JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JÁN MAZÁK

3 päivänä syyskuuta 2009 [1]

1. Tämä Consiglio di Staton (korkein hallinto-oikeus) (Italia) esittämä ennakkoratkaisupyyntö koskee erityisesti direktiivin 2004/18/EY [2] 1 artiklan 8 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitetun taloudellisen toimijan käsitteen tulkintaa. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, voivatko voittoa tavoittelemattomat laitokset, jotka eivät välttämättä toimi säännöllisesti markkinoilla, erityisesti yliopistot ja tutkimuslaitokset sekä yliopistojen ja tutkimuslaitosten sekä valtion elinten ryhmittymät (yhteenliittymät) osallistua geofysikaalisiin tutkimuspalveluihin ja merestä otettaviin näytteisiin liittyvän julkista palveluhankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lisäksi, onko direktiivin vastaista tulkita suppeasti kansallista lainsäädäntöä, joka estää edellä mainittujen laitosten osallistumisen tällaiseen menettelyyn.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön lainsäädäntö*

2. Direktiivin 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa säädetään, että ”’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”. [3]

3. Direktiivin 1 artiklan 8 kohdassa säädetään seuraavaa:

”’Urakoitsijalla’, ’tavarantoimittajalla’ ja ’palvelujen suorittajalla’ tarkoitetaan luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä tai julkista

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114; jäljempänä direktiivi).

3 – Kursivointi tässä.

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.

_ _" [4]

4. Direktiivin 4 artiklassa, jonka otsikkona 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." [5]

5. Direktiivin 44 artiklan otsikkona on "Osanottajien soveltuvuuden tarkistaminen ja valinta, hankintasopimusten tekeminen", ja artiklan 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." [6]

4 – Idem.

5 – Idem.

6 – Idem.

B *Kansallinen lainsäädäntö*

6. Julkisten hankintasopimusten koodeksista 12.4.2006 annetun asetuksen (decreto legislativo) nro 163/2006 [7] 3 §:n 19 ja 22 momentissa säädetään, että ”’elinkeinonharjoittajalla’ [urakoitsijalla], ’tavarantoimittajalla’ ja ’palvelun tarjoajalla’ tarkoitetaan sellaista luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä tai oikeushenkilöllisyyttä vailla olevaa yksikköä, 23.7.1991 annetun asetuksen nro 240 mukaisesti perustettu eurooppalainen taloudellinen etuyhtymä (ETEY) mukaan luettuna, joka ’tarjoaa markkinoilla’ rakennustöiden ja urakoiden toteuttamista, tavaroiden toimittamista tai palvelujen suorittamista” ja että ”käsite ’*taloudellinen toimija*’ kattaa elinkeinonharjoittajan [urakoitsijan], tavarantoimittajan ja palvelujen suorittajan tai näiden muodostaman ryhmittymän tai yhteenliittymän”. [8]

7. Asetuksen nro 163/2006 34 §:ssä, jonka otsikkona on ”Toimijat, joiden kanssa voidaan tehdä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia”, 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) muun muassa – – konsortioyhtiöiden muodossa toimivat pysyvät konsortiot, jotka on muodostettu yksittäisten elinkeinonharjoittajien (mukaan luettuna käsityöläiset), kaupallisten yhtiöiden tai tuotanto- ja työosuuskuntien välillä – –;

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

e) – – tavanomaiset kilpailijoiden konsortiot, jotka koostuvat edellä a, b ja c alakohdassa mainituista toimijoista, myös – – yhtiöinä toimivat ryhmittymät;

f) toimijat, jotka ovat tehneet sopimuksen [ETEY:stä];

7 – GURI, Supplemento ordinario nro 100, 2.5.2006; jäljempänä asetus nro 163/2006. Tällä asetuksella säännellään nykyään kaikkia julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjä.

8 – Kursivointi tässä.

– –”

8. Vasta pääasian tosiseikkojen tapahtumahetken ja näin ollen myös ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen 23.4.2008 antaman määräyksen jälkeen edellä esitettyyn luetteloon lisättiin 11.9.2008 annetulla asetuksella (decreto legislativo) nro 152 [9] seuraava alakohta: ”f bis) edellä 3 §:n 22 momentissa tarkoitetut taloudelliset toimijat, joiden kotipaikka on jossain toisessa jäsenvaltiossa ja jotka on perustettu kyseessä olevassa jäsenvaltiossa voimassa olevan lainsäädännön mukaisesti”.

