JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PHILIPPE LÉGER
23 päivänä syyskuuta 1999 *

1. Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY [1] mukaisesti järjestettyyn tarjouskilpailumenettelyyn osallistuvan yhtiön oikeutta vedota edukseen jonkin toisen, tähän yhtiöön emoyhtiösuhteessa olevan yhtiön tekniseen ja taloudelliseen suorituskykyyn.

I Asiaa koskevat yhteisön oikeussäännöt

2. Direktiivin 92/50/ETY 3 artiklan 1 kohdan mukaan hankintaviranomaisten on noudatettava tämän direktiivin säännösten mukaisia menettelyjä julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään.

3. Direktiivin 92/50/ETY 26 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Palvelujen suorittajat voivat tehdä tarjouksia ryhmittyminä. Ryhmittymiltä ei saa tarjouksen tekemistä varten edellyttää tiettyä oikeudellista muotoa, mutta sopimuspuoleksi valitulta ryhmittymältä voidaan kuitenkin edellyttää sitä sopimuksenteon jälkeen.

2. Ehdokkaita tai tarjoajia, jotka sen jäsenvaltion lain mukaan, johon ne ovat sijoittautuneet, saavat tarjota kyseistä palvelua, ei saa hylätä pelkästään sillä perusteella, että sen jäsenvaltion lain mukaan, jossa sopimus tehdään, niiden olisi oltava joko luonnollisia henkilöitä tai oikeushenkilöitä.

3. Oikeushenkilöt voidaan kuitenkin velvoittaa ilmoittamaan tarjouksissaan tai osallistumishakemuksissaan kyseisen palvelun suorittamisesta vastaavien henkilöiden nimet ja ammatillinen pätevyys."

4. Direktiivin 92/50/ETY 31 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Osoitukseksi palvelujen suorittajan luottokelpoisuudesta ja taloudellisesta

* Alkuperäinen kieli: ranska.

1 — EYVL L 209, s. 1.

tilanteesta voidaan yleensä toimittaa yksi tai useampi seuraavista viiteasiakirjoista:

a) pankkien antamat asianmukaiset lausunnot tai todistus asianmukaisesta ammatinharjoittajan vastuuvakuutuksesta;

b) palvelujen suorittajan taseet tai otteet niistä, jos sen valtion yhtiölainsäädännössä, johon palvelujen suorittaja on sijoittautunut, edellytetään taseen julkistamista;

c) lausunto palvelujen suorittajan kokonaisliikevaihdosta sekä liikevaihdosta sopimuksessa tarkoitettujen palvelujen osalta kolmelta viimeksi kuluneelta varainhoitovuodelta.

2. Hankintaviranomaisten on sopimusta koskevassa ilmoituksessaan tai tarjouspyynnössään ilmoitettava, mikä tai mitkä 1 kohdassa tarkoitetuista viiteasiakirjoista niille on esitettävä ja mitä muita viiteasiakirjoja on esitettävä.

3. Jos palvelujen suorittaja ei hyväksyttävästä syystä voi toimittaa hankintaviranomaiselle sen pyytämiä viiteasiakirjoja, palvelujen suorittaja voi osoittaa taloudellisen tilanteensa ja luottokelpoisuutensa jollain muulla hankintaviranomaisen hyväksymällä asiakirjalla."

5. Direktiivin 92/50/ETY 32 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Palvelujen suorittajien kyky suorittaa palveluja voidaan arvioida erityisesti näiden ammattitaidon, tehokkuuden, kokemuksen ja luotettavuuden perusteella.

2. Palvelujen suorittajan tekninen suorituskyky voidaan osoittaa yhdellä tai useammalla seuraavista tavoista suoritettavien palvelujen luonteen, määrän ja käyttötarkoituksen mukaan:

a) todistukset palvelujen suorittajan ja/tai yrityksen johtohenkilöiden sekä erityisesti palvelujen suorittamisesta vastaavien yhden tai useamman henkilön koulutuksesta ja ammatillisesta pätevyydestä;

b) luettelo tärkeimmistä palveluista sekä tiedot niiden arvosta, ajankohdasta sekä julkisesta tai yksityisestä vastaan-

ottajasta viimeksi kuluneilta kolmelta vuodelta:

— hankintaviranomaisille suoritettuja palveluja koskevien asiakirjojen on oltava toimivaltaisen viranomaisen antamia tai vahvistamia todistuksia,

— yksityisille ostajille suoritetut palvelut on hankkijan todistettava suoritetuiksi, tai jollei tämä ole mahdollista, palvelujen suorittajan on vakuutettava palvelut suoritetuiksi;

c) selvitys palvelujen suorittamiseen osallistuvista, sekä palvelujen suorittajan yritykseen kuuluvista että sen ulkopuolisista teknisistä asiantuntijoista tai teknisistä toimielimistä, erityisesti niistä, jotka vastaavat laadunvalvonnasta;

d) selvitys palvelujen suorittajan työvoiman vuotuisesta keskimäärästä ja johtohenkilöiden lukumäärästä kolmelta viimeksi kuluneelta vuodelta;

e) selvitys työvälineistä, kalustosta tai teknisistä laitteista, jotka ovat palvelujen suorittajan käytettävissä palvelujen suorittamista varten;

f) selostus palvelujen suorittajan laadunvarmistustoimenpiteistä ja tämän yrityksen käyttämistä tutkimus- ja kokeilujärjestelmistä;

g) jos suoritettavat palvelut ovat monimutkaisia tai niitä tarvitaan poikkeuksellisesti vain tiettyä tarkoitusta varten, tarkastus, jonka suorittaa hankintaviranomainen tai tämän puolesta sen valtion, johon palvelujen suorittaja on sijoittautunut, toimivaltainen virallinen toimielin suostumuksellaan; tämä tarkastus koskee palvelujen suorittajan teknistä suorituskykyä ja tarvittaessa sen tutkimus- ja kokeilujärjestelmiä sekä laadunvalvontatoimenpiteitä;

h) ilmoitus siitä, miltä osin palvelujen suorittaja mahdollisesti aikoo antaa sopimuksen alihankkijoiden toteutettavaksi.

3. Hankintaviranomaisen on ilmoituksessaan tai tarjouspyynnössään ilmoitettava, mitkä edellä mainituista viiteasiakirjoista sille on esitettävä.

