Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kahdeksas jaosto)

26 päivänä syyskuuta 2024*

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkiset hankinnat – Direktiivi 2004/18/EY – 47 artiklan 3 kohta – 48 artiklan 4 kohta – Tarjoajan sulkeminen pois hankintamenettelystä – Kielto pienentää tarjouksen tehneen yritysten tilapäisen ryhmittymän alkuperäisen kokoonpanon jäsenten lukumäärää – Yhteensopimattomuus – Tarjouksen voimassaoloaika – Tarjouksen, jonka voimassaoloaika on päättynyt, raukeamattomuus – Oikeuskäytäntöön perustuva velvollisuus vetää kyseinen tarjous pois nimenomaisesti – Kyseiseen tarjoukseen liittyvän tilapäisen vakuuden menettäminen – Kyseisen toimenpiteen automaattinen soveltaminen – 2 artikla – Julkisia hankintamenettelyjä koskevat periaatteet – Suhteellisuusperiaate – Yhdenvertaisen kohtelun periaate – Avoimuusvelvollisuus – Loukkaus

Yhdistetyissä asioissa C-403/23 ja C-404/23,

joissa on kyse kahdesta SEUT 267 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jotka Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin, Italia) on esittänyt 16.6.2023 tekemillään päätöksillä, jotka ovat saapuneet unionin tuomioistuimeen 30.6. ja 3.7.2023, saadakseen ennakkoratkaisun asioissa

Luxone Srl, omissa nimissään sekä Iren Smart Solutions SpA:n kanssa perustettavan yritysten tilapäisen ryhmittymän edustajana (C-403/23), ja

Sofein SpA, aiemmin Gi One SpA (C-404/23),

vastaan

Consip SpA,

joissa asioiden käsittelyyn osallistuvat

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni SpA,

Sofein SpA, aiemmin Gi One SpA (vain asiassa C-403/23),

Iren Smart Solutions SpA,

Consorzio Stabile Energie Locali Scarl,

City Green Light Srl,

* Oikeudenkäyntikieli: italia.

Enel Sole Srl ja

Luxone Srl (vain asiassa C-404/23),

UNIONIN TUOMIOISTUIN (kahdeksas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja N. Piçarra sekä tuomarit N. Jääskinen ja M. Gavalec (esittelevä tuomari),

julkisasiamies: P. Pikamäe,

kirjaaja: A. Calot Escobar,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Luxone Srl, omissa nimissään ja Iren Smart Solutions SpA:n kanssa perustettavan yritysten tilapäisen ryhmittymän edustajana, sekä Sofein SpA, edustajanaan P. Leozappa, avvocato,

– Italian hallitus, asiamiehenään G. Palmieri, avustajinaan A. De Curtis, L. Fiandaca ja D. G. Pintus, avvocati dello Stato,

– Euroopan komissio, asiamiehinään G. Gattinara ja G. Wils,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyynnöt koskevat julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL 2004, L 134, s. 114), SEU 6 artiklan, SEUT 49, SEUT 50, SEUT 54 ja SEUT 56 artiklan, Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 16, 49, 50 ja 52 artiklan sekä ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen (Euroopan ihmisoikeussopimus) Strasbourgissa 22.11.1984 allekirjoitetun seitsemännen lisäpöytäkirjan 4 artiklan tulkintaa.

2 Nämä pyynnöt on esitetty kahdessa riita-asiassa, joissa asianosaisina ovat yhtäältä Luxone Srl omissa nimissään ja Iren Smart Solutions SpA:n kanssa perustettavan yritysten tilapäisen ryhmittymän edustajana asiassa C-403/23 sekä Sofein SpA, aiemmin Gi One SpA, asiassa C-404/23 ja toisaalta näiden molempien vastapuolena hankintaviranomainen Consip SpA ja jotka koskevat päätöksiä, joilla viimeksi mainittu yhtäältä sulki julkisesta hankintamenettelystä pois yritysten tilapäisen ryhmittymän, johon Luxone ja Sofein kuuluivat, ja toisaalta määräsi menetetyksi tilapäisen vakuuden, jonka kyseisen ryhmittymän jäsenet olivat asettaneet menettelyyn osallistumistaan varten.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin oikeus

Direktiivi 2004/18

3 Direktiivin 2004/18 johdanto-osan 2 ja 32 perustelukappaleessa todettiin seuraavaa:

”(2) Jäsenvaltioissa valtion, paikallisten yhteisöjen ja muiden julkisoikeudellisten laitosten puolesta tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta. Tietyn arvon ylittävien julkisten hankintojen osalta on kuitenkin suotavaa laatia säännökset, joiden mukaan näitä sopimuksia koskevat kansalliset sopimuksentekomenettelyt sovitetaan yhteisössä yhteen ja jotka perustuvat edellä mainittuihin periaatteisiin, jotta voidaan varmistaa niiden vaikutus ja taata julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle. Näitä yhteensovittamista koskevia säännöksiä olisi siten tulkittava edellä mainittujen sääntöjen ja periaatteiden sekä perustamissopimuksen muiden määräysten mukaisesti.

– –

(32) Jotta voidaan helpottaa pienten ja keskisuurten yritysten osallistumista julkisiin hankintoihin, olisi annettava säännöksiä alihankinnasta.”

4 Kyseisen direktiivin 2 artiklassa, jonka otsikko on ”Julkisissa hankintasopimuksissa noudatettavat periaatteet”, säädettiin seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti.”

5 Direktiivin 4 artiklan, jonka otsikko on ”Taloudelliset toimijat”, 2 kohdassa säädettiin seuraavaa:

”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.”

6 Direktiivin 45 artiklan, jonka otsikko on ”Ehdokkaan tai tarjoajan henkilökohtainen asema”, 2 kohdassa säädettiin seuraavaa:

”Hankintamenettelystä voidaan sulkea pois taloudellinen toimija, joka

– –

c) on saanut ammattinsa harjoittamiseen liittyvästä lainvastaisesta teosta tuomion, joka on tullut maan lainsäädännön mukaisesti lainvoimaiseksi;

d) on ammattitoiminnassaan syyllistynyt vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomaiset voivat näyttää toteen;

– –

g) on tämän luvun soveltamiseksi vaadittavia tietoja ilmoittaessaan vakavalla tavalla syyllistynyt väärien tietojen antamiseen tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen.

Jäsenvaltioiden on määritettävä kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti ja yhteisön lainsäädännön huomioon ottaen edellytykset, joiden mukaan tätä kohtaa sovelletaan."

7 Direktiivin 2004/18 47 artiklan, jonka otsikko on "Taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat", 2 ja 3 kohdassa säädettiin seuraavaa:

"2. Taloudellinen toimija voi tarvittaessa tiettyä hankintasopimusta varten käyttää muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta. Sen on tässä tapauksessa osoitettava hankintaviranomaisille, että sillä on käytettävissään tarvittavat keinot, esittämällä esimerkiksi todisteen näiden yksiköiden tätä koskevasta sitoumuksesta.