10. CoNISMa valitti ylimääräisessä muutoksenhakumenettelyssä Italian tasavallan presidentille siitä, että se suljettiin pois hankintamenettelystä. Italian ympäristö- ja aluesuojeluministeriö (Ministero dell’Ambiente e Tutela del Territorio) pyysi tässä ylimääräisessä muutoksenhakumenettelyssä Consiglio di Statoa antamaan lausunnon. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on selvitettävä, onko CoNISMan kaltainen yliopistojen välinen konsortio direktiivissä tarkoitettu taloudellinen toimija, ja jos on, voiko se osallistua pääasiassa kyseessä olevan kaltaiseen hankintamenettelyyn. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mielestä nämä kysymykset ovat epäselviä seuraavien näkökohtien perusteella.

II Tosiseikat, oikeudenkäyntimenettely ja ennakkoratkaisukysymykset

9. Hankintaviranomaisena toimiva Regione Marche (Marchen alue) järjesti geofysikaalisiin tutkimuspalveluihin ja merestä otettaviin näytteisiin liittyvän julkista palveluhankintaa koskevan hankintamenettelyn. Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (yliopistojen välinen meritieteiden valtakunnallinen konsortio, jäljempänä CoNISMa) ilmoitti halukkuutensa osallistua menettelyyn, mutta se jätettiin lopulta menettelyn ulkopuolelle.

11. Consiglio di Stato toteaa, että CoNISMa on 24 yliopiston ja kolmen ministeriön ryhmittymä (konsortio). CoNISMa on sääntöjensä perusteella voittoa tuottamaton konsortio, joka pyrkii edistämään ja koordinoimaan tutkimusta sekä muuta tieteellistä ja soveltavaa toimintaa yhteistyötä tekevien yliopistojen välillä meritieteiden alalla. CoNISMan säännöissä kuitenkin todetaan, että se voi osallistua julkisiin hankintamenettelyihin. Konsortion toiminta rahoitetaan lähinnä korkeakoulu- ja tiedeministeriön (Ministero dell’Università e della Ricerca) myöntämillä varoilla. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan kyseisiin hankintamenettelyihin voivat osallistua vain ne julkiset laitokset, jotka suorittavat sopi-

9 – GURI, nro 231, 2.10.2008.

muksen kohteena olevia palveluja virallisten tehtäviensä mukaisesti ja tavalla, joka on sopusoinnussa niille niiden säännöissä annetun voitontuottamistehtävän kanssa.

12. Edellä esitetyn perusteella Consiglio di Stato päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

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

2) Ovatko Italian oikeusjärjestyksen säännökset, jotka sisältyvät julkisten hankintasopimusten koodeksista annetun 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, ristiriidassa direktiivin 2004/18/EY kanssa, jos näitä säännöksiä tulkitaan niin, että niiden nojalla hankintamenettelyihin voivat osallistua ainoastaan tällaisen toiminnan ammattimaiset harjoittajat mutta eivät sellaiset yksiköt, joiden tarkoitus on muu kuin voiton tavoittelu, esimerkiksi tutkimus?”

III Tapauksen tarkastelu

A *Asianosaisten pääasialliset väitteet ja niiden perustelut*

13. Pääasiassa valittajana olevan CoNISMan mukaan kansallista lainsäädäntöä, jossa yksiköt, jotka eivät ole asetuksen nro 163/2006 34 §:ään sisältyvän tyhjentävän luettelon perusteella ”elinkeinonharjoittajia”, suljetaan pois nyt esillä olevan kaltaisista menettelyistä, on tulkittava direktiivin perusteella. CoNISMa toteaa, että direktiivin 1 artiklan 8 kohdassa ”julkiset yksiköt” nimenomaisesti sisällytetään urakoitsijoihin, tavarantoimittajiin tai palvelujen suorittajiin. Direktiivin 4 artiklassa säädetään, että ehdokkaita, jotka 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. CoNISMa toteaa, ettei ehdokasta saa hylätä varsinkaan sillä perusteella, että se ei ole ”elinkeinonharjoittaja”. CoNISMan mukaan

tämän näkemyksen vahvistaa se, että sen jälkeen, kun Euroopan yhteisöjen komissio oli aloittanut Italian tasavaltaa vastaan velvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan hallinnollisen menettelyn nro 2007/2309, [10] Italian hallitus lisäsi asetuksen nro 163/2006 34 §:n 1 momenttiin edellä mainitun uuden alakohdan (f bis). CoNISMan mukaan tämä uudistus nimenomaisesti poisti vaatimuksen, jonka mukaan muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden on oltava ”elinkeinonharjoittajia”. CoNISMa katsoo lisäksi, että tässä uudistuksessa asetuksessa käytetty termi ”elinkeinonharjoittajat” korvattiin termillä ”taloudelliset toimijat”.

