UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

23 päivänä joulukuuta 2009 *

Asiassa C-376/08,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia) on esittänyt 2.4.2008 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 18.8.2008, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Serrantoni Srl ja

Consorzio stabile edili Scrl

vastaan

Comune di Milano,

* Oikeudenkäyntikieli: italia.

Bora Srl Construzioni edilin,

Unione consorzi stabili Italian **(UCSI)** ja

Associazione nazionale imprese edilin **(ANIEM)**

osallistuessa asian käsittelyyn,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: kolmannen jaoston puheenjohtaja K. Lenaerts, joka hoitaa neljännen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (esittelevä tuomari), G. Arestis ja T. von Danwitz,

julkisasiamies: J. Kokott,
kirjaaja: R. Grass,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Euroopan komissio, asiamiehinään C. Zadra ja D. Recchia,

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 (EYVL L 134, s. 114) 4 artiklan, EY 39, EY 43, EY 49 ja EY 81 artiklan sekä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja suhteellisuusperiaatteen tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat rakennusyhtiö Serrantoni Srl (jäljempänä Serrantoni) ja Comune di Milano (Milanon kaupunki) ja jossa on kysymys Comune di Milanon päätöksestä jättää Serrantoni julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekomenettelyn ulkopuolelle.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön säännöstö

3 Direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Jäsenvaltioissa valtion, paikallisten yhteisöjen ja muiden julkisoikeudellisten laitosten puolesta tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava [EY:n] 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.”

4 Direktiivin 2 artiklan sanamuoto on seuraava:

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

5 Direktiivin 4 artiklassa, jonka otsikkona on ”Taloudelliset toimijat”, säädetään seuraavaa:

”1. Ehdokkaita tai tarjoajia, jotka sen jäsenvaltion lain mukaan, johon ne ovat sijoittautuneet, saavat tarjota kyseisiä palveluita, ei saa hylätä pelkästään sillä perusteella, että sen jäsenvaltion lain mukaan, jossa hankintasopimus tehdään, niiden olisi oltava joko luonnollisia henkilöitä tai oikeushenkilöitä.

– –

2. Taloudelliset toimijat saavat tehdä tarjouksia tai ilmoittautua ehdokkaiksi ryhmittyminä. Hankintaviranomaiset eivät voi edellyttää taloudellisten toimijoiden ryhmittymiltä tiettyä oikeudellista muotoa tarjouksen tai osallistumishakemuksen tekemistä varten. Sopimuspuoleksi valitulta ryhmittymältä voidaan kuitenkin edellyttää tiettyä oikeudellista muotoa sopimuksen teon jälkeen, sikäli kuin tämä on tarpeen hankintasopimuksen asianmukaiseksi toteuttamiseksi.”

6 Direktiivin 2004/18 7 artiklan 1 kohdan c alakohdan, sellaisena kuin se oli voimassa pääasian tosiseikkojen tapahtuma-aikana sen jälkeen kun sitä oli mukautettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin sovellettavien kynnysarvojen osalta 19.12.2005 annetulla komission asetuksella (EY) N:o 2083/2005 (EUVL L 333, s. 28), mukaan direktiiviä 2004/18 sovellettiin julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin, joiden ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa oli vähintään 5 278 000 euroa.

7 Tämän direktiivin 45 artiklan, jonka otsikkona on ”Ehdokkaan tai tarjoajan henkilökohtainen asema”, 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintamenettelystä voidaan sulkea pois taloudellinen toimija, joka

a) on konkurssissa tai purkumenettelyn kohteena tai keskeyttänyt liiketoimintansa tai jonka asioita hallinnoi tuomioistuin tai joka on sopinut järjestelystä velkojien kanssa taikka on muun vastaavan kansalliseen lainsäädäntöön ja kansallisiin määräyksiin perustuvan menettelyn alainen;

b) on asianosaisena oikeudenkäynnissä, jonka tarkoituksena on konkurssiin asettaminen, purkaminen tai tuomioistuimen hallinnointi tai akordikäsittely, taikka muussa vastaavassa kansalliseen lainsäädäntöön ja kansallisiin määräyksiin perustuvassa oikeudenkäyntimenettelyssä;

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;

e) on laiminlyönyt velvollisuutensa suorittaa sen maan, johon taloudellinen toimija on sijoittautunut, tai sen maan, jossa hankintaviranomainen on, lainsäädännön mukaisia sosiaaliturvamaksuja;

f) on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa sijoittautumismaansa tai hankintaviranomaisen maan lainsäädännön mukaisia veroja;

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."

