UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

23 päivänä joulukuuta 2009 *

Asiassa C-305/08,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Consiglio di Stato (Italia) on esittänyt 23.6.2008 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 4.7.2008, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

**Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)**

vastaan

**Regione Marche**,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: kolmannen jaoston puheenjohtaja K. Lenaerts, joka hoitaa neljännen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (esittelevä tuomari), G. Arestis ja J. Malenovský,

* Oikeudenkäyntikieli: italia.

julkisasiamies: J. Mazák,
kirjaaja: R. Grass,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), edustajanaan avvocato I. Deluigi,

– Tšekin hallitus, asiamiehenään M. Smolek,

– Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

– Euroopan komissio, asiamiehinään C. Zadra ja D. Recchia,

kuultuaan julkisasiamiehen 3.9.2009 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

**tuomion**

1 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 (EUVL L 134, s. 114) 1 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 8 kohdan ensimmäisen ja toisen alakohdan tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa vastakkain ovat Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (yliopistojen välinen meritieteiden konsortio, jäljempänä CoNISMa) ja Regione Marche (Marchen alue) ja joka koskee viimeksi mainitun päätöstä hylätä mainitun konsortion osallistuminen julkista palveluhankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn.

## Asiaa koskevat oikeussäännöt

*Yhteisön säännöstö*

3 Direktiivin 2004/18 johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Jäsenvaltioiden olisi huolehdittava siitä, että julkisoikeudellisen laitoksen osallistuminen tarjoajana julkisia hankintoja tai urakoita koskevan sopimuksen tekomenettelyyn ei aiheuta kilpailun vääristymistä yksityisiin tarjoajiin nähden.”

4 Tämän direktiivin 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa säädetään seuraavaa:

”’Julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tässä direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen.”

5 Mainitun direktiivin 1 artiklan 8 kohdassa säädetään seuraavaa:

”’Urakoitsijalla’, ’tavarantoimittajalla’ ja ’palvelujen suorittajalla’ tarkoitetaan luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä tai julkista yksikköä taikka tällaisten henkilöiden ja/tai laitosten ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla rakennustöiden ja/tai -urakoiden toteuttamista, tuotteita tai palveluja.

Käsite ’taloudellinen toimija’ kattaa urakoitsijan, tavarantoimittajan ja palvelujen suorittajan käsitteet. Sitä käytetään yksinomaan tekstin yksinkertaistamiseksi.

– –”

6 Saman direktiivin 1 artiklan 9 kohdassa säädetään seuraavaa:

”’Hankintaviranomaisina’ pidetään valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

’Julkisoikeudellisella laitoksella’ tarkoitetaan laitosta,

a) joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta,

b) joka on oikeushenkilö, ja

c) jota joko rahoittaa pääosin valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan

alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää yli puolet.

_ _”

7 Direktiivin 2004/18 4 artiklassa, jonka otsikko on ”Taloudelliset toimijat”, säädetään seuraavaa:

”1. Ehdokkaita tai tarjoajia, jotka sen jäsenvaltion lain mukaan, johon ne ovat sijoittautuneet, saavat tarjota kyseisiä palveluita, ei saa hylätä pelkästään sillä perusteella, että sen jäsenvaltion lain mukaan, jossa hankintasopimus tehdään, niiden olisi oltava joko luonnollisia henkilöitä tai oikeushenkilöitä.

_ _

2. Taloudelliset toimijat saavat tehdä tarjouksia tai ilmoittautua ehdokkaiksi ryhmittyminä. Hankintaviranomaiset 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.”

8 Tämän direktiivin 44 artiklan, jonka otsikko on ”Osanottajien soveltuvuuden tarkistaminen ja valinta, hankintasopimusten tekeminen”, 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintasopimukset tehdään 53 ja 55 artiklassa säädetyin perustein ja 24 artikla huomioon ottaen sen jälkeen kun hankintaviranomaiset ovat tarkistaneet niiden taloudellisten toimijoiden soveltuvuuden, joiden osallistumista menettelyyn ei 45 ja 46 artiklan perusteella ole suljettu pois. Tällainen soveltuvuuden tarkistus on suoritettava 47–52 artiklassa tarkoitettujen taloudellista ja rahoitustilannetta, ammatillista ja teknistä tietämystä tai pätevyyttä koskevien perusteiden mukaisesti ja tarvittaessa 3 kohdassa tarkoitettujen syrjimättömien sääntöjen ja perusteiden mukaisesti.”

9 Direktiivin 2004/18 55 artiklassa, jonka otsikko on ”Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset”, säädetään seuraavaa:

”1. Jos tiettyä hankintasopimusta varten jätetyt tarjoukset vaikuttavat suoritukseen nähden poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisen on, ennen kuin se voi hylätä tarjoukset, pyydettävä kirjallisesti tiedot olennaisiksi katsomistaan tarjouksen pääkohdista.