14. Tšekin hallitus toteaa lähinnä, että jos direktiivissä olisi pyritty erottamaan toisistaan taloudelliset julkiset laitokset, jotka harjoittavat tiettyä taloudellista toimintaa, ja muut kuin taloudelliset julkiset laitokset, siinä olisi esitetty tämänsuuntaisia toteamuksia. Näin ollen Tšekin hallitus ehdottaa, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kielteisesti.

15. Itävallan hallitus väittää muun muassa, että kun hankintaviranomainen aikoo tehdä oikeudellisesti erillisen yksikön kanssa sopimuksen rahallista vastiketta vastaan, julkisia hankintasopimuksia koskevia yhteisön säännöksiä voidaan soveltaa, siitä riippumatta, onko viimeksi mainittu yksikkö hankintaviranomainen vai ei. Tästä seuraa, että hankintaviranomaiset voivat osallistua julkisiin tarjouskilpailuihin sekä tarjoajina että ehdokkaina. Tämän olisi pädettävä varsinkin tarjoajiin, jotka eivät ole hankintaviranomaisia eivätkä tavoittele voittoa ja jotka eivät toimi yksinomaan markkinasääntöjen mukaisesti.

16. Komissio toteaa lähinnä, että direktiivin 1 artiklan 8 kohdan ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella julkiset laitokset ja hankintaviranomaiset voivat yleensä osallistua julkiseen tarjouskilpailuun tarjoajina, minkä vuoksi niitä voidaan pitää direktiivissä tarkoitettuina taloudellisina toimijoina. Komissio katsoo lisäksi, etteivät direktiivin säännökset estä sitä, että yliopistoja ja niiden konsortioita pidetään taloudellisina toimijoina ja että ne osallistuvat yhteisön hankintamenettelyihin.

17. Kaikki edellä mainitut asianosaiset ovat olennaisilta osin yhtä mieltä siitä, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava myönteisesti.

10 – CoNISMa väittää, että komissio arvosteli asetuksen nro 163/2006 34 §:ssä esitettyä luetteloa ja totesi, että ”pykälän perusteella toimijat, joiden oikeudellinen muoto poikkeaa luettelossa mainituista oikeudellisista muodoista, eivät voi osallistua hankintamenettelyihin”. Kyseisessä pykälässä ei etenkään sallita muiden julkisia hankintasopimuksia koskevissa direktiiveissä tarkoitettujen julkisten yksikköjen tai julkisoikeudellisten laitosten osallistumista.

B *Arviointi*

19. Tarkastelen ensin asiaa koskevien säännösten sanamuotoa.

18. Kahdessa kysymyksessään, joita on tarkasteltava yhdessä, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lähinnä, onko CoNISMan kaltaisilla voittoa tavoittelemattomilla yksiköillä, jotka eivät välttämättä toimi säännöllisesti markkinoilla, [11] toisin sanoen yliopistoilla ja tutkimuslaitoksilla sekä yliopistojen ja tutkimuslaitosten sekä valtion hallintoyksikköjen [12] ryhmittymillä (konsortioilla), oikeus osallistua julkista palveluhankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn ja voidaanko niitä pitää direktiivissä tarkoitettuna taloudellisena toimijana. Jos kansallista lainsäädäntöä tulkitaan suppeasti siten, että se estää edellä mainittujen yksikköjen osallistumisen, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko tällainen tulkinta ristiriidassa direktiivin kanssa. Tältä osin on riittävää todeta, että yhteisöjen tuomioistuin tulkitsee yhteisön oikeutta eikä kansallista oikeutta. [13]

20. Vaikka muun muassa direktiivin 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa viitataan taloudellisiin toimijoihin, kyseistä käsitettä ei määritellä tarkasti direktiivissä. Direktiivin 1 artiklan 8 kohdassa säädetään ainoastaan, että kyseistä termiä ”käytetään yksinomaan tekstin yksinkertaistamiseksi” ja että sillä tarkoitetaan ”luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä tai *julkista yksikköä* taikka tällaisten henkilöiden ja/tai laitosten ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla rakennustöiden – – toteuttamista, tuotteita tai palveluja”. [14]

21. Katson tässä yhteydessä, ettei se, että direktiivin 1 artiklan 8 kohdassa viitataan markkinoilla palveluja tarjoaviin, tarkoita, että hankintaviranomaisten kanssa voivat tehdä sopimuksia ainoastaan sellaiset julkiset laitokset, jotka osallistuvat (yrityksenä) toimintaan, joka liittyy palvelun, jota valittu urakoitsija ryhtyy tarjoamaan, ja jotka pyrkivät tuottamaan voittoa. Jotta laitosta pidettäisiin taloudellisena toimijana, ei ole välttämätöntä, että se tarjoaa palveluja markkinoilla jatkuvasti ja järjestelmällisesti.

