Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
21 päivänä tammikuuta 2016 [1]

Asia C-27/15

Pippo Pizzo ym.
vastaan
CRGT srl

(Ennakkoratkaisupyyntö – Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italia))

Julkiset hankinnat — Direktiivi 2004/18/EY — Tarjouspyyntömenettelyyn osallistuminen — Mahdollisuus tukeutua muiden yritysten voimavaroihin asetettujen edellytysten täyttämiseksi — Sellaisen maksun suorittamatta jättäminen, josta ei ole määrätty nimenomaisesti — Tarjoajan sulkeminen pois hankintamenettelystä

1. Käsiteltävä ennakkoratkaisupyyntö tarjoaa unionin tuomioistuimelle tilaisuuden täydentää julkisten hankintasopimusten tekomenettelyjä ja erityisesti direktiiviä 2004/18/EY [2] koskevaa oikeuskäytäntöään.

2. Yhtäältä unionin tuomioistuimelta tiedustellaan jälleen kerran, voiko tarjoaja käyttää kolmansien voimavaroja täyttääkseen hankintamenettelyyn osallistumisen edellytykset, ja tähän on suhteellisen helppo vastata unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa.

3. Toisaalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko mahdollista, että tiettyjä hankintamenettelyyn hyväksymisen edellytyksiä ei ole nimenomaisesti mainittu hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa vaan ne voidaan päätellä yleisesti sovellettavista kansallisista oikeussäännöistä, ja tämä onkin sitten monimutkaisempi kysymys.

4. Toisen kysymyksen ratkaisemiseksi ehdotan, että unionin tuomioistuin tulkitsee väljästi oikeuskäytäntöään, joka koskee vaatimusta siitä, että kaikki hankintamenettelyyn osallistumisen edellytykset on nimenomaisesti mainittu tarjouspyyntöasiakirjoissa. Noudatan tässä yhteydessä näkemystä, jonka mukaan kohtuullisen valistuneen ja tavanomaisen huolellisen tarjoajan käsite on mainitun oikeuskäytännön hengen mukaisesti ratkaiseva.

1 — Alkuperäinen kieli: espanja.

2 — Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 134, s. 114).

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Unionin oikeus*

1. Direktiivi 2004/18

5. Direktiivin 2004/18 2 artiklassa säädetään, että ”hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti”.

6. Direktiivin 47 artiklassa 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 – –

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.

– –”

7. Direktiivin 2004/18 48 artiklassa säädetään seuraavaa:

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

– –

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

– –”

2. Direktiivi 2014/24/EU[3]

8. Direktiivin 2014/24 63 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Niiden perusteiden osalta, jotka liittyvät – – taloudelliseen tilanteeseen ja rahoitusasemaan ja – – tekniseen ja ammatilliseen pätevyyteen, talouden toimija voi tarkoituksenmukaisissa tapauksissa yksittäistä sopimusta varten käyttää hyväksi muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta. – – Jos talouden toimija haluaa käyttää hyväksi muiden yksiköiden voimavaroja, sen on osoitettava hankintaviranomaiselle, että sillä on käytettävissään tarvittavat voimavarat, esittämällä esimerkiksi näiden yksiköiden asiasta antama sitoumus.

– –

Jos talouden toimija käyttää hyväksi muiden yksiköiden voimavaroja taloudellista tilannetta ja rahoitusasemaa koskevien perusteiden täyttämiseksi, hankintaviranomainen voi vaatia, että talouden toimija ja kyseiset muut yksiköt ovat yhdessä vastuussa hankintasopimuksen toteuttamisesta.

– –

2. Kun kyse on rakennusurakka- ja palveluhankintasopimuksista sekä tavarahankintasopimuksiin liittyvistä kokoamis- tai asennustöistä, hankintaviranomaiset voivat vaatia, että tarjoaja itse toteuttaa tietyt kriittiset tehtävät tai, jos tarjoajina on 19 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu talouden toimijoiden ryhmittymä, joku ryhmittymään osallistuvista toimijoista toteuttaa kyseiset kriittiset tehtävät.”

B *Kansallinen oikeus*

1. Asetus (decreto legislativo) nro 163, annettu 12.4.2006[4]

9. Asetuksen nro 163 49 §:ssä säädetään seuraavaa:

”1. Tämän asetuksen 34 §:ssä tarkoitettu yksittäinen tarjoaja, konsortio tai ryhmittymä voi tiettyä rakennusurakkaa taikka palvelu- tai tavarahankintaa koskevan tarjouspyynnön yhteydessä täyttää taloudelliset, rahoitukselliset, tekniset ja organisatoriset vaatimukset eli SOA [– –]-todistuksen saamiselle asetetut vaatimukset vetoamalla jonkin muun toimijan täyttämiin vaatimuksiin tai jonkin muun toimijan saamaan SOA-todistukseen.

– –

6. Kun kyse on rakennusurakoista, tarjoaja voi tukeutua vain yhteen muuhun avustavaan yritykseen kunkin valmiusryhmän osalta. Hankintailmoituksessa voidaan sallia useampaan muuhun avustavaan yritykseen tukeutuminen hankinnan suuruuden tai työsuoritusten erityisluonteen vuoksi – –”

3 — Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 94, s. 65).

4 — Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia palvelu- ja tavarahankintoja koskevista sopimuksista direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY mukaisesti hyväksytty säännöstö (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; GURI nro 100, 2.5.2006, Supplemento ordinario nro 107), sellaisena kuin se on muutettuna 11.9.2008 annetulla asetuksella nro 152 (GURI nro 231, 2.10.2008, Supplemento ordinario nro 227), jäljempänä asetus nro 163/2006.

