Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
NIILO JÄÄSKINEN
8 päivänä syyskuuta 2015 [1]

Asia C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
vastaan
Zarząd Oczyszczania Miasta

(Ennakkoratkaisupyyntö – Krajowa Izba Odwoławcza (Puola))

Julkiset hankinnat — Direktiivi 2004/18/EY — 48 artiklan 3 kohta — Taloudellisen toimijan tekninen ja ammatillinen pätevyys — Se, että tarjoajat käyttävät ”tarvittaessa” muiden yksiköiden voimavaroja — Tarjoajan ja muiden yksiköiden välisten yhteyksien luonne — Muiden yksiköiden voimavarojen käytön muoto ja aste — Hankintailmoituksessa esitettävät yksityiskohtaiset tiedot — Direktiivin 2014/24/EU merkityksellisyys direktiivin 2004/18 tulkinnan kannalta

I **Johdanto**

1. Tämä Krajowa Izba Odwoławczan (valtakunnallinen muutoksenhakulautakunta) esittämä ennakkoratkaisupyyntö koskee kahta oikeudellista kysymystä, jotka ovat merkityksellisiä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kannalta, sekä kolmatta, yleisempää kysymystä siitä, missä määrin direktiiviä, joka ei ole vielä tullut voimaan merkityksellisenä ajanjaksona ratione temporis ja jonka täytäntöönpanon määräaika ei ole päättynyt, voidaan käyttää apuna tulkittaessa direktiiviä, jonka se viime kädessä korvaa.

2. Pohjimmiltaan Zarząd Oczyszczania Miasta (kaupungin puhtaanapitoviranomainen, jäljempänä hankintaviranomainen), Varsovan kaupungin organisaatioyksikkö, sulki PARTNER Dariusz Apelskin (jäljempänä PARTNER) pois menettelystä, jossa tehtiin julkinen hankintasopimus Varsovan teiden koneellisesta puhtaanapidosta. Se teki näin, koska se ei ollut vakuuttunut siitä, että PARTNER täyttäisi sopimuksen asianmukaisella tavalla, koska osa sen tarjouksesta käsitti palveluja, jotka suorittaisi toisessa, suhteellisen kaukaisessa Puolan kaupungissa sijaitseva kolmas osapuoli.

3. Krajowa Izba Odwoławcza tiedustelee ensimmäisessä kysymysryhmässä unionin tuomioistuimelta ensisijaisesti tai yksinomaan lähinnä taloudelliselta toimijalta vaadittavasta näytöstä, kun se käyttää tietyn sopimuksen täyttämiseksi ”muiden yksiköiden voimavaroja” julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 48 artiklan 3 kohdassa tarkoitetulla tavalla. [2] Näihin kysymyksiin sisältyvät tiedustelut hankintailmoituksen sisällöstä ja tarjouksen täsmentämisestä. Toinen kysymysryhmä koskee edellytyksiä, joissa hankintaviranomaisen jo toteuttama sähköinen huutokauppa on peruutettava tarjouspyyntömenettelyn sääntöjenvastaisuuksien vuoksi.

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

4. Viimeisessä kysymyksessä unionin tuomioistuimelta tiedustellaan, voidaanko julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2014/24/EU[3] käyttää direktiivin 2004/18 tulkinnassa tulkinnan apuna esillä olevien ongelmien ratkaisemiseksi, vaikka direktiivi 2014/24 ei ollut vielä tullut voimaan silloin kun sopimuksentekomenettely julkistettiin.

II **Asiaa koskevat oikeussäännöt**

A *Direktiivi 2004/18*

5. Direktiivin 2004/18 2 artiklassa, jonka otsikko on ”Julkisissa hankintasopimuksissa noudatettavat periaatteet”, todetaan seuraavaa: ”Hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti”.

6. Direktiivin 2004/18 44 artiklassa, jonka otsikko on ”Osanottajien soveltuvuuden tarkistaminen ja valinta, hankintasopimusten tekeminen”, todetaan seuraavaa:

”1. 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.

2. Hankintaviranomaiset voivat asettaa 47 ja 48 artiklan mukaisia soveltuvuutta koskevia vähimmäisehtoja, jotka ehdokkaiden ja tarjoajien on täytettävä.

Jäljempänä 47 ja 48 artiklassa tarkoitettujen tietojen laajuuden ja niiden soveltuvuutta tietyn hankintasopimuksen osalta koskevien vähimmäisedellytysten on liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden.

Vähimmäisedellytykset on ilmoitettava hankintailmoituksessa.

– –”

7. Direktiivin 2004/18 48 artiklassa, jonka otsikko on ”Tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys”, säädetään seuraavaa:

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

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

a) i) – –

ii) luettelo viimeksi kuluneiden kolmen vuoden merkittävimmistä suoritetuista tavarantoimituksista tai palveluista sekä tiedot niiden arvosta, ajankohdasta sekä julkisesta tai yksityisestä vastaanottajasta.

3 — EUVL L 94, s. 65.

– –

3. Taloudellinen toimija voi tiettyä hankintasopimusta varten tarvittaessa käyttää muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta. Sen on tässä tapauksessa osoitettava hankintaviranomaisille, että sillä on käytettävissään hankintasopimuksen toteuttamiseen tarvittavat keinot [voimavarat] esittämällä esimerkiksi todisteen näiden yksiköiden antamasta sitoumuksesta antaa tarvittavat keinot [voimavarat] taloudellisen toimijan käyttöön.

– –”

8. Direktiivin 2004/18 51 artiklassa, jonka otsikko on ”Täydentävät asiakirjat ja lisätiedot”, säädetään seuraavaa: ”Hankintaviranomainen voi 45–50 artiklan soveltamiseksi pyytää taloudellisia toimijoita täydentämään tai täsmentämään antamiaan todistuksia ja asiakirjoja.”

9. Direktiivin 2004/18 54 artiklassa, jonka otsikko on ”Sähköisen huutokaupan käyttäminen”, säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltiot voivat antaa hankintaviranomaisille mahdollisuuden käyttää sähköistä huutokauppaa.

– –

4. Ennen sähköisen huutokaupan toteuttamista hankintaviranomaisten on suoritettava tarjousten alustava kokonaisarviointi hankintasopimuksen valitun tekoperusteen/tekoperusteiden tai niille vahvistetun painotuksen mukaisesti.

Kaikkia hyväksyttävän tarjouksen tehneitä tarjoajia on pyydettävä samanaikaisesti sähköisin keinoin esittämään uusia hintoja ja/tai uusia arvoja; – –

– –

8. Lopetettuaan sähköisen huutokaupan hankintaviranomaiset tekevät hankintasopimuksen 53 artiklan mukaisesti sähköisen huutokaupan tulosten perusteella.

Hankintaviranomaiset eivät saa käyttää sähköistä huutokauppaa väärin eikä siten, että sillä estetään, rajoitetaan tai vääristetään kilpailua tai muutetaan hankintasopimuksen kohdetta siitä, jollaisena se on kilpailutettu julkaistussa hankintailmoituksessa ja määritelty tarjouspyyntöasiakirjoissa.”

B *Direktiivi 2014/24*

10. Direktiivin 2014/24 63 artiklassa, jonka otsikko on ”Muiden yksiköiden voimavarojen hyväksi käyttäminen”, todetaan seuraavaa:

”1. Niiden perusteiden osalta, jotka liittyvät 58 artiklan 3 kohdan mukaisesti vahvistettuun taloudelliseen tilanteeseen ja rahoitusasemaan ja 58 artiklan 4 kohdan mukaisesti vahvistettuun tekniseen ja ammatilliseen pätevyyteen, talouden toimija voi tarkoituksenmukaisissa tapauksissa yksittäistä sopimusta varten käyttää hyväksi muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta. Niiden perusteiden osalta, jotka liittyvät liitteessä XII olevan II osan f alakohdassa vahvistettuun koulutukseen ja ammatilliseen pätevyyteen tai asiaankuuluvaan ammatilliseen kokemukseen, talouden toimijat voivat kuitenkin käyttää hyväksi

muiden yksiköiden voimavaroja vain, jos kyseiset yksiköt suorittavat rakennusurakoita tai palveluja, joissa tällaisia voimavaroja vaaditaan. Jos talouden toimija haluaa käyttää hyväksi muiden yksiköiden voimavaroja, sen on osoitettava hankintaviranomaiselle, että sillä on käytettävissään tarvittavat voimavarat, esittämällä esimerkiksi näiden yksiköiden asiasta antama sitoumus.