11 – Consiglio di Stato toteaa tässä yhteydessä, ettei CoNISMan toiminta markkinoilla ole ”säännöllistä” tai ”pysyvää”. CoNISMan säännöissä kuitenkin nimenomaisesti todetaan, että se voi osallistua hankintamenettelyihin, minkä vuoksi lisään sanan ”välttämättä”. CoNISMa itse asiassa väittää osallistuvansa säännöllisesti julkisiin hankintamenettelyihin.

12 – Huomautan tässä yhteydessä, että CoNISMa kiistää koostuvansa myös valtion hallintoyksiköistä. On kuitenkin riittävää todeta, että ennakkoratkaisukysymyksiä tarkastellaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen määrittämien tosiseikkojen ja oikeudellisten seikkojen valossa. Yhteisöjen tuomioistuin ei ota huomioon yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 23 artiklassa tarkoitettujen asianosaisten esittämiä huomautuksia, joissa puututaan tähän asiayhteyteen. Ks. asia C-153/02, Neri, tuomio 13.11.2003 (Kok., s. I-13555, 33–36 kohta); ks. myös asia C-145/03, Keller, tuomio 12.4.2005 (Kok., s. I-2529, 32–34 kohta). Tässä ratkaisuehdotuksessa esittämäni päätelmä pätee kuitenkin siitä riippumatta, kuuluuko yhteenliittymään myös valtion hallintoyksikköjä.

13 – Toisen ennakkoratkaisukysymyksen sanamuodosta todettakoon, että yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ennakkoratkaisumenettelyssä ei ole lausua kansallisen oikeuden yhteensopivuudesta yhteisön oikeuden kanssa eikä tulkita kansallista oikeutta. Yhteisöjen tuomioistuin on sen sijaan toimivaltainen esittämään kansalliselle tuomioistuimelle kaikki sellaiset yhteisön oikeuden tulkintaan liittyvät seikat, jotka saattavat auttaa kansallista tuomioistuinta sen arvioidessa tätä yhteensopivuutta sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa (ks. asia C-213/07, Michaniki, tuomio 16.12.2008 (Kok., s. I-9999, 51 ja 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

14 – Kursivointi tässä.

22. Direktiivissä ei nähdäkseni selvästikään edellytetä tiettyä oikeudellista muotoa eikä sitä, että taloudellinen toimija on yritys tai että se pyrkii tuottamaan voittoa tai että se toimii markkinoilla pysyvästi tai säännöllisesti.

23. Direktiivissä säädetään ainoastaan, että taloudellisella toimijalla tarkoitetaan muun muassa julkista yksikköä, joka tarjoaa markkinoilla rakennustöiden toteuttamista, tuotteita tai palveluja. Siinä ei todeta muuta.

24. Kuten komissio toteaa, koska yhteisön lainsäätäjä ei ole antanut viitteitä siitä, millaisia ominaisuuksia ja/tai millaista oikeudellista muotoa hankintamenettelyihin kelpuutettavilta taloudellisilta toimijoilta edellytetään, se ei ole halunnut säätää kyseiselle käsitteelle sellaista määritelmää, jossa asetetaan tiettyjä ehtoja ja rajoitetaan näin mahdollisuutta osallistua hankintamenettelyihin.

25. Lisäksi on huomautettava, että direktiivin 4 artiklan 1 kohdassa säädetään, että ”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”. Taloudellisten toimijoiden osalta direktiivin 4 artiklan 2 kohdassa todetaan lisäksi, että ”hankintaviranomaiset eivät voi edellyttää taloudellisten toimijoiden ryhmittymiltä tiettyä oikeudellista muotoa tarjouksen tai osallistumishakemuksen tekemistä varten”.

26. Edellä esitetystä ja erityisesti direktiivin 1 artiklan 8 kohdan sanamuodosta seuraa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaiset julkiset yksiköt ovat taloudellisia toimijoita ja voivat lähtökohtaisesti osallistua julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyyn.