Kansallinen säännöstö

8 Direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY mukaisia julkisia rakennusurakoita sekä julkisia palvelu- ja tavaranhankintoja koskevien sopimusten koodeksin käyttöönottamisesta (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) 12.4.2006 annetussa asetuksessa (decreto legislativo) nro 163 (GURI, Supplemento ordinario nro 100, 2.5.2006; jäljempänä asetus nro 163/2006) säädetään Italiassa kaikista julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyistä rakennusurakoiden sekä palvelu- ja tavaranhankintojen alalla. Tämän asetuksen, sellaisena kuin se on muutettuna 31.7.2007 annetulla asetuksella (decreto legislativo) nro 113, 34 §:n, jonka otsikkona on "Toimijat, joiden kanssa voidaan tehdä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia", 1 momentissa säädetään seuraavaa:

"1. Seuraavilla toimijoilla on oikeus osallistua julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyyn, sanotun kuitenkaan rajoittamatta nimenomaisesti säädettyjen rajoitusten soveltamista:

– –

b) tuotanto- ja työosuuskuntien konsortiot – ja – käsityöläisalan yritysten konsortiot – –;

c) – – konsortioyhtiöiden muodossa toimivat pysyvät konsortiot, jotka on muodostettu yksittäisten elinkeinonharjoittajien (mukaan luettuna käsityöläiset), kaupallisten yhtiöiden tai tuotanto- ja työosuuskuntien välillä 36 §:n säännösten mukaisesti;

– –

f) toimijat, jotka ovat tehneet sopimuksen eurooppalaisesta taloudellisesta etuyhtymästä (ETEY) – –;

f bis) – – toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneet taloudelliset toimijat, jotka on perustettu kyseisessä jäsenvaltiossa voimassa olevan lainsäädännön mukaisesti.”

9 Asetuksen nro 163/2006 36 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Pysyvillä konsortioilla (’consorzi stabili’) tarkoitetaan sellaisia – –, jotka ovat sopineet päättävien elintensä päätöksillä toimivansa yhdessä julkisten rakennusurakoiden,

palveluhankintojen tai tavaranhankintojen alalla vähintään viiden vuoden ajan ja ovat perustaneet tätä varten yhteisen yritysorganisaation.”

10 Asetuksen nro 163/2006 36 §:n 5 momentissa, sellaisena kuin se oli voimassa pääasian tosiseikkojen tapahtuma-aikana, säädettiin seuraavaa:

”– – pysyvä konsortio ja sen jäsenet eivät saa osallistua samaan sopimuksentekomenettelyyn; mikäli kieltoa ei noudateta, sovelletaan rikoslain (codice penale) 353 §:ää.”

11 Kyseisen asetuksen 37 §:n 7 momentissa, sellaisena kuin se oli voimassa pääasian tosiseikkojen tapahtuma-aikana, säädettiin seuraavaa:

”– – Edellä 34 §:n 1 momentin b kohdassa tarkoitettujen konsortioiden on ilmoitettava tarjouksessa ne konsortion jäsenet, joiden lukuun konsortio osallistuu tarjouskilpailuun; viimeksi mainitut eivät saa osallistua missään muussa muodossa samaan tarjouskilpailuun; mikäli tätä ei noudateta, sekä konsortio että sen jäsen suljetaan tarjouskilpailun ulkopuolelle; mikäli kieltoa ei noudateta, sovelletaan rikoslain 353 §:ää – –.”