3. Edellä 4 artiklassa tarkoitettu taloudellisten toimijoiden ryhmittymä voi samoin edellytyksin käyttää hyväksi ryhmittymään kuuluvien toimijoiden taikka muiden yksiköiden voimavaroja."

8 Direktiivin 48 artiklassa, jonka otsikko on "Tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys", säädettiin seuraavaa:

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

– –

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 esittämällä esimerkiksi todisteen näiden yksiköiden antamasta sitoumuksesta antaa tarvittavat keinot taloudellisen toimijan käyttöön.

4. Edellä 4 artiklassa tarkoitettu taloudellisten toimijoiden ryhmittymä voi samoin edellytyksin käyttää hyväksi ryhmittymään kuuluvien toimijoiden taikka muiden yksiköiden voimavaroja."

9 Saman direktiivin liitteessä VII A, jonka otsikko on "Julkisia hankintoja koskeviin hankintailmoituksiin sisällytettävät tiedot", olevan hankintailmoitusta koskevan jakson 14 ja 21 kohdassa säädettiin, että hankintailmoituksessa on mainittava "mahdollisesti vaadittavat vakuudet ja takuut" ja "aika, joka tarjoajan on pidettävä tarjouksensa voimassa (avoimet menettelyt)".

Direktiivi 2004/17

10 Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (EUVL 2004, L 134, s. 1) 3–9 artiklasta seuraa, että kyseistä direktiiviä sovellettiin julkisiin hankintoihin, jotka koskevat yhtä tai useampaa toimintoa seuraavilla aloilla: kaasu, lämpö ja sähkö, vesi, kuljetuspalvelut, postipalvelut sekä öljyn, kaasun, hiilen ja muiden kiinteiden polttoaineiden etsiminen ja talteen ottaminen.

11 Direktiivin 2004/17 11 artiklan 2 kohdan sanamuoto on sama kuin direktiivin 2004/18 4 artiklan 2 kohdan sanamuoto, paitsi että ilmaus ”hankintaviranomaiset” on korvattu viittauksella hankintayksikköihin.

Italian oikeus

12 Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia palvelu- ja tavarahankintoja koskevista sopimuksista direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY täytäntöön panemiseksi annetusta koodeksista 12.4.2006 annetussa asetuksessa nro 163 (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; GURI nro 100, 2.5.2006, Supplemento ordinario nro 107; jäljempänä vanha hankintakoodeksi) oli 11 §, jonka otsikko on ”Hankintamenettelyn vaiheet” ja jonka 6 momentissa säädettiin seuraavaa:

”Kukin kilpaileva tarjoaja voi jättää vain yhden tarjouksen. Tarjous on sitova hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ilmoitetun ajan tai, ellei aikaa ole ilmoitettu, 180 päivää tarjousten jättämisen määräajan päättymisestä lukien. Hankintaviranomainen voi pyytää tarjoajia pidentämään kyseistä aikaa.”

13 Vanhan hankintakoodeksin 37 §:n, jonka otsikko on ”Kilpailevien tarjoajien tilapäiset ryhmittymät ja tavalliset yhteenliittymät”, 8–10, 18 ja 19 momentissa säädettiin seuraavaa:

”8. Edellä 34 §:n 1 momentin d ja e kohdassa tarkoitetut subjektit voivat jättää tarjouksen, vaikka niitä ei vielä ole perustettu. Tällöin tarjouksen on oltava kaikkien niiden talouden toimijoiden allekirjoittama, jotka aikovat perustaa kilpailevien tarjoajien tilapäisen ryhmittymän tai tavallisen yhteenliittymän, ja sen on sisällettävä sitoumus, jonka mukaan siinä tapauksessa, että kyseinen tarjous voittaa hankintamenettelyn, nämä toimijat antavat erityisen kollektiivisen edustamisvaltuutuksen yhdelle keskuudestaan, joka ilmoitetaan tarjouksessa ja joka nimetään edustajaksi, jotta tämä tekee sopimuksen omissa nimissään ja valtuuttajiensa nimissä.

9. – – Ellei 18 ja 19 momentista muuta johdu, kilpailevien tarjoajien tilapäisten ryhmittymien ja tavallisten yhteenliittymien kokoonpanoon ei saa tehdä minkäänlaisia muutoksia tarjouksen yhteydessä esitettyyn sitoumukseen nähden.

10. Edelliseen momenttiin sisältyvien kieltojen noudattamatta jättäminen johtaa hankintapäätöksen kumoamiseen tai sopimuksen mitättömyyteen sekä niiden kilpailevien tarjoajien poissulkemiseen, jotka saman hankintamenettelyn aikana tai sen jälkeen muodostavat kilpailevien tarjoajien ryhmittymän tai tavallisen yhteenliittymän.

– –

18. Jos ryhmittymän edustaja ajautuu konkurssiin tai, jos kyseessä on yksityinen elinkeinonharjoittaja, hän kuolee, hänen oikeustoimikelpoisuuttaan rajoitetaan, hän menettää toimintakykynsä tai ajautuu konkurssiin tai jos käsillä on jokin mafianvastaisessa lainsäädännössä säädetyistä tapauksista, hankintaviranomainen voi jatkaa hankintasuhdetta sellaisen toisen talouden toimijan kanssa, joka on nimetty edustajaksi tässä koodeksissa säädettyjen menettelyjen mukaisesti, edellyttäen, että tämä täyttää vielä toteuttamatta olevien töiden, palvelujen tai tavarantoimitusten edellyttämät asianmukaiset vaatimukset; elleivät nämä edellytykset täyty, hankintaviranomainen voi purkaa hankintasopimuksen.

19. Jos jokin valtuuttajista ajautuu konkurssiin tai, jos kyseessä on yksityinen elinkeinonharjoittaja, hän kuolee, hänen oikeustoimikelpoisuuttaan rajoitetaan, hän menettää toimintakykynsä tai ajautuu konkurssiin tai jos käsillä on jokin mafianvastaisessa lainsäädännössä säädetyistä tapauksista, ryhmittymän edustaja on velvollinen – ellei se ilmoita toista sijaan tulevaa talouden toimijaa, joka täyttää asetetut soveltuvuusvaatimukset – panemaan sopimuksen täytäntöön suoraan tai muiden valtuuttajien välityksellä, edellyttäen, että nämä täyttävät vielä toteuttamatta olevien töiden, palvelujen tai tavarantoimitusten edellyttämät asianmukaiset vaatimukset.”

