Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (seitsemäs jaosto)

18 päivänä lokakuuta 2012*

Direktiivi 2004/18/EY — Julkiset rakennusurakat sekä julkiset tavara- ja palveluhankinnat — 44 artiklan 2 kohta ja 47 artiklan 1 kohdan b alakohta sekä 2 ja 5 kohta — Ehdokkaiden tai tarjoajien taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat — Yhden ainoan tase-erän nojalla määritetty voimavarojen vähimmäisehto — Kirjanpidollinen tieto, johon yhtiöiden tilinpäätöstä koskevien kansallisten lainsäädäntöjen väliset erot saattavat vaikuttaa

Asiassa C-218/11,

jossa on kyse SEUT 267 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Fővárosi Ítélőtábla (Unkari) on esittänyt 20.4.2011 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 11.5.2011, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Éduköviz ig) ja

Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, josta on tullut Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe,

vastaan

Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

Vegyépszer Építő és Szerelő Zrt:n

ja

MÁVÉPCELL Kft:n

osallistuessa asian käsittelyyn,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (seitsemäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: tuomarit G. Arestis, joka hoitaa jaoston puheenjohtajan tehtäviä, J. Malenovský ja D. Šváby (esittelevä tuomari),

julkisasiamies: Y. Bot,

kirjaaja: hallintovirkamies K. Sztranc-Sławiczek,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 29.3.2012 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

* Oikeudenkäyntikieli: unkari.

— Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig), edustajinaan ügyvéd G. Buda, ügyvéd A. Cséza ja ügyvéd D. Kuti,

— Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, josta on tullut Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe, edustajanaan ügyvéd Z. Mucsányi,

— Unkarin hallitus, asiamiehinään Z. Fehér, K. Szíjjártó ja G. Koós,

— Tšekin hallitus, asiamiehinään M. Smolek ja T. Müller,

— Saksan hallitus, asiamiehinään T. Henze ja J. Möller,

— Euroopan komissio, asiamiehinään A. Tokár ja A. Sipos,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) 44 artiklan 2 kohdan ja 47 artiklan 1 kohdan b alakohdan ja 2 sekä 5 kohdan tulkintaa.

2 Fővárosi Ítélőtábla (pääkaupungin ylempi tuomioistuin) on esittänyt tämän pyynnön käsiteltävänään olevassa valitusasiassa, jossa on haettu muutosta erääseen Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottságin (julkisten hankintojen neuvoston yhteydessä toimiva välityslautakunta), joka on hallinnollinen välityselin, päätökseen. Kyseinen päätös tehtiin asiassa, jossa asianosaisina olivat Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, josta on tullut Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (jäljempänä Hochtief Unkari), joka on Saksan oikeuden mukaan perustetun Hochtief Solutions AG:n Unkarin sivuliike, ja Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) (Tonavan pohjoispuolisten alueiden vesi- ja ympäristöviranomainen) ja jossa on kyse viimeksi mainitun aloittamasta rajoitetusta julkisesta hankintamenettelystä. Kyseisessä Hochtief Unkarin vireille panemassa muutoksenhakuasiassa vastapuolena on kyseinen välityselin, ja Édukövízigin puolestaan katsotaan esiintyvän siinä valittajana Hochtief Unkarin ohella.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin oikeus

Direktiivi 2004/18

3 Direktiivissä 2004/18 on muun muassa seuraavat perustelukappaleet:

”– –

(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.

– –

(39) Tarjoajien soveltuvuuden varmistaminen avoimissa menettelyissä sekä ehdokkaiden soveltuvuuden varmistaminen rajoitetuissa menettelyissä ja neuvottelumenettelyissä, joihin liittyy hankintailmoituksen julkaiseminen, ja kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä, sekä heidän valintansa olisi suoritettava avoimissa olosuhteissa. Tätä varten olisi esitettävä syrjimättömät perusteet, joita hankintaviranomaiset voivat käyttää kilpailijoiden valinnassa, ja menettelyt, joita taloudelliset toimijat voivat käyttää osoittaakseen, että ne täyttävät nämä perusteet. Avoimuutta silmällä pitäen hankintaviranomaisen olisi julkisia hankintoja koskevan sopimuksen kilpailuttamisen yhteydessä ilmoitettava valinnassa käyttämänsä valintaperusteet sekä erityinen suorituskyvyn taso, jota se mahdollisesti taloudellisilta toimijoilta edellyttää, jotta ne voivat osallistua hankintamenettelyyn.