Tällaiset tiedot voivat koskea erityisesti:

a) rakennusmenetelmän, tuotteiden valmistusmenetelmän tai palvelun suorittamisen taloudellisia näkökohtia;

b) valittuja teknisiä ratkaisuja ja/tai poikkeuksellisen edullisia, tarjoajan käytettävissä olevia urakan toteuttamisen, tuotteiden toimittamisen tai palvelun suorittamisen ehtoja;

c) tarjoajan ehdottaman rakennusurakan, tuotteiden tai palvelujen omintakeisuutta;

d) siellä voimassa olevien työsuojelua ja työoloja koskeviin säännöksiin liittyvien velvoitteiden noudattamista, missä suorituksen on määrä tapahtua;

e) tarjoajan mahdollisesti saamaa valtiontukea.

2. Hankintaviranomainen tarkistaa tarjoajaa kuullen tarjouksen pääkohdat ottamalla huomioon toimitetun näytön.

3. Jos hankintaviranomainen toteaa, että tarjous on poikkeuksellisen alhainen tarjoajan saaman valtiontuen takia, kyseinen tarjous voidaan hylätä pelkästään tästä syystä vasta tarjoajan kuulemisen jälkeen, ja jos tämä ei pysty hankintaviranomaisen vahvistamassa riittävässä ajassa näyttämään toteen, että kyseessä oleva tuki on myönnetty laillisesti. Jos hankintaviranomainen hylkää tarjouksen näissä olosuhteissa, sen on ilmoitettava asiasta komissiolle.”

*Kansallinen säännöstö*

10 Direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY mukaisia julkisia rakennusurakoita sekä julkisia palvelu- ja tavaranhankintoja koskevien sopimusten koodeksin käyttöön ottamisesta 12.4.2006 annetun asetuksen (decreto legislativo) nro 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e

2004/18/CE) (GURI, Supplemento ordinario nro 100, 2.5.2006; jäljempänä asetus nro 163/2006) 3 §:n 19 ja 22 momentissa säädetään seuraavaa:

”19. ’Elinkeinonharjoittajalla’ [imprenditore, joka puolestaan on direktiivissä 2004/18 ’urakoitsija’], ’tavarantoimittajalla’ ja ’palvelun suorittajalla’ tarkoitetaan sellaista luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä tai oikeushenkilöllisyyttä vailla olevaa yksikköä, 23.7.1991 annetun asetuksen (decreto legislativo) nro 240 mukaisesti perustettu eurooppalainen taloudellinen etuyhtymä (ETEY) mukaan luettuna, joka tarjoaa markkinoilla rakennustöiden ja urakoiden toteuttamista, tavaroiden toimittamista tai palvelujen suorittamista.

– –

22. Käsite ’taloudellinen toimija’ kattaa elinkeinonharjoittajan, tavarantoimittajan ja palvelujen suorittajan tai näiden muodostaman ryhmittymän tai konsortion.”

11 Asetuksen nro 163/2006 34 §:ssä, jonka otsikko on ”Toimijat, joiden kanssa voidaan tehdä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia (direktiivin 2004/18 4 ja 5 artikla)”, säädetään seuraavaa:

”1. Seuraavilla toimijoilla on oikeus osallistua julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyyn, sanotun kuitenkaan rajoittamatta nimenomaisesti säädettyjen rajoitusten soveltamista:

a) yksittäiset elinkeinonharjoittajat, mukaan luettuina käsityöläiset, kaupalliset yhtiöt ja osuustoiminnalliset yhtiöt;

b) tuotanto- ja työosuuskuntien konsortiot – – ja – – käsityöläisalan yritysten konsortiot – –;

c) siviililain (codice civile) 2615 ter §:ssä tarkoitetut konsortioyhtiöiden muodossa toimivat pysyvät konsortiot, jotka on muodostettu yksittäisten elinkeinonharjoittajien (mukaan luettuna käsityöläiset), kaupallisten yhtiöiden tai tuotanto- ja työosuuskuntien välillä 36 §:n säännösten mukaisesti;

d) tilapäiset kilpailijoiden ryhmittymät, jotka koostuvat edellä a, b ja c alakohdassa mainituista toimijoista – –;

e) siviililain 2602 §:ssä tarkoitetut tavanomaiset kilpailijoiden konsortiot, jotka koostuvat edellä a, b ja c alakohdassa mainituista toimijoista, myös – – yhtiöinä toimivat konsortiot;

f) toimijat, jotka ovat tehneet sopimuksen eurooppalaisesta taloudellisesta etuyhtymästä (ETEY) – –;

– –.”

12 Pääasian tosiseikkojen tapahtumisen jälkeen edellä mainittuun luetteloon on 11.9.2008 annetulla asetuksella (decreto legislativo) nro 152 (GURI, nro 231, 2.10.2008) lisätty seuraava kohta:

”f bis) edellä 3 §:n 22 momentissa tarkoitetut, toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneet taloudelliset toimijat, jotka on perustettu kyseessä olevassa jäsenvaltiossa voimassa olevan lainsäädännön mukaisesti.”

