä liittyvät toimenpiteet tiedoksi komissiolle.

26. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sovellettava direktiivi on lähtökohtaisesti direktiivi, joka on voimassa sillä hetkellä, jolloin hankintaviranomainen valitsee noudatettavan menettelytyypin ja päättää lopullisesti siitä, onko velvollisuutta järjestää kilpailu ennen julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintaa. Sen sijaan direktiivin, jonka täytäntöönpanon määräaika on päättynyt kyseisen hetken jälkeen, säännöksiä *ei* ole sovellettava.[12]

10 — Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 94, s. 243). Kyseisessä säännöksessä säädetään, että ”kun kyse on rakennusurakka- ja palveluhankintasopimuksista sekä tavarahankintasopimuksiin liittyvistä kokoamis- tai asennustöistä, hankintaviranomaiset voivat vaatia, että tarjoaja itse toteuttaa tietyt kriittiset tehtävät tai, jos tarjoajina on 37 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu talouden toimijoiden ryhmittymä, joku tähän ryhmittymään osallistuvista toimijoista toteuttaa kyseiset kriittiset tehtävät”. Samanlainen sääntö sisältyy julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU (EUVL 2014, L 94, s. 65) 63 artiklan 2 kohtaan.

11 — Liettuan hallituksen kirjallisista huomautuksista ilmenee, että direktiiviä 2014/25 ei ollut vielä tosiseikkojen tapahtuma-aikana pantu täytäntöön Liettuan oikeudessa.

12 — Tuomio 10.7.2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, 31 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, 83 kohta).

27. Direktiivi 2004/17 kumottiin direktiivillä 2014/25 18.4.2016 alkavin vaikutuksin. Tästä syystä direktiiviä 2014/25 ei sovelleta pääasian menettelyyn, jossa tarjouspyyntö julkaistiin 2.4.2014. Kuten unionin tuomioistuin on todennut hiljattain direktiivin 2014/24 osalta, kyseisen direktiivin soveltaminen ennen kuin määräaika sen saattamiseksi osaksi kansallista oikeusjärjestystä on päättynyt estäisi jäsenvaltioita, kuten myös hankintaviranomaisia ja taloudellisia toimijoita, hyötymästä riittävästä ajanjaksosta mukautuakseen sillä käyttöön otettaviin uusiin säännöksiin.[13] Menetteleminen tällä tavoin olisi mielestäni ristiriidassa myös oikeusvarmuuden periaatteen kanssa.[14] Sama pätee analogisesti direktiiviin 2014/25.

28. Seuraavaksi on todettava, että on kiistatonta, että riidanalaisen sopimuksen arvo (jota voidaan oletettavasti arvioida kalleimman tarjouksen eli Liettuan litejä vastaavan euromäärän 4 761 459,72 perusteella) jää alle 5 186 000 euron kynnysarvon, joka oli asetettu rakennusurakoiden osalta tosiseikkojen tapahtuma-aikana direktiivin 2004/17 16 artiklan b alakohdassa. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, riidanalainen julkista hankintaa koskeva sopimus jää siis direktiivin 2004/17 soveltamisalan ulkopuolelle.

29. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kuitenkin katsoo, että unionin tuomioistuin on toimivaltainen vastaamaan esitettyihin kysymyksiin. Ensinnäkin satamaviranomainen tarkoitti selvästi tarjouspyynnön olevan kansainvälinen julkaisemalla sen ja tarjouspyyntöasiakirjoihin myöhemmin tehdyt muutokset Euroopan unionin virallisessa lehdessä. Tämän vahvistaa se, että tarjousten jättäjien joukossa oli kaksi yritystä, jotka eivät olleet liettualaisia. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ilmoittaa myös lähinnä, että kun Liettuan lainsäädännössä pantiin direktiivi 2004/17 täytäntöön julkisia hankintoja koskevassa laissa, siinä päätettiin soveltaa tiettyjä kyseisessä direktiivissä vahvistettuja sääntöjä hankintamenettelyihin, jotka jäävät direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

30. Liettuan hallitus lisäsi istunnossa, että Liettuan lainsäädännössä edellytetään, että hankintaviranomaiset valitsevat menettelyn, kun ne järjestävät tekomenettelyn sopimukselle, jonka arvioitu arvo on sovellettavaa kynnysarvoa alempi. Ne voivat päättää soveltaa joko kansallisessa lainsäädännössä tällaisten sopimusten osalta säädettyä yksinkertaistettua menettelyä tai menettelyä, jota sovelletaan asianomaisen kynnyksen ylittäviin julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin. Viimeksi mainitussa tapauksessa on niin, että kun lisäksi sovelletaan tosiseikkojen tapahtuma-aikana voimassa ollutta unionin lainsäädäntöä, hankintaviranomaista sitoisivat – aina julkista hankintaa koskevan sopimuksen kohteen mukaan – direktiivin 2004/17 tai direktiivin 2004/18/EY[15] säännökset. Kansalliset tuomioistuimet olisivat olleet myös velvollisia soveltamaan niitä.

31. Tietyissä tilanteissa se, että tilanne on täysin jäsenvaltion sisäinen, ei estä unionin tuomioistuinta vastaamasta SEUT 267 artiklan nojalla esitettyyn kysymykseen.[16] Asia voi olla näin erityisesti tapauksessa, jossa ennakkoratkaisua pyytäneellä tuomioistuimella on kansallisen oikeuden nojalla velvollisuus myöntää kyseisen tuomioistuimen sijaintimaan valtion kansalaisille samat oikeudet kuin jonkin muun jäsenvaltion kansalaisella olisi unionin oikeuden perusteella samanlaisessa tilanteessa, tai tapauksessa, jossa ennakkoratkaisupyyntö koskee unionin oikeuden säännöksiä tai määräyksiä, joihin jäsenvaltion kansallisessa lainsäädännössä viitataan sen ratkaisemiseksi, mitä sääntöjä sovelletaan täysin asianomaisen valtion sisäiseen tilanteeseen.[17]

13 — Tuomio 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, 86 kohta).

14 — Ks. vastaavasti tuomio 15.10.2009, Hochtief ja Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, 29 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. myös tuomio 5.10.2000, komissio v. Ranska (C-337/98, EU:C:2000:543, 40 kohta).

15 — Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2004, L 134, s. 114).

16 — Ks. esim. määräys 3.7.2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, 38 kohta).