(40) Hankintaviranomainen voi rajoittaa ehdokkaiden määrää rajoitetuissa ja neuvottelumenettelyissä, joihin liittyy hankintailmoituksen julkaiseminen, sekä kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä. Ehdokkaiden määrän rajoittaminen olisi suoritettava hankintailmoituksessa esitetyin objektiivisin perustein. – –

– –”

4 Direktiivin 2004/18 2 artiklassa, jonka otsikko on ”Julkisissa hankintasopimuksissa noudatettavat periaatteet”, säädetään seuraavaa:

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

5 Kyseisen direktiivin 44 artiklassa, jonka otsikko on ”Osanottajien soveltuvuuden tarkistaminen ja valinta, hankintasopimusten tekeminen”, säädetään seuraavaa:

”1. Hankintasopimukset tehdään 53 ja 55 artiklassa säädetyin perustein – – sen jälkeen kun hankintaviranomaiset ovat tarkistaneet – – taloudellisten toimijoiden soveltuvuuden – – 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.

3. Rajoitetuissa menettelyissä, neuvottelumenettelyissä, joihin liittyy hankintailmoitus, ja kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä hankintaviranomaiset voivat rajoittaa sopivien ehdokkaiden lukumäärää, joilta ne pyytävät tarjousta tai jotka kutsutaan neuvotteluihin tai osallistumaan kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn edellyttäen, että sopivia ehdokkaita on riittävä määrä. Hankintaviranomaisten on ilmoitettava hankintailmoituksessa ne objektiiviset ja syrjimättömät perusteet tai säännöt, joita ne aikovat soveltaa – –

– –”

6 Kyseisen direktiivin 47 artiklassa, jonka otsikko on ”Taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat”, säädetään seuraavaa:

”1. Osoituksena taloudellisen toimijan taloudellisista ja rahoitusta koskevista voimavaroista voidaan yleensä käyttää yhtä tai useampaa seuraavista asiakirjoista:

a) pankkien antamat asianmukaiset lausunnot tai tarvittaessa todiste asianmukaisesta ammatinharjoittajan vastuuvakuutuksesta;

b) yrityksen taseet tai otteet niistä, jos sen valtion lainsäädännössä, johon taloudellinen toimija on sijoittautunut, edellytetään taseen julkistamista;

c) kokonaisliikevaihtoa koskeva todistus ja tarvittaessa hankintasopimuksen kohteena olevan toimialan liikevaihto enintään kolmelta viimeiseltä saatavilla olevalta tilikaudelta sen mukaan, milloin taloudellinen toimija on perustettu tai se on aloittanut toimintansa, siltä osin kuin liikevaihtoa koskevat tiedot ovat saatavilla.

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.

4. Hankintaviranomaisten on hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ilmoitettava, mikä tai mitkä 1 kohdassa tarkoitetuista asiakirjoista niille on esitettävä ja mitä muita asiakirjoja on toimitettava.

5. Jos taloudellinen toimija ei hyväksyttävästä syystä voi toimittaa hankintaviranomaiselle sen pyytämiä asiakirjoja, se saa osoittaa taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavaransa jollain muulla hankintaviranomaisen hyväksymällä asiakirjalla.”

Direktiivi 78/660/ETY

7 Yhtiömuodoltaan tietynlaisten yhtiöiden tilinpäätöksistä perustamissopimuksen [44 artiklan 2 kohdan g alakohdan] nojalla 25.7.1978 annetun neljännen neuvoston direktiivin 78/660/ETY (EYVL L 222, s. 11) ensimmäisestä perustelukappaleesta ilmenee, että kyseisellä direktiivillä on osakeyhtiöiden ja rajavastuuyhtiöiden osalta yhdenmukaistettu kansallisia säännöksiä, jotka koskevat tilinpäätösten esittämistä, sisältöä, niitä laadittaessa käytettäviä arvostusmenetelmiä sekä niiden julkistamista. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa, jossa luetellaan kyseiset yhtiömuodot, mainitaan Saksan liittotasavallan osalta muun muassa ”Aktiengesellschaft”.