2. Laki nro 266, annettu 23.12.2005 [5]

10. Lain nro 266 1 §:n 67 momentin 1 kohdassa säädetään, että ”julkisten rakennusurakoiden valvontaviranomainen (Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici) – – vahvistaa vuosittain – – maksut, jotka sen valvonnassa olevien julkisten ja yksityisten toimijoiden on sille maksettava, sekä maksujen perimistä koskevat yksityiskohdat, mukaan luettuna talouden toimijoiden velvollisuus maksaa maksu, jotta tarjous voidaan ottaa huomioon julkisten rakennusurakoiden toteuttamiseen tähtäävissä menettelyissä”.

II Tosiseikat

11. Autorità Portuale di Messina (Italia) aloitti marraskuussa 2012 Euroopan laajuisen avoimen menettelyn kyseisen viranomaisen alueelliseen toimivaltaan kuuluvalla alueella satamia käyttävillä aluksilla syntyvien jätteiden ja lastijäämien nelivuotista käsittelypalvelua koskevan sopimuksen tekemisestä. Käsittelypalvelua oli aiemmin hoitanut CRGT srl -niminen yritys (jäljempänä CRGT).

12. Sopimuspuoleksi valittiin Pippo Pizzon ja Onofaro Antoninon tilapäinen yhteisyritys (jäljempänä Pizzo) sen jälkeen, kun oli todettu, että muut tarjouksen tehneet yritykset, joihin kuului myös CRGT, eivät olleet maksaneet julkisten hankintasopimusten valvonnasta vastaavalle viranomaiselle (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, jäljempänä AVCP) laissa nro 266/2005 säädettyä maksua, jonka suorittaminen oli edellytyksenä tarjousten hyväksymiselle hankintamenettelyyn, joten ne suljettiin hankintamenettelystä.

13. CRGT nosti Tribunale Amministrativo Regionale per la Siciliassa (sezione staccata di Catania, quarta sezione) (Sisilian alueellinen hallintotuomioistuin, Cataniassa istuva jaosto, 4. jaosto) kanteen hankintamenettelystä sulkemisestaan. Pizzo nosti vastakanteen, jossa se vetosi siihen, että CRGT olisi pitänyt sulkea hankintamenettelyn ulkopuolelle myös siksi, että se oli toimittanut ainoastaan toisen niistä pankin lausunnoista, jotka sen olisi tarjouspyynnön mukaan pitänyt toimittaa taloudellisten ja rahoitusta koskevien voimavarojensa osoittamiseksi.

14. Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia hyväksyi CRGT:n kanteen ja katsoi, että tämä oli jätetty perusteettomasti hankintamenettelyn ulkopuolelle siksi, että a) tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ollut asetettu velvollisuutta suorittaa laissa nro 266/2005 tarkoitettu maksu, b) kyseinen maksu liittyy nimenomaisesti julkisiin rakennusurakoihin muttei palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin ja c) maksua voidaan soveltaa palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin ainoastaan lain nro 266/2005 laajentavan tulkinnan mukaan, josta ei poissulkemisperusteiden tyhjentävyyttä koskevan periaatteen nojalla voi olla haittaa niille tarjoajille, jotka eivät itsestään riippumattomista syistä ole ymmärtäneet, että riidanalainen maksu oli suoritettava käsiteltävässä asiassa.

15. Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia hylkäsi Pizzon nostaman vastakanteen ja totesi, että CRGT saattoi tukeutua jonkin muun yrityksen, jonka kanssa se oli tehnyt tästä sopimuksen, taloudellisiin ja rahoitusta koskeviin voimavaroihin, kuten se oli tehnytkin.

16. Pizzo valitti ratkaisusta Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione sicilianaan, ja vastustaessaan tätä valitusta CRGT toisti muita kanteessaan esittämiään perusteita, joilla ei ole merkitystä käsiteltävässä asiassa.

17. Tässä tilanteessa Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana on päättänyt esittää ennakkoratkaisupyynnön.

5 — Vuoden 2006 finanssilaki (Legge finanziaria 2006; GURI nro 302, 29.12.2005, Supplemento ordinario nro 211). Jäljempänä laki nro 266/2005.

III Ennakkoratkaisukysymykset

18. Unionin tuomioistuimeen 22.1.2015 saapuneet ennakkoratkaisukysymykset ovat seuraavat:

”1) Onko julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 47 ja 48 artiklaa tulkittava siten, että ne ovat esteenä edellä esitetyn Italian lainsäädännön kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jossa sallitaan palveluiden yhteydessä edellä esitetyin ehdoin osittainen muiden voimavaroihin tukeutuminen?

2) Ovatko unionin oikeuden periaatteet, erityisesti luottamuksensuojaa, oikeusvarmuutta ja suhteellisuutta koskevat periaatteet, esteenä sellaiselle jäsenvaltion oikeusjärjestyksen säännölle, jolla sallitaan sulkea julkisia hankintoja koskevan menettelyn ulkopuolelle yritys, joka ei – koska hankintamenettelyä koskevissa asiakirjoissa ei nimenomaisesti ole tätä mainittu – ole ymmärtänyt, että sillä on velvollisuus – jonka laiminlyönnistä on seurauksena menettelyn ulkopuolelle sulkeminen – suorittaa tietty maksu, jotta se voi osallistua mainittuun menettelyyn, vaikka kyseistä velvollisuutta ei voida selvästi johtaa jäsenvaltion voimassa olevan lain sanamuodosta, mutta se on kuitenkin pääteltävissä sellaisen kaksiosaisen oikeudellisen toimenpiteen perusteella, joka koostuu ensinnäkin kyseisen jäsenvaltion positiivisen oikeuden tiettyjen säännösten laajasta tulkinnasta ja sitten hankintamenettelyä koskevien asiakirjojen sitovan sisällön täydentämisestä tällaisen laajan tulkinnan tulosten mukaisesti?”

19. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo ensimmäisestä kysymyksestä, että direktiivissä 2014/24 on saatettu rajoittaa mahdollisuutta tukeutua kolmannen voimavaroihin hankintaperusteiden täyttämiseksi.

20. Toisella kysymyksellään Consiglio di Giustizia tiedustelee, olisiko luottamuksensuojaa, oikeusvarmuutta ja suhteellisuutta koskevien periaatteiden sekä favor participationis -periaatteen nojalla kyseiselle yhtiölle annettava mahdollisuus korjata maksuvelvoitteensa laiminlyönti lyhyessä määräajassa.

IV Asian käsittely unionin tuomioistuimessa. Asianosaisten lausumat

21. Menettelyyn osallistuivat ja kirjallisia huomautuksia esittivät Italian hallitus ja komissio.

A *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

22. Italian hallitus väittää ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämästä ensimmäisestä kysymyksestä, että sen tutkittavaksi ottamisesta on epäilystä siksi, ettei kyseinen tuomioistuin ole kuvannut sen perustana olevia tosiseikkoja eikä näin ollen antanut unionin tuomioistuimelle ja asianosaisille välineitä, jotka ovat tarpeen, jotta ne voisivat omaksua kantansa esitettyyn ongelmaan.

23. Italian hallituksen mielestä direktiiviin 2014/24 ei voida vedota, koska sitä ei sovelleta käsiteltävään asiaan siksi, ettei määräaika sen saattamiselle osaksi kansallista oikeusjärjestystä ole vielä päättynyt. Sen mielestä mainitussa direktiivissä ei joka tapauksessa rajoiteta kolmansien voimavaroihin tukeutumista direktiiviä 2004/18 tiukemmin.

24. Asiasisällöstä Italian hallitus väittää, että ongelma voidaan ratkaista soveltamalla periaatteita, jotka esitettiin tuomiossa Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino,[6] sillä sen taustalla ollut asia ei eronnut oikeudellisesti merkittävällä tavalla käsiteltävästä asiasta.

6 — Tuomio C-94/12, EU:C:2013:646. Jäljempänä tuomio Swm Costruzioni.

25. Italian hallitus katsookin, etteivät asetuksen nro 163/2006 49 §:n sisältämät sisäisen oikeuden säännöt ole millään tavalla ristiriidassa direktiivin 2004/18 kanssa.

26. Komissio on Italian hallituksen kanssa samaa mieltä siitä, että vastaus ensimmäiseen kysymykseen voidaan johtaa edellä mainitussa tuomiossa Swm Costruzioni vahvistetusta oikeuskäytännöstä. Unionin tuomioistuin on todennut, että talouden toimija voi tukeutua yhden tai useamman kolmannen voimavaroihin omien voimavarojensa lisäksi täyttääkseen vahvistetut vähimmäisedellytykset, joita se ei pysty kokonaan itse täyttämään.

27. Direktiivistä 2014/24 komissio korostaa Italian hallituksen tavoin, ettei sitä voida soveltaa ajallisesti käsiteltävään asiaan.

28. Näin ollen komissio väittää, että direktiivin 2004/18 47 ja 48 artiklaa on tulkittava siten, etteivät ne ole esteenä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esille ottaman kaltaiselle kansalliselle oikeussäännölle.

B *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

29. Italian hallitus katsoo toisesta kysymyksestä, ettei mitään ennakkoratkaisupyynnössä luetelluista periaatteista ole loukattu. Italian hallitus korostaa, että asetuksen nro 163/2006 46 §:n 1 bis momentin mukaan poissulkemisperusteita ovat asetuksessa säädettyjen ja hankintailmoituksessa määrättyjen lisäksi ”muissa voimassaolevissa oikeussäännöissä säädetyt” perusteet. Sen mielestä tarjoajan velvoitteensa täyttämättä jättämistä ei näin ollen voida perustella sillä, ettei erityissäädöksessä ole mainittu poissulkemisperusteena sitä, ettei AVCP:lle ole maksettu maksua. Tarjoajan täytyy olla tietoinen kaikista pakolliset poissulkemisperusteet muodostavista säännöistä, jotka juuri täyttävät hankintailmoituksen mahdolliset puutteellisuudet käsiteltävässä asiassa.

30. Italian hallitus väittää myös, etteivät tarjoajat voi korjata tarjouksissaan olevia puutteita enää sen jälkeen, kun tarjousten esittämisen määräaika on päättynyt, vaan niistä voidaan korjata tai täydentää vain yksittäisiä kohtia tuomiossa Manova todetulla tavalla.[7] Hankintaviranomainen voi hyväksyä, että tarjoajat täyttävät jälkikäteen tiettyihin subjektiivisiin osallistumisedellytyksiin liittyviä puutteita, mutta ei sitä, että nämä korjaavat sen, että ne ovat jättäneet suorittamatta maksun. Muuten sallittaisiin se, että asianmukaisella hetkellä täyttämättä jäänyt hyväksymisedellytys täytettäisiin määräajan päätyttyä, mikä loukkaisi yhdenvertaisen kohtelun, puolueettomuuden ja avoimuuden periaatteita.