13 Italian siviililain 2082 §:ssä säädetään vielä, että ”elinkeinonharjoittajalla [imprenditore]” tarkoitetaan henkilöä, jonka toiminta on ammattimaisesti ja organisoidusti harjoitettua taloudellista toimintaa tavaroiden tai palvelujen tuottamiseksi ja vaihtamiseksi.

**Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset**

14 Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee, että Regione Marche aloitti julkista palveluhankintaa koskevan tarjouskilpailumenettelyn, jonka kohteena olevat palvelut koostuivat meriin ja seismologiaan liittyvän stratigraafisen tutkimuksen toteuttamisesta, kairausten suorittamisesta ja näytteidenotosta merestä Pesaron ja Civitanova Marchen välisellä rannikkokaistaleella.

15 CoNISMa ilmoittautui ehdokkaaksi tässä tarjouskilpailussa. Hankintaviranomainen hylkäsi sen osallistumisen 4.4.2007, 18.4.2007 ja 23.4.2007 tekemillään päätöksillä sen jälkeen, kun se oli esittänyt CoNISMan osallistumista kyseiseen sopimuksentekomenettelyyn koskevia varaumia.

16 CoNISMa teki tästä hylkäämisestä ylimääräisen valituksen Italian tasavallan presidentille Italian lainsäädännön mukaisessa erityisessä menettelyssä ja väitti, että asetuksen nro 163/2006 34 §:n tulkitseminen siten, että se sisältää tyhjentävän luettelon, johon yliopistot ja tutkimuslaitokset eivät kuulu, eivätkä nämä siten voi osallistua julkista hankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn, on ristiriidassa direktiivin 2004/18 säännösten kanssa. Ympäristö- ja aluesuojeluasioista vastaava ministeriö pyysi tässä ylimääräisessä muutoksenhakumenettelyssä Consiglio di Staton lausuntoa siten kuin asiaa koskevassa kansallisessa lainsäädännössä on säädetty.

17 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin huomauttaa, että sen on lausunnon antamista varten ratkaistava, voidaanko CoNISMan kaltaista yliopistojen välistä konsortiota pitää direktiivin 2004/18 mukaisena ”taloudellisena toimijana” ja voiko se siten osallistua pääasiassa kyseessä olevan kaltaiseen julkista palveluhankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin suhtautuu tähän varauksellisesti seuraavien seikkojen perusteella.

18 Consiglio di Stato huomauttaa aluksi, että CoNISMa on 24 italialaisen yliopiston ja kolmen ministeriön muodostama konsortio (consorzio). Se on sääntöjensä mukaan voittoa tavoittelematon ja pyrkii edistämään ja koordinoimaan tutkimusta ja muuta tieteellistä ja soveltavaa toimintaa konsortioon kuuluvien yliopistojen välillä meritieteiden alalla. Se voi osallistua julkishallinnon ja julkisella ja yksityisellä alalla toimivien yhtiöiden järjestämiin tarjouskilpailuihin ja muihin kilpailumenettelyihin. Sen toiminta rahoitetaan korkeakoulu- ja tiedeministeriön sekä muiden julkisyhteisöjen ja julkisten tai yksityisten, italialaisten tai ulkomaisten laitosten myöntämillä avustuksilla.

19 Consiglio di Stato viittaa ensinnäkin julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1), joka edelsi direktiiviä 2004/18, 1 artiklan c alakohtaan, jonka mukaan ”palvelujen suorittajalla tarkoitetaan palveluja suorittavaa luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä julkisoikeudelliset laitokset mukaan luettuina”, ja huomauttaa, että tämä muotoilu näyttäisi ilmentävän pyrkimystä rajata sellaisten toimijoiden joukko, jotka voivat tehdä sopimuksia hankintaviranomaisten kanssa, vain niihin henkilöihin, jotka on sääntöjensä nojalla perustettu harjoittamaan kyseisen

hankintamenettelyn kohteena olevaa palvelusuoritusta vastaavaa toimintaa. Tämän lähestymistavan mukaan yksityisten taloudellisten toimijoiden lisäksi hankintamenettelyyn voisivat osallistua vain ne julkiset laitokset, jotka oikeusjärjestyksessä niille annetun tehtävän mukaisesti suorittavat tämän hankintamenettelyn kohteena olevia palveluja voitontavoittelutarkoituksessa, mikä siten sulkee pois yliopistot. Tätä lähestymistapaa vaikuttaisi tukevan asiassa C-220/05, Auroux ym., 18.1.2007 annettu tuomio (Kok., s. I-385, 44 kohta), jonka mukaan julkisia hankintoja koskevaa yhteisön säännöstöä sovellettiin kyseessä olleeseen tahoon ”aktiivisesti markkinoilla toimivana yhtiönä”. Tätä samaa lähestymistapaa on ilmeisesti noudatettu asetuksen nro 163/2006 3 §:n 19 momentissa, jonka mukaan palvelujen suorittaja on taloudellinen toimija, joka ”tarjoaa markkinoilla” palveluja.