– –

2. Kun kyse on rakennusurakka- ja palveluhankintasopimuksista sekä tavarahankintasopimuksiin liittyvistä kokoamis- tai asennustöistä, hankintaviranomaiset voivat vaatia, että tarjoaja itse toteuttaa tietyt kriittiset tehtävät – –."

11. Direktiivin 2014/24 90 artiklan, jonka otsikko on "Saattaminen osaksi kansallista lainsäädäntöä ja siirtymäsäännökset", 1 kohdassa säädetään seuraavaa: "Jäsenvaltioiden on saatettava tämän direktiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset voimaan viimeistään 18 päivänä huhtikuuta 2016. Niiden on viipymättä toimitettava nämä säännökset kirjallisina komissiolle." Direktiivi 2014/24 tuli 93 artiklan mukaan voimaan kahdentenakymmenentenä päivänä sen jälkeen, kun se julkaistiin Euroopan unionin virallisessa lehdessä 28.3.2014.

III **Tosiseikat, oikeudenkäyntimenettely ja ennakkoratkaisukysymykset**

12. Hankintaviranomainen suoritti menettelyn, jossa tehtiin julkinen hankintasopimus "Varsovan kaupungin katujen monimuotoisesta koneellisesta puhtaanapidosta talvi- ja kesäkaudella vuosina 2014–2017 – vaihe I". Menettely julkistettiin Euroopan unionin virallisessa lehdessä 24.12.2013, koska arvo ylitti Euroopan unionin kynnysarvot. Hankintaviranomainen jakoi hankintasopimuksen kohteen kahdeksaan osaan, joista kukin täytti tietyt Varsovan kaupunginosat, ja salli osatarjousten jättämisen rajoittamatta niiden osien lukumäärää, joista taloudellinen toimija voi jättää tarjouksen. Se suoritti avoimen menettelyn (avoin hankintamenettely), jossa määrättiin sähköisen huutokaupan järjestämisestä.

13. Talvipuhtaanapito perustuu talviliukkauden ehkäisemiseen ja poistamiseen suolaamalla ja auraamalla kaupungin joukkoliikenteen liikennöimien katujen ajoväyliä, jotka ovat luokitukseltaan valtakunnallisia, voivodikunnan, piirikunnan ja kunnan teitä. Kesäpuhtaanapito koostuu katujen ajoväylien lakaisusta ja pesusta. Tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan taloudellisten toimijoiden oli osoitettava, että tarjousten jättämisen määräaikaa edeltäneinä kolmena vuotena tai, mikäli toiminnan harjoittamisen ajanjakso oli lyhyempi, mainittuna ajanjaksona, ne olivat suorittaneet tai suorittivat palvelua tai palveluja, jotka käsittivät teiden talvikunnossapidon, jonka kokonaisarvo oli vähintään 1 000 000 Puolan zlotya (PLN).

14. Hankintaviranomainen esitti, että arvioidessaan tämän edellytyksen täyttymistä se ottaisi huomioon ainoastaan palvelut, joissa käytetään esikostutustekniikkaa talviliukkauden ehkäisemiseksi tai poistamiseksi.[4] Hankintaviranomainen esitti myös, että silloin kun tarjouksia jätettiin useammasta kuin yhdestä osasta, taloudellisen toimijan edellytettiin harjoittaneen toimintaa, jonka arvo oli vastaavasti suurempi, toisin sanoen 1 000 000 PLN kerrottuna tarjottujen osien lukumäärällä. Näin ollen taloudellisen toimijan, joka jätti tarjouksen kahdeksasta osasta, oli osoitettava suorittaneensa palveluja, joiden arvo oli vähintään 8 000 000 PLN.[5]

4 — Toisin sanoen natriumkloridia tai natriumkloridin ja kalsiumkloridin seosta, joka kostutetaan ruiskutettaessa ja muuttuu suolaliuokseksi.

5 — Ennakkoratkaisupyynnössä todetaan hankintaviranomaisen todenneen kansallisessa tuomioistuimessa pidetyssä istunnossa, että se arvioi kyseisen edellytyksen täyttymisen laskemalla yhteen osoitettujen ja hyväksyttyjen palvelujen arvon ja jakamalla sen 1 000 000:lla, jolloin saatiin selville niiden osien lukumäärä, joiden osalta taloudellinen toimija oli täyttänyt kyseisen edellytyksen.

15. Tarjoukseen liittämässään palvelujen luettelossa PARTNER viittasi 14 palveluun, joista 12 perustui sen omaan kokemukseen ja kaksi PUM Sp. z o.o:n (jäljempänä PUM) kokemukseen; PUM on Grudziądziin (noin 227 kilometrin päähän Varsovasta) sijoittautunut yritys, jonka voimavaroja muuna yksikkönä PARTNER käytti hyväkseen. PARTNER liitti tarjoukseen PUM:n sitoumuksen ”antaa käyttöön tarvittavat voimavarat”. Sitoumuksessa määriteltiin tapa, jolla käytettäisiin käyttöön annetut voimavarat, toisin sanoen neuvontapalvelut, jotka käsittivät muun muassa taloudellisen toimijan työntekijöiden kouluttamisen, sekä konsulttipalvelujen antamisen taloudelliselle toimijalle, kuten avustamisen sopimuksen täyttämisvaiheessa mahdollisesti ilmenevien ongelmien ratkaisemisessa.

16. Sen jälkeen kun hankintaviranomainen oli ilmoittanut PARTNERille 11.3.2014 katsovansa, että taloudellisella toimijalla ei ollut tarvittavia keinoja sopimuksen täyttämiseen, PARTNER vastasi 18.3.2014, että jos hankintaviranomainen piti osoitettua kokemusta riittämättömänä, sen muu kokemus olisi pitänyt ottaa huomioon seuraavassa järjestyksessä: osat V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Tässä yhteydessä se toi esiin, että jos taloudellinen toimija jättää tarjouksen useammasta osasta, sitä voi kohdella erillisesti niiden kunkin osalta. Tämän johdosta taloudellisen toimijan mahdollisen menettelyn ulkopuolelle sulkemisen ja sen tarjouksen hylkäämisen ei pitäisi koskea koko hankintasopimusta, vaan sen tiettyjä osia, joiden osalta taloudellinen toimija ei täyttänyt asetettuja edellytyksiä.

17. Hankintaviranomainen ei ottanut huomioon PARTNERin osittaista kokemusta ja sulki sen menettelyn ulkopuolelle kunkin osan osalta julkisia hankintasopimuksia koskevasta oikeudesta annetun lain (Ustawa PZP)[6] 24 §:n 2 momentin 4 kohdan nojalla, koska se ei ollut osoittanut täyttäneensä menettelyyn osallistumisen edellytyksiä. Hankintaviranomainen katsoi, että kun otetaan huomioon toiminnan erityisluonne, kaupungin topografinen tuntemus sekä talvikunnossapidon erityisvaatimusten täyttämisen ajalliset vaatimukset, ei olisi mahdollista täyttää luotettavasti suoritetusta menettelystä seuraavaa velvollisuutta ilman PUM:n henkilökohtaista osallistumista sopimuksen vaatimusten täyttämiseen. Tämän jälkeen hankintaviranomainen järjesti sähköisen huutokaupan, johon PARTNERia ei kutsuttu osallistumaan.