27. Direktiivin valmisteluasiakirjat vahvistavat edellä esitetyn näkemyksen. [15]

15 – Perusteltaessa lopullisen direktiivin 1 artiklan 8 kohdan sanamuotoa direktiiviehdotuksessa todettiin, että ”kolmen 'perinteisen' direktiivin yhdistäminen yhdeksi säädökseksi teki tarpeelliseksi – – uuden [taloudellisen toimijan] käsitteen”. Direktiivin valmisteluasiakirjoissa todetaan, että tätä termiä käytetään ainoastaan sen lyhyyden vuoksi ja että sillä tarkoitetaan ranskankielistä käsitettä ”opérateur économique” tai hollanninkielistä käsitettä ”ondernemer” ja että englanniksi sillä tarkoitetaan käytännössä käsitettä ”undertaking”. Valmisteluasiakirjoissa todetaan lisäksi, että jos käsite osoittautuu ongelmalliseksi käytössä, voidaan käyttää järjestelmällisesti ilmaisua ”tavarantoimittaja, palvelujen suorittaja ja urakoitsija” sen kömpelyydestä huolimatta.

28. Taloudellisen toimijan käsite voitaisiin kenties rinnastaa yhteisön kilpailuoikeudessa vakiintuneeseen yrityksen käsitteeseen.

29. Tämä voi olla asianmukaista myös siksi, että direktiivissä korostetaan, että taloudellisen toimijan käsitettä käytetään yksinomaan tekstin yksinkertaistamiseksi. Lisäksi on selvää, että kilpailulainsäädäntö liittyy läheisesti säännöksiin, joilla taataan oikeudenmukainen kilpailu hankintamenettelyissä.

30. Tältä osin on syytä viitata asiassa Höfner ja Elser [16] annetun tuomion mukaiseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan yhteisön kilpailusääntöjä sovellettaessa yrityksen käsitteeseen ”kuuluvat kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta”. Yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi todennut, että ”taloudellista toimintaa on kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla”. [17] Julkisasiamies Jacobs on todennut tältä osin erityisen osuvasti, että ”toiminta ei – – välttämättä lakkaa olemasta taloudellista vain siksi, ettei sillä tavoitella voittoa”. [18]

31. Taloudellisen toimijan käsitettä koskevan tulkintani vahvistaa myös julkisia hankintoja koskeva yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö.

32. Yhteisöjen tuomioistuin on ensinnäkin todennut oikeuskäytännössään, [19] että julkisia hankintasopimuksia koskevia yhteisön sään-

16 – Asia C-41/90, tuomio 23.4.1991 (Kok., s. I-1979, Kok. Ep. XI, s. I-147, 21 kohta). Ks. myös mm. asia C-205/03 P, FENIN v. komissio, tuomio 11.7.2006 (Kok., s. I-6295, 25 kohta) ja uudempi asia C-280/06, ETI ym., tuomio 11.12.2007 (Kok., s. I-10893, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

17 – Ks. asia C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati v. komissio ja Eurocontrol, tuomio 26.3.2009 (Kok., s. I-2207, 69 kohta). Ks. myös asia 118/85, komissio v. Italia, tuomio 16.6.1987 (Kok., s. 2599, 7 kohta); asia C-35/96, komissio v. Italia, tuomio 18.6.1998 (Kok., s. I-3851, 36 kohta); asia C-309/99, Wouters ym., tuomio 19.2.2002 (Kok., s. I-1577, 47 kohta); asia C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze ym., tuomio 10.1.2006 (Kok., s. I-289, 108 kohta); asia C-237/04, Enirisorse, tuomio 23.3.2006 (Kok., s. I-2843, 29 kohta) ja edellä alaviitteessä 16 mainittu asia FENIN v. komissio, tuomion 25 kohta.

18 – Asia C-5/05, Joustra, tuomio 23.11.2006 (Kok., s. I-11075, ratkaisuehdotuksen 84 kohta). Ks. myös julkisasiamies Poiares Maduron esittämä ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 16 mainitussa asiassa FENIN v. komissio, 14 kohta, jossa todetaan, että ”silloinkin, kun mitään voittoa ei tavoitella, kyse voi olla sellaisesta markkinoihin osallistumisesta, joka voi vaarantaa kilpailuoikeuden tavoitteet”. Organisaation voittoa tavoittelemattoman luonteen merkityksellisyydestä arvioitaessa toiminnan taloudellista luonnetta ks. yhdistetyt asiat C-159/91 ja C-160/91, Poucet ja Pistre, tuomio 17.2.1993 (Kok., s. I-637, Kok. Ep. XIV, s. I-27, 10 kohta); edellä alaviitteessä 17 mainittu asia komissio v Italia, tuomion 37 kohta ja yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98, Pavlov ym., tuomio 12.9.2000 (Kok., s. I-6451, 76 ja 77 kohta).

19 – Ks. asia C-220/05, Auroux ym., tuomio 18.1.2007 (Kok., s. I-385, 44 kohta).

töjä sovelletaan markkinoilla aktiivisesti toimivaan taloudelliseen toimijaan. Tästä toteamuksesta ei pidä mielestäni kuitenkaan päätellä, että taloudellisen toimijan on toimittava markkinoilla pysyvästi tai säännöllisesti.