12 Rikoslain 353 §:n mukaan edellä olevan kiellon noudattamatta jättämisestä seuraa enintään kahden vuoden ja joissakin tapauksissa viiden vuoden pituinen vapausrangaistus ja sakkoa.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

13 Comune di Milano aloitti vuonna 2007 tarjouskilpailun tehdäkseen hankintasopimuksen rakennusurakasta, jonka kohteena oli ”Kiireelliset toimet ja rationalisointi väestörekisteripiireissä, V osa”. Comune di Milano päätti 27.9.2007 sulkea pois hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelystä Serrantonin, joka on Consorzio stabile edili Scrl -nimisen pysyvän konsortion jäsen, ja tämän konsortion asetuksen nro 163/2006 36 §:n 5 momentin rikkomisen takia. Comune di Milano määräsi tämän säännöksen nojalla myös, että asian asiakirjat oli toimitettava viralliselle syyttäjälle rikoslain 353 §:n soveltamista varten, ja päätti antaa urakan toiselle yritykselle.

14 Serrantoni ja pysyvä konsortio, johon se kuuluu, tekivät tästä hankintaviranomaisen päätöksestä ennakkoratkaisua pyytävään tuomioistuimeen valituksen, jossa ne katsovat, että asetuksen nro 163/2006 36 §:n 5 momentti on yhteensopimaton direktiivin 2004/18 4 artiklan sekä EY 39, EY 43, EY 49 ja EY 81 artiklan kanssa sekä että sillä loukataan syrjintäkiellon periaatetta.

15 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa aluksi, että kyseessä olevassa kansallisessa säännöksessä tehdään ero yhtäältä pysyvien konsortioiden ja toisaalta tuotanto- ja työosuuskuntien konsortioiden ja käsityöläisalan yritysten konsortioiden välillä. Ensimmäisenä mainittujen konsortioiden osalta on säädetty ehdottomasta kiellosta, jonka mukaan konsortio ja siihen kuuluvat yritykset eivät saa osallistua samanaikaisesti samaan julkiseen hankintaan eri tarjouksilla, ja kiellon rikkomisesta seuraa automaattisesti tapahtuva poissulkeminen ja rikosoikeudellisia seuraamuksia. Toisena mainittujen konsortioiden osalta tätä kieltoa sovelletaan ainoastaan konsortioon ja sellaiseen yritykseen, jonka intressissä tämä konsortio on jättänyt tarjouksen kyseisessä hankintamenettelyssä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, että pääasiassa kysymyksessä oleva pysyvä konsortio ei ole osallistunut hankintamenettelyyn Serrantonin intressissä.

16 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa tämän jälkeen, että näiden edellä mainittujen erityyppisten konsortioiden tarkoituksen tai organisaation välillä ei ole sellaisia eroja, joilla erilainen kohtelu voitaisiin oikeuttaa. Kaikille näille konsortiotyypeille on tyypillistä, että niillä on yhteinen organisaatio jäsenyritysten välillä tehtävän sellaisen yhteistoiminnan järjestämistä varten, jonka tarkoituksena on alentaa hallinnointikustannuksia, optimoida kunkin yrityksen taloudelliset tulokset ja lisätä kilpailua julkisten hankintojen alalla. Kyseinen tuomioistuin kysyykin sen takia, soveltuuko erilainen kohtelu yhteen syrjintäkiellon periaatteen ja sen yhteisön oikeuden vaatimuksen kanssa, jonka mukaan on varmistettava, että mahdollisimman moni tarjoaja osallistuu hankintamenettelyihin.

17 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii myös sitä, soveltuuko tämä erilainen kohtelu yhteen direktiivin 2004/18 4 artiklan kanssa, koska kyseessä oleva poissulkeminen tehdään yksinomaan pysyvän konsortion oikeudellisen muodon perusteella, ja soveltuuko se siten yhteen EY 39, EY 43, EY 49 ja EY 81 artiklan kanssa. Tällä syrjinnällä on lisäksi erityistä merkitystä siksi, että konsortio-instituutiosta on säädetty laajalti muiden jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä ja sitä ilmentää yhteisön tasolla eurooppalainen taloudellinen etuyhtymä (ETEY).