31. Italian hallitus katsoo, että tarjoajalle voidaan antaa mahdollisuus täyttää asianomainen edellytys jälkikäteen ainoastaan, jos kyseessä on täysin muodollinen täyttämättä jättäminen (maksun suorittaminen laissa vaaditusta poikkeavassa muodossa tai todisteiden puuttuminen siitä, että maksu on suoritettu vaaditulla hetkellä ja vaaditulla tavalla).

32. Italian hallitus ehdottaa näin ollen, että toiseen kysymykseen vastataan, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esille ottamat periaatteet eivät ole esteenä kansalliselle säännöstölle, jossa sallitaan sellaisen tarjoajan sulkeminen hankintamenettelystä, joka ei ole täyttänyt velvollisuutta, josta ei ole nimenomaisesti säädetty kyseessä olevan kaltaista julkista hankintasopimusta koskevassa laissa mutta joka voidaan kuitenkin johtaa tulkitsemalla tiettyjä säännöksiä siten kuin kyseisen maan viranomaiset ovat niitä toistuvasti tulkinneet.

7 — Tuomio C-336/12, EU:C:2013:647, 32 kohta.

33. Komissio puolestaan katsoo, että toinen kysymys koskee nimenomaisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusvelvoitteen tulkintaa. Sen mukaan kyseiset periaatteet tarkoittavat, että hankintaviranomaisen on ilmoitettava selkeästi hankintaedellytykset siten, että kohtuullisen valistunut ja tavanomaisen huolellinen tarjoaja voi olla niistä tietoinen. Komissio toteaa lisäksi, että direktiivissä 2004/18 edellytetään, että poissulkemisperusteet on ilmoitettu hankintailmoituksessa.

34. Komission mielestä nämä edellytykset eivät täyty, kun velvollisuutta, jonka täyttämättä jättäminen johtaa sulkemiseen hankintamenettelystä (käsiteltävässä asiassa viranomaiselle suoritettavan maksun maksaminen), ei ole nimenomaisesti mainittu tarjouspyyntöasiakirjoissa eikä sitä voida johtaa kansallisesta positiivisesta oikeudesta, vaan se voidaan päätellä ainoastaan tulkitsemalla laajasti tätä oikeutta, millä pystytään täyttämään näissä asiakirjoissa olevat puutteet. Komission mielestä tällainen tilanne on erityisen vahingollinen paitsi kotimaisille talouden toimijoille, niin myös muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneille toimijoille, jotka ovat vaarassa joutua epäedulliseen asemaan.

35. Komissio väittää vielä, että yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja suhteellisuusperiaatetta on tulkittava siten, etteivät ne estä hankintaviranomaista antamasta talouden toimijalle mahdollisuutta täyttää riidanalaista maksua koskeva velvollisuutensa viranomaisen asettamassa määräajassa.

V Asian tarkastelu

A *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

36. Vaikka Italian hallitus epäilee, voidaanko kysymys ottaa tutkittavaksi, se ei kuitenkaan mene niin pitkälle, että ehdottaisi, että se jätettäisiin tutkimatta. Ei nimittäin selvästikään ole syytä pitää suoraan perusteettomana Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione sicilianan epäilystä siitä, onko direktiivin 2004/18 47 ja 48 artiklan kanssa sopusoinnussa sellainen kansallinen säännös, jonka nojalla palveluja koskevien julkisten hankintasopimusten tekomenettelyssä talouden toimija voi tukeutua osittain muiden voimavaroihin täyttääkseen hankintamenettelyyn osallistumista koskevat edellytykset.

37. Olen kuitenkin samaa mieltä Italian hallituksen ja komission kanssa siitä, että käsiteltävässä asiassa voidaan soveltaa unionin tuomioistuimen tuomion Swm Costruzioni mukaista oikeuskäytäntöä, sillä näiden kahden asian oikeudelliset yksityiskohdat ovat pääosin identtiset.

38. Tuomiossa Swm Costruzioni unionin tuomioistuin totesi, ettei direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdassa ja 48 artiklan 3 kohdassa ”lähtökohtaisesti kielletä ehdokkaita tai tarjoajia turvautumasta useamman kolmannen yksikön voimavaroihin osoittaakseen, että ne täyttävät soveltuvuutta koskevat vähimmäisehdot. Sitä suuremmalla syyllä on katsottava, ettei mainituissa säännöksissä vahvisteta mitään lähtökohtaista kieltoa sille, että ehdokas tai tarjoaja käyttää yhden tai useamman kolmannen yksikön voimavaroja omien voimavarojensa lisäksi hankintaviranomaisen vahvistamien perusteiden täyttämiseksi.” [8]

39. Unionin tuomioistuimen mielestä tämä mahdollisuus ei ole ehdoton, vaan se edellyttää, että ”hankintaviranomaiselle osoitetaan, että ehdokkaalla tai tarjoajalla, joka käyttää hyväkseen yhden tai useamman muun yksikön voimavaroja, on tosiasiallisesti käytettävinään näiden muiden yksikköjen voimavarat, joita hankintasopimuksen täyttäminen edellyttää”. [9]

8 — Tuomio C-94/12, EU:C:2013:646, 30 kohta.

9 — Tuomio C-94/12, EU:C:2013:646, 33 kohta.