33. Taloudellisen toimijan käsitettä on nähdäkseni tulkittava laajasti siten, että se kattaa kaikki henkilöt, jotka tarjoavat palveluja markkinoilla, siitä riippumatta, tekeekö se näin ensimmäistä kertaa tai onko palvelujen tarjoaminen ainoastaan yksittäinen tapahtuma tai satunnaista.

34. Kuten komissio on huomauttanut, edellä mainitut seikat eivät vaikuta tarjotun palvelun laatuun, koska direktiivin 44 artiklassa säädetään, että hankintasopimukset tehdään sen jälkeen, kun hankintaviranomaiset ovat tarkistaneet taloudellisten toimijoiden taloudellisen tilanteen ja rahoitustilanteen sekä ammatillisen ja teknisen tietämyksen tai pätevyyden.

35. Taloudellisen toimijan käsitteen laaja tulkinta on sopusoinnussa myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa, koska tuomioistuin on todennut olevan yhteisön oikeuden intressin mukaista, että varmistetaan mahdollisimman monen tarjoajan osallistuminen tarjouskilpailuun. [20]

36. Tässä yhteydessä on otettava huomioon myös asioissa Teckal, [21] ARGE, [22] Stadt Halle ja RPL Lochau [23] ja Auroux ym. [24] annetut tuomiot, joissa yhteisöjen tuomioistuin muun muassa totesi, että julkisia hankintoja koskevaa yhteisön lainsäädäntöä sovelletaan silloinkin, kun urakoitsija on hankintaviranomainen. [25] Hankintaviranomaisen voidaan näin ollen katsoa olevan myös direktiivissä tarkoitettu taloudellinen toimija. Tämäkin tukee nyt esillä olevassa asiassa soveltamaani kyseisen käsitteen laajaa tulkintaa.

37. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin epäilee asiaa erityisesti siksi, ettei CoNISMan tavoitteena ole tuottaa voittoa. Yhteisöjen tuomioistuin on ensinnäkin todennut tältä

20 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Michaniki, tuomion 39 kohta ja asia C-538/07, Assitur, tuomio 19.5.2009 (Kok., s. I-4219, 26 kohta). Ks. myös asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005 (Kok., s. I-1, 47 kohta).

21 – Asia C-107/98, tuomio 18.11.1999 (Kok., s. I-8121, 50 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

22 – Asia C-94/99, tuomio 7.12.2000 (Kok., s. I-11037, 40 kohta).

23 – Mainittu edellä alaviitteessä 20, tuomion 47 kohta.

24 – Mainittu edellä alaviitteessä 19.

25 – Tapauksesta, jossa yliopisto voi olla hankintaviranomainen, ks. asia C-380/98, The University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok., s. I-8035). Hankintaviranomaisen käsitteestä ks. Tizzano, A., "La notion de 'pouvoir adjudicateur' dans la jurisprudence communautaire", teoksessa Monti, M., Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein, Vesterdorf, B., Westbrook, J. ja Wildhaber, L. (toim.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation*, Nomos, Baden-Baden, 2007, s. 659–669.

osin asiassa komissio vastaan Italia antamassaan tuomiossa,[26] ettei se, että yhdistys ei tavoittele voittoa, estä sitä harjoittamasta taloudellista toimintaa ja muodostamasta kilpailua koskevissa perustamissopimuksen määräyksissä tarkoitettua yritystä.

38. Toiseksi yhteisöjen tuomioistuin viittasi asiassa ARGE antamaansa tuomioon[27] ja totesi, ettei se, että tällaiset yksiköt voivat vapaaehtoistyöntekijöidensä vuoksi tehdä hankintamenettelyssä tarjouksia olennaisesti halvemmilla hinnoilla kuin muut tarjoajat, estä niitä osallistumasta direktiivin 92/50 soveltamisalaan kuuluvaan julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyyn. Yhteisöjen tuomioistuin totesi näin ollen, että riidanalainen hankintasopimus ei jäänyt direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettujen julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten käsitteen ulkopuolelle sillä perusteella, että kyseessä olleet yhteenliittymät olivat luonteeltaan voittoa tavoittelemattomia.[28]

39. Tarkasteltaessa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen epäilyjä siitä, ettei kyseessä olevalla konsortiolla olisi asianomaisen palvelun tuottamiseksi normaalilta yritykseltä edellytettyä ammattitaitoa ja pätevyyttä eikä pitkälle kehitettyjä koneita ja erittäin ammattitaitoista työvoimaa, on riittävää viitata oikeuskäytäntöön, jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi olevan merkityksetöntä, voiko tai aikooko tarjoaja täyttää sopimuksen itse, jos se voi osoittaa, että sillä on todella käytettävissään tytäryhtiöiden tai kolmansien osapuolten resurssit siitä riippumatta, millainen oikeussuhde sillä on kyseisiin yrityksiin,[29] jotka ovat välttämättömiä sopimuksen täyttämiseksi.