20 Toiseksi ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin huomauttaa, että kysymykseen ei ole italialaisessa oikeuskäytännössä omaksuttu yksimielistä kantaa. Eräät tuomioistuimet katsovat, että julkisia hankintoja koskeviin menettelyihin voivat osallistua yritystoimintaa harjoittavat luonnolliset henkilöt ja oikeushenkilöt sekä ne julkisoikeudelliset laitokset, jotka sääntöjensä mukaan suorittavat tarjouskilpailun kohteena olevan palvelun tyyppisiä palveluja. Tästä näkökulmasta katsottuna yliopistot eivät voi kuulua näihin yksityisten ja julkisten elinkeinonharjoittajien luokkiin, koska ne on perustettu harjoittamaan opetus- ja tutkimustoimintaa. Toisen lähestymistavan mukaan julkiset yliopistot sekä niiden väliset konsortiot voivat osallistua julkisia palveluhankintoja koskeviin menettelyihin, jos kyseessä oleva palvelusuoritus sopii yhteen niiden tarkoitusten, joita varten nämä toimijat on perustettu, ja näiden toimijoiden sääntöjen kanssa.

21 Kolmanneksi Consiglio di Stato viittaa julkisia hankintoja valvovan Italian viranomaisen (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) näkemykseen, jossa erotetaan taloudelliset toimijat sellaisista julkisten laitosten, joille taloudellinen toiminta ei ole luonteenomaista, yliopistojen tai yliopistojen laitosten kaltaisista tahoista, jotka eivät kuulu tähän luokkaan, koska niiden tarkoituksena ei ole harjoittaa taloudellista toimintaa, jolle on tyypillistä rikkauden tuottaminen. Nämä yksiköt eivät siten voi osallistua julkisia hankintoja koskeviin menettelyihin, elleivät ne perusta tätä tarkoitusta varten yhtiöitä kansallisessa lainsäädännössä yliopistoille myönnetyn autonomian nojalla. Tämä näkemys vahvistetaan asetuksen nro 163/2006 34 §:ssä, joka sisältää tyhjentävän luettelon niistä henkilöistä, jotka voivat osallistua julkisia hankintoja koskeviin sopimuksentekomenettelyihin.

22 Consiglio di Stato viittaa epäilystensä perusteeksi vielä vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan julkisia hankintoja koskevaa yhteisön lainsäädäntöä on tulkittava toiminnallisuusperusteen mukaan, jotta tehokkaan kilpailun perusperiaatteen kiertäminen voidaan estää (asia C-337/06, Bayerischer Rundfunk ym., tuomio 13.12.2007, Kok., s. I-11173). Erityisesti julkisten palveluhankintojen osalta unionin tuomioistuin on korostanut julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen päätavoitetta eli palveluiden vapaata liikkuvuutta ja hankintojen avaamista vääristymättömälle ja mahdollisimman laajalle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa (asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005, Kok., s. I-1, 44 ja 47 kohta).

23 Consiglio di Stato katsoo tämän oikeuskäytännön valossa, että yliopistojen, tutkimuslaitosten ja niiden konsortioiden hyväksyminen osallistujaksi julkista hankintaa koskevaan menettelyyn voi merkitä kaksinkertaista kilpailua koskevan periaatteen loukkausta. Yhtäältä vaarana on, että osaa julkisista hankintasopimuksista ei enää tehtäisi vapaiden markkinoiden olosuhteissa, sillä merkittävällä määrällä tavanomaisia yrityksiä olisi vaikeuksia saada näitä sopimuksia. Toisaalta tällä tavoin hankintasopimuksen saaja saisi epäoikeudenmukaisesti etuoikeutetun aseman, koska sillä on vakaan ja ennustettavissa olevan julkisen rahoituksen ansiosta taloudellinen varmuus, jota muilla taloudellisilla toimijoilla ei voi olla. Consiglio di Stato katsoo kuitenkin, että käsitteen ”taloudellinen toimija” suppea tulkinta, joka liittyy toimijan pysyvään toimintaan ”markkinoilla” ja joka estäisi yliopistojen, tutkimuslaitosten ja niiden konsortioiden osallistumisen julkisiin tarjouskilpailuihin, aiheuttaisi vakavaa vahinkoa yhteistoiminnalle julkisten ja yksityisten yksiköiden sekä tutkimustoiminnan ja yritystoiminnan välillä ja merkitsisi lopulta kilpailunrajoitusta.

24 Edellä esitetyn perusteella Consiglio di Stato päätti lykätä lausunnon antamista asiassa ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko – – direktiivin 2004/18 – – säännöksiä tulkittava siten, että ne estävät yksinomaan italialaisista yliopistoista ja valtion hallintoyksiköistä – – koostuvaa konsortiota osallistumasta geofysikaalisten tutkimuspalvelujen ja merestä otettavien näytteiden hankinnan kaltaista palveluhankintaa koskevaan sopimuksentekomenettelyyn?