18 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa lopuksi, että kysymyksessä oleva ehdoton kielto perustuu yksistään siihen muodolliseen seikkaan, että yhtiö osallistuu tietyntyyppiseen konsortioon. Riidanalaisissa säännöksissä ei nimittäin edellytetä mitään konkreettista arviointia siitä, onko konsortiolla ja sen jäsenellä vaikutusvaltaa toisiinsa, vaan siinä päinvastoin asetetaan abstrakti olettama näiden kahden tahon välisestä vuorovaikutuksesta toisiinsa. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan tätä ehdotonta kieltoa sovelletaan, vaikka konsortio ei osallistu hankintamenettelyyn kyseisen yrityksen intressissä eikä käytä kyseistä yritystä hankintasopimuksen täytäntöönpanoon eikä näin ollen ole sopinut kyseisen yrityksen kanssa tarjouksen tekemisestä. Se kysyy näin ollen, voidaanko tätä ehdotonta kieltoa perustella sellaisilla yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä, jotka koskevat julkisia hankintoja koskevien menettelyjen säännönmukaisuuden varmistamista, ja ylitetäänkö kiellolla laajasti tämä tavoite.

19 Näiden seikkojen perusteella Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia päätti lykätä ratkaisun antamista asiassa ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Ovatko – – asetuksen nro 163 – – 36 §:n 5 momenttiin sisältyvät kansalliset säännökset esteenä – – direktiivin 2004/18 – – 4 artiklan asianmukaiselle soveltamiselle, kun niissä säädetään, että

– konsortion jäsenen osallistuessa tarjouskilpailuun konsortio suljetaan automaattisesti pois menettelystä pelkästään sillä perusteella, että sillä on tietty oikeudellinen muoto (pysyvä konsortio) eikä jotain muuta, olennaisilta osin samanlaista muotoa (tuotanto- ja työosuuskuntien välinen konsortio ja käsityöläisalan yritysten välinen konsortio),

– jos pysyvä konsortio osallistuu tarjouskilpailuun, on samalla niin, että vaikka se on ilmoittanut osallistuvansa muiden yritysten lukuun ja uskovansa töiden toteuttamisen muille yrityksille, mikäli se voittaa tarjouskilpailun, yritys suljetaan automaattisesti menettelyn ulkopuolelle pelkästään sen muodollisen seikan perusteella, että se on tällaisen konsortion jäsen?

2) Ovatko – – asetuksen nro 163 – – 36 §:n 5 momenttiin sisältyvät kansalliset säännökset esteenä EY 39, EY 43, EY 49 ja EY 81 artiklan asianmukaiselle soveltamiselle, kun niissä säädetään, että

– konsortion jäsenen osallistuessa tarjouskilpailuun konsortio suljetaan automaattisesti pois menettelystä pelkästään sillä perusteella, että sillä on tietty oikeudellinen muoto (pysyvä konsortio) eikä jotain muuta, olennaisilta osin samanlaista muotoa (tuotanto- ja työosuuskuntien välinen konsortio tai käsityöläisalan yritysten välinen konsortio),

– jos pysyvä konsortio osallistuu tarjouskilpailuun, on samalla niin, että vaikka se on ilmoittanut osallistuvansa muiden yritysten lukuun ja uskovansa töiden toteuttamisen muille yrityksille, mikäli se voittaa tarjouskilpailun, yritys suljetaan automaattisesti menettelyn ulkopuolelle pelkästään sen muodollisen seikan perusteella, että se on tällaisen konsortion jäsen?”