8 Kyseisellä direktiivillä säädetään kuitenkin vain osittaisesta yhdenmukaistamisesta. Niinpä sen 6 artiklassa säädetään muun muassa, että jäsenvaltiot voivat mahdollistaakseen tuloksen käytön ilmoittamisen sallia taseen ja tuloslaskelman kaavan muokkaamisen tai vaatia sitä.

Saksan ja Unkarin oikeus

9 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että yhtiöiden tilinpäätöstä koskevissa Saksan ja Unkarin lainsäädännöissä säädetään molemmissa, että taseen tulosta koskevassa erässä on otettava huomioon osingonjako. Unkarin lainsäädännössä tämä sallitaan kuitenkin vain siltä osin kuin se ei vaikuta siten, että taseen kyseisestä erästä tulee negatiivinen, kun taas Saksan lainsäädännössä ei säädetä kyseisen kaltaisesta rajoituksesta ainakaan siltä osin kuin tytäryhtiön voittoja siirretään emoyhtiölle.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

10 Édukövízig aloitti Euroopan unionin virallisessa lehdessä 25.7.2006 julkaistulla hankintailmoituksella rajoitetun menettelyn tehdäkseen julkisen hankintasopimuksen kuljetusinfrastruktuureihin liittyvien urakoiden tekemisestä. Asiakirjoista ilmenee, että kyseisten töiden arvioitu arvo sijoittui 7,2 ja 7,5 miljardin Unkarin forintin (HUF) eli noin 23 300 000 ja 24 870 000 euron välille.

11 Hankintaviranomainen vaati, että ehdokkaiden taloudellisista ja rahoitusta koskevista voimavaroista esitettäisiin kirjanpitosääntöjen mukaisesti laadittu yhtenäinen asiakirja, ja se asetti vähimmäisehdoksi sen, ettei päättyneen kolmen viimeisen tilikauden taseeseen otettu tulos ollut saanut olla negatiivinen useammin kuin kerran (jäljempänä talouteen liittyvä vaatimus).

12 Hochtief AG on emoyhtiö konsernissa, johon sen kokonaan omistama tytäryhtiö Hochtief Solutions AG kuuluu. Ne on perustettu Saksan oikeuden mukaan. Hochtief Unkari on jälkimmäisen Unkarissa sijaitseva sivuliike. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että Hochtief Unkarilla on ainakin mahdollisuus talouteen liittyvän vaatimuksen osalta viitata pelkästään Hochtief Solutions AG:n tilanteeseen.

13 Voiton siirtämistä koskevan sopimuksen perusteella Hochtief Solutions AG:n saama voitto on siirrettävä joka vuosi sen emoyhtiölle, joten Hochtief Solutions AG:n taseessa mainittu tulos on järjestelmällisesti nolla tai negatiivinen.

14 Hochtief Unkari on riitauttanut talouteen liittyvän vaatimuksen sääntöjenmukaisuuden sillä perusteella, että se on syrjivä ja että sillä rikotaan direktiivin 2004/18 täytäntöönpanosta annetun Unkarin lain tiettyjä säännöksiä.

15 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin toteaa tässä suhteessa, että Saksan oikeuden mukaan perustettuihin yhtiöihin – tai ainakin Saksan oikeuden mukaan perustettujen yhtiöiden konserneihin – tilinpäätösten alalla sovellettavien sääntöjen mukaan on mahdollista, että yhtiö esittää tuloksen, joka on verojen jälkeen positiivinen mutta taseen mukaan negatiivinen siitä syystä, että se on jakanut osinkoja tai siirtänyt voittoja määrän, joka ylittää verojen jälkeen jäljelle jääneen voiton, kun taas Unkarin lainsäädännössä kielletään osinkojen jakaminen, jos sen seurauksena taseen mukaisesta tuloksesta tulee negatiivinen.

16 Hochtief Unkari on kiistänyt talouteen liittyvän vaatimuksen Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottságissa. Hochtief Unkari on valittanut viimeksi mainitun päätöksestä ensimmäisen asteen tuomioistuimeen ja tämän jälkeen ennakkoratkaisupyynnön esittäneeseen tuomioistuimeen.