17 — Ks. esim. määräys 3.7.2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja määräys 12.5.2016, Security Service ym. (C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, 27 kohta).

32. Unionin tuomioistuimen toimivalta ulottuu viimeksi mainitun tilanteen osalta unionin oikeuden määräyksiä ja säännöksiä koskeviin kysymyksiin, jos pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevat tosiseikat jäävät unionin oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle mutta kyseisiä määräyksiä tai säännöksiä sovelletaan kansallisen oikeuden nojalla *suoraan* ja *ehdottomasti*, jotta voidaan taata, että jäsenvaltion sisäisiä tilanteita ja unionin oikeuden soveltamisalaan kuuluvia tilanteita kohdellaan samalla tavoin. [18] Unionilla on selvä intressi sen osalta, että unionin oikeudesta omaksuttuja säännöksiä ja käsitteitä tulkitaan yhtenäisesti, jotta vältettäisiin myöhemmät tulkintaerot, kun kansallisessa lainsäädännössä noudatetaan muiden kuin asianomaisen unionin toimen soveltamisalaan kuuluvien tilanteiden ratkaisemiseksi mainitussa oikeussäännössä tehtyjä ratkaisuja sen takaamiseksi, että jäsenvaltion sisäisiä tilanteita sekä tilanteita, joihin sovelletaan unionin oikeutta, kohdellaan samalla tavoin, eikä tämä riipu siitä, missä olosuhteissa unionin oikeuden säännöksiä ja käsitteitä sovelletaan. [19]

33. Nyt käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan ole riittävän täsmällisiä indisioita siitä, että siteerattuja unionin oikeuden määräyksiä tai säännöksiä sovellettaisiin ”kansallisen oikeuden nojalla suoraan ja ehdottomasti”, jotta voitaisiin taata, että jäsenvaltion sisäisiin tilanteisiin ja unionin oikeuden soveltamisalaan kuuluviin tilanteisiin sovelletaan samoja sääntöjä. [20] Erityisesti ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin sen enempää kuin Liettuan hallituskaan ei ole maininnut unionin tuomioistuimelle mitään tiettyä Liettuan lain säännöstä, jonka perusteella direktiiviä 2004/17 sovellettaisiin suoraan ja ehdottomasti julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin, joiden arvo jää alle kyseisen direktiivin 16 artiklassa vahvistetun asianomaisen kynnyksen. [21] Tästä syystä katson, että unionin tuomioistuin ei ole toimivaltainen tulkitsemaan direktiiviä 2004/17 tämän oikeudenkäynnin yhteydessä.

34. Ennakkoratkaisukysymyksissä pyydetään vain direktiivin 2004/17 tulkintaa. Voidakseen antaa ennakkoratkaisupyynnön esittäneelle tuomioistuimelle hyödyllisen vastauksen unionin tuomioistuin saattaa kuitenkin joutua ottamaan huomioon sellaisia unionin oikeuden normeja, joihin kansallinen tuomioistuin ei ole viitannut ennakkoratkaisupyynnössään. [22]

35. Tästä syystä on tarpeen varmistaa, onko unionin tuomioistuin toimivaltainen vastaamaan ennakkoratkaisukysymyksiin EUT-sopimuksen yleisten periaatteiden, erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen, kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteen ja niistä johtuvan avoimuusvelvoitteen perusteella. Tämä edellyttää vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan, että kyseiseen sopimukseen liittyy varma rajat ylittävä intressi, kun otetaan huomioon muun muassa sen suuruus ja toteuttamispaikka. [23] Tällaisen rajat ylittävän intressin olemassaoloa on arvioitava kaikkien merkityksellisten kriteerien, kuten hankintasopimuksen taloudellisen merkityksen, hankintasopimuksen maantieteellisen toteuttamispaikan tai sen teknisten piirteiden perusteella ottaen huomioon kyseisen sopimuksen ominaispiirteet. [24]

18 — Tuomio 22.12.2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, 21 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, 23 kohta).

19 — Tuomio 7.11.2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, 22 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

20 — Ks. esim. tuomio 18.10.2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, 51 kohta. Unionin tuomioistuin tulkitsi tuomiossaan 14.1.2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, 19–21 kohta) direktiiviä 2004/18 siten, että se otti huomioon erityisesti Latvian hallituksen esittämän väitteen, jonka mukaan julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia koskenut Latvian laki oli sovellettavissa julkisia rakennusurakoita koskeneisiin sopimuksiin, joiden arvo oli direktiivissä 2004/18 vahvistettua kynnysarvoa pienempi. Unionin tuomioistuin kuitenkin totesi olevansa toimivaltainen vastaamaan kysymykseen vain ”ellei tarkistuksista, jotka kansallisen tuomioistuimen on tehtävä, muuta johdu”.

21 — Ks. vastaavasti tuomio 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, 25 kohta).

22 — Ks. esim. tuomio 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, 24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, 17 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

23 — Ks. esim. tuomio 19.12.2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ym. (C-159/11, EU:C:2012:817, 23 kohta); tuomio 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, 24 kohta) ja tuomio 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, 27 kohta).

24 — Ks. äskettäin tuomio 14.7.2016, Promoimpresa ym. (C-458/14 ja C-67/15, EU:C:2016:558, 66 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. myös ratkaisuehdotukseni komissio v. Suomi (C-195/04, EU:C:2007:28, 55 kohta).

36. Unionin tuomioistuin on jo todennut, että rajat ylittävän intressin voivat osoittaa muun muassa kyseessä olevan hankintasopimuksen arvon huomattavuus yhdessä rakennusurakan toteuttamispaikan tai hankintasopimuksen teknisten ominaispiirteiden kanssa.[25] Rakennusurakkaan voisi näin ollen liittyä rajat ylittävä intressi sen ennakoidun arvon vuoksi, yhdistettynä sen teknisyyteen tai siihen, että urakat sijoittuvat paikkaan, joka on otollinen herättämään ulkomaisten toimijoiden kiinnostuksen.[26]

37. Unionin tuomioistuin jättää toisinaan kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi varmistaa rajat ylittävän intressin olemassaolo.[27] Nyt käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuimella on kuitenkin käytettävissään riittävästi tietoja, joiden perusteella se kykenee päättelemään, että riidanalaiseen julkista hankintaa koskevaan sopimukseen liittyy tosiasiallisesti tällainen rajat ylittävä intressi. Ensinnäkin sopimuksen arvioitu arvo on huomattava.[28] Lisäksi Klaipedan satama on yksi Itämeren tärkeimmistä satamista. Riidanalaisen sopimuksen tekomenettelyn kohteena olevan kaltaisen satamalaiturin rakentaminen edellyttää lisäksi huomattavia teknisiä taitoja, joita voidaan olettaa olevan vain harvoilla yrityksillä. Lopuksi voidaan todeta, että tämän julkista hankintaa koskevan sopimuksen houkuttelevuuden ulkomaisten toimijoiden keskuudessa osoittaa se, että kaksi Liettuan ulkopuolelta peräisin olevaa yritystä jätti tarjouksen[29] ja toinen niistä loppujen lopuksi sai sopimuksen.