18. Krajowa Izba Odwoławczalle tekemässään valituksessa PARTNER väitti, että hankintaviranomainen oli tutkinut ja arvioinut tarjoukset puutteellisesti. Se katsoi, että hankintaviranomainen ei ollut osoittanut tarjouspyyntöasiakirjoissa, että merkityksellistä tietämystä ja kokemusta koskevan edellytyksen täyttyminen edellyttää, että yksikkö, joka antoi tietämyksen ja kokemuksen PARTNERin käyttöön, osallistuu henkilökohtaisesti sopimuksen täyttämiseen tai että kokemuksen on liityttävä erityiseen topografiseen tietämykseen.

19. Krajowa Izba Odwoławcza esitti SEUT 267 artiklan nojalla unionin tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

”1) Voidaanko – – direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä 2 artiklan kanssa, tulkita siten, että sillä, että taloudellinen toimija voi ’tarvittaessa’ käyttää muiden yksiköiden voimavaroja, tarkoitetaan kaikkia tapauksia, joissa taloudellinen toimija ei täytä hankintaviranomaisen asettamia pätevyysehtoja ja se haluaa käyttää tällaisia muiden yksiköiden voimavaroja? Vai onko myös sen ilmoittamista, että taloudellinen toimija voi käyttää muiden yksiköiden voimavaroja ainoastaan ’tarvittaessa’, pidettävä rajoituksena, joka osoittaa, ettei muiden yksiköiden voimavarojen käyttö taloudellisen toimijan pätevyyden osoittamiseksi hankintamenettelyssä ole lähtökohtaisesti sallittua vaan se voidaan hyväksyä ainoastaan poikkeuksellisesti?

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznychin (julkisia hankintasopimuksia koskevasta oikeudesta annetun lain) (konsolidoitu toisinto, Dziennik Ustaw 2013, järjestysnumero 907). 24 §:n 2 momentin 4 kohdassa säädetään seuraavaa: ”Julkisesta hankintamenettelystä suljetaan pois myös taloudelliset toimijat, jotka – – eivät ole osoittaneet täyttävänsä menettelyyn osallistumisen edellytyksiä – –”.

2) Voidaanko direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä 2 artiklan kanssa, tulkita siten, että taloudellisen toimijan mahdollisuus käyttää muiden yksiköiden voimavaroja niiden tietämyksen ja kokemuksen osalta ’riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta’ ja näiden yksiköiden ’voimavarojen käytettävissä oleminen’ tarkoittaa, että hankintasopimuksen täyttämisen aikana taloudellisella toimijalla ei tarvitse olla näihin yksiköihin mitään yhteyksiä tai sillä voi olla niihin vain erittäin löyhät ja määrittämättömät yhteydet, ts. se voi täyttää sopimuksen itsenäisesti (toisen yksikön osallistumatta) tai tämä osallistuminen voi koostua ’neuvonnasta’, ’konsultoinnista’, ’koulutuksesta’ jne? Vai onko 48 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että yksikön, jonka voimavaroja taloudellinen toimija käyttää, on tosiasiallisesti ja henkilökohtaisesti täytettävä hankintasopimus siltä osin kuin sen voimavarat on ilmoitettu?

3) Voidaanko direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä 2 artiklan kanssa, tulkita siten, että taloudellinen toimija, jolla on omaa kokemusta, mutta vähemmän kuin se haluaisi osoittaa hankintaviranomaiselle (esim. riittämätön määrä tarjouksen jättämiseksi sopimuksen kaikista osista), voi käyttää myös muiden yksiköiden voimavaroja parantaakseen omaa tilannettaan hankintamenettelyssä?

4) Voidaanko direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä 2 artiklan kanssa, tulkita siten, että hankintaviranomainen voi (tai sen jopa pitäisi) hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa määritellä säännöt, joiden mukaan taloudellinen toimija voi käyttää muiden yksiköiden voimavaroja, kuten esimerkiksi sen, miten toisen yksikön pitäisi osallistua hankintasopimuksen täyttämiseen, miten taloudellisen toimijan ja toisen yksikön valmiudet voidaan yhdistää ja onko tällainen toinen yksikkö yhteisvastuussa taloudellisen toimijan kanssa hankintasopimuksen asianmukaisesta täyttämisestä siltä osin kuin taloudellinen toimija on käyttänyt sen voimavaroja?

5) Salliiko direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistettu taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaate tällaisen 48 artiklan 3 kohdassa tarkoitetun toisen yksikön voimavarojen käytön, jonka puitteissa lasketaan yhteen kahden tai useamman sellaisen yksikön voimavarat, joilla ei ole voimavaroja hankintaviranomaisen vaatiman tietämyksen ja kokemuksen osalta?

6) Salliiko direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistettu taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaate siis direktiivin 2004/18 44 artiklan ja 48 artiklan 3 kohdan sellaisen tulkinnan, jonka mukaan hankintaviranomaisen asettamien menettelyyn osallistumisen edellytysten täyttäminen voi olla ainoastaan muodollista menettelyyn osallistumiseksi ja riippumatonta taloudellisen toimijan tosiasiallisesta pätevyydestä?

7) Salliiko direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistettu taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaate sen, että kun on mahdollista jättää tarjous hankintasopimuksen osasta, taloudellinen toimija tarjousten jättämisen jälkeen, esimerkiksi asiakirjojen täydentämisen tai selvittämisen yhteydessä, ilmoittaa, mihin hankintasopimuksen osaan on luettava sen ilmoittamat voimavarat, joiden tarkoitus on osoittaa menettelyyn osallistumista koskevan edellytyksen täyttäminen?

8) Sallivatko direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistettu taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaate sekä avoimuusperiaate toteutetun huutokaupan peruuttamisen ja sähköisen huutokaupan toistamisen silloin, kun se on toteutettu olennaisella tavalla epäasianmukaisesti, esimerkiksi jos kaikkia hyväksyttävien tarjousten tehneitä taloudellisia toimijoita ei kutsuttu osallistumaan siihen?

9) Sallivatko direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistettu taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaate sekä avoimuusperiaate sellaisen taloudellisen toimijan valinnan hankintasopimuksen sopimuspuoleksi, jonka tarjous on valittu tällaisen huutokaupan perusteella sitä toistamatta, silloin, kun ei voida todeta, että sivuutetun taloudellisen toimijan osallistuminen muuttaisi sen lopputuloksen?

10) Voidaanko direktiivin 2004/18 säännösten tulkinnassa käyttää – – direktiivin 2014/24 säännösten ja johdanto-osan sisältöä, vaikka sen täytäntöönpanon määräaika ei ole päättynyt, tulkinnan apuna siltä osin kuin se selittää tiettyjä unionin lainsäätäjän lähtökohtia ja aikomuksia eikä ole ristiriidassa direktiivin 2004/18 säännösten kanssa?"

20. Kirjallisia huomautuksia esittivät PARTNER, Remondis Sp. z o.o. ja Mr Road Service Sp. z o.o. pääasian oikeudenkäynnin väliintulijoina sekä Espanjan, Latvian ja Puolan hallitukset ja komissio. Ne kaikki, lukuun ottamatta Latvian hallitusta, sekä hankintaviranomainen, vaikka se ei ollutkaan esittänyt kirjallisia huomautuksia, osallistuivat 7.5.2015 pidettyyn istuntoon.

IV **Analyysi**

A *Kysymykset, jotka koskevat toisen taloudellisen toimijan teknisten ja ammatillisten voimavarojen hyväksikäyttöä (ensimmäinen, toinen, kolmas, viides ja kuudes kysymys)*

21. Näillä kysymyksillä, joita tarkastelen yhdessä, kansallinen tuomioistuin pohjimmiltaan pyytää neuvoa olosuhteista, joissa tarjoaja voi tietyn sopimuksen tapauksessa käyttää muiden yksiköiden voimavaroja teknisen ja/tai ammatillisen pätevyyden osalta tehdessään tarjouksen tietystä sopimuksesta. Tästä mahdollisuudesta säädetään direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohdassa. Mielestäni nämä kysymykset koskevat pohjimmiltaan kolmea ongelmaa. Nämä ovat 1) tarjoajan oikeus käyttää ulkopuolisia voimavaroja täyttääkseen sopimuksen vaatimukset teknisen ja/tai ammatillisen pätevyyden osalta, 2) kolmansien osapuolten voimavarojen tosiasiallinen käyttäminen ja 3) se, ovatko tällaiset voimavarat siirrettävissä siten, että niitä voidaan käyttää kyseisen sopimuksen luonteen ja tavoitteen perusteella. On sanomattakin selvää, että 2 artikla, joka käsittää syrjintäkiellon ja avoimuuden yleisen periaatteen, on merkityksellinen kaikkiin kysymyksiin vastaamisen kannalta.