4. Edellä 31 artiklassa sekä tämän artiklan 1—3 kohdassa tarkoitettujen tietojen laajuus on suhteutettava sopimuksen kohteeseen, ja hankintaviranomaisten on otettava huomioon palvelujen suorittajien laillinen etu näiden yritysten teknisten salaisuuksien tai liikesalaisuuksien suojaamisen osalta."

II Tosiseikat ja pääasiassa käyty oikeudenkäynti

6. Cagliarin kunta päätti järjestää tarjouskilpailun Is Arenasin jätevedenpuhdistamon ja Is Arenasin, San Bartolomeon ja Borgo Sant'Elian jätevedenkeräyslaitosten hoitamisesta kolmivuotiskaudeksi ja julkaisi tätä koskevan ilmoituksen Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä 3.1.1997. Kilpailuun osallistuvilta yrityksiltä edellytettiin, että niiden jätevedenpuhdistamon hoitamisesta ja jäteveden keräämisestä keskimääräinen vuotuinen liikevaihto on vähintään 5 miljardia Italian liiraa ja että ne ovat viimeksi kuluneiden kolmen vuoden aikana vastanneet vähintään kaksi vuotta ainakin yhden yhdyskuntajätevettä puhdistavan laitoksen hoidosta.

7. Holst Italia SpA (jäljempänä Holst Italia) ja Ruhrwasser AG International Water Management SpA (jäljempänä Ruhrwasser) hyväksyttiin osallistumaan tarjouskilpailuun. Näitä palveluja koskeva sopimus Ruhrwasserin kanssa tehtiin 13.6.1997 tehdyllä tarjouskilpailulautakunnan päätöksellä, jonka kunnanvaltuusto hyväksyi 17.8.1997, koska Ruhrwasser oli tehnyt hankintaviranomaiselle edullisimman tarjouksen.

8. Ruhrwasser on saksalainen osakeyhtiö, jonka omistaa kuuden saksalaisen yhtiön muodostama ryhmittymä siten, että kukin näistä yhtiöistä omistaa 1/6 Ruhrwasserin osakkeista. Ruhrwasserin tavoitteena on saada ryhmittymälle vedenjakelua ja jäteveden puhdistamista koskevia sopimuksia lähinnä ulkomailta. Ryhmittymän yhden perustajayhtiön, RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH:n (jäljempänä RWG) ainoana osakkeenomistajana on julkisoikeudellinen yhteisö Ruhrverband, joka vastaa Saksan valtion alueella julkisesta jätevesien keräämis- ja käsittelypalvelusta. Asiassa on riidatonta se, että tämän yhteisön suorituskykyä koskevien asiakirjojen perusteella se olisi voitu hyväksyä osallistumaan Cagliarin kunnan järjestämään tarjouskilpailuun.

9. Riidatonta on lisäksi se, ettei Ruhrwasserilla sitä vastoin itsellään suoraan ollut tarjouksen tekemiseen edellytettyä suorituskykyä, koska se oli uusi yhtiö, joka oli merkitty yhtiörekisteriin vasta 9.7.1996. Tämän vuoksi se oli vedonnut Ruhrverbandin tekniseen ja taloudelliseen suorituskykyyn, sillä tämä yritys oli tytäryhtiönsä RWG:n välityksellä osakkaana yhteisyrityksessä, joka oli perustanut Ruhrwasserin. Hankintaviranomainen oli

hyväksynyt nämä välilliset viiteasiakirjat päteviksi.

10. Holst Italia valitti Tribunale amministrativo regionale per la Sardegnaan (Italia) ja vaati, että sopimuksen tekemisestä sen kilpailijan kanssa tehty päätös kumotaan, perustaen valituksensa pääasiallisesti siihen, että riidanalaisessa päätöksessä ei ollut noudatettu tarjouskilpailuilmoitukseen sisältyvää sääntöä, jonka mukaan ainoastaan hankintasopimuksen tekemisestä kiinnostuneiden yritysten suorituskyky voitiin ottaa huomioon arvioitaessa niiden kykyä osallistua menettelyyn. Ruhrwasser puolestaan esitti vastavaatimuksen, jolla se riitautti tarjouskilpailuilmoituksen sisällön sillä perusteella, että palveluja tarjoavan yrityksen ei sallita esittävän kaikkien soveltuvien asiakirjojen avulla näyttöä suorituskyvystä, joka ei ole välittömästi sen, mutta joka voi kuitenkin olla sen käytettävissä.

III Ennakkoratkaisukysymys

11. Kansallinen tuomioistuin totesi, että oli tarpeen selvittää, sallitaanko direktiivissä 92/50/ETY se, että yhtiö, joka on halukas osallistumaan tarjouskilpailumenettelyyn, vetoaa jonkin toisen, siihen sidoksissa olevan yhtiön tekniseen ja taloudelliseen suorituskykyyn, ja päätti lykätä ratkaisun antamista esittääkseen yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

"Onko julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettua neuvoston direktiiviä 92/50/ETY tulkittava siten, että yhtiö voi osoittaa julkisen palvelun suorittamista koskevan sopimuksen tekemiseksi järjestettävään tarjouskilpailuun osallistumiselta edellytetyn teknisen ja taloudellisen suorituskykynsä vetoamalla sellaisen yhtiön viiteasiakirjoihin, joka on ainoana osakkaana ensin mainitusta yhtiöstä osan omistavassa yhtiössä?"

IV Vastaus ennakkoratkaisukysymykseen

12. Ennakkoratkaisukysymyksen esittänyt tuomioistuin haluaa tietää, onko yrityksen, joka tekee tarjouksen julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen saamiseksi, itse kyettävä täyttämään hankintaviranomaisen asettamat tekniset ja taloudelliset edellytykset vai onko sillä oikeus vedota siihen, että edellytykset täyttää yritys, joka omistaa sen osittain ja välillisesti.

13. Kysymykseen vastaaminen edellyttää sitä, että tarkastellaan direktiivillä 92/50/ETY säädettyjä yhteisön oikeussääntöjä

sellaisina, joiksi yhteisöjen tuomioistuin on ne oikeuskäytännössään täydentänyt.

Direktiivin 92/50/ETY tavoitteet ja asiassa sovellettavat direktiivin säännökset

14. Direktiivillä 92/50/ETY on kaksi pääasiallista tavoitetta, palvelujen vapaa liikkuvuus [2] ja tehokkaan kilpailun toteuttaminen palvelusektorilla. [3] Elinkeinonharjoittajien on voitava liikkua ja suorittaa palveluja ilman niiden kansalliseen alkuperään tai kotipaikkaan perustuvia rajoituksia ja voitava näin palvelutarjonnan lisääntymisen ja tehtyjen tarjousten vertailun avulla myötävaikuttaa tarjottujen palvelujen laadun parantamiseen ja palvelujen toteuttamisen taloudellisten edellytysten kehittämiseen yhteisön alueella.