14 Saman koodeksin 38 §:ssä, jonka otsikko on ”Yleiset ehdot”, oli 1 momentin f kohta, joka kuului seuraavasti:

”Seuraavat henkilöt on suljettava pois konsessioiden, rakennusurakkasopimusten sekä tavara- ja palveluhankintasopimusten tekomenettelyistä eikä heille voida antaa alihankintasopimuksia eivätkä he voi tehdä konsessioita eivätkä näitä hankintoja koskevia sopimuksia:

– –

f) henkilöt, jotka ovat hankintaviranomaisen perustellun arvion mukaan syyllistyneet törkeään huolimattomuuteen tai toimineet vilpillisessä mielessä täyttäessään hankintailmoituksen julkaisseen hankintaviranomaisen heidän tehtäväkseen antamia suorituksia tai jotka ovat ammattitoiminnassaan syyllistyneet vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomainen on millä tahansa tavalla näyttänyt toteen – –”

15 Saman koodeksin 48 §:n, jonka otsikko on ”Edellytysten täyttymisen tarkistaminen”, 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Ennen jätettyjen tarjouskuorien avaamista hankintaviranomaiset pyytävät julkisella arvonnalla valittuja tarjoajia, joiden lukumäärä vastaa vähintään 10:tä prosenttia jätetyistä tarjouksista, pyöristettynä seuraavaan suurempaan kokonaislukuun, kymmenen päivän kuluessa pyynnön ajankohdasta osoittamaan, että ne täyttävät hankintailmoituksessa mahdollisesti esitetyt taloudelliset ja rahoitusta koskevat sekä tekniset ja organisatoriset vaatimukset, toimittamalla hankintailmoituksessa tai kutsukirjeessä mainitut asiakirjat. Tarkastuksen yhteydessä hankintaviranomaiset tarkistavat 7 §:n 10 momentissa tarkoitetun sähköisen rekisterin tai infrastruktuuri- ja liikenneministeriön internetsivuston avulla, täyttyvätkö urakan toteuttamista koskevat pätevyysvaatimukset pääurakoitsijoiden kanssa tehtävien sopimusten osalta; tavarantoimittajien ja palveluntarjoajien kohdalla tämän koodeksin 42 §:n 1 momentin a kohdan vaatimuksen täyttyminen tarkistetaan tämän koodeksin 6 a §:ssä tarkoitetun kansallisen hankintatietokannan avulla. Jos tätä näyttöä ei toimiteta tai jos näyttö ei vahvista osallistumishakemuksessa tai tarjouksessa annettuja ilmoituksia, hankintaviranomaiset sulkevat kilpailevan tarjoajan hankintamenettelystä, määräävät vastaavan tilapäisen vakuuden menetetyksi ja

ilmoittavat asiasta viranomaiselle 6 §:n 11 momentissa tarkoitettuja toimenpiteitä varten. Viranomainen myös peruuttaa oikeuden osallistua hankintamenettelyihin 1–12 kuukauden ajaksi.”

16 Saman koodeksin 75 §:ssä, jonka otsikko on ”Tarjoukseen liittyvät vakuudet”, säädetään seuraavaa:

”1. Tarjoukseen liitetään vakuus, joka on 2 prosenttia hankintailmoituksessa tai kutsussa ilmoitetusta pohjahinnasta ja joka on tarjoajan valinnan mukaan muodoltaan reaali- tai henkilövakuus. – –

– –

6. Vakuus kattaa tilanteen, jossa sopimusta ei allekirjoiteta sopimuspuoleksi valitusta tarjoajasta johtuvasta syystä, ja se vapautetaan automaattisesti, kun sopimus allekirjoitetaan.

– –

9. Kun hankintaviranomainen ilmoittaa sopimuspuolen valinnasta muille kuin sopimuspuoleksi valituille tarjoajille, se vapauttaa samassa yhteydessä niiden asettaman edellä 1 momentissa tarkoitetun vakuuden viipymättä ja joka tapauksessa viimeistään 30 päivän kuluttua sopimuspuolen valinnasta, vaikka vakuus on vielä voimassa.”

Pääasiat ja ennakkoratkaisukysymykset

17 Consip käynnisti 21.12.2015 julkaistulla hankintailmoituksella valaistusta ja siihen liittyviä valinnaisia palveluja koskevan avoimen tarjouspyyntömenettelyn, jonka kohteena oleva hankinta oli jaettu 12 osaan.

18 Perustettava yritysten tilapäinen ryhmittymä, jota Luxone johti (jäljempänä Luxonen ryhmittymä), teki tarjouksen neljästä näihin 12 osaan lukeutuvasta osasta. Tähän ryhmittymään kuuluivat myös Consorzio Stabile Energie Locali Scarl (jäljempänä CSEL), Iren Servizi e Innovazione SpA (nyttemmin Iren Smart Solutions), Gestione Integrata Srl ja Exitone SpA.

19 Gi One, nyttemmin Sofein, pyysi 28.9.2018 päivätyllä kirjeellä Consipia ottamaan huomioon, että kaikki Exitonen ja Gestione Integratan oikeudet ja velvollisuudet olivat siirtyneet Gi Onelle.

20 Vaikka Consip oli aloittaessaan tarjousten epäsäännönmukaisuuksien tarkastamista koskevan menettelyn varannut oikeuden arvioida, täyttikö Exitone jatkuvasti vanhan hankintakoodeksin 38 §:ssä säädetyt yleiset edellytykset, se ei aloittanut tästä johtuvaa menettelyä.

21 Pääasioissa kyseessä olevaa hankintamenettelyä, jonka oli määrä päättyä viimeistään 18.4.2017, jatkettiin kahdeksan kertaa, jotta Consipilla olisi riittävästi aikaa menettelyn loppuunsaattamiseen. Kaikista näistä pidennyksistä seurasi yhtäältä, että saadut tarjoukset, joiden voimassaoloaika oli sillä välin päättynyt, oli vahvistettava, ja toisaalta, että näihin tarjouksiin liittyvien tilapäisten vakuuksien voimassaoloaikaa oli jatkettava.

22 Sen jälkeen, kun tarjousten vahvistamista oli 2.3.2020 pyydetty seitsemännen kerran, Luxonen ryhmittymän jäsenet ilmoittivat 30.3.2020 päivätyllä kirjeellä Consipille, että Luxone ja Iren Smart Solutions vahvistavat aikaisemmin jättämänsä tarjoukset, toisin kuin Sofein ja CSEL. Viimeksi mainitut yritykset ilmoittivat lähinnä, että kun otetaan huomioon pääasioissa kyseessä

olevaan hankintamenettelyyn liittyvien valmistelevien toimenpiteiden pitkä kesto, vuoden 2016 aikana tehdyt tarjoukset eivät vastedes enää olisi toteuttamiskelpoisia kaupallisesta näkökulmasta eivätkä hyvän ja huolellisen liikkeenjohdon kannalta.

23 Consip pyysi 9.6.2020 päivätyllä kirjeellä kahdeksannen kerran kaikkia Luxonen ryhmittymän jäseniä vahvistamaan antamansa tarjouksen, jonka voimassaoloaika oli päättynyt, ja pidentämään siihen liittyvän tilapäisen vakuuden voimassaoloaikaa 30.11.2020 asti.