22. Aluksi on tarpeen korostaa direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohdassa tarkoitetun muiden yksiköiden voimavarojen hyväksikäyttämisen ja 25 artiklassa tarkoitetun alihankinnan välistä eroa. Kuten Espanjan kirjallisissa huomautuksissa todetaan, nämä oikeudelliset järjestelyt eroavat toisistaan kahdessa suhteessa. Kolmansien osapuolten voimavarojen hyväksikäytöstä todettakoon, että ne on yhdistetty tarjoajan voimavaroihin ennen sopimuksen antamista, kun taas alihankinnasta sovitaan sopimusta täytettäessä. Toiseksi alihankintaan sovelletaan rajoituksia, jotka eivät koske kolmansien osapuolten voimavarojen hyväksikäyttämistä. [7]

1. Taloudellisen toimijan oikeus käyttää ulkopuolisia voimavaroja

23. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohdassa olevalla ilmaisulla "tarvittaessa" ei aseteta olennaista rajoitusta olosuhteille, joissa taloudellinen toimija voi vedota kolmannen osapuolen voimavaroihin tehdessään tarjouksen julkisesta hankintasopimuksesta.

7 — Direktiivin 2004/18 25 artiklassa todetaan, että hankintaviranomainen voi tarjouspyyntöasiakirjoissa pyytää tai jäsenvaltio voi velvoittaa sen pyytämään tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan sopimuksesta tämä aikoo antaa alihankintana kolmansille, sekä ehdotetut alihankkijat. Lisäksi säännöksessä todetaan, että tämä ilmoitus ei rajoita pääasiallisen taloudellisen toimijan vastuuta.

24. Totesin ratkaisuehdotuksessa Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), että direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohdan sanamuodosta on mahdollista päätellä, että taloudellisilla toimijoilla on oikeus valita kyseinen valintaperusteiden täyttämismenetelmä, kunhan ne voivat osoittaa, että niillä on todella käytettävissään muiden yksiköiden voimavarat, jotka ovat tarpeen sopimuksen täyttämiseksi.[8] Tämä tulkinta käy parhaiten yksin sen tavoitteen kanssa, että julkiset hankintasopimukset avataan mahdollisimman laajalle kilpailulle ja että ne pyritään tuomaan pienten ja keskisuurten yritysten ulottuville.

25. Lisäksi tuomiossa Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593) todettiin ja direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohdassa myöhemmin vahvistettiin, että taloudellisen toimijan ja sen kolmannen yksikön tai niiden kolmansien yksiköiden, jota tai joita taloudellinen toimija pyrkii käyttämään hyväkseen, välisten oikeudellisten yhteyksien luonne on merkityksetön.[9]

26. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella ei siis voida periaatteessa vastustaa sitä, että tarjoaja käyttää lisäksi muiden yksiköiden voimavaroja parantaakseen tilannettaan sopimusmenettelyssä. Tähän kuitenkin kohdistuu rajoituksia, joita tarkastelen jäljempänä. Kuten komission kirjallisissa huomautuksissa todetaan, ratkaisevaa on se, että tarjoajalla *on tosiasiallisesti käytettävissään* muiden yksiköiden voimavarat, jotka tarvitaan sopimuksen täyttämiseksi asianmukaisella tavalla. Tämän ”käytettävissä olemisen” ei tarvitse olla oikeudelliselta muodoltaan tietynlainen.

2. Se, että tarjoaja tosiasiallisesti käyttää kolmansien osapuolten voimavaroja

27. Sen estämättä mitä edellisissä kohdissa on todettu, muiden yksiköiden voimavaroja hyväksikäyttävien tarjoajien velvollisuutena on esittää hankintaviranomaiselle näyttö siitä, että niillä on todella käytettävissään nämä voimavarat.[10] Tästä näkökulmasta direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaa voidaan korkeintaan pitää sellaisena, että siinä asetetaan näyttövaatimus, ja että näytön arviointi jätetään siinä hankintaviranomaiselle. Direktiivin 2004/18 44 artiklan 1 kohdan mukaan hankintaviranomaisten on tarkistettava ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuus direktiivin 2004/18 47–52 artiklassa tarkoitettujen perusteiden mukaisesti.[11] Toisin sanoen – kuten hankintaviranomainen ja Puola korostivat istunnossa – hankintaviranomaista sitoo velvollisuus varmistaa, että valittu tarjoaja tosiasiallisesti kykenee täyttämään sopimuksen asianmukaisella tavalla.

28. Kolmansien osapuolten osallistumista julkisten hankintasopimusten täyttämiseen koskevien direktiivin 2004/18 säännösten tavoitteena on välttää tilanne, jossa yrityksellä olisi oikeus tulla huomioiduksi sopimuksen tekemisessä, vaikka sillä ei ole tarvittavia keinoja sopimuksen täyttämiseen. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohdalla siis estetään hankintaviranomaista soveltamasta puhtaasti muodollista lähestymistapaa tarjoajan esittämään näyttöön sitä sitovien velvollisuuksien vuoksi. Toisin sanoen ei ole hyväksyttävää, että tarjoajat viittaavat kolmansien osapuolten voimavaroihin, jos tämä tehdään pyrkien ainoastaan muodollisesti täyttämään hankintailmoituksessa esitetty soveltuvuutta koskeva vähimmäisehto.

8 — Ibid., 24 kohta. Ks. myös erityisesti tuomio Siemens ja ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), 46 kohta, tuomio Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) ja tuomio Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Julkisasiamies Jääskisen ratkaisuehdotus Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), 22 kohta. Tämä kanta perustui yhteisöjen tuomioistuimen toteamuksiin tuomiossa Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) ja tuomiossa Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), joissa esillä olevat oikeudelliset suhteet koskivat samaan yhtymään kuuluvia yrityksiä. Ks. ratkaisuehdotuksen 20–22 kohta.

10 — Ks. ratkaisuehdotus Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), 23 kohta.

11 — Tuomio Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), 26 kohta. Ks. vastaavasti tuomio Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), 28 kohta.

3. Teknisen ja/tai ammatillisen pätevyyden siirrettävyys

29. Tuomiossa Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) unionin tuomioistuin tulkitsi direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohtaa ja 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdan kanssa, siten, että ne ovat esteenä yleiselle säännökselle, jolla julkista rakennusurakkaa koskevaan hankintamenettelyyn osallistuvia taloudellisia toimijoita kielletään käyttämästä saman valmiusryhmän osalta useamman yrityksen voimavaroja. Se kuitenkin lisäsi, että ”ei tosin voida sulkea pois sitä, että on olemassa sellaisia rakennusurakoita, joihin liittyy erityispiirteitä, jotka edellyttävät tiettyä pätevyyttä, jota ei ole mahdollista saavuttaa kokoamalla yhteen useamman toimijan – – voimavarat” ja että ”tällaisessa tapauksessa hankintaviranomainen voisi perustellusti vaatia – –, että yksi ainoa taloudellinen toimittaja täyttää asianomaista soveltuvuutta koskevat vähimmäisehdot”. [12]

30. Ongelmana on nyt kuitenkin se, ovatko sopimuksen tekemistä koskevassa ilmoituksessa mainitut tekniseen ja ammatilliseen pätevyyteen liittyvät voimavarat siirrettäviä. Jos ne eivät ole siirrettäviä, PARTNERia ei voida hyväksyä tarjoajaksi.