17 Hochtief Unkari väittää ennakkoratkaisupyynnön esittäneessä tuomioistuimessa, ettei talouteen liittyvä vaatimus mahdollista ehdokkaiden syrjimätöntä ja objektiivista vertailua, koska ne yhtiöiden tilinpäätöstä koskevat säännöt, jotka liittyvät konserneissa maksettaviin osinkoihin, voivat olla erilaisia eri jäsenvaltioissa. Näin on joka tapauksessa Unkarin ja Saksan liittotasavallan laita. Talouteen liittyvä vaatimus on välillisesti syrjivä, koska sillä asetetaan ne ehdokkaat, jotka eivät voi sitä täyttää tai joille sen täyttäminen on vaikeaa, epäedulliseen asemaan, koska niihin niiden sijoittautumisjäsenvaltiossa sovelletaan hankintaviranomaisen jäsenvaltiossa sovellettavasta lainsäädännöstä eroavaa lainsäädäntöä.

18 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin toteaa yhtäältä, että direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdasta ja 47 artiklan 1 kohdan b alakohdasta ilmenee, että hankintaviranomainen voi taseen suhteen asettaa taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehdon ja että toisaalta kyseisessä 47 artiklassa otetaan huomioon, että yhtiöiden tilinpäätöksiä koskevat kansalliset lainsäädännöt voivat erota toisistaan. Se pohtii näin ollen, miten taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehdot voitaisiin määritellä siten, että ne olisivat toisiinsa verrattavissa yhtiön sijoittautumispaikasta riippumatta, kun näiden ehtojen täyttyminen on todistettava kyseisen 47 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetyillä asiakirjoilla, joiden sisältö ja joissa annettavat tiedot voivat kuitenkin olla erilaisia eri jäsenvaltioissa.

19 Tässä tilanteessa Fővárosi Ítélőtábla on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko – – direktiivin 2004/18 – – 44 artiklan 2 kohdassa säädetyn soveltuvuutta koskevan vähimmäisehdon ja sen 47 artiklan 1 kohdan b alakohdan välillä tarvittavaa sidossuhdetta tulkittava siten, että hankintaviranomaisella on oikeus sitoa taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen selvittämisessä tarvittava soveltuvuutta koskeva vähimmäisehto vain yhteen tätä tarkoitusta varten valitsemansa kirjanpidollisen asiakirjan (tase) indikaattoriin?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, on lisäksi kysyttävä, täyttääkö soveltuvuutta koskevan vähimmäisehdon arvioimiseksi valittu sellainen tieto (taseen mukainen tulos), jonka sisältö on kunkin jäsenvaltion kirjanpitolainsäädännön mukaan erilainen, direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdassa edellytetyn liittymistä koskevan vaatimuksen?

3) Riittääkö jäsenvaltioiden välillä mitä todennäköisimmin vallitsevien erojen korjaamiseksi se, että hankintaviranomainen niiden asiakirjojen lisäksi, jotka se on valinnut taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen selvittämiseksi, takaa mahdollisuuden vedota ulkopuolisiin voimavaroihin ([direktiivin 2004/18] 47 artiklan [2] kohta), vai onko hankintaviranomaisen, jotta liittymistä koskeva vaatimus täyttyisi kaikkien hankintaviranomaisen vaatimien asiakirjojen osalta, taattava se, että kyseiset voimavarat voidaan osoittaa jollain muulla tavalla ([kyseisen direktiivin] 47 artiklan 5 kohta)?”

Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen

20 Édukövízig väittää aluksi, ettei ennakkoratkaisupyyntöä voida ottaa tutkittavaksi kahdesta syystä. Sen mukaan kyseinen pyyntö koskee yhtäältä sellaisia oikeudellisia seikkoja, joilla ei ole merkitystä ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen käsiteltävänä tosiasiallisesti olevassa asiassa, koska niitä ei ole käsitelty kyseisessä tuomioistuimessa käytävää menettelyä edeltäneessä oikeudenkäynnissä. Toisaalta talouteen liittyvä vaatimus ei aiheuta mitään todellista vaikeutta, koska Hochtief Unkari olisi voinut joko käyttää omaa tasettaan, jolla kyseinen vaatimus olisi täytetty, tai toimia Hochtief Solutions AG:n nimissä, sillä Hochtief Solutions AG:n sen emoyhtiöön Hochtief AG:hen sitova voitonsiirtosopimus huomioon ottaen ensin mainitun olisi pitänyt siihen sovellettavan lainsäädännön nojalla vedota viimeksi mainitun, joka lain nojalla oli vastuussa, taloudellisiin ja rahoitusta koskeviin voimavaroihin, mikä olisi sekin riittänyt täyttämään talouteen liittyvän vaatimuksen.