15. Direktiivillä 92/50/ETY vahvistetaan säännöt palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevien rajoitusten poistamisesta, [4] jotta voitaisiin luoda sisämarkkinat, jotka käsittävät alueen, jolla ei ole sisäisiä rajoja ja jolla palvelujen vapaa liikkuvuus [5] taataan.

16. Direktiivin 92/50/ETY 3 artiklan 2 kohdan mukaan "hankintaviranomaisten on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti". Asiassa on päätettävä siitä, onko kyse palvelujen suorittajien välisestä syrjinnästä, jos palvelujen tarjoajaa ei hyväksytä tarjouskilpailuun sillä perusteella, ettei se täytä henkilökohtaisesti hankintaviranomaisen asettamia, teknistä ja taloudellista suorituskykyä koskevia edellytyksiä.

17. Direktiivissä 92/50/ETY mainitaan muutamia arviointiperusteita, joiden perusteella menettelyä voidaan pitää syrjivänä. Siinä todetaan muun muassa, että "palvelujen suorittajat voivat olla joko luonnollisia henkilöitä tai oikeushenkilöitä", [6] minkä on katsottava merkitsevän sitä, ettei yritysten oikeudellinen muoto saa olla esteenä niiden vapaudelle tehdä tarjouksia. Tämä seikka on esillä uudelleen direktiivin 26 artiklan 2 kohdassa, jossa kielletään hylkäämästä tarjous pelkästään sillä perusteella, että sen on esittänyt luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö.

18. Tästä seuraa, että hankintasopimuksen tekemiselle asetettua tiettyä oikeudellista rakennetta koskevaa edellytystä voidaan pitää elinkeinonharjoittajien kannalta perusteettomana rajoituksena niiden oikeudelle osallistua tarjouskilpailuun tasapuolisin edellytyksin.

19. Direktiivin 26 artiklan 1 kohdassa vahvistetaan edelleen tämä kanta niiden

2 — Kuudes perustelukappale.
3 — 20. perustelukappale.
4 — Toinen perustelukappale.
5 — Kuudes perustelukappale.
6 — Kuudes perustelukappale.

tilanteiden varalta, joissa useat yritykset haluavat tehdä yhteisen tarjouksen. Tämän säännöksen nojalla palvelujen suorittajien sallitaan nimenomaisesti tehdä tarjouksia ryhmittyminä ja hankintaviranomaisia kielletään edellyttämästä ryhmittymiltä "tarjouksen tekemistä varten — — tiettyä oikeudellista muotoa".

20. Näiden säännösten perusteella on selvää, että yhteisöjen lainsäätäjälle ei ole ollut niinkään tärkeää palvelujen suorittajien oikeudellinen muoto, vaan se, että ne kykenevät suorittamaan niille hankintasopimuksella uskotut tehtävät tai ainakin hankkimaan itselleen tehtävien suorittamisen kannalta tarpeelliset välineet siitä riippumatta, minkälainen niiden oma organisaatio on. Elinkeinonharjoittajien juridiseen statukseen liittyvien rajoitusten poistaminen on keino, jonka avulla voidaan lisätä erityisesti muissa kuin siinä jäsenvaltiossa, jossa kilpailuttaminen järjestetään, toimivien yritysten tekemien tarjouksien määrää ilman, että vaarannettaisiin palvelujen asianmukaiseen suorittamiseen liittyvät materiaaliset edellytykset.

21. Direktiivin 92/50/ETY tulkinnan on siis oltava funktionaalinen eikä niinkään muodollinen. Vaikka tietyt direktiivin 92/50/ETY säännökset vaikuttavatkin lähinnä muodollisilta, niillä pyritään nimenomaan edistämään hankintasopimusten asianmukaista toteuttamista rajoittamalla hankintaviranomaisten riskejä.

22. Hyvänä esimerkkinä tällaisista direktiivissä asetetuista vaatimuksista mainittakoon 26 artiklan 3 kohta, jonka mukaan hankintaviranomainen voi velvoittaa oikeushenkilöt "ilmoittamaan — — kyseisen palvelun suorittamisesta vastaavien henkilöiden nimet ja ammatillinen pätevyys". Vaikka hankintaviranomainen ei saakaan kieltäytyä tekemästä hankintasopimusta oikeushenkilön kanssa pelkästään tarjoajan oikeudellisen muodon perusteella, ei siltä voida evätä oikeutta tietoihin, joiden avulla se kykenee arvioimaan tarjoajan kyvyn täyttää tarjous asetettujen edellytysten mukaisesti.

23. Yhteisön lainsäätäjä on siis halunnut varmistaa sen, ettei vapaan liikkuvuuden täysimääräinen käyttäminen vaaranna palvelujen asianmukaista suorittamista, sillä ilman tätä vaatimusta yhteisön lainsäädäntö menettäisi täysin tarkoituksensa. Direktiivi 92/50/ETY ja siitä tehtävä tulkinta tasapainottavat kahta päätavoitetta, jotka ovat hankintojen riittävä vapauttaminen ja sääntely, jolla hankintaviranomaiselle pyritään takaamaan laadukkaita palvelusuorituksia.

24. Hankintaviranomaisen on voitava arvioida tarjoajien kyky täyttää hankintasopimus toivotulla tavalla.

25. Direktiivin 92/50/ETY 31 ja 32 artiklalla pyritään saavuttamaan tämä päämäärä. Näistä 31 artiklassa luetellaan asiakirjat, joiden avulla palvelujen suorittajan voidaan edellyttää osoittavan taloudellinen tilanteensa ja luottokelpoisuutensa, mikä tai mitkä niistä on esitettävä, sekä säädetään vaihtoehtoisesta mahdollisuudesta niiden tilanteiden varalta, joissa palvelujen suorittaja ei voi toimittaa edellytettyjä asiakirjoja. Direktiivin 32 artiklassa säädetään kriteereistä, jotka kuvastavat tarjoajien kykyä suorittaa kyseessä olevat palvelut, luetellaan asiakirjat, joiden avulla ne voivat osoittaa teknisen suorituskykynsä ja täsmennetään tavat, joilla hankintaviranomainen voi niitä edellyttää.