40. Unionin tuomioistuin ei tosin sulkenut pois sitä, että on olemassa sellaisia ”rakennusurakoita, joihin liittyy erityispiirteitä, jotka edellyttävät tiettyä pätevyyttä, jota ei ole mahdollista saavuttaa kokoamalla yhteen useamman toimijan vajaat voimavarat”,[10] jolloin voidaan ”vaatia direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdan toisen alakohdan nojalla, että yksi ainoa taloudellinen toimija täyttää asianomaista soveltuvuutta koskevat vähimmäisehdot tai ne täytetään tarvittaessa turvautumalla rajattuun määrään taloudellisia toimijoita, kun kyseinen vaatimus liittyy hankintasopimuksen kohteeseen ja on oikeassa suhteessa siihen nähden”.[11] Se kuitenkin katsoi, että ”kyseinen tapaus on poikkeus”,[12] ja vahvisti tämän johdosta, että ”direktiivi 2004/18 on esteenä sille, että mainittu vaatimus vahvistetaan kansallisessa oikeudessa yleiseksi säännöksi, kuten asetuksen nro 163/2006 49 §:n 6 momentin kaltaisella säännöksellä tehdään”.[13]

41. Edellä esitetyn perusteella Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione sicilianan esittämään kysymykseen voidaan vastata samalla tavoin kuin unionin tuomioistuin totesi tuomiossa Swm Costruzioni. Muilta osin on komission tavoin[14] huomattava, että käsiteltävä asia ei ole poikkeus, jonka johdosta kyseisen tuomion 35 kohdan mukaisesti voitaisiin ”vaatia – –, että yksi ainoa taloudellinen toimija täyttää asianomaista soveltuvuutta koskevat vähimmäisehdot”, sillä kyseessä olevat voimavarat ovat puhtaasti taloudellisia.

42. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että direktiivin 2004/18 lisäksi direktiivissä 2014/24 on saatettu rajoittaa vielä tiukemmin mahdollisuutta tukeutua kolmansien voimavaroihin hankintaperusteiden täyttämiseksi. Sekä Italian hallitus että komissio katsovat, ettei viimeksi mainittua direktiiviä sovelleta käsiteltävään riita-asiaan. Olen täysin samaa mieltä niiden kanssa.

43. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin myöntää itsekin, ettei määräaika direktiivin 2014/24 saattamiselle osaksi kansallista oikeusjärjestystä ole vielä päättynyt, mikä riittää perusteeksi sille, ettei kyseistä direktiiviä sovelleta käsiteltävässä asiassa, mutta se viittaa ”kansallisten tuomioistuinten velvollisuuteen valita kaikista mahdollisista kansallisen oikeuden tulkinnoista ainoastaan ne ja pitää etusijalla ainoastaan niitä, jotka ovat unionin niiden säännösten mukaisia, jotka on saatettava osaksi kansallista oikeusjärjestystä”.[15]

44. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on asetettu jäsenvaltioille velvollisuus, jonka mukaan niiden on tämän määräajan kuluessa ”pitäydyttävä antamasta säännöksiä, jotka ovat omiaan vakavasti vaarantamaan direktiivissä säädetyn tavoitteen toteuttamisen”,[16] mutta siinä ei kuitenkaan ole menty niin pitkälle, että kansalliset tuomioistuimet velvoitettaisiin tulkitsemaan sisäistä oikeuttaan täysin yhdenmukaisesti sellaisen direktiivin kanssa, jonka täytäntöönpanon määräaika ei ole vielä päättynyt.

45. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione sicilianan arvio siitä, että direktiivissä 2014/24 rajoitetaan direktiiviä 2004/18 tiukemmin mahdollisuutta käyttää kolmansien voimavaroja, on kyseenalainen; tästä aiheesta ei kuitenkaan ole tarpeen esittää lisähuomautuksia, koska se on käsiteltävän riita-asian kannalta merkityksetön.

46. Katson siis, etteivät direktiivin 2004/18 47 ja 48 artikla ole esteenä kansalliselle säännöstölle, jossa talouden toimijan sallitaan pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa tukeutua osittain muiden yritysten voimavaroihin valintaperusteet täyttääkseen.

10 — Tuomio C-94/12, EU:C:2013:646, 35 kohta.

11 — Idem.

12 — Tuomio C-94/12, EU:C:2013:646, 36 kohta.

13 — Idem.

14 — Komission kirjelmän 30 kohta.

15 — Ennakkoratkaisupyynnön C1 kohta.

16 — Tuomio Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, 45 kohta).

B *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

47. Toinen ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksistä on mielestäni monimutkaisempi. Tästä ovat osoituksena Italian hallituksen ja komission puoltamien kantojen erot. Italian hallitus väittää, että hankintamenettelystä suljettu toimija ei ole voinut olla tietämätön riidanalaisen edellytyksen täyttämistä koskevasta vaatimuksesta (AVCP:lle etukäteen suoritettavasta maksusta), kun taas komissio katsoo, että kyseistä edellytystä voidaan soveltaa ainoastaan, jos siitä on nimenomaisesti määrätty tarjouspyyntöasiakirjoissa tai se käy selvästi ilmi voimassa olevasta positiivisesta oikeudesta.

48. Mielestäni molemmat kannat ovat kuitenkin lähempänä oikeaa kuin olettaa saattaa. Italian hallitus on nimittäin suunnannut huomionsa perusteeseen, joka koskee tietoisuutta riidanalaisesta edellytyksestä, kun taas komissio on keskittynyt edellytyksen julkisuutta koskevaan perusteeseen. Nämä näkemykset ovat kuitenkin toisiaan täydentäviä, sillä edellytyksen julkisuus edistää tietoisuutta siitä, ja edellytystä voidaan soveltaa (ja sen täyttämistä voidaan edellyttää) ainoastaan, jos se on tehty asianmukaisesti julkiseksi.

49. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on korostettu edellytystä siitä, että ”kaikki sopimuksen tekomenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt esitetään selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa siten, että yhtäältä mahdollistetaan kaikille kohtuullisen valistuneille ja tavanomaisen huolellisille tarjoajille niiden täsmällisen laajuuden ymmärtäminen ja niiden tulkitseminen samalla tavalla ja että toisaalta mahdollistetaan hankintaviranomaiselle sen tosiasiallinen tarkistaminen, vastaavatko tarjoajien tarjoukset kyseessä olevaa hankintaa määrittäviä arviointiperusteita”. [17]

50. Selvää, täsmällistä ja yksiselitteistä julkistamista koskeva velvoite johtuu ensinnäkin yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta, joka ”edellyttää –– sitä, että tarjoajilla on samat mahdollisuudet tarjousehtojensa laatimisessa, ja merkitsee siis sitä, että tarjouksia koskevat kaikkien tarjoajien osalta samat edellytykset”, [18] ja toiseksi avoimuusperiaatteesta, jonka tarkoituksena ”on taata, ettei hankintaviranomainen harjoita suosintaa tai käytä mielivaltaa”. [19] Direktiivin 2004/18 2 artiklan mukaan yhdenvertaisen kohtelun ja menettelyjen avoimuuden periaatteet ovat ”julkisissa hankintasopimuksissa noudatettavat periaatteet”, joita hankintaviranomaisten on noudatettava.

51. Ei siis ole epäilystä siitä, että tarjoajien on oltava tietoisia hankintaedellytyksistä, mikä on yhdenvertaisuuden ja avoimuuden perusedellytysten mukaista. Yhtä selvää ei sen sijaan ole se, kuinka selvästi hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa on ilmoitettava *kaikki* kilpailuun hyväksymisen edellytykset tai missä määrin voidaan päinvastaisesti katsoa, että tietyt yleiset vaatimukset ovat tarjoajien tiedossa, vaikka niitä ei ole nimenomaisesti mainittu kyseisissä asiakirjoissa.

52. Kun otetaan huomioon edellytysten julkisuutta koskevalla velvoitteella tavoiteltu päämäärä, joka on taata ”kaikille kohtuullisen valistuneille ja tavanomaisen huolellisille tarjoajille” niiden sisällön ja laajuuden ymmärtäminen, ei mielestäni olisi loogista edellyttää, että hankintaviranomaiset vielä täsmentävät niitä edellytyksiä, joiden täyttämisestä on säädetty yleisesti sovellettavissa säännöksissä, joista ”kohtuullisen valistuneen ja tavanomaisen huolellisen” tarjoajan täytyy olla tietoinen. Tarkoitan esimerkiksi sellaisia siviili- ja kauppaoikeudellisia perusedellytyksiä, jotka vaikuttavat henkilöiden ja yritysten oikeus- ja oikeustoimikelpoisuuteen ja joista yksikään talouden toimija ei voi olla tietämätön ja joiden esittämistä selvästi ja yksityiskohtaisesti julkista hankintaa koskevissa asiakirjoissa yksikään talouden toimija ei voi edellyttää.

17 — Tuomio Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 44 kohta), jossa viitataan tuomioon komissio v. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, 108–111 kohta).

18 — Idem.

19 — Idem.

53. Epäilystä voi toki olla muista edellytyksistä, jotka eivät ole yhtä ”ilmeisiä” tai yhtä ”loogisia” tai ”luonnollisia” mutta joista tietäminen on vähänkin valistuneelle ja huolelliselle tarjoajalle välttämätöntä. Juuri tarjoajalta kohtuudella vaadittava valistuneisuus ja huolellisuus ovat mielestäni ratkaisevia sen näkemyksen ymmärtämiselle, joka perustuu direktiivin 2004/18 2 artiklaan ja unionin tuomioistuimen tässä yhteydessä esittämään tulkintaan yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta ja avoimuusperiaatteesta. [20]

54. Italian hallitus väitti kirjallisissa huomautuksissaan, [21] että asetuksen nro 163/2006 46 §:n 1 bis momentin mukaan poissulkemislausekkeita ovat kyseisessä asetuksessa säädettyjen ja hankintailmoituksessa määrättyjen lisäksi ”muissa voimassaolevissa oikeussäännöissä säädetyt” lausekkeet. Näihin muihin oikeussääntöihin voivat kuulua tarjoajille yhteiset vero-oikeudelliset maksuvelvollisuudet, jotka ne ovat velvolliset täyttämään kilpailusta poissulkemisen uhalla.

55. Direktiivin 2004/18 27 artiklan 1 kohdassa ei varsinaisesti edellytetä, että tarjouspyyntöasiakirjoissa annetaan yksityiskohtaiset tiedot kaikista ”velvollisuuksista, jotka liittyvät verotukseen, ympäristönsuojeluun sekä työsuojelua ja työoloja koskeviin säännöksiin, jotka ovat voimassa – – jäsenvaltiossa”. Tarjoajat tai ehdokkaat eivät vapaudu näistä velvollisuuksista, joiden noudattamatta jättäminen voi johtaa niiden sulkemiseen hankintamenettelystä siksi, ettei velvollisuuksia ole nimenomaisesti mainittu tarjouspyyntöasiakirjoissa.