21 Näin esitetystä ensimmäisestä oikeudenkäyntiväitteestä on syytä todeta, että se koskee ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen käsiteltäväksi kansallisten prosessisääntöjen mukaisesti saatetun asian laajuutta ja ettei tällaisen kysymyksen tutkiminen kuulu unionin tuomioistuimen toimivaltaan.

22 Toisesta oikeudenkäyntiväitteestä on todettava, että se perustuu niihin väitettyihin seurauksiin, jotka aiheutuvat joko Unkarin oikeuteen – eli Hochtief Unkarin mahdollisuuteen itse täyttää talouteen liittyvä vaatimus – tai Saksan yhtiöoikeuteen – eli Hochtief Solutions AG:n mahdollisuuteen täyttää sama vaatimus, koska sillä oli velvollisuus vedota emoyhtiönsä taloudellisiin voimavaroihin – liittyvien tosiseikkojen arvioinnista, ja ettei tällaisten seikkojen arviointi kuulu unionin tuomioistuimelle.

23 Lisäksi on syytä muistuttaa, että SEUT 267 artiklan mukaisessa unionin tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten välisessä yhteistyössä yksinomaan kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen unionin tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. Viimeksi mainittu voi jättää tutkimatta kansallisen tuomioistuimen esittämän pyynnön ainoastaan, jos on ilmeistä, että kansallisen tuomioistuimen pyytämällä unionin oikeuden tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, tai jos kysymys on yleisluonteinen tai hypoteettinen (ks. mm. asia C-203/09, Volvo Car Germany, tuomio 28.10.2010, Kok., s. I-10721, 23 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

24 Koska tässä ei ole kyse yhdestäkään näistä tilanteista, kansallisen tuomioistuimen esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin on vastattava.

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

Ensimmäinen ja toinen kysymys

25 Ensimmäisellä ja toisella kysymyksellään, jotka on syytä tutkia yhdessä, kansallinen tuomioistuin kysyy pääasiallisesti, onko direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohtaa ja 47 artiklan 1 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että hankintaviranomainen saa asettaa taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehdon viittaamalla tiettyyn tase-erään ja että näin on meneteltävä siitä huolimatta, että kyseinen erä voi olla erilainen eri jäsenvaltioiden lainsäädännöissä ja näin ollen yhtiöiden taseissa sen lainsäädännön mukaan, jota niiden laatimiin tilinpäätöksiin sovelletaan.

26 Hankintaviranomainen saa direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan perusteella asettaa taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehdon kyseisen direktiivin 47 artiklan mukaisesti. Viimeksi mainitun artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään, että hankintaviranomainen voi muun muassa vaatia ehdokkaita ja tarjouksentekijöitä osoittamaan nämä voimavarat esittämällä taseensa.

27 On kuitenkin syytä todeta, ettei taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa voida asettaa pelkästään viittaamalla yleisesti taseeseen. Tästä seuraa, että direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä alakohdassa säädettyä mahdollisuutta voidaan käyttää kyseisen 47 artiklan 1 kohdan b alakohdan osalta vain viittaamalla tiettyyn yhteen tai useampaan yksittäiseen tase-erään.