2) Ovatko – – asetuksen nro 163/2006 3 §:n 22 momenttiin, jonka mukaan ’käsite ’taloudellinen toimija’ kattaa elinkeinonharjoittajan [urakoitsijan], tavarantoimittajan ja palvelujen suorittajan tai näiden muodostaman ryhmittymän tai konsortion’, 3 §:n 19 momenttiin, jonka mukaan ’elinkeinonharjoittajalla’ [urakoitsijalla], ’tavarantoimittajalla’ ja ’palvelun tarjoajalla’ tarkoitetaan sellaista luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä tai oikeushenkilöllisyyttä vailla olevaa yksikköä, – – [ETEY] mukaan luettuna, joka ’tarjoaa markkinoilla’ rakennustöiden ja urakoiden toteuttamista, tavaroiden toimittamista ja palvelujen suorittamista, ja 34 §:ään sisältyvät säännökset ristiriidassa – – direktiivin 2004/18 – – kanssa, jos näitä säännöksiä tulkitaan niin, että niiden nojalla julkisia hankintoja koskeviin menettelyihin voivat osallistua ainoastaan tällaisen toiminnan ammattimaiset harjoittajat mutta eivät sellaiset yksiköt, joiden tarkoitus on muu kuin voiton tavoittelu, esimerkiksi tutkimus?”

**Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu**

25 Aluksi on huomattava, että oikeuskäytännön mukaan silloin, kun Consiglio di Stato antaa lausuntonsa pääasian kaltaisessa ylimääräisessä muutoksenhakumenettelyssä, sitä on pidettävä EY 234 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena (yhdistetyt asiat C-69/96–C-79/96, Garofalo ym., tuomio 16.10.1997, Kok., s. I-5603, 27 kohta).

*Ensimmäinen kysymys*

26 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tiedustelee tällä kysymyksellään pääasiallisesti sitä, onko direktiivin 2004/18 säännöksiä tulkittava niin, että ne ovat esteenä sille, että yksinomaan yliopistoista ja julkishallinnon yksiköistä koostuva ryhmittymä osallistuu julkista palveluhankintaa koskevaan hankintamenettelyyn.

27 Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee, että kansallinen tuomioistuin on tarkoittanut direktiivin 2004/18 säännöksistä erityisesti sen 1 artiklan 2 kohdan a alakohtaa ja 8 kohdan ensimmäistä ja toista alakohtaa, koska niissä viitataan ”taloudellisen toimijan” käsitteeseen. Mainitusta pyynnöstä ilmenee myös, että kyseinen ryhmittymä ei ensisijaisesti ole voittoa tavoitteleva, sillä ei ole yritykselle tyypillistä organisaatiorakennetta eikä se toimi säännöllisesti markkinoilla.

28 Tähän kysymykseen vastaamiseksi on aluksi huomattava, että yhtäältä direktiivin 2004/18 säännöksiin ei sisälly ”taloudellisen toimijan” käsitteen määritelmää ja että toisaalta niissä ei tehdä eroa tarjoajien välillä sen mukaan, onko niiden pyrkimyksenä ensisijaisesti voiton tavoittelu, eikä niissä myöskään nimenomaisesti säädetä pääasiassa kyseessä olevan kaltaisten yksiköiden poissulkemisesta. Nämä säännökset, tarkasteltuna aikaisemman oikeuskäytännön valossa, sisältävät kuitenkin riittävät seikat, joiden perusteella ennakkoratkaisupyynnön esittäneelle tuomioistuimelle voidaan antaa hyödyllinen vastaus.

29 Direktiivin 2004/18 johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa mainitaan julkisoikeudellisen laitoksen mahdollisuudesta osallistua tarjoajana julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyyn.

30 Samoin tämän direktiivin 1 artiklan 8 kohdan ensimmäisessä ja toisessa alakohdassa annetaan ”taloudellisen toimijan” asema kaikkien luonnollisten henkilöiden ja oikeushenkilöiden lisäksi nimenomaisesti myös kaikille ”julkisille yksiköille” sekä tällaisten yksiköiden muodostamille ryhmittymille, jotka tarjoavat palveluja markkinoilla. ”Julkisen yksikön” käsite voi sisältää myös sellaiset laitokset, jotka eivät ensisijaisesti ole voittoa tavoittelevia, joilla ei ole yritykselle tyypillistä organisaatiorakennetta ja jotka eivät toimi säännöllisesti markkinoilla.