31. Teknisten voimavarojen siirrettävyys liittyy siihen, voidaanko tekniikkaa tai asiantuntemusta siirtää mielekkäästi taloudelliselta toimijalta toiselle esimerkiksi konsultoinnin tai neuvonnan avulla. Kirjallisissa huomautuksissa on myös kohtia, jotka pikemminkin liittyvät siihen, voidaanko tällaisia erilaisten yksiköiden voimavaroja laskea yhteen yleensä, mikä nähdäkseni on unionin lainsäätäjän direktiivin 2004/14 48 artiklassa valitsema toimintamalli. Pääasiassa todellinen riita kuitenkin koskee sitä, oliko PUM:n tekninen pätevyys siirrettävissä PARTNERille ilman ensin mainitun taloudellisen toimijan suoranaista osallistumista sopimuksen täyttämiseen. Riidassa ei ole kyse vain siitä, että PARTNERille lisätään sillä jo olevien kaltaisia voimavaroja.

32. Paljon riippuu tosiseikoista sekä sopimuksen luonteesta ja kohteesta. On olemassa voimavaroja, jotka ovat siirrettäviä. Kuvitellaan, että julkisten terveydenhuoltopalvelujen tarjoaja päättää tehdä sopimuksen tietyn syövän seulonnasta, joka toteutetaan vakiintuneen tekniikan avulla ja tarjotaan tietylle ihmisryhmälle. Kuvitellaan lisäksi, että sopimuksen tekemisen ehdoissa todetaan, että epäselvissä tapauksissa tuloksille on saatava vahvistus asiantuntijalta, jolla on tietty korkeammantasoinen ammatillinen pätevyys. Tällaisissa tilanteissa ei pitäisi olla mitään syytä, jonka vuoksi tarjoaja ei voisi käyttää hyväkseen kolmatta osapuolta, jonka tehtävänä on tarjota tarvittavat konsulttipalvelut. Jos sopimus kuitenkin koskisi seulontaa uudella, vakiintumattomalla tekniikalla, hankintaviranomainen voisi perustellusti vaatia, että tarjoajalla itsellään on asian kannalta merkityksellinen pätevyys. Tällöin meidän on tarkasteltava sopimuksen tekemisen tosiasiallisia olosuhteita.

33. Kuten edellä jo mainitsin, on otettava huomioon kunkin sopimuksen luonne ja täytettävä tarve. Tämä on kysymys, jonka arviointi on kansallisen tuomioistuimen tehtävä.

34. Tapauskohtaisesti on arvioitava myös sitä, voiko hankintaviranomainen vaatia kolmannen osapuolen osallistumista sopimuksen täyttämiseen ainoana keinona osoittaa, että asian kannalta merkitykselliset voimavarat ovat kyseisen tarjoajan käytettävissä. Kaikki riippuu sopimuksen luonteesta ja tavoitteesta. Mielestäni on helppo laatia skenaarioita, joissa kyseinen sitoutus on teknisesti niin vaikea, että asian kannalta merkityksellistä asiantuntemusta omaavan kolmannen osapuolen on suoritettava se, jos sen voimavaroihin vedotaan, pikemminkin kuin että se suoritettaisiin tällaisen yksikön tarjoaman neuvonnan ja ohjauksen avulla, jolloin tarjoaja itse panee täytäntöön asian kannalta merkityksellisen sitoumuksen.

12 — Tuomio Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), 35 kohta.

4. Välipäätelmä

35. Edellä esitettyjen huomautusten perusteella ensimmäiseen, toiseen, kolmanteen, viidenteen ja kuudenteen kysymykseen voidaan vastata seuraavasti: direktiivin 2004/18 44 artiklaa ja 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä 2 artiklan kanssa, on tulkittava siten, että ilmaisulla ”tarvittaessa” ei aseteta olennaista rajoitusta olosuhteille, joissa taloudellinen toimija voi käyttää muiden yksiköiden voimavaroja osoittaakseen hankintaviranomaiselle, että sillä on tietyn julkisen hankintasopimuksen täyttämiseen tarvittava tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys. Taloudellisen toimijan ja kolmannen osapuolen välisten oikeudellisten yhteyksien luonne on merkityksetön, mutta taloudellisen toimijan on kyettävä osoittamaan hankintaviranomaiselle, että sillä on todella käytettävissään kaikki sopimuksen täyttämiseksi tarvittavat resurssit. Tarjoaja voi käyttää muiden yksiköiden voimavaroja osoittaakseen teknisen ja/tai ammatillisen pätevyytensä täytettävän sopimuksen luonteen ja tavoitteen asettamat rajoitukset huomioon ottaen.

B *Hankintailmoitus, tarjouspyyntöasiakirjat sekä yhteisvastuu (kysymys 4)*

36. Kysymys 4 koskee lähinnä sitä, voiko hankintaviranomainen (tai pitääkö sen jopa) hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa määritellä säännöt, joiden mukaan tarjoajat voivat käyttää tai olla käyttämättä muiden yksiköiden voimavaroja. Tarkemmin sanottuna: voiko hankintaviranomainen määritellä tavan, jolla tarjoajan on osallistuttava sopimuksen täyttämiseen, tavan, jolla tarjoajan ja muiden yksiköiden voimavarat voidaan yhdistää ja sen, onko tällainen toinen yksikkö yhteisvastuussa taloudellisen toimijan kanssa hankintasopimuksen asianmukaisesta täyttämisestä siltä osin kuin tarjoaja on käyttänyt hyväkseen sen voimavaroja?

37. Espanja toteaa kirjallisissa huomautuksissaan, että hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa on määriteltävä säännöt, joiden mukaan tarjoaja voi käyttää muiden yksiköiden voimavaroja edellyttäen, että nämä vaatimukset ovat oikeasuhteisia ja liittyvät suoraan kyseisen sopimuksen kohteeseen. Puolan kirjalliset huomautukset ovat myös tämänsuuntaisia.

38. Pidän kuitenkin komission esittämää kantaa oikeana. Komissio toteaa kirjallisissa huomautuksissaan, että koska tarjoajilla on oikeus käyttää kolmansien osapuolten voimavaroja, hankintaviranomaiset eivät voi asettaa mitään nimenomaisia ehtoja, jotka mahdollisesti haittaavat kyseistä oikeutta. Tarjoajalla on oikeus määritellä, kuinka se saa nämä voimavarat käyttöönsä. Komissio lisää paikkansapitävästi, että käytännön syistä hankintaviranomaisen voi olla lähes mahdotonta määritellä etukäteen tapoja, joilla muiden voimavaroja voidaan hyväksikäyttää; se ei voi etukäteen ennakoida muiden voimavarojen käytön kaikkia mahdollisia skenaarioita. Tämä tietenkin edellyttää, että tuomiossa Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino esitetyt kriteerit, jotka koskevat tällaisen käytön pois sulkemisen tilanteita, eivät täyty.

39. Unionin tuomioistuimen kehittämät, hankintailmoitusta ja tarjouspyyntöasiakirjoja koskevat yleiset periaatteet ja *avoimuusperiaate* ovat merkityksellisiä tämän kysymyksen kannalta. Muistutan, että avoimuusvelvollisuudella pyritään varmistamaan, ettei hankintaviranomainen käytä mielivaltaa,[13] ja että yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvollisuus estävät hankintaviranomaista hylkäämästä tarjousta, joka täyttää tarjouspyyntöilmoituksen vaatimukset, käyttäen perusteena syitä, joita ei ole ilmoitettu mainitussa ilmoituksessa.[14] Huomautan lisäksi, että direktiivin 2004/18 23 artiklan 2 kohdassa todetaan, että teknisten eritelmien ”on mahdollistettava tarjoajille yhtäläiset mahdollisuudet, eivätkä ne saa haitata perusteettomasti julkisten hankintojen avaamista kilpailulle” ja että 23 artiklan 3 kohdan c alakohdan mukaan teknisiin vaatimuksiin voi sisältyä suorituskykyä koskevia vaatimuksia.

13 — Tuomio SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), 26 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

14 — Ibid., 28 kohta.