28 Direktiivin 2004/18 47 artiklassa jätetään hankintaviranomaisille melko suuri vapaus valita nämä erät. Toisin kuin kyseisen direktiivin 48 artiklassa, joka koskee teknistä ja ammatillista pätevyyttä ja jossa säädetään suljetusta järjestelmästä, jolla rajoitetaan kyseisten viranomaisten käytettävissä olevia arviointi- ja todentamistapoja ja näin ollen niiden mahdollisuuksia vaatimusten esittämiseen (ks. direktiiviä 2004/18 edeltäneiden direktiivien analogisista säännöksistä asia 76/81, Transporoute et

travaux, tuomio 10.2.1982, Kok., s. 417, Kok. Ep. VI, s. 333, 8–10 ja 15 kohta), kyseisen 47 artiklan 4 kohdassa hankintaviranomaiset valtuutetaan nimenomaisesti valitsemaan ne todisteet, jotka ehdokkaiden tai tarjouksentekijöiden on esitettävä osoittaakseen taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavaransa. Koska direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdassa viitataan kyseiseen 47 artiklaan, sama valinnan vapaus liittyy taloudellista ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoihin.

29 Kyseinen vapaus ei kuitenkaan ole rajoittamaton. Direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdan toisen alakohdan mukaan soveltuvuutta koskevan vähimmäisehdon on liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden. Tästä seuraa, että sen tase-erän tai niiden tase-erien, jotka hankintaviranomainen valitsee taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehdon esittämistä varten, on objektiivisesti sovelluttava antamaan tietoja tietyn taloudellisen toimijan näistä voimavaroista, ja että näin vahvistettu raja-arvo on sopeutettava kyseisen hankintasopimuksen arvoon siten, että se on objektiivisesti positiivinen viite siitä, että olemassa on riittävä taloudellinen ja rahoituksellinen perusta sille, että kyseisen hankintasopimuksen täytäntöönpano voidaan saattaa asianmukaisesti päätökseen, menemättä kuitenkaan pidemmälle, kuin tässä suhteessa kohtuullisesti on tarpeen.

30 Koska yhtiöiden tilinpäätöstä koskevia jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä ei ole kokonaan yhdenmukaistettu, ei ole mahdotonta, että ne eroavat toisistaan taseen sen yksittäisen erän osalta, johon nähden hankintaviranomainen on esittänyt soveltuvuutta koskevat vähimmäisehdot. On kuitenkin syytä todeta, että – kuten direktiivin 2004/18 47 artiklan 1 kohdan b ja c alakohdan ja 5 kohdan sanamuoto osoittaa – kyseiseen direktiiviin sisältyy ajatus siitä, että kun kyse on ehdokkaiden tai tarjoajien taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen osoittamisesta, hankintaviranomainen voi perustellusti vaatia tietyn asiakirjan, vaikka kaikki potentiaaliset ehdokkaat tai tarjoajat eivät kykenisikään sitä esittämään ja vaikka tämä mainitun 1 kohdan b alakohdan tapauksessa johtuisikin lainsäädännöllisistä eroavuuksista. Kyseistä vaatimusta sellaisenaan ei näin ollen voida pitää syrjivänä.

31 Tästä seuraa, ettei taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa koskevaa vaatimusta lähtökohtaisesti saada sivuuttaa vain siitä syystä, että tämän ehdon täyttyminen on osoitettava tietyllä tase-erällä, joka voi olla erilainen eri jäsenvaltioiden lainsäädännössä.

32 Ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen on näin ollen vastattava, että direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohtaa ja 47 artiklan 1 kohdan b alakohtaa on tulkittava siten, että hankintaviranomainen saa asettaa taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehdon viittaamalla yhteen tai useampaan yksittäiseen tase-erään, kunhan kyseiset tase-erät ovat objektiivisesti omiaan antamaan tietoja taloudellisen toimijan kyseisistä voimavaroista ja kunhan tämä ehto sopeutetaan kyseisen hankintasopimuksen arvoon siten, että se on objektiivisesti positiivinen viite riittävästä taloudellisesta ja rahoituksellisesta perustasta sille, että kyseisen hankintasopimuksen täytäntöönpano voidaan saattaa asianmukaisesti päätökseen, menemättä kuitenkaan pidemmälle kuin tässä suhteessa kohtuullisesti on tarpeen. Taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa koskevaa vaatimusta ei lähtökohtaisesti saada sivuuttaa vain siitä syystä, että kyseinen ehto koskee tase-erää, joka voi olla erilainen eri jäsenvaltioiden lainsäädännöissä.