26. Ei ole syytä tämän tarkemmin käsitellä sitä, minkä vuoksi nämä säännökset on säädetty, sillä on selvää, että niiden tavoitteena on hankintaviranomaisen edun suojaaminen tilanteissa, joissa tarjouskilpailusta kiinnostunut elinkeinonharjoittaja pitää tärkeämpänä kannattavan hankintasopimuksen saamista kuin sitä, kykeneekö se toteuttamaan pääasiallisen velvoitteensa eli täyttämään sopimusvelvoitteensa asianmukaisesti.

27. Näiden säännösten sisällöstä voidaan kuitenkin johtaa kaksi hyödyllistä ohjetta nyt esillä olevan ennakkoratkaisukysymyksen ratkaisemiseksi.

28. Vaikka tarjousten suuri määrä sellaisenaan onkin hankintaviranomaisen etujen mukaista, ei pelkkä suuri määrä saa johtaa suoritusten laadun heikkenemiseen. Tällä legitiimillä edellytyksellä voidaan perustella tällaiset turvaavat rajoitukset sekä se, että niiden säännösten tulkinnassa, joilla ne on perustettu, otetaan huomioon säännösten kiertämisriski, joka saattaa johtaa niiden suojaavien vaikutusten häviämiseen. Sitä mahdollisuutta, että hyväksytään, että joku muu kuin tarjouksen tehnyt yritys täyttää direktiivillä 92/50/ETY tarjoajille asetetut lailliset edellytykset, on siis arvioitava hyvin huolellisesti.

29. Vaikka näissä kahdessa artiklassa oleva viittaus palvelun suorittajaan voi puolustaa tulkintaa, jonka mukaan ainoastaan palvelun suorittajaa koskevat asiakirjat voidaan toimittaa osoituksena suorituskyvystä,[7] säädösten muiden osien perusteella voidaan päätyä laajempaankin tulkintaan.

30. Direktiivin 31 artiklan 3 kohdassa palvelujen suorittajalle annetaan mahdollisuus tietyin edellytyksin osoittaa luottokelpoisuutensa ja taloudellinen suorituskykynsä "jollain muulla hankintaviranomaisen hyväksymällä asiakirjalla", mikä antaa hankintaviranomaiselle sillä olevan har-

7 — Direktiivin 31 ja 32 artiklassa säädetään ainoastaan palvelun suorittajan luottokelpoisuudesta ja sen taloudellisesta ja teknisestä suorituskyvystä. Samalla tavoin 32 artiklassa säädetään, että "palvelujen suorittajien kyky suorittaa palveluja voidaan arvioida erityisesti näiden ammattitaidon, tehokkuuden, kokemuksen ja luotettavuuden perusteella". Siinä mainitaan "todistukset palvelujen suorittajan ja/tai yrityksen johtohenkilöiden sekä erityisesti palvelujen suorittamisesta vastaavien yhden tai useamman henkilön koulutuksesta ja ammatillisesta pätevyydestä" ja "— — selvitys palvelujen suorittajan työvoiman vuotuisesta keskimäärästä ja johtohenkilöiden lukumäärästä kolmelta viimeksi kuluneelta vuodelta". Säännös vaikuttaa koskevan siis ainoastaan palvelut suorittavaan yritykseen liittyviä tekijöitä.

kinnanvaran avulla mahdollisuuden hyväksyä sen, että joku muu kuin palvelujen suorittaja voi toimittaa asiakirjat, jos ne tarjoavat vastaavat takeet suorituskyvystä. Näin on myös 32 artiklan 2 kohdan c alakohdassa, joka koskee nimenomaisesti palveluja suorittavan yrityksen käyttämiä teknisiä asiantuntijoita tai teknisiä toimielimiä, jotka eivät ole tämän yrityksen palveluksessa tai osa sitä. Muutkin direktiivin säännökset tukevat tätä kantaa, kuten 32 artiklan 2 kohdan h alakohta, jonka mukaan palvelujen suorittaja voi käyttää alihankkijaa, tai 32 artiklan 2 kohdan e alakohta, jossa mainitaan "selvitys työvälineistä, kalustosta tai teknisistä laitteista, jotka *ovat* palvelujen suorittajan *käytettävissä* palvelujen suorittamista varten," [8] ja estetään näin mahdollisuus rajoittaa säännöksessä tarkoitettu selvitys koskemaan ainoastaan yrityksen omia laitteita.

31. Hankintaviranomaisen edellyttämän suorituskyvyn liittäminen tiukasti tarjoajan henkilöön asetetaan siis kyseenalaiseksi jo direktiivissä 92/50/ETY omaksutussa sanamuodossa, koska siinä viitataan useita kertoja ulkopuolisten resurssien saattamiseen yrityksen käytettäviksi. Tämä vahvistaa sen, mitä direktiivillä on tavoiteltu, ja merkitsee sitä, että tarjoajien suorituskykyä osoittavia edellytyksiä koskevia säännöksiä on voitava tulkita joustavasti.

8 — Kursivointi tässä.

Asiassa Ballast Nedam Groep annettuun tuomioon perustuva oikeuskäytäntö

32. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö, joka perustuu asioissa Ballast Nedam Groep 14.4.1994 [9] ja 18.12.1997 [10] annettuihin tuomioihin, vahvistaa edellä omaksutun kannan.

33. Ballast Nedam I -tuomiossa oli kyse siitä, voidaanko holdingyhtiö sulkea pois julkisia rakennusurakoita koskevasta tarjouskilpailumenettelystä — kyseisessä asiassa jättämällä uudistamatta hyväksyminen, joka sille oli tähän asti myönnetty — sen vuoksi, ettei se itse suorita rakennustöitä, ja jos ei voida, millä tavoin se voi osoittaa omaavansa tarjouskilpailuun osallistumiselta edellytetyn suorituskyvyn. [11]

9 — Asia C-389/92, Kok. 1994, s. I-1289, jäljempänä Ballast Nedam I -tuomio.

10 — Asia C-5/97, Kok. 1997, s. I-7549, jäljempänä Ballast Nedam II -tuomio.