40. Katson, että jos tuomiossa Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, 35 kohta) esitetyt erityiset ehdot täyttyvät ja hankintaviranomainen asettaa *sopimuksentekomenettelyn ehdoksi*, että yksi ainoa taloudellinen toimittaja täyttää asianomaista soveltuvuutta koskevat vähimmäisehdot, sen on todettava tämä etukäteen joko hankintailmoituksessa ja/tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Tällöin mahdollisuus käyttää kolmannen osapuolten voimavaroja direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohdan mukaisesti on suljettu pois. Tämä näyttäisi olevan ainoa keino noudattaa avoimuusvelvollisuutta tarkasteltaessa ehdokkaiden soveltuvuutta, koska muutoin mahdolliset tarjoajat eivät saisi tietoa kaikista soveltuvuuden vähimmäistasoa koskevista pakollisista ja ehdottomista vaatimuksista. [15]

41. Tämä on kuitenkin eri asia kuin sen arvioiminen, täyttääkö kolmannen osapuolen voimavaroja hyväksikäyttävä tarjoaja *tosiasiallisesti* hankintailmoituksessa vaaditut teknistä ja/tai ammatillista pätevyyttä koskevat ehdot. Tätä seikkaa voidaan tarkastella ainoastaan tarjousten perusteella siten, että niitä verrataan hankintailmoituksessa ja tarjouspyyntöasiakirjoissa todettuihin soveltuvuusvaatimuksiin noudattaen edellä ensimmäisen, toisen, kolmannen, viidennen ja kuudennen kysymyksen yhteydessä kuvattuja perusteita.

42. Lisäksi yhteisvastuun osalta komissio on kirjallisissa huomautuksissaan pyrkinyt nojautumaan direktiivin 2014/24 63 artiklan 1 kohdan kolmanteen alakohtaan tukeakseen sitä puoltavaa väitettä. PARTNER ja Espanja toisaalta katsovat, että yhteisvastuun määrääminen ei ole mahdollista, koska sopimusten täyttämisestä on vastuussa ainoastaan hankintamenettelyyn osallistunut tarjoaja eikä mikään kolmas yksikkö, jonka voimavaroja tarjoaja on käyttänyt hyväkseen.

43. Syistä, jotka esitän vastauksessani, jonka annan kymmenenteen kysymykseen, direktiivistä 2014/24 ei voida direktiiviä 2004/18 sovellettaessa johtaa mitään ehdottomia sääntöjä, kun niitä joko ei ole direktiivissä 2004/18 tai niissä asetetaan yksityiskohtaisempia normeja tai vaatimuksia kuin sen vastaavissa säännöksissä. Näin ollen yhteisvastuun määrääminen on suljettava pois ennen direktiivin 2014/24 täytäntöönpanon määräajan päättymistä.

44. Näistä syistä unionin tuomioistuimen tulisi vastata neljänteen kysymykseen siten, että direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä direktiivin 2 artiklan kanssa, on tulkittava siten, että hankintaviranomaisen on hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa määriteltävä ehdot, joilla kielletään turvautuminen direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaan soveltuvuuden vähimmäistasoa koskevien vaatimusten täyttymisen osoittamiseksi. Hankintaviranomaista kielletään muutoin määrittelemästä hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa nimenomaisia ehtoja tai sääntöjä siitä, voivatko tarjoajat käyttää muiden yksiköiden voimavaroja ja kuinka ne voivat tehdä niin.

C *Tarjouksen täsmentäminen (seitsemäs kysymys)*

45. Seitsemäs kysymys koskee lähinnä sitä, missä määrin hankintaviranomaisen ja tarjoajan välillä voi olla vuoropuhelua esimerkiksi täydennettäessä tai täsmennettäessä asiakirjoja tarjousten jättämisen jälkeen silloin, kun on mahdollista jättää tarjouksia osista. Tältä osin muistutan, että direktiivin 2004/18 51 artiklan mukaan hankintaviranomainen voi pyytää taloudellisia toimijoita täydentämään tai täsmentämään 45–50 artiklan nojalla antamiaan todistuksia ja asiakirjoja.

15 — Ks. vastaavasti sopimuksen tekemisen perusteita koskeva oikeuskäytäntö, esimerkiksi tuomio komissio v. Ranska (C-299/08, EU:C:2009:769), 41 kohta: ”sekä yhdenvertaisen kohtelun periaate että siitä johtuva avoimuusvelvoite edellyttävät, että kunkin sopimuksen kohde ja *tekemisen perusteet* määritetään selvästi” (kursivointi tässä). Ks. myös tuomio EAC e Viaggi di Maio ym. (C.331/04, EU:C:2005:718), jonka 32 kohdassa määriteltiin sopimuksen tekemisen perusteiden osatekijöiden painotukselle rajat, ja tuomio Universale-Bau ym. (C-470/99, EU:C:2002:746), 100 kohta, jonka mukaan hankintaviranomaisen on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa valintakriteerien painotusta koskevat säännöt, joita se käyttää valitessaan ehdokkaat, joita pyydetään tekemään tarjous.

46. Mielestäni unionin tuomioistuin voi vastata tähän kysymykseen lyhyesti. Unionin tuomioistuin on jo sulkenut pois neuvottelut hankintaviranomaisen ja tarjoajan välillä. Hankintaviranomaiset eivät saa pyytää täsmennystä tarjouksiin, joita ne pitävät epätarkkoina tai jotka eivät ole tarjouspyyntöasiakirjojen teknisten eritelmien mukaisia, ennen tällaisten tarjousten hylkäämistä. [16]

47. Kun tarjous on jätetty, sitä ei voida enää muuttaa tarjoajan eikä hankintaviranomaisen aloitteesta. [17] Hankintaviranomainen voi poikkeuksellisesti pyytää täydentämään tietoja, esimerkiksi vain täsmentämään niitä tai korjaamaan ilmeiset kirjoitus- tai laskuvirheet ilman, että se kuitenkaan pyytää tai hyväksyy mitään muutosta kyseiseen tarjoukseen. [18]

48. Katson, että tietojen antaminen tarjouskilpailun osien ensisijaisuusjärjestyksestä tarjousten jättämisen jälkeen ei ole pelkkä täsmennys vaan tarjouksen olennainen muutos. Sen hyväksyminen rikkoisi vilpittömän kilpailun periaatteita. Tämä ei kuulu niiden poikkeuksellisten olosuhteiden joukkoon, joissa tarjousten täsmentäminen on sallittua.

49. Näin ollen katson, että seitsemänteen kysymykseen on vastattava siten, että direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistettu taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaate ei salli sitä, että kun on mahdollista jättää tarjous hankintasopimuksen osasta, taloudellinen toimija tarjousten jättämisen jälkeen ilmoittaa, mihin hankintasopimuksen osaan on luettava voimavarat, jotka se on ilmoittanut osoittaakseen menettelyyn osallistumista koskevan edellytyksen täyttäminen.

D *Sähköisen huutokaupan säännöstenvastaisuudet (kahdeksas ja yhdeksäs kysymys)*

50. Kahdeksas ja yhdeksäs kysymys koskevat sopimuksen tekemiseen liittyviä seurauksia silloin, kun kaikkien soveltuvien tarjoajien ei ole sallittu osallistua sähköiseen huutokauppaan.

51. Aluksi muistutan, että direktiivin 2004/18 54 artiklan 4 kohdan toisen alakohdan mukaan ”kaikkia hyväksyttävän tarjouksen tehneitä tarjoajia on pyydettävä samanaikaisesti sähköisin keinoin esittämään uusia hintoja ja/tai uusia arvoja”. Direktiivin 2004/18 54 artiklan 8 kohdassa kielletään sähköisiin huutokauppoihin turvautuminen esimerkiksi kilpailun estämiseksi tai vääristämiseksi. Katson lisäksi, että kansallinen tuomioistuin ei kysy, mitä korjaustoimenpiteitä on taloudellisten toimijoiden käytettävissä säännöstenvastaisen sähköisen huutokaupan osalta, [19] vaan se kysyy direktiivin 2004/18 mukaisista hankintaviranomaisen velvollisuuksista tällaisessa tilanteessa.