24 Luxone ja Iren Smart Solutions uudistivat tarjouksensa 18.6.2020 päivätyssä kirjeessä, johon Consip ei vastannut, ja muistuttivat samalla siitä, etteivät Sofein ja CSEL omalta osaltaan halunneet vahvistaa omia tarjouksiaan.

25 Consip aloitti 30.9.2020 päivätyllä kirjeellä menettelyn, jonka tarkoituksena oli tarkistaa, täyttyikö vanhan hankintakoodeksin 38 §:n 1 momentin f kohdassa säädetty vaatimus, sekä arvioida Sofeinin ja CSEL:n vetäytymisen lainmukaisuus. Consip nimittäin katsoi, että koska nämä kaksi yhtiötä eivät olleet vahvistaneet tarjouksiaan, ne olivat lainvastaisesti irtautuneet Luxonen ryhmittymästä.

26 Consip sulki Luxonen ryhmittymän pois pääasioissa kyseessä olevasta hankintamenettelystä 11.11.2020 tekemällään päätöksellä (jäljempänä 11.11.2020 tehty poissulkemispäätös).

27 Consip totesi ensinnäkin, että vanhan hankintakoodeksin 11 §:n 6 momentissa oikeus vetäytyä tarjouksesta tietyn ajan kuluttua annettiin vain tarjoajalle, eli tässä tapauksessa Luxonen ryhmittymälle, kokonaisuudessaan. Näin ollen tätä oikeutta ei voinut käyttää vain osa kyseisen ryhmittymän jäsenistä.

28 Toiseksi Consip moitti erityisesti Sofeinia siitä, että se oli irtautunut ryhmittymästä kiertääkseen saman lain 38 §:n 1 momenttia. Consipin mukaan Sofein olisi nimittäin kyseisen säännöksen nojalla tullut sulkea pois pääasioissa kyseessä olevasta hankintamenettelystä johtuen niiden kahden yhtiön, joiden sijaan Sofein oli tullut, menettelystä, joka oli omiaan vaikuttamaan Sofeinin luotettavuuteen ja josta sen tuli vastata. Consip moitti Sofeinia myös rikosoikeudellisesti moitittavasta menettelystä.

29 Consip väitti kolmanneksi Luxonen ammatillista moraalia puutteelliseksi, mistä Consipin mukaan todisti syytteen nostaminen julkisten tarjouspyyntömenettelyjen vapauden häiritsemisestä sekä tuomio, jonka Tribunale di Messina (Messinan alioikeus, Italia) oli 14.7.2020 antanut sellaista henkilöä kohtaan, joka oli 22.7.2019 saakka toiminut johtajana siinä yhtiössä, jonka sijaan Luxone oli tullut.

30 Neljänneksi Consip moitti CSEL:ää siitä, että se oli irtautunut Luxonen ryhmittymästä lähinnä salatakseen sen, ettei kyseinen yhtiö täyttänyt säädettyjä vaatimuksia ja ettei sillä ollut käytössään pääasioissa kyseessä olevan hankinnan toteuttamiseksi tarvittavia voimavaroja.

31 Consip määräsi 12.11.2020 tekemällään päätöksellä menetetyiksi 2 950 000 euron määräiset tilapäiset vakuudet, jotka oli asetettu niitä neljää hankinnan osaa varten, joista Luxonen ryhmittymä oli tehnyt tarjoukset.

32 Vastauksena Consipin 11. ja 12.11.2020 päivättyihin päätöksiin CSEL väitti 20.11.2020 päivätyssä kirjeessä, että se oli jatkuvasti täyttänyt kaikki pääasioissa kyseessä olevaan menettelyyn osallistumiseksi säädetyt edellytykset. CSEL:n mukaan se seikka, ettei se ollut vahvistanut tarjousta, mitä ei voitu pitää irtautumisena Luxonen ryhmittymästä, liittyi yrityksen kokonaisvaltaiseen uudelleenorganisointiin.

33 Consip vahvisti 11.11.2020 tehdyn poissulkemispäätöksen 10.12.2020 päivätyllä kirjeellä.

34 Luxone, joka toimi sekä omissa nimissään että Luxonen ryhmittymän edustajana, sekä Sofein riitauttivat kahdella erillisellä kanteella tuloksetta 11.11.2020 tehdyn poissulkemispäätöksen ja 12.11.2020 tehdyn päätöksen Tribunale amministrativo regionale per il Laziossa (Lazion alueellinen hallintotuomioistuin, Italia). Ne ovat myös valittaneet mainitun tuomioistuimen antamista tuomioista Consiglio di Statoon (ylin hallintotuomioistuin, Italia), joka on ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin.

35 Viimeksi mainittu tuomioistuin on ilmoittanut kieltäneensä tilapäisten vakuuksien menettämisen täytäntöönpanon erityisesti siksi, että niiden kokonaisarvo on suuri.

36 Kyseinen tuomioistuin pitää oikeana arvioida – jopa ennen valitusten tutkimista 11.11.2020 tehtyyn poissulkemispäätökseen kohdistuvilta osiltaan –, onko vanhan hankintakoodeksin 11 §:n 6 momentti, jota Italian hallintotuomioistuimet tulkitsevat siten, että tarjouksen vahvistamatta jättäminen tai vain osittainen vahvistaminen silloin, kun kyseisen tarjouksen voimassaoloaika päättyy ja tarjous menettää sitovan luonteensa kyseisen tarjoajan osalta, on samaistettava siihen, että tarjoaja irtautuu tarjouksen tehneestä yritysten tilapäisestä ryhmittymästä, yhteensopiva unionin oikeuden kanssa.

37 Kyseinen tuomioistuin katsoo, että jos osa tällaisen ryhmittymän jäsenistä irtautuu ryhmittymästä, hankintaviranomaisen on mainitun koodeksin 11 §:n 6 momentin, 37 §:n 8–10, 18 ja 19 momentin sekä 38 §:n 1 momentin f kohdan mukaan suljettava kyseiseen ryhmittymään kuuluvat toimijat pois hankintamenettelystä, kun otetaan huomioon kielto muuttaa ryhmittymän kokoonpanoa. Yritysten tilapäisen ryhmittymän muuttumattomuuden periaatteesta on säädetty poikkeuksia vain mainitun koodeksin 37 §:n 18 ja 19 momentissa.

38 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan vanhan hankintakoodeksin 11 §:n 6 momentissa olevalla säännöllä on ollut tarkoitus varmistaa jätetyn tarjouksen voimassaolo koko julkisen hankintamenettelyn ennakoitavissa olevan keston ajan eikä rajoittaa sen ajallisia vaikutuksia. Consiglio di Stato katsoo, ettei mainitusta säännöksestä seuraa, että tällainen tarjous raukeaa suoraan lain nojalla sen voimassaoloajan päätyttyä, vaan ainoastaan, että kyseessä oleva tarjoaja saa vetäytyä tarjouksesta edellyttäen, että se käyttää tätä mahdollisuutta nimenomaisesti. Lisäksi yritysten tilapäisen ryhmittymän muuttumattomuuden periaatetta sovelletaan niissäkin tapauksissa, joissa kyseistä ryhmittymää ei vielä ole muodollisesti perustettu.