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

20 Aluksi on todettava, että unionin tuomioistuimelle jätetyistä asiakirjoista käy ilmi, että pääasiassa riidanalaisena olevassa hankintamenettelyssä hankinnan arvo alittaa selvästi direktiivin 2004/18 7 artiklan 1 kohdan c alakohdassa säädetyn kynnysarvon. Näin ollen tämä hankinta ei kuulu tässä direktiivissä säädettyjen menettelyiden soveltamisalaan.

21 On kuitenkin korostettava, että hankinnan arvon jääminen yhteisön oikeudessa säädetyn kynnysarvon alapuolelle ei kuitenkaan tarkoita sitä, että tämä hankinta jäisi kokonaan yhteisön oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle.

22 Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä käy nimittäin ilmi, että sellaista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyssä, jonka arvo jää tämän kynnysarvon alapuolelle, on noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatetta. Ainoa ero sellaisiin hankintoihin, joiden arvo ylittää direktiivin 2004/18 säännöksissä vahvistetun kynnysarvon, on se, että ainoastaan näihin viimeksi mainittuihin hankintoihin sovelletaan näissä säännöksissä säädettyjä erityisiä ja tiukkoja menettelyitä (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat C-147/06 ja C-148/06, SECAP ja Santorso, tuomio 15.5.2008, Kok., s. I-3565, 19 ja 20 kohta).

23 Tätä tulkintaa tukee direktiivin 2004/18 toinen perustelukappale, jonka mukaan jäsenvaltioissa yksiköiden, jotka ovat hankintaviranomaisia, puolesta tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava perustamissopimuksen perussääntöjä ja erityisesti tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta ja sijoittautumisvapautta koskevia perussääntöjä sekä niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta ja suhteellisuusperiaatetta.

24 Oikeuskäytännön mukaan perustamissopimuksen perustavanlaatuisten oikeussääntöjen ja yleisten periaatteiden soveltaminen sellaisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin, joiden arvo alittaa yhteisön oikeuden säännösten mukaisen soveltamiskynnyksen, edellyttää kuitenkin, että kyseessä oleviin hankintasopimuksiin liittyy varma rajat ylittävä intressi (ks. em. yhdistetyt asiat SECAP ja Santorso, tuomion 21 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

25 Oikeuskäytännössä on korostettu sitä, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida yksityiskohtaisesti kaikki kyseessä olevaa hankintaa koskevat merkitykselliset seikat tarkistaakseen, onko varma rajat ylittävä intressi olemassa (em. yhdistetyt asiat SECAP ja Santorso, tuomion 34 kohta). Tässä asiassa esitettyihin kysymyksiin annettavat vastaukset esitetään sen olettamuksen, jonka paikkansapitävyys ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on kuitenkin tarkistettava, pohjalta, että pääasiassa kysymyksessä olevaan hankintaan sisältyy varma rajat ylittävä intressi.

Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

26 Kansallinen tuomioistuin haluaa tällä kysymyksellään selvittää, onko direktiivin 2004/18 4 artiklaa tulkittava siten, että se on esteenä sellaiselle pääasiassa kyseessä olevan kansallisen lainsäädännön kaltaiselle lainsäädännölle, jossa säädetään sekä pysyvän konsortion että sen jäsenyritysten automaattisesta poissulkemisesta julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelystä ja niille määrättävistä rikosoikeudellisista seuraamuksista, jos jäsenyritykset ovat esittäneet tämän konsortion kanssa kilpailevia tarjouksia tässä samassa hankintamenettelyssä, vaikka konsortion tarjousta ei ole jätetty näiden yritysten lukuun eikä intressissä.

27 Kuten tämän tuomion 20 kohdassa on palautettu mieliin, pääasiassa kysymyksessä oleva hankinta ei kuulu tässä direktiivissä säädettyjen menettelyiden soveltamisalaan, koska sen arvo alittaa direktiivin 2004/18 7 artiklan 1 kohdan c alakohdassa säädetyn kynnysarvon.