38. Ennakkoratkaisukysymyksiä on näin ollen tarkasteltava SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaan perustuvien avoimuutta ja yhdenvertaista kohtelua koskevien yleisten periaatteiden kannalta, sillä niitä on noudatettava julkisia hankintoja koskevia sopimuksia tehtäessä.[30] Koska SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa sovelletaan pääasian kohteena olevan kaltaiseen sopimukseen, satamaviranomaisen on noudatettava kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa ja avoimuusvelvoitetta, jotka kyseisissä artikloissa vahvistetaan.[31]

Julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentissa säädetty alihankintaa koskeva rajoitus (ensimmäisen kysymyksen a kohta)

39. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensimmäisen kysymyksen a kohdassa, onko unionin oikeus esteenä julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentin kaltaiselle säännökselle, jossa edellytetään, että jos kyseessä ovat julkisia rakennusurakoita koskevat sopimukset, tarjoajan pitäisi suorittaa hankintaviranomaisen yksilöimät ”päätyöt” itse.

40. Borta ei kyseenalaistanut tämän alihankintaa koskevan rajoituksen laillisuutta tehdessään oikeudellisin perustein valituksen ennakkoratkaisua pyytäneeseen tuomioistuimeen. Viimeksi mainittu on esittänyt kysymyksen ”omasta aloitteestaan” yleisen edun nimissä. Ei ole tosiaankaan välittömästi selvää, sisältävätkö pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevat tosiseikat alihankintaa. Tarjous, joka jätetään konsortiosopimuksen perusteella, saattaa merkitä sitä, että jos tarjous menestyy, kaikista konsortion jäsenistä tulee hankintaviranomaisen kanssa tehtävän julkista hankintaa koskevan sopimuksen yksittäisiä sopimuspuolia. Tällainen tilanne ei sisällä alihankintaa, jota käytetään vain

25 — Tuomio 16.4.2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, 20 kohta).

26 — Ks. tuomio 15.5.2008, SECAP ja Santorso (C-147/06 ja C-148/06, EU:C:2008:277, 24 kohta) ja tuomio 17.11.2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, 51 kohta).

27 — Ks. esim. tuomio 23.12.2009, Serrantoni ja Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, 25 kohta) ja tuomio 14.11.2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

28 — Ks. vastaavasti tuomio 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, 20 kohta).

29 — Ks. tuomio 15.5.2008, SECAP ja Santorso (C-147/06 ja C-148/06, EU:C:2008:277, 24 kohta) ja tuomio 17.11.2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, 51 kohta).

30 — Ks. esim. tuomio 13.11.2007, komissio v. Irlanti (C-507/03, EU:C:2007:676, 26 kohta) ja tuomio 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, 27 kohta). Unionin tuomioistuin on todennut monessa yhteydessä, että julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisella unionin tasolla pyritään nimenomaan poistamaan tavaroiden ja palvelujen tarjoamisen vapauden esteet ja näin suojaamaan sellaisten jäsenvaltioon sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden etuja, jotka haluavat tarjota tavaroita tai palveluja toisen jäsenvaltion hankintaviranomaisille (ks. esim. tuomio 3.10.2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, 16 kohta); tuomio 18.10.2001, SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, 32 kohta) ja tuomio 24.1.2008, Lianakis ym. (C-532/06, EU:C:2008:40, 39 kohta)).

31 — Ks. vastaavasti tuomio 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

silloin, jos sopimuksen toteuttavat (kokonaan tai osittain) sopimuksen kannalta kolmannet osapuolet.[32] Toisaalta konsortiosopimus sisältäisi alihankintaa, jos vain yksi konsortion jäsenistä toimisi virallisesti tarjoajana mutta ne kaikki toteuttaisivat sopimuksen tai perustaisivat yhteisyrityksen, joka allekirjoittaisi sopimuksen konsortion jäsenten puolesta. Bortan jättämästä tarjouksesta on saatavilla vain vähän tietoja, eikä ole unionin tuomioistuimen tehtävänä varmistaa, sisälsikö tarjous tosiasiallisesti tai mahdollisesti alihankintaa.

41. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan unionin tuomioistuin ei voi ratkaista kansallisen tuomioistuimen esittämää kysymystä, jos on ilmeistä, että kansallisen tuomioistuimen pyytämällä unionin oikeuden säännön tulkitsemisella tai pätevyyden arvioimisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen.[33] Tilanne ei ole kuitenkaan tällainen nyt käsiteltävässä asiassa. Tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohta, joka on pääasian oikeudenkäynnin kohteena, sisältää nimenomaisen viittauksen julkisia hankintoja koskevan lain 24 artiklan 5 momenttiin. Tällä perusteella ei vaikuta siltä, että ensimmäisen kysymyksen a kohdalla ei selvästikään olisi mitään yhteyttä pääasian tosiseikkoihin tai kohteeseen, joten kanne on tutkittava.[34]

42. Siirtykäämme kanteen pääasiaan.

43. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 49 ja SEUT 56 artikla ovat esteenä sellaisille kansallisille toimenpiteille, jotka – vaikka niitä sovelletaan ilman kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää – ovat omiaan estämään Euroopan unionin kansalaista käyttämästä näillä määräyksillä taattua sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta tai haittaamaan niiden käyttämistä tai tekemään niiden käyttämisen vähemmän houkuttelevaksi.[35]