40. Tässä yhteydessä on todettava, ettei hankintaviranomainen voi direktiivin perusteella estää CoNISMan kaltaista julkista laitosta osallistumasta hankintamenettelyyn, koska sitä, onko taloudellisella toimijalla oikeus osallistua tällaiseen menettelyyn, on tarkasteltava direktiivin 44–52 artiklan yhteydessä. Toisin sanoen, kuten Tšekin hallitus on

26 – Asia C-119/06, tuomio 29.11.2007 (37–41 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Tuomio koski julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettua neuvoston direktiiviä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1).

27 – Mainittu edellä alaviitteessä 22, tuomion 32 ja 38 kohta.

28 – Voittoa tavoittelematonta toimintaa koskevasta väitteestä ks. myös asia C-126/03, komissio v. Saksa, tuomio 18.11.2004 (Kok., s. I-11197, 18 ja 19 kohta); asia C-84/03, komissio v. Espanja, tuomio 13.1.2005 (Kok., s. I-139, 38–40 kohta) ja julkisasiamies Kokottin esittämä ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 19 mainitussa asiassa Auroux ym., 54 kohta.

29 – Ks. asia C-389/92, Ballast Nedam Groep, tuomio 14.4.1994 (Kok., s. I-1289, 11 kohta ja sitä seuraavat kohdat, ns. Ballast Nedam Groep I -tuomio); asia C-176/98, Holst Italia, tuomio 2.12.1999 (Kok., s. I-8607, 25 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja asia C-399/98, Ordine degli Architetti ym., tuomio 12.7.2001 (Kok., s. I-5409, 88–96 kohta, ns. La Scala -tapaus).

todennut, mahdollisuus osallistua hankintamenettelyyn tekemällä tarjous on erotettava kyseisen tarjouksen arvioinnista, joka suoritetaan menettelyn myöhemmässä karsintavaiheessa.

41. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo lisäksi, että CoNISMan kaltaisten julkisista laitoksista muodostuvien konsortioiden osallistuminen hankintamenettelyihin saattaa olla ristiriidassa vapaata kilpailua koskevan periaatteen kanssa kahdesta syystä. Ensinnäkin tällainen osallistuminen voisi johtaa siihen, ettei kaikkia julkisia hankintasopimuksia enää tehtäisi avoimilla markkinoilla, sillä monien tavallisten yritysten olisi vähintäänkin vähäistä suuremmassa määrin vaikeampaa saada näitä sopimuksia yhteenliittymän laajalle levittäytyneen liiketoimintaverkoston johdosta. Toiseksi tämä johtaisi siihen, että hankintasopimuksen saaja saisi epäoikeutetun etuoikeusaseman, koska sillä on vakaaseen ja ennustettavissa olevaan julkiseen rahoitukseen perustuva taloudellinen varmuus, jota ei ole muilla taloudellisilla toimijoilla, jotka voivat laskea vain sen varaan, että ne kykenevät saamaan tuloja yksinomaan tarjoamalla tavaroitaan tai palvelujaan markkinoilla.

42. En ensinnäkään pidä laajalle levittäytynyttä liiketoimintaverkostoa koskevaa väitettä kovinkaan ratkaisevana etenkään siksi, että CoNISMa totesi huomautuksissaan, että sen ainoa toimipaikka on Roomassa ja ettei sen eri jäsenten toimipaikoilla ole merkitystä julkisissa hankintamenettelyissä.

43. Tarkasteltaessa toiseksi väitettä, jonka mukaan CoNISMa saisi epäoikeutetun etuoikeusaseman sen käytettävissä olevan julkisen rahoituksen vuoksi – siitä riippumatta, että CoNISMa toteaa kaupallisen toimintansa olevan itserahoitteista – yhdyn Tšekin hallituksen ja komission näkemykseen, että on riittävää viitata yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan tämä seikka ei estä osallistumista tarjouskilpailuihin.[30] Yhteisöjen tuomioistuin on erityisesti todennut, että julkisille laitoksille, etenkin valtiontukia saaville laitoksille, jotka voivat näiden tukien ansiosta tehdä tarjouksen huomattavasti alhaisempaan hintaan kuin muut tarjoajat, jotka eivät saa tukea, on nimenomaisesti annettu[31] oikeus osallistua julkisen hankintasopimuksen tekomenettelyyn. Myös pääasiaan sovellettavassa

30 – Ks. edellä alaviitteessä 22 mainittu asia ARGE, tuomion 24 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

31 – Tuolloin direktiivin 92/50 nojalla.

direktiivissä nimenomaisesti säädetään, että julkisista varoista joissakin tapauksissa rahoitettavat julkiset laitokset voivat osallistua julkisten hankintasopimusten tekomenettelyihin.