31 Lisäksi saman direktiivin 4 artiklan, jonka otsikko on ”Taloudelliset toimijat”, 1 kohdassa kielletään jäsenvaltioita säätämästä, että ehdokkaat tai tarjoajat, jotka

sijoittautumisjäsenvaltionsa lain mukaan saavat tarjota hankintailmoituksessa tarkoitettuja palveluita, hylätään pelkästään sillä perusteella, että sen jäsenvaltion lain mukaan, jossa hankintasopimus tehdään, niiden olisi oltava joko luonnollisia henkilöitä tai oikeushenkilöitä. Tässä säännöksessä ei myöskään tehdä eroa ehdokkaiden tai tarjoajien välillä sillä perusteella, onko niillä yksityis- vai julkisoikeudellinen asema.

32 Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen sen kysymyksen osalta, joka koskee kilpailun mahdollista vääristymistä sen vuoksi, että tällaiset pääasian kantajan kaltaiset yksiköt, jotka ovat yksityisiin toimijoihin verrattuna etuoikeutetussa asemassa niille myönnetyn julkisen rahoituksen ansiosta, osallistuvat julkisia hankintoja koskevaan menettelyyn, on korostettava, että direktiivin 2004/18 johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa todetaan jäsenvaltioilla olevan velvollisuus huolehtia siitä, että julkisoikeudellisen laitoksen osallistuminen julkista hankintaa koskevaan menettelyyn ei aiheuta tällaista kilpailun vääristymistä. Tämä velvollisuus koskee myös mainitun kantajan kaltaisia yksiköitä.

33 Tältä osin on huomattava myös hankintaviranomaisen direktiivin 2004/18 55 artiklan 3 kohdan mukaiset velvollisuudet ja mahdollisuudet silloin, kun tarjous on poikkeuksellisen alhainen tarjoajan saaman valtiontuen vuoksi. Oikeuskäytännössä on sitä paitsi jo todettu, että tietyissä erityisissä olosuhteissa hankintaviranomaisilla on velvollisuus ottaa tai ainakin niiden sallitaan ottavan huomioon myönnetyt tuet ja varsinkin perustamissopimuksen vastaiset tuet, jotta niitä saavat tarjoajat voitaisiin tarvittaessa sulkea menettelyn ulkopuolelle (ks. vastaavasti asia C-94/99, ARGE, tuomio 7.12.2000, Kok., s. I-11037, 29 kohta).

34 Taloudellisen toimijan julkisen rahoituksen tai valtiontuen ansiosta mahdollisesti saama etuoikeutettu asema ei kuitenkaan riitä perusteluksi pääasian kantajan kaltaisten yksiköiden sulkemiseen julkista hankintaa koskevan menettelyn ulkopuolelle suoralta kädeltä ilman asian muuta tutkimista.

35 Edellä esitetystä seuraa, että direktiivin antajilla ei ole ollut tarkoitusta rajata ”markkinoilla palveluja tarjoavan taloudellisen toimijan” käsitettä koskemaan vain niitä toimijoita, joilla on yritykselle tyypillinen organisaatiorakenne, eikä asettaa erityisiä edellytyksiä, joilla voidaan taloudellisten toimijoiden oikeudellisen muodon ja sisäisen rakenteen perusteella jo ennakolta rajoittaa niiden osallistumista tarjouskilpailuihin.

36 Aikaisempi oikeuskäytäntö tukee tätä tulkintaa.

37 Oikeuskäytännön mukaan nimittäin yksi julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen tavoitteista on hankintojen avaaminen mahdollisimman laajalle kilpailulle (ks. vastaavasti mm. em. asia Bayerischer Rundfunk ym., tuomion 39 kohta), ja yhteisön oikeuden intressin mukaista on, että varmistetaan mahdollisimman monen tarjoajan osallistuminen tarjouskilpailuun (asia C-538/07, Assitur, tuomio 19.5.2009, Kok., s. I-4219, 26 kohta). Tältä osin on lisättävä, että tähän mahdollisimman laajaan kilpailulle avaamiseen ei pyritä ainoastaan tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevan yhteisön oikeuden intressin vuoksi vaan myös hankintaviranomaisen oman intressin vuoksi, koska se voi näin valita edullisimman ja kyseisen julkisen yksikön tarpeita parhaiten vastaavan tarjouksen laajemmasta valikoimasta tarjouksia (ks. vastaavasti poikkeuksellisen alhaisten tarjousten osalta yhdistetyt asiat C-147/06 ja C-148/06, SECAP ja Santorso, tuomio 15.5.2008, Kok., s. I-3565, 29 kohta).

38 Koska oikeuskäytännössä on lähdetty siitä, että julkiset hankinnat avataan mahdollisimman laajasti kilpailulle, sen mukaan tätä asiaa koskevia yhteisön sääntöjä sovelletaan silloin, kun yksikkö, jonka kanssa hankintaviranomainen aikoo tehdä vastikkeellisen sopimuksen, on itse hankintaviranomainen (ks. vastaavasti em. asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 47 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan mukaan hankintaviranomaisena pidetään yksikköä, joka tyydyttää yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta. Tällainen yksikkö ei ensisijaisesti harjoita voittoa tavoittelevaa toimintaa markkinoilla.