16 — Tuomio SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191), 36 ja 37 kohta. Muistutan, että direktiivissä 2004/18 on säännökset, joka koskevat kilpailullista neuvottelumenettelyä erityisen monimutkaisten sopimusten osalta (29 artikla) ja neuvottelumenettelyjä (30 artikla). Nämä säännökset ovat kuitenkin merkityksettömiä esillä olevan asian kannalta.

17 — Ks. tuomio Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), jonka 31 kohdassa unionin tuomioistuin katsoi seuraavaa: ”Yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvoite ovat julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyssä esteenä kaikenlaiselle hankintaviranomaisen ja jonkin tarjoajan väliselle neuvottelulle, mikä merkitsee lähtökohtaisesti sitä, että kun tarjous on jätetty, sitä ei voida enää muuttaa hankintaviranomaisen eikä tarjoajan aloitteesta. Tästä seuraa, ettei hankintaviranomainen voi pyytää tarjoajalta, jonka tarjousta se pitää epätarkkana tai tarjouspyyntöasiakirjojen teknisten eritelmien vastaisena, täsmennystä.”

18 — Tuomio SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191), 40 ja 41 kohta. Ks. myös tuomio Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), 32 kohta.

19 — Näistä säädetään julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetussa neuvoston direktiivissä 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL L 335, s. 31).

52. Katson, että jos hankintailmoituksessa ja teknisissä eritelmissä määritellyt perusteet täyttävä soveltuva tarjoaja olisi pitänyt kutsua osallistumaan sähköiseen huutokauppaan direktiivin 2004/18 54 artiklan 4 kohdan nojalla mutta sitä ei pyydetty, direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistetusta yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta seuraa, että huutokauppa on toistettava. Tämä pätee riippumatta siitä, olisiko tarjoajan osallistuminen muuttanut huutokaupan lopputulosta vai ei.[20] Tämä tarkoittaa, että sopimusta ei voida tehdä tämänkaltaisten laittomien tai säännöstenvastaisten sähköisten huutokauppojen perusteella.

53. Näin ollen ehdotan, että kahdeksanteen ja yhdeksänteen kysymykseen vastataan siten, että direktiivin 2004/18 2 artiklassa edellytetään sähköisen huutokaupan peruuttamista ja toistamista, jos sopimuksen tekemismenettelyyn osallistumista koskevat perusteet täyttävää ehdokasta ei kutsuttu sähköiseen huutokauppaan.

E *Voidaanko direktiivi 2014/24 ottaa huomioon direktiivin 2004/18 tulkinnassa? (kymmenes kysymys)*

54. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee kymmenennessä kysymyksessä, voidaanko direktiivin 2004/18 säännösten tulkinnassa käyttää tulkinta-apuna direktiivin 2014/24 säännösten ja johdanto-osan sisältöä, vaikka sen täytäntöönpanon määräaika ei ole päättynyt, siltä osin kuin se selittää tiettyjä unionin lainsäätäjän lähtökohtia ja aikomuksia eikä ole ristiriidassa direktiivin 2004/18 kanssa.

55. Tämä seikka liittyy siihen, että direktiivin 2014/24 63 artiklan otsikko on ”Muiden yksiköiden voimavarojen hyväksi käyttäminen” ja siinä säädetään tähän tilanteeseen sovellettavista säännöistä, jotka ovat yksityiskohtaisempia kuin direktiivissä 2004/18 esitetyt säännöt. Direktiivin 2014/24 63 artiklan 1 kohdassa samoin kuin direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohdassa säädetään, että yksiköiden välisten yhteyksien ”oikeudellinen luonne” on epäolennainen. Direktiivin 2014/24 63 artiklan 1 kohdassa kuitenkin lisätään, että silloin kun kyseinen toimija on riippuvainen ”koulutuksesta ja ammatillisesta pätevyydestä” tai ”ammatillisesta kokemuksesta”, se voi käyttää hyväkseen muiden yksiköiden voimavaroja vain, jos kyseiset yksiköt suorittavat rakennusurakoita tai palveluja, joissa tällaisia voimavaroja vaaditaan. Lisäksi direktiivin 2014/24 63 artiklan 2 kohdassa todetaan, että hankintaviranomaiset voivat vaatia, että tarjoaja itse toteuttaa tietyt kriittiset tehtävät.

56. Totean aluksi, että kansallisen tuomioistuimen kohtaama ongelma koskee *kahden EU-säädöksen välistä* vuorovaikutusta. Tämän vuoksi oikeuskäytäntö, joka koskee jäsenvaltioiden velvollisuuksia ajanjaksona, jolloin direktiivi on saatettava osaksi kansallista lainsäädäntöä,[21] ei ole merkityksellinen kansallisen lainsäädännön tulkinnassa tänä ajanjaksona.[22]

57. Lisäksi muistutan, että unionin tuomioistuin on äskettäin katsonut, että niissä olosuhteissa, joissa direktiivi 2014/24 tuli voimaan kyseessä olleen pääasian tosiseikkojen jälkeen, sitä ei voitu soveltaa kyseiseen riitaan.[23] Tämä käy yksiin sen aiempien, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun direktiivin 93/37/ETY[24] ja direktiivin 2004/18 välistä siirtymäkautta koskevien toteamusten kanssa. Asiassa, jossa tarjous suljettiin sopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle ennen direktiivin 2004/18 täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että ”olisi vastoin oikeusvarmuuden periaatetta määrittää pääasiassa sovellettava oikeus käyttämällä hankintamenettelyn ratkaisemisen ajankohtaa”.[25] Tämän vuoksi se totesi, että ”direktiiviä 2004/18 ei voida soveltaa hankintaviranomaisen julkista

20 — PARTNER totesi istunnossa, että sitä ei kutsuttu osallistumaan sähköiseen huutokauppaan esillä olevan sopimuksen tekemiseksi.

21 — Ks. esim. äskettäinen julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotus bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302), 29 kohta, jossa siteerataan tuomiota Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628), 45 kohta; tuomiota ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265), 58 kohta ja tuomiota Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias ym. (C-43/10, EU:C:2012:560), 57 kohta.

22 — Ibid., jossa siteerataan tuomiota Adeneler ym. (C-212/04, EU:C:2006:443), 122 ja 123 kohta.

23 — Tuomio Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204), 24 kohta.

24 — EYVL L 199, s. 54.

25 — Tuomio Hochtief ja Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), 29 kohta.

rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekomenettelyssä tekemään päätökseen ennen tämän direktiivin täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä”.[26] Kansallinen tuomioistuin ei kuitenkaan tiedustele käsiteltävässä asiassa seikkaperäisesti vanhempien ja uudempien direktiivien tiettyjen säännösten välisestä suhteesta vaan pyytää ainoastaan yleistä neuvoa.

58. Unionin tuomioistuin on ainakin kerran turvautunut sekä direktiivin 2014/24 johdanto-osan johonkin perustelukappaleeseen ja säännökseen tulkitessaan direktiiviä 2004/18. Se ei kuitenkaan esittänyt perusteluja, miksi se toimi näin.[27]

59. Mielestäni kahden perättäisen EU-säädöksen välistä suhdetta tulkittaessa on otettava asianmukaisella tavalla huomioon lainsäätäjän aikomus. Kymmenennen kysymyksen sanamuoto ei kuitenkaan ole tältä osin hyödyllinen, koska ei ole selvää, viitataanko ”tietyillä unionin lainsäätäjän lähtökohdilla ja aikomuksilla” direktiiviin 2014/24 vai direktiiviin 2004/18 liittyviin lähtökohtiin ja aikomuksiin.

60. Mielestäni on selvää, että direktiivillä 2014/24 ei voida selittää direktiiviä 2004/18 koskevaa lainsäätäjän aikomusta. Direktiivin 2014/24 johdanto-osasta ja säännöksistä voi kuitenkin seurata, että joitakin sen säännöksiä koskevana lainsäätäjän aikomuksena oli kodifioida olemassa olevaa oikeuskäytäntöä, jossa direktiiviä 2004/18 on sovellettu. Tällaisissa tilanteissa mikään ei estä ottamasta huomioon viimeksi mainittua direktiiviä ensin mainitun direktiivin tulkinnassa. Jos toisaalta lainsäätäjän aikomuksena on poiketa direktiivin 2004/18 säännöksistä tai olemassa olevasta oikeuskäytännöstä, uutta direktiiviä ei voida käyttää apuna edeltävän direktiivin tulkinnassa.