28 Tämän vuoksi ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymykseen ei ole tarpeen vastata.

Toinen ennakkoratkaisukysymys

29 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää tällä kysymyksellään, kun sitä tarkastellaan kokonaisuutena ennakkoratkaisupyynnön valossa, että onko EY 43 ja EY 49 artiklasta sekä EY 39 ja EY 81 artiklasta seuraavia yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja suhteellisuusperiaatetta tulkittava siten, että ne ovat esteenä sellaiselle pääasiassa kyseessä olevan kansallisen lainsäädännön kaltaiselle lainsäädännölle, jossa säädetään sekä pysyvän konsortion että sen jäsenyritysten automaattisesta poissulkemisesta julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelystä ja niille määrättävistä rikosoikeudellisista seuraamuksista, jos jäsenyritykset ovat esittäneet tämän

konsortion kanssa kilpailevia tarjouksia tässä samassa hankintamenettelyssä, vaikka konsortion tarjousta ei ole jätetty näiden yritysten lukuun eikä intressissä.

30 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitsemista perustamissopimuksen artikloista on todettava ensinnäkin, että pääasiassa kysymyksessä oleva poissulkeminen ei liity EY 39 artiklassa tarkoitettuun työntekijöiden vapaaseen liikkuvuuteen eikä myöskään EY 81 artiklassa tarkoitettuihin yritysten välisiin sopimuksiin tai yritysten yhteenliittymien päätöksiin. Unionin tuomioistuimen ei täten tarvitse antaa vastausta näiden artiklojen osalta.

31 Yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta ja avoimuusperiaatteesta on todettava, että jäsenvaltioille on tunnustettava tiettyä harkintavaltaa niiden toimenpiteiden toteuttamisen suhteen, joilla on tarkoitus varmistaa, että näitä periaatteita, jotka sitovat hankintaviranomaisia kaikissa julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyissä, noudatetaan (ks. vastaavasti asia C-213/07, Michaniki, tuomio 16.12.2008, Kok., s. I-9999, 44 kohta).

32 Jokainen jäsenvaltio nimittäin kykenee parhaiten yksilöimään sille ominaisten historiallisten, oikeudellisten, taloudellisten tai sosiaalisten seikkojen valossa tilanteet, jotka ovat otollisia sellaisten toimintatapojen ilmenemiselle, jotka voivat johtaa näiden periaatteiden noudattamatta jättämiseen (ks. em. asia Michaniki, tuomion 56 kohta).

33 Suhteellisuusperiaatteen, joka on yhteisön oikeuden yleinen periaate (ks. mm. asia C-213/03, Swedish Match, tuomio 14.12.2004, Kok., s. I-11893, 47 kohta), mukaan jäsenvaltioiden toteuttamilla toimenpiteillä ei saada kuitenkaan ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi (ks. vastaavasti em. asia Michaniki, tuomion 48 ja 61 kohta ja asia C-538/07, Assitur, tuomio 19.5.2009, Kok., s. I-4219, 21 ja 23 kohta).

34 Ensinnäkin yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta ja suhteellisuusperiaatteesta on todettava, että pääasiassa kysymyksessä olevassa lainsäädännössä säädetään automaattisesta poissulkemisesta hankintamenettelystä, jos pysyvä konsortio ja yksi tai useampi siihen kuuluvista yrityksistä jättää samanaikaisesti kilpailevia tarjouksia.

35 Tämän osalta on tärkeää korostaa, että pääasiassa kysymyksessä olevaa automaattista poissulkemista sovelletaan yksinomaan pysyviin konsortioihin ja yrityksiin, joista ne muodostuvat, eikä muuntyyppisiin konsortioihin, kuten tuotanto- ja työosuuskuntien konsortiot ja käsityöläisalan yritysten väliset konsortiot. Nämä viimeksi mainitun tyyppiset konsortiot suljetaan asetuksen nro 163/2006 37 §:n 7 momentin nojalla pois hankintamenettelystä yksinomaan siinä tapauksessa, että kysymyksessä oleva konsortio ja sen muodostavat sellaiset yritykset, joiden lukuun konsortio itse on jättänyt tarjouksen, jättävät kilpailevat tarjoukset.