39 Samoin oikeuskäytännön mukaan yhteisön säännökset ovat esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jossa suljetaan ehdokkaat tai tarjoajat, jotka sijoittautumisjäsenvaltionsa lain mukaan saavat tarjota kyseistä palvelua, sellaisen julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn ulkopuolelle, jonka arvo ylittää direktiivien soveltamista koskevan kynnysarvon, pelkästään sillä perusteella, että näiden ehdokkaiden tai tarjoajien oikeudellinen muoto ei kuulu johonkin tiettyyn oikeushenkilöiden luokkaan (ks. vastaavasti asia C-357/06, Frigerio Luigi & C., tuomio 18.12.2007, Kok., s. I-12311, 22 kohta).

40 Lisäksi on huomattava, että oikeuskäytännössä on yhtäältä katsottu, että yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ei loukata pelkästään sillä, että hankintaviranomaiset hyväksyvät tukea saavien laitosten osallistumisen julkisen hankintasopimuksen tekomenettelyyn, jolloin nämä voivat tehdä tarjouksen huomattavasti alhaisempaan hintaan kuin niiden kanssa kilpailevat tarjoajat, jotka eivät saa tukea, ja että toisaalta, jos direktiivin antajan tarkoituksena olisi ollut velvoittaa hankintaviranomaiset jättämään tällaiset tarjoajat menettelyn ulkopuolelle, se olisi tehnyt sen nimenomaisesti (em. asia ARGE, tuomion 25 ja 26 kohta).

41 Edelleen oikeuskäytännön mukaan yhteisön säännöksissä ei edellytetä, että jotta hankintaviranomaisen kanssa sopimuksen tehnyt henkilö voitaisiin katsoa urakoitsijaksi eli taloudelliseksi toimijaksi, tämän olisi itse kyettävä toteuttamaan välittömästi sovittu urakka; riittää, että se kykenee toteuttamaan kyseessä olevan urakan ja pystyy antamaan tämän osalta riittävät takeet (ks. vastaavasti asia C-399/98, Ordine degli Architetti ym., tuomio 12.7.2001, Kok., s. I-5409, 90 kohta).

42 Siten sekä yhteisön säännöstöstä että oikeuskäytännöstä ilmenee, että kaikilla henkilöillä tai yksiköillä, jotka hankintamenettelyä koskevassa ilmoituksessa asetetut edellytykset huomioon ottaen katsovat kykenevänsä toteuttamaan tämän hankintasopimuksen välittömästi tai alihankintaa käyttäen, on oikeus jättää tarjous tai ilmoittautua ehdokkaaksi riippumatta kyseisen henkilön tai yksikön yksityis- tai julkisoikeudellisesta asemasta sekä siitä, toimiiko se järjestelmällisesti vai vain satunnaisesti markkinoilla, tai siitä, tuetaanko sitä julkisilla varoilla. Tämän yksikön tosiasialliset mahdollisuudet täyttää hankintailmoituksessa asetetut edellytykset

arvioidaan, kuten Tšekin hallitus on aivan oikein huomauttanut, menettelyn myöhemmässä vaiheessa direktiivin 2004/18 44–52 artiklassa säädettyjen kriteerien perusteella.

43 On lisättävä, että käsitteen ”taloudellinen toimija” suppeasta tulkinnasta seuraisi, että hankintaviranomaisten ja sellaisten elinten, jotka eivät pääasiallisesti toimi voitontavoittelutarkoituksessa, välisiä sopimuksia ei pidettäisi ”julkisia hankintoja koskevina sopimuksina”, ja ne voisivat tehdä niitä mielensä mukaan, ja nämä sopimukset jäisivät yhdenvertaista kohtelua ja avoimuutta koskevien yhteisön oikeussääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle näiden sääntöjen tarkoituksen vastaisesti.

44 Kuten lisäksi ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin korostaa, tällainen tulkinta aiheuttaisi vakavaa vahinkoa yhteistoiminnalle julkisten ja yksityisten yksiköiden sekä tutkimustoiminnan ja yritystoiminnan välillä ja merkitsisi kilpailunrajoitusta.

45 Edellä esitetyn perusteella ensimmäiseen kysymykseen on vastattava, että direktiivin 2004/18 ja erityisesti sen 1 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 8 kohdan ensimmäisen ja toisen alakohdan säännöksiä, joissa viitataan ”taloudellisen toimijan” käsitteeseen, on tulkittava siten, että ne mahdollistavat yliopistojen ja tutkimuslaitosten sekä yliopistoista ja julkishallinnon yksiköistä koostuvien ryhmittymien kaltaisten yksiköiden, jotka eivät ensisijaisesti tavoittele voittoa, joilla ei ole yritykselle tyypillistä organisaatiorakennetta ja jotka eivät toimi säännöllisesti markkinoilla, osallistumisen julkista palveluhankintaa koskevaan menettelyyn.