11 — Ballast Nedam II -tuomiossa puolestaan tulkitaan Ballast Nedam I -tuomiota sen osalta, onko hyväksynnän myöntävällä viranomaisella velvollisuus vai vain mahdollisuus ottaa huomioon kolmannen yhtiön suorituskyvystä esitetyt asiakirjat. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että " — — viranomainen, jolla on toimivalta ratkaista konsernin määräävässä asemassa olevan oikeushenkilön tekemä hakemus hyväksyttyjen urakoitsijoiden luetteloon ottamisesta, *on* tämän oikeushenkilön soveltuvuutta — — arvioidessaan *velvollinen* ottamaan huomioon konserniin kuuluvien yhtiöiden viiteasiakirjat, jos näytetään toteen, että määräävässä asemassa oleva oikeushenkilö tosiasiallisesti hallitsee konserniin kuuluvien yhtiöiden varoja, jotka ovat välttämättömiä sopimuksen toteuttamiseksi" (14 kohta, kursivointi tässä). Esillä olevan asian kannalta merkityksellisempänä on kuitenkin pidettävä Ballast Nedam I -tuomiota, koska asiassa, jossa nyt käsiteltävänä oleva ennakkoratkaisukysymys on esitetty, on kyse siitä, onko hankintaviranomaisella oikeus ottaa huomioon muiden kuin tarjoajana olevan yrityksen viiteasiakirjoja, eikä siitä, onko kyse hankintaviranomaisen velvollisuudesta vai mahdollisuudesta toimia näin.

34. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että asiassa sovellettavia direktiivejä [12] " — — on tulkittava siten, että kun konsernin määräävässä asemassa olevan oikeushenkilön tekemää hakemusta hyväksyttyjen urakoitsijoiden luetteloon ottamisesta tutkittaessa arvioidaan niitä edellytyksiä, jotka urakoitsijan on täytettävä, näiden direktiivien mukaan huomioon voidaan ottaa tähän konserniin kuuluvat yhtiöt, jos kyseinen oikeushenkilö näyttää toteen, että *se tosiasiallisesti hallitsee* näiden yhtiöiden *varoja*, jotka ovat välttämättömiä sopimuksen toteuttamiseksi, ja että kansallisen tuomioistuimen kuuluu arvioida, onko tällainen näyttö esitetty käsiteltävänä olevassa tapauksessa". [13]

35. Yhteisöjen tuomioistuin on siis katsonut, että elinkeinonharjoittaja, joka ei itse kykene täyttämään hankintasopimusta, koska se ei täytä säännöksissä asetettuja laadullisia valintaperusteita, voi vedota toisen yhtiön resursseihin edellyttäen kuitenkin, että nämä resurssit ovat todellisuudessa sen käytettävissä.

36. Tämän tuomion ulottuvuuden täsmentämiseksi ja sen selvittämiseksi, voidaanko sitä soveltaa esillä olevaan asiaan, on tarkasteltava kahta seikkaa.

37. Yhteisöjen tuomioistuin on Ballast Nedam I -tuomiossa tulkinnut julkisista rakennusurakoista tehtäviä sopimuksia koskevaa yhteisön lainsäädäntöä, kun taas nyt esillä oleva ennakkoratkaisukysymys koskee julkisia palveluhankintoja koskevia yhteisön säännöksiä. On siis täysin perusteltua selvittää se, soveltuuko ensin mainitun sektorin osalta todettu jälkimmäiseen sektoriin.

38. Näiden säädösten väliset erot käyvät ilmi julkisia rakennusurakoita koskevasta säännöstöstä siten, että siinä on avoimemmin viitattu urakoitsijan oikeuteen antaa sopimuksen täytäntöönpano muiden elinkeinonharjoittajien suoritettavaksi. [14] Vaikka nämä viittaukset tukevatkin kyseessä olevaa oikeutta rakennusurakoiden alalla, ei niiden voida katsoa olevan merkityksettömiä edellä tässä asiassa esitettyjen seikkojen [15] osalta sen tulkinnan tukemiseksi, että palvelusektorilla tarjouksia tekevillä yrittäjillä voidaan katsoa olevan mahdollisuus toimia samalla tavoin.

39. Jotta Ballast Nedam I -tuomiossa omaksutun ratkaisun soveltaminen julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin voitaisiin torjua sillä perusteella, että sopimuksella on eri kohde, olisi esitettävä näyttö siitä, että luonteensa vuoksi palve-

12 — Julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien palvelujen tarjoamista koskevien rajoitusten poistamisesta sekä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekemisestä kauppaedustajan tai sivuliikkeiden välityksellä toimivien urakoitsijoiden kanssa 26 päivänä heinäkuuta 1971 annettu neuvoston direktiivi 71/304/ETY (EYVL L 185, s. 1) ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annettu neuvoston direktiivi 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5).

13 — Tuomion 18 kohta, kursivointi tässä.

14 — Direktiivin 71/304/ETY sanamuodon mukaan " — — julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus voidaan tehdä tarjoajan kanssa, joka teettää työt kauppaedustajan tai sivuliikkeen välityksellä" (Ballast Nedam I -tuomio, 10 kohta). Direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta 18 päivänä heinäkuuta 1989 annetussa neuvoston direktiivissä 89/440/ETY (EYVL L 210, s. 1) säädetään lisäksi, että julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tarkoituksena on rakennusurakan tai rakennustyön toteuttaminen tai sekä sen toteuttaminen että suunnittelu taikka hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset täyttävän rakennusurakan toteuttaminen, oli keino mikä hyvänsä (Ballast Nedam I -tuomio, 14 kohta).

15 — Ratkaisuehdotuksen 14—31 kohta.

lujen suorittamisessa ei voida yhtä hyvin käyttää tarjoajan yrityksen ulkopuolisia resursseja kuin rakennusurakoiden toteuttamisessa.

40. Tästä ei kuitenkaan ole esitetty näyttöä. Sen vuoksi on vaikea ymmärtää syitä, joiden vuoksi palvelujen alalla tarjouksen tehneen yrityksen olisi itsensä kyettävä osoittamaan tarjoajilta edellytetty tekninen tai taloudellinen suorituskyky, kun taas rakennusurakoiden alalla tätä ei edellytetä. Tällaisten syiden olemassaolo on tätäkin epätodennäköisempää yrityksen luottokelpoisuuden ja taloudellisen tilanteen osoittamisen osalta, sillä näitä koskevilla asiakirjoilla pyritään esittämään näyttö rahallisista ja määrällisistä takeista, jotka eivät millään tavoin liity hankintasopimuksen kohteeseen. Palvelujen suorittajan teknistä suorituskykyä koskevan näytön osalta todettakoon ainoastaan, että direktiivin 92/50/ETY 32 artiklan 2 kohdan c alakohdan nojalla hankintaviranomaisella on mahdollisuus saada tiedot siitä, käytetäänkö hankintasopimuksen täyttämisessä palvelujen suorittajan yrityksen ulkopuolisia teknisiä asiantuntijoita tai teknisiä toimielimiä. Tässä säännöksessä vahvistetaan nimenomaisesti se, että julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten yhteydessä tarjoajien on mahdollista tarjouksensa tueksi vedota yrityksen ulkopuolelta saatavaan suorituskykyyn.