Kolmas kysymys

33 Kolmannella kysymyksellään kansallinen tuomioistuin kysyy pääasiallisesti, onko direktiivin 2004/18 47 artiklaa tulkittava siten, että silloin kun taloudellinen toimija ei voi täyttää taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa siitä syystä, että sen sijoittautumisjäsenvaltion lainsäädäntö eroaa hankintaviranomaisen sijoittautumisjäsenvaltion lainsäädännöstä sen tase-erän osalta, johon nähden kyseinen soveltuvuutta koskeva vähimmäisehto on vahvistettu, riittää, että

kyseinen toimija voi mainitun artiklan 2 kohdan mukaisesti vedota muun yksikön voimavaroihin, vai onko sille annettava lupa mainitun artiklan 5 kohdan mukaisesti todistaa taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavaransa millä tahansa muulla hyväksyttävällä asiakirjalla.

34 On kuitenkin syytä todeta, että – kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee – pääasiassa kyseessä olevien lainsäädäntöjen väliset keskeiset erot eivät liity talouteen liittyvän vaatimuksen tarkoittaman tase-erän eli taseen mukaisen tuloksen ulottuvuuteen. Saksan ja Unkarin lainsäädännöissä säädetään näet molemmissa, että tilikauden tulos ja osinkojen jakaminen on otettava huomioon kyseisessä erässä. Nämä lainsäädännöt eroavat sitä vastoin toisistaan siltä osin kuin Unkarin lain mukaan osingonjaosta tai voittojen siirrosta ei saa aiheutua, että kyseisestä erästä tulee negatiivinen, kun taas Saksan laissa tätä ei kielletä ainakaan silloin, kun kyse on Hochtief Solutions AG:n kaltaisesta tytäryhtiöstä, jonka voitonjakosopimus sitoo emoyhtiöönsä.

35 Mainittu lainsäädäntöjen eroavuus on näin ollen siinä, että Saksan laissa ei Unkarin lain tavoin rajoiteta emoyhtiön mahdollisuutta päättää, että sille on siirrettävä tytäryhtiön voitot, vaikka tästä siirrosta aiheutuisi, että kyseisen tytäryhtiön taseen mukaisesta tuloksesta tulee negatiivinen, mutta siinä ei kuitenkaan vaadita tällaista voitonsiirtoa.

36 Näin ollen on syytä katsoa, että kansallinen tuomioistuin haluaa kysymyksellään selvittää, onko direktiivin 2004/18 47 artiklaa tulkittava siten, että kun taloudellisen toimijan on mahdotonta täyttää talouteen liittyvän vaatimuksen kaltaista taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa sellaisen sopimuksen vuoksi, jonka perusteella kyseinen taloudellinen toimija siirtää voittonsa järjestelmällisesti emoyhtiölleen, riittää, että kyseinen toimija voi mainitun artiklan 2 kohdan mukaisesti vedota muun yksikön voimavaroihin, vai onko sille mainitun artiklan 5 kohdan mukaisesti annettava lupa todistaa taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavaransa jollain muulla hyväksyttävällä asiakirjalla, kun otetaan huomioon, että tällainen sopimus on kyseisen taloudellisen toimijan sijoittautumisjäsenvaltion lainsäännössä sallittu ilman rajoituksia, kun taas hankintaviranomaisen sijoittautumisjäsenvaltion lainsäädännössä se sallitaan vain sillä edellytyksellä, ettei voitonsiirrosta aiheudu, että taseen mukaisesta tuloksesta tulee negatiivinen.

37 On selvää, ettei tällaisessa tilanteessa se, että tytäryhtiön on mahdotonta täyttää taseen yksittäisen erän perusteella vahvistettua taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa, ole viimekädessä asiaa tarkasteltaessa seurausta lainsäädännöllisistä eroavuuksista vaan emoyhtiön päätöksestä, joka velvoittaa kyseisen tytäryhtiön järjestelmällisesti siirtämään tälle koko voittonsa.

38 Mainitulla tytäryhtiöllä on tällaisessa tilanteessa yksinomaan direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdassa säädetty mahdollisuus vedota muun yksikön taloudellisiin ja rahoitusta koskeviin voimavaroihin esittämällä tämän antaman sitoumuksen siitä, että tarvittavat resurssit annetaan sen käyttöön. On todettava, että kyseinen mahdollisuus soveltuu erityisen hyvin tällaiseen yhteyteen, sillä emoyhtiö voi näin itse korjata tilanteen, jossa sen tytäryhtiön on sen takia ollut mahdotonta täyttää soveltuvuutta koskevia vähimmäisehtoja.