*Toinen kysymys*

46 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tiedustelee tällä kysymyksellään pääasiallisesti sitä, onko direktiivin 2004/18 ja erityisesti sen 1 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 8 kohdan ensimmäisen ja toisen alakohdan säännöksiä tulkittava niin, että ne ovat esteenä tämän direktiivin täytäntöön panemiseksi annetulle kansalliselle lainsäädännölle, jos tätä lainsäädäntöä tulkitaan niin, että siinä varataan mahdollisuus

osallistua julkisia hankintoja koskeviin menettelyihin vain sellaisille tarjoajille, jotka tarjoavat järjestelmällisesti ja ammattimaisesti palveluja markkinoilla, ja suljetaan pois yliopistojen ja tutkimuslaitosten kaltaiset yksiköt, jotka eivät ensisijaisesti tavoittele voittoa.

47 Tältä osin on huomattava, että direktiivin 2004/18 4 artiklan 1 kohdan sanamuodosta ilmenee, että jäsenvaltioilla on mahdollisuus säätää, että tietyt taloudellisten toimijoiden luokat saavat tai eivät saa tarjota tiettyjä palveluja.

48 Kuten komissio siten aivan oikein huomauttaa, jäsenvaltiot voivat säännellä sellaisten yliopistojen ja tutkimuslaitosten kaltaisten yksiköiden toimintaa, jotka eivät tavoittele voittoa ja joiden toiminta painottuu pääasiallisesti opetukseen ja tutkimukseen. Ne voivat antaa tällaisille yksiköille luvan toimia markkinoilla tai kieltää markkinoilla toimimisen sen mukaan, onko kyseinen toiminta niiden tavoitteiden, joita varten nämä yksiköt on perustettu, ja näiden yksiköiden sääntöjen mukaista.

49 Jos on niin tai siltä osin kuin on niin, että tällaiset yksiköt saavat tarjota tiettyjä palveluja markkinoilla, direktiivin 2004/18 saattamiseksi osaksi kansallista oikeutta annetussa kansallisessa lainsäädännössä ei kuitenkaan voida kieltää näitä yksiköitä osallistumasta sellaisia julkisia palveluhankintoja koskeviin menettelyihin, joissa hankitaan juuri tällaisia palveluja. Tällainen kielto ei olisi sopusoinnussa direktiivin 2004/18 säännösten, siten kuin niitä on tulkittu ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen tutkimisen yhteydessä, kanssa.

50 Tällaisessa tilanteessa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tulkittava niin pitkälti kuin mahdollista kansallista oikeuttaan direktiivin 2004/18 sanamuodon ja tarkoituksen mukaisesti sillä tavoiteltujen tulosten saavuttamiseksi, ja sen on annettava etusija kansallisten sääntöjen sellaiselle tulkinnalle, joka on yhdenmukaisin tämän tarkoituksen kanssa, jotta se näin päätyisi mainitun direktiivin säännösten kanssa yhteensoveltuvaan ratkaisuun, ja jätettävä tarvittaessa soveltamatta kaikki sen kanssa

ristiriidassa olevat kansallisen lain säännökset (ks. asia C-414/07, Magoora, tuomio 22.12.2008, Kok., s. I-10921, 44 kohta).

51 Toiseen kysymykseen on tästä syystä vastattava, että direktiiviä 2004/18 on tulkittava siten, että se on esteenä pääasiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansallisen lainsäädännön tulkinnalle, jossa kielletään yliopistojen ja tutkimuslaitosten kaltaisten yksiköiden, jotka eivät ensisijaisesti tavoittele voittoa, osallistuminen julkista hankintaa koskevaan menettelyyn, kun tällaisille yksiköille on kansallisessa oikeudessa annettu oikeus tarjota kyseisen hankinnan kohteena olevia palveluja.

**Oikeudenkäyntikulut**

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

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

1) **Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY ja erityisesti sen 1 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 8 kohdan ensimmäisen ja toisen alakohdan säännöksiä, joissa viitataan ”taloudellisen toimijan” käsitteeseen, on tulkittava siten, että ne mahdollistavat yliopistojen ja tutkimuslaitosten sekä yliopistoista ja julkishallinnon yksiköistä koostuvien ryhmittymien kaltaisten yksiköiden, jotka eivät ensisijaisesti tavoittele voittoa, joilla ei ole yritykselle**

**tyypillistä organisaatiorakennetta ja jotka eivät toimi säännöllisesti markkinoilla, osallistumisen julkista palveluhankintaa koskevaan menettelyyn.**

**2) Direktiiviä 2004/18 on tulkittava siten, että se on esteenä pääasiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansallisen lainsäädännön tulkinnalle, jossa kielletään yliopistojen ja tutkimuslaitosten kaltaisten yksiköiden, jotka eivät ensisijaisesti tavoittele voittoa, osallistuminen julkista hankintaa koskevaan menettelyyn, kun tällaisille yksiköille on kansallisessa oikeudessa annettu oikeus tarjota kyseisen hankinnan kohteena olevia palveluja.**

Allekirjoitukset