44. Kun kyseessä ovat julkisia hankintoja koskevat sopimukset, sijoittautumisvapaus ja palvelujen tarjoamisen vapaus, Euroopan unionin intressin mukaista on avata tarjouskilpailu mahdollisimman laajalle kilpailulle, vaikka julkisia hankintoja koskevia direktiivejä ei voitaisikaan soveltaa.[36] Tämä on hankintaviranomaisenkin edun mukaista, koska se voi siten valita sen tarpeita parhaiten vastaavan tarjouksen laajemmasta valikoimasta.[37] Yksi tarjoajien yhdenvertaista kohtelua koskevan periaatteen ja siitä johtuvan avoimuusvelvoitteen tärkeimmistä tehtävistä on siten varmistaa palveluiden vapaa liikkuvuus ja hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa.[38]

45. Alihankinnalla edistetään näitä tavoitteita, koska sillä todennäköisesti helpotetaan pienten ja keskisuurten yritysten mahdollisuuksia osallistua julkisiin hankintoihin ja lisätään siten niiden yritysten lukumäärää, joiden kanssa julkisia hankintoja koskevia sopimuksia voidaan mahdollisesti tehdä.[39]

32 — Ks. tämän eron osalta julkisasiamies Jääskisen ratkaisuehdotus Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, 22 kohta).

33 — Ks. esim. tuomio 12.5.2011, Runevič-Vardyn ja Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, 33 kohta).

34 — Ks. vastaavasti tuomio 12.5.2011, Runevič-Vardyn ja Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, 34 kohta).

35 — Tuomio 23.12.2009, Serrantoni ja Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, 41 kohta) ja tuomio 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

36 — Ks. tuomio 23.12.2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, 37 kohta); tuomio 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, 29 kohta) ja tuomio 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' ym. (C-113/13, EU:C:2014:2440, 51 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

37 — Tuomio 23.12.2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

38 — Tuomio 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, 28 kohta).

39 — Ks. vastaavasti tuomio 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, 34 kohta) ja tuomio 14.1.2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, 24 kohta). Ks. myös ratkaisuehdotukseni Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, 30 kohta).

46. Nyt käsiteltävässä asiassa julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentin kaltaisella säännöksellä selvästi rajoitetaan muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yritysten mahdollisuuksia käyttää SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaan perustuvia oikeuksiaan, koska jos ne tekevät tarjouksen sopimuksesta, sillä estetään niitä sekä teettämästä aliurakkana kaikkia hankintaviranomaisen yksilöimiä ”päätöitä” tai osaa niistä että tarjoamasta omia palveluitaan alihankkijoina sopimuksen kyseisen osan osalta. Kuten komissio perustellusti esittää, julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentilla rajoitetaan siten palvelujen tarjoamisen vapautta ja sijoittautumisvapautta.

47. Tällainen rajoitus voi kuitenkin olla perusteltu siltä osin kuin sillä pyritään yleisen edun mukaiseen hyväksyttävään tavoitteeseen ja siltä osin kuin se on suhteellisuusperiaatteen mukainen, eli kun sillä voidaan taata tämän tavoitteen toteutuminen eikä sillä ylitetä sitä, mikä on tarpeen sen saavuttamiseksi. [40]

48. Liettuan hallitus selittää, että riidanalainen alihankintaa koskeva rajoitus otettiin käyttöön, jotta hankintaviranomaisten olisi helpompi suojella intressejään ja varmistaa, että alihankintana suoritetut urakat toteutetaan asianmukaisesti. Tällä rajoituksella pyrittiin erityisesti ratkaisemaan tavanomainen tilanne, jossa talouden toimijat osallistuivat tarjouspyyntömenettelyihin tarkoituksenaan teettää suurin osa sopimuksesta aliurakkana, mikäli tarjous menestyy. Tuloksena oli usein heikompilaatuinen työsuoritus tai toteutukseen liittyvät vaikeudet. Liettuan hallitus väittää lisäksi, että julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentti on sen yhteisen kannan mukainen, joka on saavutettu samankaltaisissa asioissa neuvostossa ja joka on johtanut erityisesti tällä hetkellä direktiivin 2014/25 79 artiklan 3 kohtaan sisältyvän säännöksen antamiseen. [41] Satamaviranomainen ilmoitti suullisessa käsittelyssä lähinnä, että sillä oli oikeutettu intressi varmistaa, että pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevien kaltaiset julkiset rakennusurakat, jotka ovat strategisen tärkeitä kansallisen turvallisuuden kannalta, toteutettiin asianmukaisesti.

49. On hyväksyttävää, että hankintaviranomainen pyrkii varmistamaan, että julkista rakennusurakkaa koskeva sopimus toteutetaan tehokkaasti ja asianmukaisesti. [42] Tämä pätee erityisesti silloin, jos kyseistä rakennusurakkaa on pidettävä välttämättömänä kansallisen turvallisuuden takaamiseksi, mikä on SEU 4 artiklan 2 kohdan mukaisesti yksi valtion olennaisista tehtävistä, joita Euroopan unionin on kunnioitettava. [43] Tarjoajan voidaan siten edellyttää esittävän näyttöä siitä, että sillä on tosiasiallisesti käytettävissään niiden yhteisöjen tai yritysten voimavarat, joihin se turvautuu ja jotka eivät ole sen omia mutta jotka ovat välttämättömiä sopimuksen täyttämiseksi. [44] Näin ollen hankintaviranomaisella on oikeus kieltää sellaisten alihankkijoiden käyttäminen, joiden voimavaroja se ei ole voinut tarkistaa tarjousten tutkintavaiheessa ja sopimuspuolen valintavaiheessa, hankinnan olennaisten osien toteuttamiseksi. [45]

50. Julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentin palvelujen tarjoamisen vapaudelle ja sijoittautumisvapaudelle merkitsemä rajoitus ei kuitenkaan vaikuta olevan oikeassa suhteessa tähän tavoitteeseen.

40 — Ks. esim. tuomio 27.10.2005, Contse ym. (C-234/03, EU:C:2005:644, 25 kohta) ja tuomio 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, 31 kohta). Ks. lisäksi suhteellisuusperiaatteesta, jota sovelletaan unionin oikeuden yleisenä periaatteena direktiivin 2004/17 tai direktiivin 2004/18 soveltamisalan ulkopuolelle jäävien sopimusten tekomenettelyjen yhteydessä, tuomio 22.10.2015, Impresa Edilux ja SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, 29 kohta).