61. Toisaalta kansallinen tuomioistuin mainitsee varauman. Kymmenennessä kysymyksessä annetaan ymmärtää, että direktiiviä 2014/24 ei voida ottaa huomioon, jos se on ”ristiriidassa direktiivin 2004/18 kanssa”. Tämä johtuu tietysti oikeusvarmuuden periaatteesta, joka kieltää taannehtivasti soveltamasta välinettä, jota ei sovelleta ratione temporis.[28]

62. Kysymyksen kannalta keskeisiä ovat kuitenkin ne direktiivin 2014/24 säännökset, joissa täsmennetään direktiiviä 2004/18 tai oikeuskäytäntöä, jossa sitä sovelletaan, silloin, kun säädösten välillä ei ole loogista ristiriitaa, koska direktiivissä 2004/18 ei säädetä tai säädetään epätäsmällisesti kyseisestä asiasta.

63. Mielestäni oikeusvarmuuden periaatteesta seuraa, että direktiiviin 2014/24 perustuvia ehdottomia sääntöjä tai edellytyksiä ei voida soveltaa direktiivin 2004/18 ”tulkintoina” sopimuksentekomenettelyihin osallistuvien taloudellisten toimijoiden kannalta haitallisella tavalla. Jos direktiivin 2014/24 merkityksellisten säännösten taustalla oleva lainsäätäjän aikomus on kuitenkin sen sijaan olemassa olevan lainsäädännön ja oikeuskäytännön yhdenmukaistamisen edelleen kehittäminen eikä sen keskeyttäminen, mikään ei estä käyttämistä niitä apuna direktiivin 2004/18 tulkinnassa.

26 — Ibid., 30 kohta. Totean lisäksi, että tämä lähestymistapa käy yksiin sen lähestymistavan kanssa, jota yhteisöjen tuomioistuin noudatti tuomiossa Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242), 27 kohta ja tuomiossa komissio v. Ranska (C-337/98, EU:C:2000:543), 38 ja 39 kohta.

27 — Tuomio Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), 37 kohta. Totean myös, että julkisasiamies Kokott viittasi ratkaisuehdotuksensa Auroux ym. (C-220/05, EU:C:2006:410) 50 kohdassa direktiivin 2004/18 säännökseen vahvistaakseen direktiivin 93/37 tulkinnan, vaikka ensin mainittu ei ollut vielä merkityksellinen ratione temporis. Yhteisöjen tuomioistuin totesi kuitenkin tuomion Auroux ym. (C-220/05, EU:C:2007:31) 61 kohdassa, että kyseinen direktiivin 2004/18 säännös ”ei kuitenkaan ajallisesti sovellu pääasian tosiseikkoihin”. Ks. myös julkisasiamies Wahlin huomautus ratkaisuehdotuksessa Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” ym. (C-113/13, EU:C:2014:291), 40 kohta ja se, että unionin tuomioistuin sulki pois direktiivin 2014/24 merkityksellisyyden tuomiossa Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” ym. (C-113/13, EU:C:2014:2440), 8 kohta.

28 — Tässä yhteydessä muistutan yhteisöjen tuomioistuimen klassisesta toteamuksesta tuomiossa Fédesa ym. (C-331/88, EU:C:1990:391), 45 kohta, jossa todettiin, että ”oikeusvarmuuden periaate estää yleensä sen, että yhteisön säädöksen soveltamisen alkamisajankohta on aikaisempi kuin julkaisuajankohta; poikkeuksellisesti saattaisi olla toisin, jos tavoiteltu päämäärä sitä edellyttää ja jos niiden, joita asia koskee, perusteltua luottamusta kunnioitetaan asianmukaisesti”. Nämä taannehtivuuden välttämättömät edellytykset eivät täyty esillä olevassa asiassa.

64. Näistä syistä ehdotan, että kymmenenteen kysymykseen vastataan siten, että direktiivin 2004/18 säännösten tulkinnassa voidaan käyttää direktiivin 2014/24 säännösten ja johdanto-osan sisältöä tulkinnan apuna, vaikka direktiivin 2014/24 täytäntöönpanon määräaika ei ole päättynyt, siltä osin kuin siinä kodifioidaan oikeuskäytäntö, jossa direktiiviä 2004/18 on sovellettu, tai lisätään siihen yksityiskohtia, ja mikäli direktiivi 2014/24 ei ole ristiriidassa direktiivin 2004/18 kanssa eikä siinä säädetä ehdottomista säännöistä tai ehdoista taloudellisten toimijoiden haitaksi.

V **Ratkaisuehdotus**

65. Edellä esittämieni syiden perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Krajowa Izba Odwoławczan kysymyksiin seuraavasti:

Ensimmäinen, toinen, kolmas, viides ja kuudes kysymys

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 44 artiklaa ja 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä 2 artiklan kanssa, on tulkittava siten, että ilmaisulla ”tarvittaessa” ei aseteta olennaista rajoitusta olosuhteille, joissa taloudellinen toimija voi käyttää muiden yksiköiden voimavaroja osoittaakseen hankintaviranomaiselle, että sillä on tietyn julkisen hankintasopimuksen täyttämiseen tarvittava tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys. Taloudellisen toimijan ja kolmannen osapuolen välisten oikeudellisten yhteyksien luonne on merkityksetön, mutta taloudellisen toimijan on kyettävä osoittamaan hankintaviranomaiselle, että sillä on todella käytettävissään kaikki sopimuksen täyttämiseksi tarvittavat resurssit. Tarjoaja voi käyttää muiden yksiköiden voimavaroja osoittaakseen teknisen ja/tai ammatillisen pätevyytensä täytettävän sopimuksen luonteen ja tavoitteen asettamat rajoitukset huomioon ottaen.

Neljäs kysymys

Direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaa, luettuna yhdessä 2 artiklan kanssa, on tulkittava siten, että hankintaviranomaisen on hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa määriteltävä ehdot, joiden mukaisesti estetään turvautuminen direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohtaan soveltuvuuden vähimmäistasoa koskevien vaatimusten täyttymisen osoittamiseksi. Hankintaviranomaista kielletään muutoin määrittelemästä hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa nimenomaisia ehtoja tai sääntöjä siitä, voivatko tarjoajat käyttää muiden yksiköiden voimavaroja ja kuinka ne voivat tehdä niin.

Seitsemäs kysymys

Direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistettu taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaate ei salli sitä, että kun on mahdollista jättää tarjous hankintasopimuksen osasta, taloudellinen toimija tarjousten jättämisen jälkeen ilmoittaa, mihin hankintasopimuksen osaan on luettava voimavarat, jotka se on ilmoittanut osoittaakseen menettelyyn osallistumista koskevan edellytyksen täyttämisen.

Kahdeksas ja yhdeksäs kysymys

Direktiivin 2004/18 2 artiklassa edellytetään sähköisen huutokaupan peruuttamista ja toistamista, jos sopimuksen tekemiseen osallistumista koskevat perusteet täyttävää ehdokasta ei kutsuttu sähköiseen huutokauppaan.

Kymmenes kysymys

Direktiivin 2004/18 säännösten tulkinnassa voidaan käyttää julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2014/24/EU tulkinnan apuna, vaikka direktiivin 2014/24 täytäntöönpanon määräaika ei ole päättynyt, mutta vain siltä osin kuin siinä kodifioidaan oikeuskäytäntö, jossa direktiiviä 2004/18 on sovellettu, tai lisätään siihen yksityiskohtia, ja mikäli direktiivi 2014/24 ei ole ristiriidassa direktiivin 2004/18 kanssa eikä siinä säädetä ehdottomista säännöistä tai ehdoista taloudellisten toimijoiden haitaksi.