39 Kyseinen tuomioistuin katsoo edelleen, että tässä tapauksessa Luxonen ryhmittymän sulkemista pois pääasioissa kyseessä olevasta hankintamenettelystä voidaan perustella myös Sofeinin asenteella, sillä Sofein yritti ryhmittymästä irtautumalla välttää moraaliseen luotettavuuteensa kohdistuvan tarkastuksen, josta oli ilmoitettu etukäteen. Consiglio di Staton oikeuskäytännöstä ilmenee, että ryhmittymän jäsenen irtautumisen ryhmittymästä on johduttava pakottavista organisatorisista syistä, jotka koskevat kyseessä olevaa yritysten tilapäistä ryhmää tai yhteenliittymää.

40 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen arvion mukaan vanhan hankintakoodeksin riidanalaiset säännökset ovat yhteensopivia direktiivin 2004/18 4 artiklan 2 kohdan kanssa sekä sanamuodoltaan samankaltaisen direktiivin 2004/17 11 artiklan 2 kohdan kanssa.

41 Luxone ja Sofein arvostelevat silti Consiglio di Staton oikeuskäytäntöä siltä osin kuin se käytännössä pakottaa yritysten tilapäisen ryhmittymän jäsenet sitoutumaan tarjoukseensa määräämättömäksi ajaksi ja myös silloin, kun kyseisen sitovan tarjouksen voimassaoloaika on päättynyt moneen kertaan. Tällainen tulkinta loukkaa Luxonen ja Sofeinin mukaan perusoikeuskirjan 16 artiklassa turvattua elinkeinovapautta, suhteellisuusperiaatetta ja kilpailun periaatetta sekä SEUT 49, SEUT 50, SEUT 54 ja SEUT 56 artiklassa turvattuja sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta.

42 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että erityisesti menettelyissä, joiden kesto pitkittyy merkittävästi, tällaisen ryhmittymän jäseneen kohdistuva kielto vetäytyä jätetystä tarjouksesta, jonka voimassaoloaika on jälleen päättynyt, sillä uhalla, että koko ryhmittymä suljetaan pois menettelystä, ei vaikuta olevan oikeassa suhteessa tarjouksen varteenotettavuuden takaamiseen ainakaan silloin, kun ne talouden toimijat, jotka ovat vahvistaneet kyseisen tarjouksen, voivat edelleen itse täyttää kaikki julkiseen hankintamenettelyyn osallistumisen ehdot. On nimittäin niin, että direktiivin 2004/18 2 artiklan mukaan, kun sitä luetaan yhdessä saman direktiivin johdanto-osan toisen perustelukappaleen kanssa, jäsenvaltioiden toimenpiteet eivät saa ylittää sitä, mikä on välttämätöntä tämän tavoitteen saavuttamiseksi.

43 Luxone ja Sofein väittävät lisäksi, että tilapäisten vakuuksien menettämisestä 12.11.2020 tehdyn päätöksen lainvastaisuus johtuu sekä 11.11.2020 tehdyn poissulkemispäätöksen lainvastaisuudesta että ensiksi mainittua päätöstä itseään rasittavista virheistä. Nämä vakuudet voidaan näet Luxonen mukaan määrätä menetetyiksi vain kahdessa tapauksessa, joista säädetään vanhan hankintakoodeksin 48 §:n 1 momentissa ja 75 §:n 6 momentissa, nimittäin silloin, kun tarkastuksen kohteena oleva kilpaileva tarjoaja ei osoita täyttävänsä taloudellisia ja rahoitusta koskevia sekä teknisiä ja organisatorisia vaatimuksia, sekä silloin, kun hankintasopimusta ei allekirjoiteta sopimuspuoleksi valitusta tarjoajasta johtuvasta syystä. Pääasioissa ei Luxonen ja Sofeinin mukaan ole kyse kummastakaan näistä kahdesta tilanteesta.

44 Vaikka Corte costituzionale (perustuslakituomioistuin, Italia) totesi 26.7.2022 antamassaan tuomiossa nro 198, että vakuuden menettäminen ei ollut luonteeltaan rangaistus, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo Luxonen ja Sofeinin tavoin, että kyseisiltä yhtiöiltä vaaditun taloudellisen uhrauksen suuruus huomioon ottaen tilapäisten vakuuksien automaattinen menettäminen täyttää mainittujen yhtiöiden kohdalla rangaistuksen tunnusmerkit.

45 Tältä osin perusoikeuskirjan 49 artiklan 3 kohdassa täsmennetään, että ”rangaistus ei saa olla epäsuhteessa rikoksen vakavuuteen”. Myös ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen Pariisissa 20.3.1952 allekirjoitetun ensimmäisen lisäpöytäkirjan 1 artiklaa sekä perusoikeuskirjan 17 artiklaa on kyseisen tuomioistuimen mukaan tulkittu niin, että niiden tarkoituksena on turvata menettelyn ja määrätyn seuraamuksen välinen oikeasuhtaisuus kieltämällä perusteeton puuttuminen omaisuudensuojaan ja välttämällä siten uhraukset, jotka ovat liiallisia ja epäsuhdassa tavoiteltuun päämäärään nähden. Suhteellisuusperiaate on myös ilmaistu yleisesti direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa.

46 Tässä tilanteessa Consiglio di Stato on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Ovatko direktiivi [2004/18], [perusoikeuskirjan] 16 ja 52 artikla sekä SEUT 49, SEUT 50, SEUT 54 ja SEUT 56 artiklassa tarkoitetut suhteellisuusperiaate, kilpailuperiaate, sijoittautumisvapauden periaate ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaate esteenä sellaisille kansallisille säännöksille ([vanhan hankintakoodeksin] 11 §:n 6 momentti, 37 §:n 8, 9, 10, 18 ja 19 momentti sekä 38 §:n 1 momentin f kohta), joilla sellaisessa tilanteessa, jossa perusteilla olevan yritysten tilapäisen ryhmittymän alun perin tekemän tarjouksen voimassaolo päättyy, suljetaan pois mahdollisuus kyseisen tarjouksen voimassaolon pidentämisen yhteydessä pienentää kyseisen ryhmittymän alkuperäistä kokoonpanoa; erityisesti tiedustellaan, ovatko tällaiset kansalliset säännökset yhteensopivia unionin oikeuden yleisten elinkeinovapauden ja tehokkaan vaikutuksen periaatteiden sekä [perusoikeuskirjan] 16 artiklan kanssa?