41 — Direktiiviin 2004/17 ei sisälly kyseiseen säännökseen verrattavissa olevaa säännöstä.

42 — Ks. vastaavasti tuomio 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. myös ratkaisuehdotukseni kyseisessä asiassa (EU:C:2015:761, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

43 — Se, ovatko kansalliseen turvallisuuteen liittyvät näkökohdat sellaisia, että nyt käsiteltävän asian kannalta merkityksellisten perussopimusten periaatteiden rajoittaminen saattaisi olla perusteltavissa, on eri kysymys, jota ei ole tarpeen käsitellä tässä.

44 — Ks. vastaavasti tuomio 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

45 — Ks. vastaavasti tuomio 18.3.2004, Siemens ja ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, 45 kohta) ja tuomio 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, 34 kohta).

51. Ensinnäkin rajoitusta sovelletaan silloinkin kun hankintaviranomainen kykenee tosiasiallisesti selvittämään aliurakoitsijoiden tekniset ja taloudelliset voimavarat sopimuksen tekomenettelyn kuluessa. Vaihtoehto tälle rajoitukselle olisi (esimerkiksi) ollut se, että pääurakoitsijan olisi edellytetty nimeävän aliurakoitsijat tarjouksen jättämisen yhteydessä ja osoittavan sekä se, että sillä on tosiasiallisesti käytettävissään näiden aliurakoitsijoiden voimavarat, jotka ovat tarpeen sopimuksen toteuttamiseksi, että se, että nämä aliurakoitsijat soveltuvat niiden tehtävien hoitamiseen, jotka se aikoo antaa niiden hoidettaviksi.

52. Toiseksi 24 §:n 5 momentti on sekä *liian jäykkä* että *liian epämääräinen* täyttämään oikeasuhteisuuden vaatimukset. Vaikka hankintaviranomaisilla näyttää olevan harkintavaltaa, kun ne yksilöivät kutakin sopimusta varten, mitä ”päätöillä” tarkoitetaan, tästä säännöksestä seuraava alihankinnan rajoitus määritellään erityisen laveasti. Sitä sovelletaan riippumatta julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen kohteesta, ja se sitoo hankintaviranomaisia, kun ne tekevät millaisia hyvänsä julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia, vaikka ne katsoisivat, ettei ole mitään ilmeistä syytä määrätä tällaisesta rajoituksesta.

53. Kuten komissio esittää, julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentin alihankintaa koskeva rajoitus poikkeaa tältä osin direktiivin 2014/25 79 artiklan 3 kohdasta. Kyseisessä säännöksessä annetaan hankintaviranomaiselle ainoastaan *mahdollisuus* erityisesti vaatia, että tarjoaja suorittaa suoraan itse tietyt *kriittiset* tehtävät. Hankintaviranomaiset voivat siten arvioida, onko tällainen rajoitus kyseisissä olosuhteissa tarkoituksenmukainen. Tästä seuraa, että vaikka – kuten Liettuan hallitus esittää – julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momentilla olisi katsottava saatettavan direktiivin 2014/25 79 artiklan 3 kohta osaksi Liettuan lainsäädäntöä,[46] sen täytäntöönpanoa olisi pidettävä virheellisenä.

54. Näistä syistä katson, että jos kyseessä on julkista hankintaa koskeva sopimus, johon ei sovelleta direktiiviä 2004/17 eikä direktiiviä 2004/18 mutta johon liittyy varma rajat ylittävä intressi, SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaan perustuvat kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kielto ja avoimuusvelvoite ovat esteenä julkisia hankintoja koskevan lain 24 §:n 5 momenttiin sisältyvän kaltaiselle kansalliselle oikeussäännölle, jonka nojalla tarjoajan on itse suoritettava hankintaviranomaisen yksilöimät ”päätyöt”, ilman että tätä osaa sopimuksesta olisi mahdollista teettää aliurakkana.

Tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdan laillisuus (ensimmäisen kysymyksen b kohta)

55. Ensimmäisen kysymyksen b kohdassa tuodaan esiin kysymys siitä, ovatko tarjouspyyntöasiakirjat, joissa edellytetään, että jos konsortion jäsenet ehdottavat ammatillisten voimavarojensa yhdistämistä jättäessään yhteisen tarjouksen, sopimuksen osuuden, jonka kukin konsortion jäsen suorittaa, ja sen panoksen ammatillista kokemusta koskevan edellytyksen täyttämisessä on vastattava laskennallisesti toisiaan, unionin oikeuden vastaisia.

56. Kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohta liittyy julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekemiseen. Tätä lauseketta on luettava yhdessä tarjouspyyntöasiakirjojen 4.2.3 kohdan kanssa, ja siinä puolestaan edellytetään, että konsortion jäsenten jättämissä tarjouksissa ilmoitetaan suoritukset (urakat tai palvelut), jotka kukin konsortion jäsenistä tekee, ja näiden suoritusten prosenttiosuus. Kun hankintaviranomainen tutkii tarjoukset ja valitsee menestyksekkään tarjoajan, se kykenee siten tarkistamaan, että kukin konsortion jäsen vastaa rakennusurakan tai palvelujen siitä osasta, joka vastaa sen panosta tarjouspyyntöasiakirjojen 3.2.1 kohdassa asetetun ammatilliseen kokemukseen liittyvän vaatimuksen täyttämisestä.

46 — Ks. edellä 25 kohta.

57. Edellä alihankinnasta esittämäni periaatteet ovat yhtä merkityksellisiä sellaisten konsortion jäsenten kannalta, jotka yhdistävät voimavaransa. [47]

58. Näen tilanteen siten, että tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdassa vahvistetun kaltainen vaatimus on omiaan rajoittamaan konsortion jäsenten joustavuutta. Se vaikuttaa siihen, miten ne sopivat jakavansa vastuun jättäessään yhteisen tarjouksensa, mutta myös estää niitä muuttamasta kunkin konsortion jäsenen panosta urakkasopimuksessa myöhemmin, jos sopimus tehdään niiden kanssa.

59. Tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdan vaatimus voi siten vähentää muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden osallistumishalukkuutta. Se vaikuttaa toimijoihin, jotka haluaisivat sijoittautua kyseiseen jäsenvaltioon perustamalla pysyvän konsortion, joka mahdollisesti koostuisi kotimaisista ja ulkomaisista yhtiöistä. Se vaikuttaa myös toimijoihin, jotka haluaisivat tarjota palvelujaan liittymällä tällaiseen jo olemassa olevaan konsortioon, jotta ne kykenisivät osallistumaan helpommin julkisiin hankintamenettelyihin, joita kyseisen jäsenvaltion hankintaviranomaiset käynnistävät. [48] Tällainen lauseke on siten SEUT 49 ja SEUT 56 artiklassa tarkoitettu rajoitus.

60. Satamaviranomainen ja Liettuan hallitus esittävät lähinnä, että tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdassa pyritään vain varmistamaan, että jokaisella konsortion jäsenellä on ammatilliset voimavarat, jotta se kykenee suoriutumaan julkisen rakennusurakkasopimuksen osuudesta, josta se vastaa.

61. Olen jo todennut, että tavoite varmistaa julkista hankintaa koskevan sopimuksen asianmukainen toteuttaminen voi olla hyväksyttävä perustelu palvelujen tarjoamisen vapauden ja sijoittautumisvapauden (syrjimättömälle) rajoitukselle. [49] Konsortiosopimuksen perusteella toimivat konsortion jäsenet saattavat *yhdessä* kyetä täyttämään ammatillisiin voimavaroihin (mukaan lukien ammatillinen kokemus) liittyvät hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset, kun ne jättävät tarjouksen. Tämä ei kuitenkaan takaa sitä, että kullekin konsortion jäsenelle annetaan tämän jälkeen tosiasiallisesti ne nimenomaiset tehtävät, joiden osalta sen ammatilliset voimavarat on selvitetty ennen sopimuksen tekemistä. SEUT 49 ja SEUT 56 artikla eivät siten ole lähtökohtaisesti esteenä sille, että hankintaviranomainen edellyttää konsortiosopimusten perusteella jätettävissä tarjouksissa täsmennettävän, miten eri tehtävät jaetaan konsortion jäsenten kesken, selvittää kunkin konsortion jäsenen kyvyn hoitaa tehtävät, joista se vastaa, ja valvoo sopimuksen tekemisen jälkeen, että kukin konsortion jäsen suorittaa asianmukaisesti tehtävät, joiden osalta sen ammatilliset voimavarat on osoitettu. [50]

62. Nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisten tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohta ei ole kuitenkaan sopiva tapa varmistaa tämän tavoitteen saavuttaminen.

63. Kyseisessä kohdassa edellytetään, että kunkin konsortion jäsenen panos 3.2.1 kohdan ammatillista kokemusta koskevan vaatimuksen täyttämisessä ja kyseisen konsortion jäsenen sopimuksen toteuttamisen yhteydessä tosiasiallisesti suorittamien tehtävien ”määrä” (tai rahallinen arvo) vastaavat laskennallisesti toisiaan.

64. Kuten komissio aivan oikein esittää, tämä lauseke *ei liity tiettyyn urakkaan tai tiettyihin palveluihin*, joita edellytetään suoritettavan, jotta riidanalainen julkista hankintaa koskeva sopimus toteutetaan asianmukaisesti. Kukin konsortiosopimuksen perusteella toimiva jäsen saattaa esimerkiksi kyetä osoittamaan, että se on hankkinut kokemusta satamalaiturin rakentamisesta tai peruskorjauksesta viiden viime vuoden ajan. Yhdessä konsortion jäsenet täyttävät siten

47 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 43–45, 47 ja 49 kohta.

48 — Ks. vastaavasti tuomio 23.12.2009, Serrantoni ja Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, 42 kohta).

49 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 49 kohta.

50 — Perusteet ovat samat kuin alihankinnan yhteydessä. Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 49 kohta ja analogisesti alaviitteissä 43 ja 44 mainittu oikeuskäytäntö.

tarjouspyyntöasiakirjojen 3.2.1 kohdassa asetetun ammatillista kokemusta koskevan edellytyksen. Kukin niistä on saattanut kuitenkin erikoistua satamalaiturin rakentamisessa eri osa-alueeseen, kuten satama-altaiden ruoppaukseen, perustusten tekemiseen, teräksisen paneeliseinän rakentamiseen taikka satamalaiturin laitteiden toimittamiseen ja asentamiseen. Tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdassa vahvistettu vaatimus ei estä yksittäistä konsortion jäsentä suorittamasta tiettyjä tehtäviä, joista sillä ei tosiasiallisesti ole lainkaan kokemusta (vaikka kyseiset tehtävät saattavat laskennallisesti vastata sen panosta tarjouspyyntöasiakirjojen 3.2.1 kohdan vaatimuksen täyttämisessä ja olla siten niiden 4.3 kohdan mukaisia).

65. Tästä syystä katson, että julkista hankintaa koskevan sopimuksen asianmukaisen toteuttamisen varmistamisen tavoite ei voi pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevan kaltaisessa tilanteessa olla hyväksyttävä peruste tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdasta ilmenevien palvelujen tarjoamisen vapauden ja sijoittautumisvapauden rajoitukselle. Tämä pätee erityisesti sen vuoksi, että sellaisetkin tehtävät, jotka muodostavat vain pienen osuuden sopimuksen kokonaisarvosta, saattavat olla kriittisen tärkeitä sen asianmukaisen toteuttamisen kannalta.[51]

66. Satamaviranomainen esittää, että tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen noudattaminen edellyttää, että vain ammatilliset voimavarat, joita tosiasiallisesti käytetään julkista hankintaa koskevan sopimuksen toteuttamiseksi, voidaan ottaa huomioon, kun arvioidaan yksittäisten konsortion jäsenten ammatillisia voimavaroja.

67. Vaikka nämä tavoitteet ovat hyväksyttäviä,[52] tämä väite ei voi menestyä. Satamaviranomainen esitti unionin tuomioistuimen suullisessa käsittelyssä esittämään kysymykseen antamassaan vastauksessa, että tarjouspyyntöasiakirjat eivät estäneet konsortiosopimuksen nojalla tarjouksen tehneitä konsortion jäseniä sopimasta samalla tavalla kuin muut tarjoajat julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen suorittamisesta aliurakointina (lukuun ottamatta ”päätöitä”) ja että näissä olosuhteissa aliurakoitsijoiden ammatillista kokemusta *ei* tarvinnut ilmoittaa, kun yhteistarjous jätettiin. Tästä syystä – toisin kuin satamaviranomainen väittää – pääasiassa kyseessä olevilla tarjouspyyntöasiakirjoilla ei tosiasiallisesti varmistettu sitä, että ammatillisia voimavaroja, joita konsortion jäsenet ilmoittivat olevan käytettävissään yhteisen tarjouksen jättäessään ja jotka hankintaviranomainen oli tarkistanut, tosiasiallisesti käytettäisiin riidanalaisen julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen toteuttamiseen.