39 Kolmanteen kysymykseen on siis vastattava, että direktiivin 2004/18 47 artiklaa on tulkittava siten, että kun taloudellisen toimijan on mahdotonta täyttää taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa, jonka mukaan ehdokkaiden tai tarjoajien päättyneen kolmen viimeisen tilikauden taseen mukainen tulos ei ole saanut olla negatiivinen useammin kuin kerran, sellaisen sopimuksen vuoksi, jonka perusteella kyseinen taloudellinen toimija siirtää voittonsa järjestelmällisesti emoyhtiölleen, kyseisellä toimijalla ei ole tämän soveltuvuutta koskevan vähimmäisehdon täyttämiseksi muuta mahdollisuutta kuin vedota mainitun artiklan 2 kohdan mukaisesti muun yksikön voimavaroihin. Asiaan ei tässä suhteessa vaikuta se, että mainitun taloudellisen toimijan sijoittautumisjäsenvaltion lainsäädäntö eroaa hankintaviranomaisen sijoittautumisjäsenvaltion lainsäädännöstä siten, että tällainen sopimus on rajoituksetta sallittu ensin mainitun jäsenvaltion lainsäädännössä, kun taas jälkimmäisen lainsäädännössä se sallitaan vain sillä edellytyksellä, ettei voittojen siirrosta aiheudu, että taseen mukaisesta tuloksesta tulee negatiivinen.

Oikeudenkäyntikulut

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

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

1) **Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 44 artiklan 2 kohtaa ja 47 artiklan 1 kohdan b alakohtaa on tulkittava siten, että hankintaviranomainen saa asettaa taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehdon viittaamalla yhteen tai useampaan yksittäiseen tase-erään, kunhan kyseiset tase-erät ovat objektiivisesti omiaan antamaan tietoja taloudellisen toimijan kyseisistä voimavaroista ja kunhan tämä ehto sopeutetaan kyseisen hankintasopimuksen arvoon siten, että se on objektiivisesti positiivinen viite riittävästä taloudellisesta ja rahoituksellisesta perustasta sille, että kyseisen hankintasopimuksen täytäntöönpano voidaan saattaa asianmukaisesti päätökseen, menemättä kuitenkaan pidemmälle kuin tässä suhteessa kohtuullisesti on tarpeen. Taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa koskevaa vaatimusta ei lähtökohtaisesti saada sivuuttaa vain siitä syystä, että kyseinen ehto koskee tase-erää, joka voi olla erilainen eri jäsenvaltioiden lainsäädännöissä.**

2) **Direktiivin 2004/18 47 artiklaa on tulkittava siten, että kun taloudellisen toimijan on mahdotonta täyttää taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojen vähimmäisehtoa, jonka mukaan ehdokkaiden tai tarjoajien päättyneen kolmen viimeisen tilikauden taseen mukainen tulos ei ole saanut olla negatiivinen useammin kuin kerran, sellaisen sopimuksen vuoksi, jonka perusteella kyseinen taloudellinen toimija siirtää voittonsa järjestelmällisesti emoyhtiölleen, kyseisellä toimijalla ei ole tämän soveltuvuutta koskevan vähimmäisehdon täyttämiseksi muuta mahdollisuutta kuin vedota mainitun artiklan 2 kohdan mukaisesti muun yksikön voimavaroihin. Asiaan ei tässä suhteessa vaikuta se, että mainitun taloudellisen toimijan sijoittautumisjäsenvaltion lainsäädäntö eroaa hankintaviranomaisen sijoittautumisjäsenvaltion lainsäädännöstä siten, että tällainen sopimus on rajoituksetta sallittu ensin mainitun jäsenvaltion lainsäädännössä, kun taas jälkimmäisen lainsäädännössä se sallitaan vain sillä edellytyksellä, ettei voittojen siirrosta aiheudu, että taseen mukaisesta tuloksesta tulee negatiivinen.**

Allekirjoitukset