41. Ballast Nedam I -tuomiota voidaan siis tältä osin täysimääräisesti soveltaa esillä olevaan asiaan.

42. Tämän jälkeen on tarkasteltava tarjouksen tehneen yhtiön asemaa suhteessa yhtiöihin, joiden suorituskykyyn se vetoaa. Kuten Italian hallitus ja Holst Italia ovat tältä osin esittäneet, tarjoajana olleella Ruhrwasserilla ei ole määräävää asemaa yrityksessä — Ruhrverband —, jolla on esillä olevassa asiassa edellytetty suorituskyky. Ballast Nedam I -tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin painotti useaan otteeseen sitä, että holdingyhtiö, joka vaati oikeutta tehdä tarjous, oli kyseisessä konsernissa määräävässä asemassa oleva oikeushenkilö.

43. Tämän perusteella voitaisiin päätellä, että yrityksen määräävä asema on välttämätön edellytys sille, että yhtiöllä voidaan katsoa olevan oikeus vedota resursseihin, jotka eivät ole sen omia. On selvää, että mitä laajempi valta tarjouksen tekijällä on suhteessaan tällaisiin muihin yhtiöihin, sen paremmat takeet hankintaviranomainen saa siitä, että näiden muiden yhtiöiden resurssit ovat tarjouksen tehneen yrityksen käytettävissä hankintasopimuksen täyttämiseksi.

44. Ei ole kuitenkaan syytä ajatella, että hankintasopimuksen asianmukaisen täyttämisen kannalta tarpeellisten, mutta palveluja tarjoavan yrityksen ulkopuolisten resurssien käytettävissä olo edellyttää välttämättä sitä, että niiden yritysten, joilla on ne resurssit, joihin tarjoaja on vedonnut, tai osa niistä olisi oltava alistussuhteessa tarjoajaan. Kuten edellä on voitu havaita, direktiivillä 92/50/ETY tavoitellut päämäärät puoltavat tulkintaa, joka suosii yritysten mahdollisimman laajaa mahdollisuutta osallistua julkisia hankintoja kos-

kevien sopimusten tekomenettelyihin, edellyttäen kuitenkin, että valinta perustuu näyttöön suorituskyvystä, joka niillä todellisuudessa on, sekä niiden takeiden lujuudesta, jotka ne ovat tarjonneet.

45. Ballast Nedam I -tuomiossa omaksutut periaatteet on siis ymmärrettävä ja niitä on sovellettava esillä olevaan asiaan tällä tavoin.

46. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan se, että jokin holdingyhtiöstä erillinen oikeushenkilö suorittaa holdingyhtiön tehtäväksi annetut työt, ei voi olla perusteena sille, että holdingyhtiö jätetään julkisista hankinnoista tehtäviä sopimuksia koskevan menettelyn ulkopuolelle. Yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi todennut, että " — — yhtiön ja sen tytäryhtiöiden oikeudellisella suhteella — — " ei ollut merkitystä [16] ja että kansallisen tuomioistuimen kuuluu sille esitetyt tosiseikat ja oikeudelliset seikat huomioon ottaen arvioida, onko yhtiö esillä olevassa tapauksessa esittänyt näytön siitä, että sillä on todellisuudessa käytettävissään tytäryhtiöidensä resurssit. [17]

47. On silmäänpistävää, ettei oikeuskäytännössä ole painotettu intressiä saada takeet siitä, että toimivaltaisen viranomaisen edellyttämät resurssit ovat todellisuudessa holdingyhtiön käytettävissä sillä perusteella, että tällä yhtiöllä on emoyhtiöasemansa vuoksi päätösvalta. Painoa on sitä vastoin annettu sille, että asetettujen tavoitteiden saavuttamisen kannalta merkitystä ei ole sillä, minkälainen tämä yhtiö on oikeudelliselta rakenteeltaan, ja sille, että olennaisin panos on kansallisella tuomioistuimella, joka tutkii välittömästi sen, ovatko resurssit todella käytettävissä.

48. Tämä toteamus sekä edellä esitetyt tekijät, jotka perustuvat direktiivin 92/50/ETY tavoitteisiin ja sen sisältöön, puolustavat Ballast Nedam I -tuomiossa omaksutun ratkaisun ulottamista Ruhrwasserin ja Ruhrverbandin väliseen suhteeseen, vaikka niiden väliset omistussuhteet ovatkin päinvastaiset kuin mainitussa tuomiossa kyseessä olleessa tilanteessa ja vaikka nyt kyseessä oleva yhtiö on määräävän aseman sijasta alistussuhteessa toiseen yhtiöön.

49. Kyse ei luonnollisestikaan ole siitä, että kahden oikeudellisesti näin erilaisen tilanteen perusteella voitaisiin tehdä johtopäätös, jonka mukaan hankintaviranomainen saa kummassakin tapauksessa samat takeet siitä, että tarjouksen tehneen yrityksen ulkopuoliset resurssit ovat todellisuudessa sen käytettävissä.

50. Tarkoitus on ainoastaan osoittaa, että kahden yrityksen välisen oikeudellisen suhteen luonne ei ole ratkaisevaa sen osalta, ovatko resurssit, joiden olemassaolosta hankintaviranomainen voi direktiivin 92/50/ETY perusteella edellyttää näyttöä, todellisuudessa yhtiön käytettävissä. Toisin sanoen, jos kansallinen tuomioistuin voi vapaasti katsoa, että tämän oikeudellisen suhteen ominaispiirteiden tai muiden tosiseikkoihin ja oikeudellisiin seikkoihin liit-

16 — Ballast Nedam I -tuomio, 17 kohta.
17 — Ibidem.

tyvien olosuhteiden vuoksi hankintaviranomainen ei ole saanut takeita siitä, että tarjoajan käytettävissä on hankintasopimuksen täyttämisen kannalta välttämätön suorituskyky, ei ole myöskään periaatteessa mahdollista todeta, että se, että yritys, joka vetoaa tarjouskilpailuun osallistuakseen sellaisen yhtiön tekniseen ja taloudelliseen suorituskykyyn, joka omistaa sen kokonaan tai osittain, estäisi tarjouksen tekemisen. Merkitystä ei siis ole sillä, millä tavoin tarjoaja takaa sen, että hankintaviranomaisen edellyttämät resurssit ja takeet ovat tosiasiallisesti sen käytettävissä, kunhan käytettävissäolo voidaan varmistaa.