68. Tästä syystä katson, että kun kyseessä on julkista hankintaa koskeva sopimus, jonka arvo jää direktiivissä 2004/17 tai direktiivissä 2004/18 vahvistettua kynnysarvoa alemmaksi mutta johon liittyy varma rajat ylittävä intressi, SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaan perustuvat kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kielto ja avoimuusvelvoite ovat esteenä riidanalaisten tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdan kaltaiselle tarjouspyyntölausekkeelle, jossa edellytetään, että jos konsortion jäsenet ehdottavat ammatillisten voimavarojensa yhdistämistä jättäessään yhteisen tarjouksen, sopimuksen osuuden, jonka kukin konsortion jäsen suorittaa, ja sen panoksen ammatillista kokemusta koskevan edellytyksen täyttämisessä on vastattava laskennallisesti toisiaan.

Tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohtaan sopimuksen tekomenettelyn aikana tehtyjen muutosten laillisuus (toinen kysymys)

69. Oliko se, että satamaviranomainen muutti tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 lauseketta, kuten se teki, SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaan perustuvien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteen sekä niistä seuraavan avoimuusvelvoitteen vastaista?

51 — Esim. infrastruktuurin vesieristys.

52 — Ks. tästä tuomio 23.12.2009, Serrantoni ja Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, 31 ja 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 22.10.2015, Impresa Edilux ja SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, 36 kohta).

70. Direktiivin 2004/18 2 artiklan tulkintaa koskeva unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö antaa hyödyllisiä ohjeita tähän kysymykseen vastaamiseksi. Kyseisen säännöksen mukaan ”hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti”. Kyseinen säännös perustuu näin ollen EUT-sopimuksesta johtuviin yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteisiin sekä avoimuusvelvoitteeseen. [53]

71. Unionin tuomioistuin on siten katsonut, että sekä yhdenvertaisen kohtelun periaate että siitä johtuva avoimuusvelvollisuus edellyttävät, että julkista hankintaa koskevan sopimuksen kohde ja tekoperusteet määritetään selvästi jo heti tällaisen sopimuksen tekomenettelyn alussa. [54] Yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää, että tarjoajilla on samat mahdollisuudet tarjousehtojensa laatimisessa. Tämä merkitsee siis sitä, että tarjouksia koskevat kaikkien tarjoajien osalta samat edellytykset. [55] Lisäksi avoimuusvelvollisuuden tarkoituksena on taata, ettei hankintaviranomainen harjoita suosintaa tai käytä mielivaltaa. Se edellyttää, että kaikki sopimuksen tekomenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt esitetään selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa siten, että yhtäältä mahdollistetaan kaikille kohtuullisen valistuneille ja tavanomaisen huolellisille tarjoajille niiden täsmällisen ulottuvuuden ymmärtäminen ja niiden tulkitseminen samalla tavalla ja että toisaalta mahdollistetaan hankintaviranomaiselle sen tarkistaminen, vastaavatko tarjoajien tarjoukset kyseessä olevaa hankintaa sääntteleviä arviointiperusteita. [56]

72. Tästä syystä hankintaviranomainen ei voi muuttaa korjauksiakaan tekemällä hankinnan olennaisten ehtojen ulottuvuutta, sellaisina kuin nämä ehdot on muotoiltu tarjouspyyntöasiakirjassa, joihin hankinnasta kiinnostuneet talouden toimijat legitiimisti turvautuivat tehdessään päätöksensä valmistautua tarjouksen esittämiseen tai toisaalta luopua osallistumasta kyseiseen hankintamenettelyyn. [57]

73. Samoja periaatteita sovelletaan, jos sopimukseen ei sovelleta direktiiviä 2004/18 mutta siihen liittyy varma rajat ylittävä intressi. Unionin tuomioistuin totesi tuomiossa Enterprise Focused Solutions, [58] että hankintaviranomainen ei voi hankintailmoituksen julkaisemisen jälkeen muuttaa hankinnan tiettyä osaa koskevaa teknistä eritelmää yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteiden sekä avoimuusvelvollisuuden vastaisesti. [59] Tämä vastaa muita tuomioita, joissa unionin tuomioistuin on tehnyt selväksi, että yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvoite merkitsevät lähtökohtaisesti sitä, että kun tarjous on jätetty, sitä ei voida enää muuttaa hankintaviranomaisen eikä tarjoajan aloitteesta, ellei muutoksella korjata ilmeistä kirjoitus- tai laskuvirhettä tai selvennetä jotain tarjouksen yksityiskohtaa. [60]

74. Nyt käsiteltävässä asiassa satamaviranomainen toimi kahdesti näiden periaatteiden vastaisesti muuttaessaan tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohtaa.

75. Ensinnäkään – kuten komissio toteaa – näitä muutoksia ei voida pitää kyseisen kohdan vähäpätöisinä selvennyksinä eikä kirjoitusvirheen oikaisuina. Riidanalaisen 4.3 kohdan alkuperäisessä versiossa selvästi sallittiin tarjouspyyntöasiakirjojen 3.2.1 kohdassa vahvistetun ammatillisia voimavaroja koskevan vaatimuksen täyttäminen siten, että sen täytti vähintään yksi konsortion jäsen *tai* sen täyttivät kaikki konsortion jäsenet yhdessä. Molemmilla muutoksilla (jotka tehtiin 24.4.2014 ja

53 — Tuomio 7.9.2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, 34 kohta).

54 — Tuomio 10.12.2009, komissio v. Ranska (C-299/08, EU:C:2009:769, 41 kohta) ja tuomio 10.5.2012, komissio v. Alankomaat (C-368/10, EU:C:2012:284, 56 kohta).

55 — Tuomio 6.11.2014, Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 44 kohta).

56 — Ks. esim. tuomio 6.11.2014, Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 44 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen); ks. myös tuomio 10.5.2012, komissio v. Alankomaat (C-368/10, EU:C:2012:284, 88 kohta).