44. Tässä yhteydessä voidaan todeta, että direktiivin 55 artiklan, jonka otsikkona on ”Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset”, 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

”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.” [32]

45. Direktiivin johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa todetaan, että ”jäsenvaltioiden olisi huolehdittava siitä, että julkisoikeudellisen laitoksen osallistuminen tarjoajana julkisia hankintoja tai urakoita koskevan sopimuksen tekomenettelyyn ei aiheuta kilpailun vääristymistä yksityisiin tarjoajiin nähden”.

46. Lopuksi todettakoon, että direktiivin 1 artiklan 8 kohtaa ja erityisesti taloudellisen toimijan käsitettä on tulkittava siten, että ne eivät estä pääasiassa kyseessä olevan kaltaista konsortiota osallistumasta julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyyn. [33] Tästä seuraa, että direktiivin kanssa on ristiriidassa kansallinen lainsäädäntö, joka estää tällaisten laitosten osallistumisen, jos niillä on muutoin asiaa koskevan kansallisen lainsäädännön nojalla oikeus tarjota markkinoilla tuotteita, palveluja tai rakennusurakoita.

47. Tältä osin on todettava, että kansallisen tuomioistuimen asiana on ratkaista – ottaen huomioon sen käsiteltäväksi saatetun asian kaikki merkitykselliset olosuhteet – se, onko kyseessä oleva kansallinen lainsäädäntö sopusoinnussa direktiivin kanssa, ja sen on tarvittaessa jätettävä soveltamatta kaikkia yhteisön oikeuden vastaisia kansallisia oikeussääntöjä. [34]

32 – Ks. tältä osin myös edellä alaviitteessä 22 mainittu asia ARGE.

33 – Kuten komissio on todennut, jäsenvaltio voi tässä yhteydessä tietenkin säännellä sellaisten voittoa tavoittelemattomien toimijoiden toimia, joiden ensisijaisena tarkoituksena on tutkimus, ja tarvittaessa rajoittaa tällaisten toimijoiden mahdollisuutta tarjota palveluja markkinoilla. Jäsenvaltion on kuitenkin tunnustettava toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneet toimijat, joilla on kyseisen jäsenvaltion lainsäädännön nojalla oikeus harjoittaa asianomaista palvelutoimintaa ”taloudellisina toimijoina”, siitä riippumatta, ovatko ne yliopistoja, tutkimuslaitoksia tai niistä muodostettuja ryhmittymiä ja tavoittelevatko ne toiminnallaan voittoa. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei mainitse sellaista Italian lainsäädäntöä, jossa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisille laitoksille asetettaisiin edellä tarkoitettuja rajoituksia.

34 – Ks. vastaavasti asia C-357/06, Frigerio Luigi & C., tuomio 18.12.2007 (Kok., s. I-12311, 28 kohta, jossa viitataan asiaan 157/86, Murphy ym., tuomio 4.2.1988, Kok., s. 673, Kok. Ep. IX, s. 353, 11 kohta ja asiaan C-208/05, ITC, tuomio 11.1.2007, Kok., s. I-181, 68 ja 69 kohta).

IV Ratkaisuehdotus

48. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Consiglio di Staton esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin 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 1 artiklan 8 kohtaa ja erityisesti taloudellisen toimijan käsitettä on tulkittava siten, että ne eivät estä pääasiassa kyseessä olevan kaltaista konsortiota osallistumasta hankintamenettelyyn, joka koskee palvelua koskevan sopimuksen tekemistä palveluista, joita yhteenliittymällä on oikeus suorittaa asiaa koskevan kansallisen lainsäädännön nojalla.

2) Direktiivin 2004/18/EY kanssa on ristiriidassa kansallinen lainsäädäntö, joka estää sellaisia laitoksia, joiden ensisijaisena tarkoituksena ei ole voiton tavoittelu vaan esimerkiksi tutkimus, osallistumasta hankintamenettelyihin, jos kyseisillä laitoksilla on asiaa koskevan kansallisen lainsäädännön nojalla oikeus tarjota markkinoilla rakennusurakoita, tuotteita tai palveluja.