2) Ovatko direktiivi [2004/18], [perusoikeuskirjan] 16, 49, 50 ja 52 artikla, Euroopan ihmisoikeussopimuksen seitsemännen pöytäkirjan 4 artikla, SEU 6 artikla sekä SEUT 49, SEUT 50, SEUT 54 ja SEUT 56 artiklassa tarkoitetut suhteellisuusperiaate, kilpailuperiaate, sijoittautumisvapauden periaate ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaate esteenä sellaisille kansallisille säännöksille ([vanhan hankintakoodeksin] 38 §:n 1 momentin f kohta sekä 48 ja 75 §), joissa säädetään tilapäisen vakuuden menettämisseuraamuksen soveltamisesta automaattisena seurauksena siitä, että talouden toimija on suljettu pois julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintamenettelystä, riippumatta siitä, onko kyseinen talouden toimija valittu kyseisessä hankintamenettelyssä sopimuspuoleksi vai ei?”

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

Ensimmäinen kysymys

47 Aluksi on todettava, että unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kansallisten tuomioistuinten ja unionin tuomioistuimen välille SEUT 267 artiklalla luodussa yhteistyömenettelyssä unionin tuomioistuimen tehtävänä on antaa kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllinen vastaus, jonka perusteella kansallinen tuomioistuin voi ratkaista siinä vireillä olevan asian. Unionin tuomioistuin saattaa tätä silmällä pitäen joutua ottamaan huomioon sellaisia unionin oikeussääntöjä, joihin kansallinen tuomioistuin ei ole ennakkoratkaisukysymyksessään viitannut. Se, että kansallinen tuomioistuin on muodollisesti esittänyt ennakkoratkaisukysymyksen viittaamalla tiettyyn unionin oikeuden määräykseen tai säännökseen, ei nimittäin estä unionin tuomioistuinta esittämästä kansalliselle tuomioistuimelle kaikkia unionin oikeuden tulkintaan liittyviä seikkoja, jotka saattavat olla hyödyllisiä kansallisen tuomioistuimen arvioidessa käsiteltävänään olevaa asiaa, riippumatta siitä, onko kansallinen tuomioistuin kysymyksissään viitannut niihin. Unionin tuomioistuimen on tältä osin poimittava kaikista kansallisen tuomioistuimen esittämistä seikoista ja erityisesti ennakkoratkaisupyynnön perusteluista ne unionin oikeuden seikat, joita on syytä tulkita, kun otetaan huomioon riidan kohde (ks. vastaavasti tuomio 12.12.1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, 8 kohta ja tuomio 5.12.2023, Nordic Info, C-128/22, EU:C:2023:951, 99 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

48 Tässä tapauksessa pääasioissa riidanalainen hankinta ei koske yhtä tai useampaa direktiivin 2004/17 3–9 artiklassa mainittua ja sen soveltamisalaan kuuluvaa toimintoa. On näin ollen katsottava, että kyseinen hankinta kuuluu direktiivin 2004/18 soveltamisalaan.

49 Tässä tilanteessa on katsottava, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy ensimmäisellä kysymyksellään lähinnä, onko direktiivin 2004/18 47 artiklan 3 kohtaa ja 48 artiklan 4 kohtaa, luettuina yhdessä yleisen suhteellisuusperiaatteen kanssa, tulkittava siten, että ne ovat esteenä kansalliselle säännöstölle, jonka mukaan tarjouksen tehneen yritysten tilapäisen ryhmittymän alkuperäiset jäsenet eivät voi irtautua ryhmittymästä, kun kyseisen ryhmittymän tekemän tarjouksen voimassaoloaika päättyy ja kun hankintaviranomainen pyytää, että sille jätettyjen tarjousten voimassaoloaikaa pidennetään.

50 Aluksi on muistutettava, että direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdassa ja 48 artiklan 3 kohdassa talouden toimijoille annetaan oikeus käyttää yhtäältä ryhmittymän jäsenten tai muiden yksiköiden taloudellisia ja rahoitusta koskevia voimavaroja ja toisaalta näiden teknistä ja/tai ammatillista pätevyyttä, kunhan talouden toimija osoittaa hankintaviranomaiselle, että ryhmittymällä on käytettävissään tarvittavat voimavarat hankinnan toteuttamiseksi. Kyseisessä direktiivissä sallitaan siten useampien talouden toimijoiden voimavarojen yhdistäminen hankintaviranomaisen vahvistamien soveltuvuutta koskevien vähimmäisvaatimusten täyttämiseksi, kunhan ehdokas tai tarjoaja, joka käyttää hyväkseen yhden tai useamman muun yksikön voimavaroja, osoittaa hankintaviranomaiselle, että sillä on tosiasiallisesti käytettävissään näiden muiden yksiköiden voimavarat, joita hankintasopimuksen täyttäminen edellyttää. Tällainen tulkinta on yhdenmukainen sen tavoitteen kanssa, joka koskee julkisten hankintojen avaamista mahdollisimman laajalle kilpailulle ja johon alaa koskevilla direktiiveillä pyritään – ei ainoastaan talouden toimijoiden vaan myös hankintaviranomaisten hyväksi. Tällä tulkinnalla helpotetaan lisäksi pienten ja keskisuurten yritysten mahdollisuuksia osallistua julkisiin hankintoihin, mihin myös direktiivillä 2004/18 pyritään, kuten sen johdanto-osan 32 perustelukappaleessa todetaan (ks. vastaavasti tuomio 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, 29, 33 ja 34 kohta ja tuomio 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, 25–27 kohta).

51 Mainitun direktiivin 47 artiklan 3 kohdasta ja 48 artiklan 4 kohdasta ilmenee myös, että saman direktiivin 4 artiklassa tarkoitettu talouden toimijoiden ryhmittymä voi samoin edellytyksin käyttää hyväkseen ryhmän jäsenten tai muiden yksiköiden voimavaroja.

52 Tästä huolimatta direktiivin 2004/18 47 artiklan 3 kohdassa tai 48 artiklan 4 kohdassa ei säädetä säännöistä, jotka koskisivat nimenomaan tarjouksen tehneen talouden toimijoiden ryhmittymän kokoonpanoon tehtyjä muutoksia, joten tällaisesta tilanteesta säätäminen kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan (ks. analogisesti tuomio 24.5.2016, MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, 35 kohta).

53 Tässä tapauksessa vanhan hankintakoodeksin 37 §:n 9, 10, 18 ja 19 momentista seuraa, että jollei yritysten tilapäisen ryhmittymän johtaja tai jäsen mene konkurssiin, kaikenlaiset ryhmittymän alkuperäiseen kokoonpanoon vaikuttavat muutokset ovat kiellettyjä uhalla, että kaikki ryhmittymän jäsenet suljetaan pois julkisesta hankintamenettelystä.

54 Kyseistä kieltoa muuttaa yritysten tilapäisen ryhmittymän kokoonpanoa on kuitenkin arvioitava unionin oikeuden yleisten periaatteiden, erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja siitä seuraavan avoimuusvelvollisuuden sekä suhteellisuusperiaatteen, valossa (ks. vastaavasti tuomio 24.5.2016, MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, 36 kohta).