51. Millään perusteella ei siis voida väittää, että Ruhrwasserin ja Ruhrverbandin välinen oikeudellinen suhde olisi luonteeltaan sellainen, ettei Ruhrverbandilla missään tapauksessa ja a priori olisi sääntömääräisiä tai sopimusperusteisia velvollisuuksia, joiden velvoittavuus olisi takeena Cagliarin kunnalle siitä, että hankintasopimuksen täyttämisen edellyttämät resurssit ovat sen käytettävissä. Tähän kysymykseen vastaaminen riippuu asian oikeudenkäyntiaineistossa olevista tosiseikkoja ja sovellettavia kansallisia säännöksiä koskevista tiedoista, jotka ainoastaan kansallinen tuomioistuin voi arvioida.

Tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskeva kansallisen tuomioistuimen arviointi

52. Varmistuakseen siitä, että tarjoajalla on käytettävissään se ulkopuolinen suorituskyky, johon se on vedonnut, kansallisen tuomioistuimen on tutkittava ne tosiseikat ja oikeudelliset seikat, jotka koskevat Ruhrwasserin, RWG:n ja Ruhrverbandin välillä — tai niiden kahden yhtiön välillä, joita riidanalainen hankintasopimus koskee —, mahdollisesti tehtyjen sopimusten sisältöä tai sääntömääräisesti niiden välillä vallitsevia suhteita, sekä se, onko nämä yhtiöt toisiinsa liittävä oikeudellinen side velvoittava.

53. Sen *velvollisuuden sisällön* selvittämisellä, joka sitoo emoyhtiön tytäryhtiöönsä, on voitava varmistua siitä, että tekninen suorituskyky ja taloudelliset takeet, joihin tytäryhtiö vetoaa, myötävaikuttavat soveltuvalla tavalla hankintasopimusten täyttämiseen kuuluvien toimenpiteiden toteuttamiseen.

54. Esillä olevassa asiassa hankintaviranomaisen edellyttämä taloudellisia kysymyksiä ja luottokelpoisuutta koskeva näyttö perustuu jäteveden puhdistamojen hoidosta ja jäteveden keräämisestä kertyvään keskimääräiseen vuotuiseen liikevaihtoon. Tätä direktiivin 92/50/ETY 31 artiklan 1 kohdan c alakohtaan perustuvaa edellytystä on käsitykseni mukaan mahdoton täyttää, ellei ole esitetty näyttöä siitä, että tarjoaja kykenee olennaisella tavalla käyttämään sen yhtiön resursseja, johon se vetoaa.

55. Tämä vetoaminen takaa esillä olevassa asiassa hankintaviranomaiselle sen, että se saa hyväkseen vähimmäistason täyttävän

ammatillisen kokemuksen, joka on välittömästi käytettävä hankintasopimuksen täyttämiseen, jotta siitä olisi todellisuudessa hyötyä. On siis välttämätöntä varmistua siitä, että yhtiö, jonka kokemukseen on vedottu, vastaa ainakin hankintaviranomaisen edellyttämien toimenpiteiden johtamisesta tarjoten näin käytettäväksi teknisen asiantuntemuksensa, vaikka se ei toteuttaisikaan itse kaikkia kyseessä olevia toimenpiteitä. [18]

56. Tätä päättelyä voidaan soveltaa hankintaviranomaisen edellyttämään toiseen takeeseen, joka koskee kotitalousjätevesien puhdistuslaitoksen tosiasiallista hoitamista kahden vuoden ajan viimeksi kuluneiden kolmen vuoden aikana. Vastaavasti voidaan todeta, että tällaisen arviointiperusteen käyttämisellä voi olla merkitystä vain siinä tapauksessa, että tarjoaja, joka on saanut hankintasopimuksen vedoten jonkin toisen yhtiön ammattitaitoon, kykenee osoittamaan, että viimeksi mainittu yhtiö vastaa hankintasopimuksen toteuttamisesta olennaisilta osin.

57. Niiden resurssien käytettävissä olon todellisuutta arvioitaessa, joihin tarjoaja on vedonnut, on lisäksi syytä selvittää, onko tässä tarkoituksessa käytetty oikeudellinen instrumentti lain mukainen ja se, että sillä voidaan taata tavoitellut päämäärät, koska ne ovat *oikeudellisesti velvoittavia*. [19]

58. Kansallisella tuomioistuimella on perusteltu syy selvittää esimerkiksi se, onko yhtiöiden välillä tehty sopimus, jonka nojalla emoyhtiö tunnustaa olevansa velvollinen antamaan tytäryhtiönsä käytettäväksi tietyt tekniset resurssinsa ja taloudelliset takeensa, velvoittaako tämä sopimus todellisuudessa sitoumuksen tehnyttä osapuolta ja voidaanko sopimusrikkomustapauksessa tämä yhtiö saattaa siitä vastuuseen toimivaltaisessa tuomioistuimessa.

59. Tältä osin on painotettava sitä, että näiden kahden yhtiön välisen suhteen kiinteys voi olla hyvin monentyyppinen ja että tytäryhtiön taloudellinen autonomia voi olla suhteessa emoyhtiöön laajempi tai rajoitetumpi sen osuuden mukaan, jonka emo omistaa tyttärestä, mikä ei ole merkityksetöntä niiden takeiden ja resurssien

18 — Tyhjentävyyden vuoksi on huomautettava, että kansallinen tuomioistuin ei voi katsoa, että direktiivin 92/50/ETY perusteella edellytettäisiin aina samanlaajuista näyttöä, kun se koskee tällaista ulkopuolista yhtiötä. Esimerkiksi yhtiön vakavaraisuutta koskevia tietoja, joihin tarjoajana oleva yritys on vedonnut suhteessa hankintaviranomaiseen, voidaan tuskin pitää todellisena takeena silloin kun yhtiö, jonka kanssa hankintasopimus on tehty, ei itse ole elinkelpoinen. Hankintaviranomaisen ja kolmannen yhtiön välisen suoran sopimussuhteen puuttuessa tämän yhtiön taloudelliset resurssit saattavat osoittautua riittämättömiksi sopimuksen tekevän hankintaviranomaisen intressien turvaamisen kannalta. Ajatus "resurssien todellisesta käytettävissä olosta" ei siis ole aina yhtä pätevä yhtiön taloudellisen suorituskyvyn ja luottokelpoisuuden osalta, eikä ole varmaa, että tällaisessa tapauksessa hankintaviranomaisen kannattaa tyytyä tarjoajan ulkopuolisen tahon resursseihin vetoamalla esittämään näyttöön. Tällä erolla on välttämättä merkitystä hankintaviranomaisten oikeudelle turvautua tämäntyyppisiin takeisiin ja yhteisön oikeussääntöjen tulkinnalle. Lisäksi on tärkeää tuntea niiden sitoumusten sisältö, jotka sitovat tarjoajana olevan yrityksen tähän kolmanteen yritykseen ja jotka saattavat velvoittaa viimeksi mainittua suhteessa hankintaviranomaiseen.