56. Italian oikeuden mukaan, siten kuin Italian tuomioistuimet ovat sitä tulkinneet, on ratkaistava se, voidaanko AVCP:lle suoritettavaa maksua pitää ominaispiirteidensä vuoksi veroluonteisena velvollisuutena käsitteen laajassa merkityksessä. Samalla tavoin on Italian tuomioistuinten tehtävä päättää (vahvistamalla tai hylkäämällä maksusuorituksen saajana olevan viranomaisen tulkinta), mikä on lain nro 266/2005 1 §:n 65 ja 67 momentin, jotka koskevat maksuja, joiden suorittamatta jättäminen johti CRGT:n sulkemiseen tarjouspyyntömenettelystä, subjektiivinen ja objektiivinen ulottuvuus.

57. Unionin tuomioistuimen ei pitäisi osallistua keskusteluun siitä, kuinka laajasti Italian hallinto- tai oikeusviranomaiset ovat tulkinneet lain nro 266/2005 säännöksiä, sillä tämä keskustelu on täysin Italian valtion sisäinen. Jos, kuten ennakkoratkaisupyynnöstä voidaan päätellä, AVCP on tulkinnut toistuvasti lakia nro 266/2005 siten, että maksuvelvollisuutta on sovellettava palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, ja Consiglio di Stato on vahvistanut tämän perusteen tuomioistuimena, joka ratkaisee viime kädessä Italian oikeutta koskevat asiat, tätä perustetta on noudatettava.

58. Samoja toteamuksia voidaan soveltaa maksun suorittamatta jättämisen poissulkevaan vaikutukseen. Käsiteltävässä asiassa käytettävissä olevien tietojen perusteella sekä AVCP että tuomioistuimet, jotka ovat tukeutuneet tähän perusteeseen, ovat jälleen todenneet, että maksun suorittamista koskevan velvollisuuden, josta on säädetty oikeussäännössä mutta josta ei ole määrätty tarjouspyyntöasiakirjoissa, noudattamatta jättäminen johtaa väistämättä sulkemiseen tarjouskilpailun ulkopuolelle.

59. Kaikesta voidaan päätellä, että laillisuutta koskeva tulkinta, jonka nojalla lain nro 266/2005 1 §:n 65 ja 67 momenttia sovelletaan palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, juontuu toimivaltaisen hallintoviranomaisen eli AVCP:n ainakin jo vuodesta 2008 alkaen noudattamasta käytännöstä. Tämä tulkinta on nähtävästi vahvistettu ylimmän kansallisen hallintotuomioistuimen oikeuskäytännössä, jonka alkamisajankohtaa ei ole tässä menettelyssä täsmennetty. Voidaan kuitenkin loogisesti olettaa, että AVCP on soveltanut säännönmukaisesti tätä käytäntöä kaikissa tapauksissa, joissa on ollut kyse palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyistä (Italian hallitus luettelee itse asiassa useita

20 — Em. tuomion Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) ja tuomion komissio v. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236) lisäksi on mainittava mm. tuomio SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), tuomio La Cascina (C-226/04 ja C-228/04, EU:C:2006:94), tuomio Manova (C-336/12, EU:C:13:647) ja tuomio eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Kirjallisten huomautusten 66 kohta.

AVCP:n peräkkäisinä vuosina tekemiä vastaavanlaisia päätöksiä). Tästä voidaan lopuksi päätellä, että pääasiassa hankintamenettelystä suljettu talouden toimija (CRGT), joka oli aiemmin ollut hankintamenettelyn kohteena olevan palvelun suorittaja, oli tietoinen tai saattoi olla tietoinen tästä päätöskäytännöstä.

60. Edellä esitetyin varauksin voidaan siis katsoa, että kyseessä on poissulkemislauseke, joka, vaikka sitä ei ole nimenomaisesti sisällytetty hankintailmoitukseen tai tarjouspyyntöasiakirjoihin, on muodostunut lakiin sisältyvän säännöksen sellaisen vakiintuneen tulkinnan myötä, jonka tuomioistuin on vahvistanut. AVCP:n noudattaman ja tuomioistuimen hyväksymän tulkinnan mukaan hankintamenettelystä on suljettava pois tarjoukset, jotka on esitetty suorittamatta maksua.

61. Myönnän, että teoreettisesti tämä edellytys voitaisiin luokitella vaikeasti tunnistettavaksi, mikä tarkoittaa, että sen täyttämisen vaatiminen ei lähtökohtaisesti ole sopusoinnussa unionin tuomioistuimen tällä alalla antaman oikeuskäytännön kanssa. Tämä voi kuitenkin olla toisin, jos noudatetaan tarkkaan vähänkin valistuneen ja huolellisen tarjoajan perustetta, vaikka unionin tuomioistuin ei välttämättä ole parhaassa asemassa sen selvittämiseksi, kuten jäljempänä totean.

62. Ainoastaan ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin voi nimittäin ratkaista, täytyikö hankintamenettelystä suljetun tarjoajan olla pääasian konkreettisissa olosuhteissa tietoinen lain nro 266/2005 tulkinnasta ja tämäntyyppisissä tarjouskilpailuissa noudatetusta vakiintuneesta hallinnollisesta käytännöstä, jonka mukaan AVCP:lle suoritettavat maksut on suoritettava myös palveluhankintojen yhteydessä. Tätä varten voi olla hyödyllistä, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, onko hankintamenettelystä suljettu tarjoaja osallistunut muihin samankaltaisiin tarjouskilpailuihin, joissa riidanalaista edellytystä on pidetty sellaisena, että sen täyttymistä voidaan vaatia AVCP:n laista nro 266/2005 tekemän tulkinnan perusteella.

63. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on ratkaistava lopullisesti, ovatko AVCP:n käytäntö ja Consiglio di Staton oikeuskäytäntö siinä määrin tunnettuja julkisiin tarjouskilpailuihin tarjoajina osallistuvien yritysten keskuudessa, jotta voitaisiin katsoa, että valistuneen ja huolellisen tarjoajan täytyi olla tietoinen niistä.

64. Edeltävä toteamus johtaa toiseen toteamukseen, joka on mielestäni merkityksellinen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen näkökulmasta. Jos todetaan, että tarjoajayhteisö on tietoinen AVCP:n käytännöstä ja että ne siis ovat asianmukaisesti maksaneet riidanalaisen maksun, jonkin tietyn tarjoajan vapauttaminen tästä velvollisuudesta tarkoittaisi syrjivää kohtelua.

65. Kuten komissio huomautti,[22] tutkittavan kaltainen vaatimus voi olla erityisen haitallinen muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneille tarjoajille, jotka eivät ole yhtä tietoisia kansallisesta lainsäädännöstä ja sen oikeasta tulkinnasta kuin kansalliset tarjoajat. Soveltamalla kohtuullisen valistuneen ja tavanomaisen huolellisen tarjoajan perustetta, jolla on keskeinen merkitys ehdottamani ratkaisun kannalta, tämä haitta voidaan kuitenkin poistaa, sillä valistuneisuuden ja huolellisuuden taso on mukautettava tapauskohtaisesti kunkin konkreettisen tarjoajan ominaispiirteisiin siten, että käsiteltävässä asiassa saattaa olla niin, että tietämys, joka CRGT:n osalta voisi olla välttämätöntä, ei olisi sitä ulkomaisen tarjoajan osalta.

66. Vielä on epäselvyyttä siitä, voidaanko laissa nro 266/2005 tarkoitettu maksuvelvoite täyttää jälkikäteen. Olen tältä osin komission kanssa samaa mieltä siitä, että jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että kohtuullisen valistunut ja tavanomaisen huolellinen tarjoaja ei välttämättä voinut tietää kyseisestä velvollisuudesta, hankintaviranomaisen on annettava sille mahdollisuus korjata puute riittävässä määräajassa. Tämä seuraa vastakkaispäätelmänä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, jonka mukaan hankintaviranomainen ei ole velvollinen hyväksymään ”mitä hyvänsä

22 — Komission kirjelmän 38 kohdan loppuosa.

korjauksia puutteisiin, joiden on hankintaa koskevien asiakirjojen nimenomaisten määräysten mukaisesti johdettava tarjoajan sulkemiseen menettelyn ulkopuolelle”.[23] Tällainen mahdollisuus koskisi erityisesti sellaisen velvoitteen noudattamatta jättämistä, jota ei voida johtaa ”[kyseisten] asiakirjojen nimenomais[ista] määräy[ksistä]”.

67. Lyhyesti sanottuna unionin oikeus ei ole esteenä sellaiselle kansalliselle säännöstölle, jonka nojalla julkisesta hankintamenettelystä suljetaan pois sellainen tarjoaja, joka ei ole täyttänyt veroluonteista velvollisuuttaan, joka, vaikka sitä ei ole nimenomaisesti mainittu hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöakirjoissa, on täytettävä sovellettavasta sisäisestä lainsäädännöstä esitetyn ja tuomioistuinten vahvistaman vakiintuneen hallinnollisen tulkinnan mukaisesti, kunhan kohtuullisen valistunut ja tavanomaisen huolellinen tarjoaja ei voi olla siitä tietämätön, mikä kansallisen tuomioistuimen on selvitettävä. Jos hyväksytään, että tietämys tästä velvollisuudesta ei ole välttämätöntä, hankintaviranomaisen on annettava hankintamenettelystä suljetulle tarjoajalle mahdollisuus korjata puute riittävässä määräajassa.

VI Ratkaisuehdotus

68. Ehdotan edellä esitetyn perusteella, että unionin tuomioistuin vastaa esitettyihin kysymyksiin seuraavasti:

1) Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 47 ja 48 artiklaa on tulkittava siten, että ne eivät ole esteenä kansalliselle säännöstölle, jossa sallitaan palveluiden yhteydessä edellä esitetyin ehdoin osittainen muiden yritysten voimavaroihin tukeutuminen.

2) Unionin oikeuden periaatteet ja erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusperiaate eivät ole esteenä sellaiselle kansalliselle säännöstölle, jonka nojalla julkisesta hankintamenettelystä voidaan sulkea pois sellainen tarjoaja, joka ei ole täyttänyt veroluonteista velvollisuuttaan, joka, vaikka sitä ei ole mainittu hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa, on täytettävä sovellettavasta sisäisestä lainsäädännöstä esitetyn ja tuomioistuimen vahvistaman vakiintuneen hallinnollisen tulkinnan mukaisesti, kunhan kohtuullisen valistunut ja tavanomaisen huolellinen tarjoaja ei voi olla siitä tietämätön, mikä kansallisen tuomioistuimen on selvitettävä. Jos hyväksytään, että tietämys tästä velvollisuudesta ei ole välttämätöntä, hankintaviranomaisen on annettava hankintamenettelystä suljetulle tarjoajalle mahdollisuus korjata puute riittävässä määräajassa.

23 — Tuomio Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 46 kohta).