57 — Tuomio 10.5.2012, komissio v. Alankomaat (C-368/10, EU:C:2012:284, 55 kohta).

58 — Tuomio 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

59 — Tuomio 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, 29 kohta).

60 — Ks. esim. tuomio 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, 31 ja 32 kohta).

9.5.2014) otettiin käyttöön rajoituksia, jotka koskivat ammatillisten voimavarojen osoittamista konsortiotilanteessa. Nämä rajoitukset eivät selvästikään kuuluneet kyseisen kohdan alkuperäiseen versioon. Niillä päinvastoin muutettiin tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdan olennaista sisältöä, johon kyseiset toimijat olivat jo perustellusti nojautuneet tehdessään päätöksen siitä, että ne valmistautuisivat tarjouksen jättämiseen tai jättäisivät osallistumatta hankintamenettelyyn. Tästä syystä olen eri mieltä satamaviranomaisen väitteestä, jonka mukaan kohtuullisen valistuneet tarjoajat kykenivät ennakoimaan kyseiset muutokset.

76. Satamaviranomainen ei ole myöskään esittänyt mitään objektiivista perustelua selittääkseen, miksi se teki kahdesti huomattavia muutoksia tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohtaan sen jälkeen kun alkuperäinen tarjouspyyntö oli julkaistu. Vaikka tämä kuuluu viime kädessä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen selvitettäväksi, koska se vastaa yksin tosiseikkojen määrittämisestä, mikään unionin tuomioistuimen käytettävissä oleva aineisto ei siten viittaa siihen, että nämä muutokset olivat tarpeen siksi, että olosuhteet, joissa riidanalainen julkista hankintaa koskeva sopimus oli tarkoitus tehdä tai toteuttaa, olivat perustavanlaatuisesti muuttuneet tarjouspyynnön julkaisemisen jälkeen.

77. On mahdollista kuvitella olosuhteet, joissa tällainen perustavanlaatuinen muutos saattaisi tapahtua ja joissa hankintaviranomainen joutuisi tilanteeseen, jossa se joutuisi joko aloittamaan tarjouspyyntömenettelyn alusta tai muuttamaan tarjouspyyntöasiakirjoja. Kumpaankin ratkaisuun liittyisi haittoja, koska alkuperäisessä tarjouspyyntömenettelyssä jo syntyneet kustannukset menisivät hukkaan; ja molemmissa syntyisi ilmeisiä ongelmia erityisesti väärinkäytön tai manipulaation riskin, avoimuuden ja (mahdollisten) tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja (mahdollisesti) tarpeettomien kustannusten (jonkin osan) korvaamisen kannalta. Onneksi unionin tuomioistuimen ei tarvitse tehdä päätöksiä mistään näistä hankalista kysymyksistä tässä yhteydessä, enkä käsittele niitä tämän enempää.

78. Nyt käsiteltävään asiaan liittyvissä olosuhteissa katson näin ollen, että SEUT 49 ja SEUT 56 artiklasta johtuva kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää koskeva kielto ja avoimuusvelvoite ovat esteenä pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevien kaltaisille tarjouspyyntöasiakirjojen muutoksille, joilla otetaan käyttöön rajoituksia, jotka koskevat sitä, miten konsortion jäsenet osoittavat ammatilliset voimavarat, ja jotka eivät sisältyneet tarjouspyyntöasiakirjojen alkuperäiseen versioon.

79. Tätä päätelmää ei kyseenalaista se, että muutokset tehtiin ennen kuin yhtäkään tarjousta oli jätetty, eikä se, että satamaviranomainen sekä julkaisi muutokset Euroopan unionin virallisessa lehdessä että pidensi tarjousten jättämiselle asetettua määräaikaa. Kuten olen selittänyt, satamaviranomaisen tekemät peräkkäiset muutokset tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohtaan merkitsivät olennaista muutosta ehtoihin, joiden mukaisesti konsortion jäsenet voivat jättää tarjouksen, ilman objektiivista perustelua. [61]

80. Korostaisin lopuksi sitä, että tässä yhteydessä esittämäni arviointi perustuu pääasian oikeudenkäynnin erityiseen tilanteeseen. Tästä syystä se ei vaikuta millään tavoin siihen, miten EUT-sopimuksesta johtuvia yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteita ja avoimuusvelvoitetta sovellettaisiin eri olosuhteissa.

Ratkaisuehdotus

81. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Lietuvos Aukščiausiasis Teismasin (Liettuan ylin tuomioistuin) ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Kun kyseessä on julkista hankintaa koskeva sopimus, johon ei sovelleta vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2004/17/EY eikä julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen

61 — Ks. edellä 75 ja 76 kohta.

yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2004/18/EY mutta johon liittyy varma rajat ylittävä intressi, SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaan perustuvaa kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa ja avoimuusvelvoitetta on tulkittava siten, että ne ovat esteenä julkisia hankintoja koskevan lain (Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas) 24 §:n 5 momenttiin sisältyvän kaltaiselle kansalliselle oikeussäännölle, jonka nojalla tarjoajan on itse suoritettava hankintaviranomaisen yksilöimät ”päätyöt”, ilman että tätä osaa sopimuksesta olisi mahdollista teettää aliurakkana.

2) Samassa yhteydessä SEUT 49 ja SEUT 56 artiklasta johtuva kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kielto ja avoimuusvelvoite ovat esteenä pääasian kohteena olevan tarjouspyyntöasiakirjojen 4.3 kohdan kaltaiselle lausekkeelle, jossa edellytetään, että jos konsortion jäsenet ehdottavat ammatillisten voimavarojensa yhdistämistä jättäessään yhteisen tarjouksen, sopimuksen osuuden, jonka kukin konsortion jäsen suorittaa, ja sen panoksen ammatillista kokemusta koskevan edellytyksen täyttämisessä on vastattava laskennallisesti toisiaan.

3) SEUT 49 ja SEUT 56 artiklasta johtuvaa kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää koskeva kielto ja avoimuusvelvoite ovat esteenä pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevien kaltaisille tarjouspyyntöasiakirjojen muutoksille, joilla otetaan ilman objektiivista perustetta käyttöön rajoituksia, jotka koskevat sitä, miten konsortion jäsenet osoittavat ammatilliset voimavaransa, ja jotka eivät sisältyneet tarjouspyyntöasiakirjojen alkuperäiseen versioon.