19 — Oikeudenkäyntiasiakirjoista käy ilmi, että Ruhrverband hoitaa julkista palvelua Saksassa eikä sillä ole oikeutta harjoittaa toimintaansa Saksan alueen ulkopuolella. Sen toimivallan rajausta, josta sen toimintavapaus riippuu, voidaan käyttää hyväksi kansallisessa tuomioistuimessa arvioitaessa tämän yhtiön todellista kykyä antaa hankintaviranomaisen käyttöön resurssit, joihin Ruhrwasser on vedonnut.

osalta, jotka on tarjottu hankintaviranomaiselle.

60. Silloin kun tarjouksen tekemistä koskevan päätöksen on tehnyt emoyhtiö — vaikka päätös muodollisesti kohdistuisikin tytäryhtiöön — on epätodennäköistä, että emoyhtiö kieltäytyisi antamasta resurssejaan käytettäväksi.

61. Ei kuitenkaan voida täysin sulkea pois sitä mahdollisuutta, että tarjoajana oleva tytäryhtiö, joka ainoana on oikeudellisesti velvoitettu hankintaviranomaisen nähden, saattaa joutua tilanteeseen, jossa päätösvaltaa käyttävä emoyhtiö päättää suunnata voimavaransa toisin.

62. On pelättävä, että hankintaviranomaisella, joka kärsii huonosti toteutetusta tai täyttämättä jätetystä hankintasopimuksesta aiheutuvat seuraukset ja jolla ei ole mahdollisuutta saada sopimuspuolta täyttämään hankintasopimusta asianmukaisesti ja tyydyttävästi tai saamaan rahallista korvausta sopimuspuolen laiminlyönnin perusteella, ei ole myöskään mahdollisuutta kohdistaa vaatimuksiaan emoyhtiöön.

63. Ottamatta kantaa kansallisen oikeuden asiaa koskevien säännösten sisältöön, vaikuttaa todennäköiseltä, ettei sopimuksen täyttämättä jättämistä voida tuomioistuinteitse vahvistaa tapahtuneeksi eikä sen perusteella vaatia korvausta, jos emoyhtiöllä, joka on laiminlyönyt velvollisuutensa asettaa resurssit käytettäväksi, on tytäryhtiössään yksinomainen päätösvalta. Koska vain se yksin voi oikeusteitse saada riidanalaiset velvoitteet täytettyä, sillä on näin valta tehdä täysin tyhjiksi omat sitoumuksensa. Hankintaviranomaiselle tarjotut takeet ovat vaarassa näin muuttua pelkäksi verhoksi, jolla peitetään tarjoajana olevan yrityksen kyvyttömyys täyttää hankintasopimuksen mukaiset velvollisuudet.

64. Hankintaviranomaisen kannalta ongelmallista on siis se, että yhtiö, jolla on valta päättää hankintasopimuksen kannalta välttämättömien resurssien ja takeiden käytettäväksi antamisesta, ja yhtiö, jolla on sopimukseen perustuva vastuu, ovat eri oikeushenkilöitä. Ei kuitenkaan pidä unohtaa sitä, että oikeudenkäynti, johon on ryhdytty tytäryhtiötä vastaan, ei suinkaan ole emoyhtiön kannalta merkityksetön.

65. Esillä olevassa asiassa Ruhrwasser vaikuttaa melko itsenäiseltä suhteessaan Ruhrverbandiin, koska sen omistaa yhtä suurina osuuksina kuusi yhtiötä, joista vain yksi, RWG, on täysin Ruhrverbandin omistuksessa.

66. Ennen sen selvittämistä, onko Ruhrwasserilla todellinen mahdollisuus vedota oikeuksiinsa suhteessa emoyhtiöön, kansallisen tuomioistuimen on varmistuttava siitä, että ne oikeudelliset keinot ovat olemassa, joiden perusteella tarjoajana oleva yritys voi perustellusti väittää, että suorituskyky, johon se vetoaa, on sen käytettävissä.

67. Merkitystä on siis tässä tapauksessa sillä, että Ruhrwasserin ja Ruhrverbandin välisen siteen perustavat oikeudelliset instrumentit ovat sillä tavoin oikeudellisesti velvoittavia, että tarjoajana oleva yritys voi olla varma emoyhtiön tuesta.

Ratkaisuehdotus

68. Edellä esitetyn perusteella yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi vastata Tribunale amministrativo regionale per la Sardegnan esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettua neuvoston direktiiviä 92/50/ETY on tulkittava siten, että se ei estä sitä, että hankintaviranomainen julkisen palvelun suorittamista koskevassa tarjouskilpailumenettelyssä tehtyä tarjousta tutkiessaan ottaa yhtiöltä edellytettyä taloudellista ja teknistä suorituskykyä koskevien valintaperusteiden arvioinnissa huomioon jonkin toisen yhtiön viiteasiakirjat, kun tämä toinen yhtiö on ainoa osakas yhdessä niistä yhtiöistä, jotka omistavat osuuden ensin mainitusta yhtiöstä, edellyttäen, että ensin mainittu yhtiö esittää näytön siitä, että sen käytettävissä ovat todellisuudessa sen yhtiön resurssit, joihin se on vedonnut.

Kansallisen tuomioistuimen asiana on arvioida, onko pääasiassa esitetty tällainen näyttö.

Kansallisen tuomioistuimen on erityisesti varmistuttava siitä, että yhtiö, jonka viiteasiakirjat on otettu huomioon, on velvollinen ottamaan vastattavakseen viiteasiakirjojen sisällön edellyttämän osan hankintasopimuksen täyttämisestä.