36 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa tältä osin, että kaikki nämä konsortioiden muodot ovat olennaisesti samanlaisia eikä niiden tarkoitusten tai organisaatioiden välillä ole sellaisia eroja, joilla epäyhdenvertainen kohtelu voitaisiin perustella.

37 On todettava, että pääasiassa kysymyksessä olevalla automaattisella poissulkemisella, joka koskee yksinomaan pysyvän konsortion muotoa ja tällaisen konsortion jäseninä olevia yrityksiä ja jota sovelletaan sellaisessa tapauksessa, jossa annetaan kilpailevia tarjouksia, siitä riippumatta, osallistuuko kyseinen konsortio tarjouksen jättäneiden yritysten lukuun ja intressissä hankintamenettelyyn vai ei, syrjitään tässä muodossa olevaa konsortiota, eikä se ole näin ollen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukainen.

38 Tähän on lisättävä, että vaikka oletettaisiinkin, että kysymyksessä olevaa kohtelua sovellettaan erotuksetta kaikkiin konsortiomuotoihin tai että kansallinen tuomioistuin toteaa, että on olemassa sellaisia pysyville konsortioille ominaisia objektiivisia seikkoja, joiden johdosta pysyvien konsortioiden tilanteet eroavat muiden konsortiomuotojen

tilanteesta, pääasiassa kysymyksessä olevan kaltainen automaattista poissulkemista koskeva sääntö ei ole missään tapauksessa suhteellisuusperiaatteen mukainen.

39 Tällainen sääntö sisältää nimittäin kiistämättömän olettaman vuorovaikutuksesta silloin, kun konsortio ja yksi tai useampi sen muodostavista yrityksistä jättää samassa hankintamenettelyssä kilpailevat tarjoukset, vaikka kysymyksessä oleva konsortio ei ole esittänyt menettelyssä tarjousta näiden yritysten lukuun eikä niiden intressissä, eikä konsortiolle ja kyseisille yrityksille ole jätetty mahdollisuutta todistaa, että ne ovat jättäneet tarjouksensa täysin itsenäisesti ja että näin ollen ei ole vaaraa siitä, että tämä menettely olisi vaikuttanut tarjoajien väliseen kilpailuun (ks. vastaavasti julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54) soveltamisalaan kuuluvien julkisten hankintojen osalta em. asiassa Michaniki annetun tuomion 67 kohta ja julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) soveltamisalaan kuuluvien julkisten hankintojen osalta em. asiassa Assitur annetun tuomion 30 kohta).

40 Mainittu systemaattista poissulkemista koskeva sääntö, josta seuraa myös hankintaviranomaisille ehdoton velvollisuus sulkea pois kysymyksessä olevat yksiköt, vaikka niiden väliset suhteet eivät vaikuta niiden käyttäytymiseen menettelyissä, joihin ne ovat osallistuneet, on vastoin yhteisön intressiä siihen, että varmistetaan mahdollisimman monen tarjoajan osallistuminen tarjouskilpailuun, ja tällä säännöllä ylitetään se, mikä on tarpeen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen soveltamisen varmistamista koskevan tavoitteen saavuttamiseksi (ks. vastaavasti direktiivin 92/50 soveltamisalaan kuuluvien julkisten hankintojen osalta em. asia Assitur, tuomion 26–29 kohta).

41 Toiseksi on todettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 43 ja EY 49 artikla ovat esteenä sellaisille kansallisille toimenpiteille, jotka – vaikka niitä sovelletaan ilman kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää – ovat omiaan estämään yhteisön kansalaista käyttämästä näillä perustamissopimuksen määräyksillä taattua sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta tai haittaamaan niiden käyttämistä tai tekemään niiden käyttämisen vähemmän houkuttelevaksi (ks. vastaavasti asia C-299/02, komissio

v. Alankomaat, tuomio 14.10.2004, Kok., s. I-9761, 15 kohta ja asia C-433/04, komissio v. Belgia, tuomio 9.11.2006, Kok., s. I-10653, 28 kohta).