55 Viimeksi mainittu periaate, josta muistutetaan direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa, edellyttää, että jäsenvaltioiden tai hankintaviranomaisten kyseisen direktiivin säännösten täytäntöönpanon yhteydessä vahvistamilla säännöillä ei ylitetä sitä, mikä on tarpeen samassa direktiivissä tavoiteltujen päämäärien saavuttamiseksi (ks. vastaavasti tuomio 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, 48 kohta ja tuomio 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, 155 kohta).

56 Yhdenvertaisen kohtelun periaatteella tarjoajille annetaan samat mahdollisuudet tarjousehtojensa laatimisessa, mikä merkitsee, että tarjouksia koskevat kaikkien tarjoajien osalta samat edellytykset. Mainitusta periaatteesta seuraavalla avoimuusvelvollisuudella on tarkoitus taata, ettei hankintaviranomainen harjoita suosintaa tai käytä mielivaltaa. Tämä velvollisuus edellyttää, että kaikki sopimuspuolen valintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt esitetään selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa siten, että yhtäältä mahdollistetaan kaikille kohtuullisen valistuneille ja tavanomaisen huolellisille tarjoajille niiden täsmällisen laajuuden ymmärtäminen ja niiden tulkitseminen samalla tavalla ja että toisaalta mahdollistetaan hankintaviranomaiselle sen tosiasiallinen tarkistaminen, vastaavatko tarjoajien tarjoukset kyseessä olevaa hankintaa määrittäviä perusteita (ks. vastaavasti tuomio 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, 44 kohta ja tuomio 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, 36 kohta).

57 Avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteet, joilla säädellään kaikkia julkisia hankintamenettelyjä, edellyttävät, että hankintaan osallistumista koskevat aineelliset ja menettelylliset edellytykset ja etenkin tarjoajien velvollisuudet määritetään selvästi etukäteen ja että ne julkaistaan, jotta menettelyssä asetettavat vaatimukset selviävät täsmällisesti tarjoajille ja jotta nämä voivat varmistua siitä, että kaikille kilpailijoille asetetaan samat vaatimukset (ks. vastaavasti tuomio 9.2.2006, La Cascina ym., C-226/04 ja C-228/04, EU:C:2006:94, 32 kohta ja tuomio 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, 37 kohta).

58 Tältä osin direktiivin 2004/18 liitteessä VII A olevassa 21 kohdassa säädetään, että ”aika, joka tarjoajan on pidettävä tarjouksensa voimassa (avoimet menettelyt)”, on olennainen osa niitä tietoja, jotka on sisällytettävä hankintailmoituksiin.

59 Ensinnäkin 24.5.2016 annetusta tuomiosta MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, 44 ja 48 kohta) seuraa, että direktiivin 2004/18 47 artiklan 3 kohtaa ja 48 artiklan 4 kohtaa on tulkittava siten, että yritysten tilapäisen ryhmittymän jäsenet voivat loukkaamatta yhdenvertaisen kohtelun periaatetta irtautua ryhmittymästä, kunhan osoitetaan yhtäältä, että jäljelle jäävät ryhmittymän jäsenet täyttävät hankintaviranomaisen määrittämät julkiseen hankintamenettelyyn osallistumista koskevat vaatimukset, ja toisaalta, että sillä, että ne jatkavat osallistumistaan edellä mainittuun menettelyyn, ei heikennetä muiden tarjoajien kilpailuasemaa.

60 Koska vanhan hankintakoodeksin 37 §:n 9, 10, 18 ja 19 momentissa ehdottomasti edellytetään yritysten tilapäiseltä ryhmittymältä oikeudellista ja aineellisesta muuttumattomuutta, kyseisillä säännöksillä selvästi loukataan suhteellisuusperiaatetta.

61 Näin on varsinkin, kun minkäänlaisista poikkeuksista ei ole säädetty sen varalta, että hankintaviranomainen toistuvasti pyytää tarjousten voimassaoloajan pidentämistä. Tällainen pidennys edellyttää kaikilta yritysten tilapäisen ryhmittymän jäseniltä yhtäältä, että ne sitovat tiettyjä voimavaroja sekä henkilöstön että materiaalin osalta sen varalta, että ne mahdollisesti

valitaan kyseisen hankinnan sopimuspuoleksi, ja toisaalta, että ne pidentävät asetetun tilapäisen vakuuden voimassaoloa, mikä voi olla merkittävä rasite erityisesti pienille ja keskisuurille yrityksille.

62 Toiseksi ennakkoratkaisupyynnöistä ilmenee ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tulkinneen vanhan hankintakoodeksin 11 §:n 6 momenttia siten, ettei tarjous raukea suoraan lain nojalla tarjouksessa ilmoitetun voimassaoloajan päätyttyä. Näin ollen tarjoajan tulee käyttää mahdollisuuttaan vetäytyä tarjouksestaan nimenomaisesti. Ennakkoratkaisupyynnöistä ilmenee myös, että täsmennys, jonka mukaan yritysten tilapäisen ryhmittymän jäsenen irtautumisen ryhmittymästä on johduttava pakottavista organisatorisista syistä, jotka koskevat kyseessä olevaa ryhmittymää, perustuu yksinomaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön.

63 Unionin tuomioistuin on toistuvasti todennut, että tilanne, jossa julkiseen hankintamenettelyyn osallistumisen edellytykset perustuvat kansallisen oikeuden tulkintaa koskevaan oikeuskäytäntöön, on erityisen haitallinen muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneille tarjoajille, koska he eivät ole yhtä tietoisia kyseisestä kansallisesta oikeudesta ja sen tulkinnasta kuin asianomaisen jäsenvaltion tarjoajat (tuomio 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, 46 kohta ja määräys 13.7.2017, Saferoad Grawil ja Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, 22 kohta).

64 Siltä osin kuin kahta tarjouksensa uusimisesta kieltäytynyttä yhtiötä on moitittu myös siitä, että ne ovat pyrkineet kiertämään valintaperusteiden noudattamista koskevat tarkastukset ja siten välttymään siltä, että ne suljetaan pois pääasioissa kyseessä olevasta hankintamenettelystä, on lopuksi lisättävä, että vaikka hankintaviranomainen voi milloin tahansa tarkastaa yritysten tilapäisen ryhmittymän jäsenten luotettavuuden ja tällä perusteella varmistaa, ettei näitä koske jokin direktiivin 2004/18 45 artiklassa luetelluista hankintamenettelystä poissulkemisen perusteista, hankintaviranomaisen on tämän arvioinnin yhteydessä huolehdittava siitä, että se noudattaa suhteellisuusperiaatetta sellaisena kuin se on määritelty tämän tuomion 55 kohdassa.

65 Hankintaviranomaisten on näin ollen soveltaessaan vapaaehtoisia perusteita julkisesta hankintamenettelystä poissulkemiseksi kiinnitettävä vieläkin suurempaa huomiota tähän periaatteeseen, kun kansallisessa säännöstössä säädetty poissulkeminen ei koske koko talouden toimijoiden ryhmittymää sellaisen rikkomisen perusteella, joka on luettavissa kaikkien ryhmän jäsenten syyksi, vaan poissulkeminen koskee sitä sellaisen rikkomisen perusteella, johon on syyllistynyt yksi jäsen tai osa jäsenistä, ja kun ryhmittymän johtajalla ei ole ollut minkäänlaista määräysvaltaa siihen talouden toimijaan tai niihin talouden toimijoihin, joiden kanssa sen oli tarkoitus perustaa tällainen ryhmittymä (ks. analogisesti tuomio 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, 48 kohta ja tuomio 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, 156 kohta).

66 Suhteellisuusperiaate nimitäin edellyttää hankintaviranomaiselta, että se arvioi kyseessä olevan yksikön asenteen konkreettisesti ja yksilökohtaisesti (ks. vastaavasti tuomio 13.12.2012, Forposta ja ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, 31 kohta). Tällöin hankintaviranomaisen on otettava huomioon keinot, jotka olivat tarjoajan käytettävissä rikkomisen olemassaolon tarkistamiseksi sen yksikön osalta, jonka voimavaroja se aikoi käyttää (tuomio 3.6.2021, Rad Service ym., C-210/20, EU:C:2021:445, 40 kohta ja tuomio 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, 157 kohta).

67 Tässä tilanteessa direktiivin 2004/18 47 artiklan 3 kohtaa ja 48 artiklan 4 kohtaa, luettuina yhdessä yleisen suhteellisuusperiaatteen kanssa, on tulkittava siten, että ne ovat esteenä kansalliselle säännöstölle, jonka mukaan tarjouksen tehneen yritysten tilapäisen ryhmittymän alkuperäiset jäsenet eivät voi irtautua ryhmittymästä, kun kyseisen ryhmittymän tekemän tarjouksen voimassaoloaika päättyy ja kun hankintaviranomainen pyytää, että sille jätettyjen tarjousten voimassaoloaikaa pidennetään, kunhan osoitetaan yhtäältä, että jäljelle jäävät ryhmittymän jäsenet täyttävät hankintaviranomaisen määrittämät vaatimukset, ja toisaalta, että sillä, että ne jatkavat osallistumistaan kyseessä olevaan hankintamenettelyyn, ei heikennetä muiden tarjoajien kilpailuasemaa.

Toinen kysymys

68 Toisella kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy lähinnä, onko direktiivin 2004/18 2 artiklassa ja johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa mainittuja suhteellisuusperiaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä avoimuusvelvollisuutta tulkittava siten, että ne ovat esteenä kansalliselle säännöstölle, jossa säädetään, että tarjoajan asettama tilapäinen vakuus määrätään automaattisesti menetetyksi, kun kyseinen tarjoaja suljetaan pois julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintamenettelystä, vaikka kyseistä tarjoajaa ei ole valittu sopimuspuoleksi kyseessä olevan palvelun osalta.

69 Kuten 28.2.2018 annetun tuomion MA.T.I. SUD ja Duemme SGR (C-523/16 ja 536/16, EU:C:2018:122) 61 ja 62 kohdasta ilmenee, tältä osin se, että hankintaviranomainen vahvistaa asetettavan tilapäisen vakuuden määrän etukäteen hankintailmoituksessa, toki täyttää tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta, avoimuusperiaatteesta ja oikeusvarmuuden periaatteesta johtuvat vaatimukset siltä osin kuin etukäteen tapahtuvalla vahvistamisella voidaan objektiivisesti välttää kaikenlainen hankintaviranomaisen harjoittama tarjoajien syrjintä tai mielivaltainen kohtelu. On kuitenkin niin, että tällä tavoin etukäteen vahvistetun vakuuden automaattinen menettäminen riippumatta laiminlyöntiin syyllistyneen tarjoajan mahdollisesti tekemien korjausten luonteesta ja näin ollen yksilöityjen perustelujen puuttuessa ei ole suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta johtuvien vaatimusten mukainen.

70 Vaikka kyseisen vakuuden määrääminen menetetyksi on asianmukainen keino siihen, että saavutetaan jäsenvaltion tavoittelemat oikeutetut päämäärät, jotka liittyvät yhtäältä tarpeeseen lisätä tarjoajien vastuullisuutta tarjouksien esittämisessä ja toisaalta tarpeeseen korvata hankintaviranomaiselle tarjousten sääntöjenmukaisuuden tarkastamisesta aiheutuvat kustannukset, menetetyn vakuuden määrä on pääasioissa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa ilmeisen kohtuuton kyseessä olevan hankintamenettelyn kulkuun nähden (ks. vastaavasti tuomio 28.2.2018, MA.T.I. SUD ja Duemme SGR, C-523/16 ja 536/16, EU:C:2018:122, 63 ja 64 kohta).

71 Näin ollen on katsottava, että direktiivin 2004/18 2 artiklassa ja johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa mainittuja suhteellisuusperiaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä avoimuusvelvollisuutta on tulkittava siten, että ne ovat esteenä kansalliselle säännöstölle, jossa säädetään, että tarjoajan asettama tilapäinen vakuus määrätään automaattisesti menetetyksi, kun kyseinen tarjoaja suljetaan pois julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintamenettelystä, vaikka kyseistä tarjoajaa ei ole valittu sopimuspuoleksi kyseessä olevan palvelun osalta.

Oikeudenkäyntikulut

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

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (kahdeksas jaosto) on ratkaissut asiat 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 47 artiklan 3 kohtaa ja 48 artiklan 4 kohtaa, luettuina yhdessä yleisen suhteellisuusperiaatteen kanssa,**

   on tulkittava siten, että

   ne ovat esteenä kansalliselle säännöstölle, jonka mukaan tarjouksen tehneen yritysten tilapäisen ryhmittymän alkuperäiset jäsenet eivät voi irtautua ryhmittymästä, kun kyseisen ryhmittymän tekemän tarjouksen voimassaoloaika päättyy ja kun hankintaviranomainen pyytää, että sille jätettyjen tarjousten voimassaoloaikaa pidennetään, kunhan osoitetaan yhtäältä, että jäljelle jäävät ryhmittymän jäsenet täyttävät hankintaviranomaisen määrittämät vaatimukset, ja toisaalta, että sillä, että ne jatkavat osallistumistaan kyseessä olevaan hankintamenettelyyn, ei heikennetä muiden tarjoajien kilpailuasemaa.

2) **Direktiivin 2004/18 2 artiklassa ja johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa mainittuja suhteellisuusperiaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä avoimuusvelvollisuutta**

   on tulkittava siten, että

   ne ovat esteenä kansalliselle säännöstölle, jossa säädetään, että tarjoajan asettama tilapäinen vakuus määrätään automaattisesti menetetyksi, kun kyseinen tarjoaja suljetaan pois julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintamenettelystä, vaikka kyseistä tarjoajaa ei ole valittu sopimuspuoleksi kyseessä olevan palvelun osalta.

Allekirjoitukset