42 Kuten Euroopan komissio on todennut osuvasti, pääasiassa kysymyksessä olevan kaltaisella säännöllä, jossa säädetään automaattisesta poissulkemisesta pysyvien konsortioiden ja niiden jäsenyritysten vahingoksi, voi olla torjuva vaikutus muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden kannalta, eli yhtäältä niiden toimijoiden kannalta, jotka haluavat sijoittautua kyseiseen jäsenvaltioon perustamalla sinne mahdollisesti kyseisen jäsenvaltion yrityksistä ja ulkomaisista yrityksistä koostuvan pysyvän konsortion, ja toisaalta niiden toimijoiden kannalta, jotka suunnittelevat liittyvänsä jo perustettuun pysyvään konsortioon voidakseen osallistua helpommin tämän jäsenvaltion hankintaviranomaisten aloittamiin hankintamenettelyihin ja tarjota helpommin palvelujaan.

43 Tällainen kansallinen toimenpide, joka on omiaan vaikuttamaan torjuvasti toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneisiin taloudellisiin toimijoihin, on EY 43 ja EY 49 artiklassa tarkoitettu rajoitus (ks. vastaavasti em. asia komissio v. Belgia, tuomion 29 kohta) etenkin, kun tätä torjuvaa vaikutusta lisää se, että pääasiassa kysymyksessä olevassa kansallisessa lainsäädännössä on säädetty rikosoikeudellisista seuraamuksista.

44 Pääasiassa kysymyksessä olevan kaltainen kansallinen toimenpide voi kuitenkin olla perusteltu siltä osin kuin sillä pyritään yleisen edun mukaiseen hyväksyttävään tavoitteeseen ja toimenpiteellä voidaan taata tämän tavoitteen toteutuminen eikä sillä ylitetä sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi.

45 Nyt esillä olevassa asiassa on kuitenkin todettava, että kysymyksessä oleva rajoitus ei ole siitä huolimatta, että sen hyväksyttävänä tavoitteena on estää salaisia sopimuksia kysymyksessä olevan konsortion ja sen muodostavien yritysten välillä, perusteltu, koska, kuten tämän tuomion 38–40 kohdasta käy ilmi, sillä ylitetään se, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi.

46 Näin ollen toiseen kysymykseen on vastattava, että yhteisön oikeutta on tulkittava siten, että se on esteenä pääasiassa kysymyksessä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jossa säädetään sellaisen julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyn osalta, jonka arvo jää alle direktiivin 2004/18 7 artiklan 1 kohdan c alakohdassa säädetyn kynnysarvon mutta johon liittyy varma rajat ylittävä intressi, sekä pysyvän konsortion että sen jäsenyritysten automaattisesta poissulkemisesta julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelystä ja niille määrättävistä rikosoikeudellisista seuraamuksista, jos viimeksi mainitut ovat esittäneet tämän konsortion kanssa kilpailevia tarjouksia tässä samassa hankintamenettelyssä, vaikka konsortion tarjousta ei ole jätetty näiden yritysten lukuun eikä intressissä.

Oikeudenkäyntikulut

47 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 (neljäs jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

Yhteisön oikeutta on tulkittava siten, että se on esteenä pääasiassa kysymyksessä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jossa säädetään sellaisen julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyn osalta, jonka arvo jää alle julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 7 artiklan 1 kohdan c alakoh-

dassa säädetyn kynnysarvon, mutta johon liittyy varma rajat ylittävä intressi, sekä pysyvän konsortion että sen jäsenyritysten automaattisesta poissulkemisesta julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelystä ja niille määrättävistä rikosoikeudellisista seuraamuksista, jos jäsenyritykset ovat esittäneet tämän konsortion kanssa kilpailevia tarjouksia tässä samassa hankintamenettelyssä, vaikka konsortion tarjousta ei ole jätetty näiden yritysten lukuun eikä intressissä.

Allekirjoitukset