



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
NILO JÄÄSKINEN
28 päivänä helmikuuta 2013¹

Asia C-94/12

**Swm Costruzioni 2 SpA ja
Mannocchi Luigino DI
vastaan
Provincia di Fermo**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Italia))

Direktiivi 2004/18/EY — Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekeminen —
Taloudellisen toimijan taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat — Taloudellisen toimijan
tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys — Useamman kuin yhden muun yrityksen
voimavarojen käyttäminen

I Johdanto

1. Yritysten, jotka haluavat osallistua julkista rakennusurakkaa koskevaan sopimukseen liittyvään tarjouskilpailuun, saatetaan edellyttää täyttävän vähimmäisedellytykset, jotka liittyvät julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY² (jäljempänä direktiivi 2004/18) 47 ja 48 artiklassa tarkoitettuihin taloudellisiin ja rahoitusta koskeviin voimavaroihin taikka tekniseen ja/tai ammatilliseen pätevyteen. Taloudellisella toimijalla voi itsellään olla tällaiset voimavarat, mutta se voi täyttää kyseiset vaatimukset myös käyttämällä ”muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta”.³

2. Tämä ennakkoratkaisupyyntö koskee sitä, onko kansallinen lainsäädäntö, jossa rajoitetaan niiden yksiköiden määrä yhteen, joiden voimavaroja taloudellinen toimija, joka haluaa osallistua julkista rakennusurakkaa koskevaan tarjouskilpailuun, voi käyttää, yhteensoeveltuva direktiivin 2004/18 ja erityisesti sen 47 artiklan 2 kohdan ja 48 artiklan 3 kohdan kanssa. Tähän kysymykseen vastaamiseksi unionin tuomioistuimen on määriteltävä sen harkintavallan laajuus, joka jäsenvaltioilla on pannessaan täytäntöön säännökset, joilla kodifoidaan direktiiviä 2004/18 edeltävä unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö.

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2 — EUVL L 134, s. 114.

3 — Direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohta ja 48 artiklan 3 kohta.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Euroopan unionin lainsäädäntö

3. Direktiivin 2004/18 47 artiklan, jonka otsikko on ”Taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat”, 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”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.”

4. Direktiivin 2004/18 48 artiklan, jonka otsikko on ”Tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys”, 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

”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.”

5. Direktiivin 2004/18 52 artiklan, jonka otsikko on ”Hyväksytyjen taloudellisten toimijoiden viralliset luettelot ja yksityis- tai julkisoikeudellisten laitosten suorittama varmentaminen”, 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltiot voivat perustaa joko virallisia luetteloja hyväksytyistä urakoitsijoista, tavarantoimittajista tai palvelujen suorittajista tai suorittaa varmentamisen yksityis- tai julkisoikeudellisten laitosten välityksellä.

Jäsenvaltioiden on mukautettava luetteloihin merkitsemistä koskevat ehdot sekä varmentamislaitosten todistusten antamisen ehdot 45 artiklan 1 kohdan ja 2 kohdan a–d ja g alakohdan, 46 artiklan, 47 artiklan 1, 4 ja 5 kohdan, 48 artiklan 1, 2, 5 ja 6 kohdan sekä 49 artiklan ja tarvittaessa 50 artiklan säännöksiin.

Jäsenvaltioiden on myös mukautettava ne 47 artiklan 2 kohdan ja 48 artiklan 3 kohdan säännöksiin niiden luetteloihin merkintää koskevien hakemusten osalta, joita esittävät taloudelliset toimijat, jotka kuuluvat konserniin ja käyttävät konsernin muiden yhtiöiden näiden käyttöön asettamia keinoja. Kyseisten toimijoiden on tässä tapauksessa osoitettava virallisen luettelon laativalle viranomaiselle, että nämä keinot ovat niiden käytettävissä taloudellisen toimijan viralliseen luetteloon merkitsemistä koskevan todistuksen koko voimassaolon ajan ja että nämä yhtiöt täyttävät koko tänä aikana toisessa alakohdassa mainittujen artiklojen mukaiset laadulliset valintavaatimukset, joita toimijat käyttävät hyväkseen luetteloon merkitsemistä varten.”

B Kansallinen lainsäädäntö

6. Asetuksen (decreto legislativo) nro 163/2006 49 §:n 6 momentissa säädetään julkisten hankintasopimusten tekomenettelyihin osallistumisesta, että ”kun kyse on rakennusurakoista, tarjoaja voi tukeutua vain yhteen muuhun yksikköön kunkin valmiusryhmän osalta. Hankintailmoituksessa voidaan sallia useampaan muuhun yksikköön tukeutuminen hankinnan suuruuden tai työsuoritusten erityisluonteen vuoksi, tämän vaikuttamatta tarjoajaa koskevaan kieltoon paloitella niitä 40 §:n 3 momentin b kohdassa tarkoitettuja yksittäisiä taloudellis-rahoituksellisia ja teknis-organisatorisia vaatimuksia, joiden perusteella todistus on tämän ryhmän osalta myönnetty”.

III Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

7. Pääasian kantaja Raggruppamento Temperaneo Imprese (jäljempänä RTI) – joka on tiettyä tarjouskilpailua varten perustettu yritysten yhteenliittymä, johon kuuluvat Swm Costruzioni 2 SpA (yhteenliittymän pääyritys) ja Mannocchi Luigino DI, jotka myös ovat pääasian kantajia – osallistui Strada Provinciale (maakuntatie) nro 238 Valdason nykyaikaistamiseen ja laajentamiseen liittyvää julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn.

8. Pääasian kantaja Swm Costruzioni 2 käytti Società Organismo di Attestazione (SOA) – joka on varmentamislaitos, joka on valtuutettu tarkastamaan, onko yrityksillä tarvittava pätevyys ja täyttävätkö ne julkisten hankintasopimusten tekomenettelyihin osallistumista koskevat vaatimukset – varmentamisvaatimukset täyttääkseen kahden samaan valmiusryhmään kuuluvan yrityksen voimavaroja nykyaikaistamis- ja laajentamistöiden osalta.

9. Hankintaviranomainen Provincia di Fermo lähetti 2.8.2011 RTI:lle samana päivänä tekemänsä päätöksen, jolla kyseinen yhtiö jätettiin tarjouskilpailumenettelyn ulkopuolelle. Kyseinen päätös perustui sen asetuksen nro 163/2006 49 §:n 6 momentissa vahvistetun kiellon rikkomiseen, joka koskee useamman kuin yhden samaan ryhmään kuuluvan yrityksen voimavarojen käyttämistä.

10. RTI nosti kyseisestä päätöksestä kanteen ennakkoratkaisua pyytäneeseen tuomioistuimeen Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche 5.8.2011 toimittamallaan kannekirjelmällä. RTI:n kanne perustui väitteeseen, jonka mukaan asetuksen nro 163/2006 49 §:n 6 momentti ei ole yhteensopeltuva direktiivin 2004/18 merkityksellisten säännösten kanssa. Tribunale amministrativo regionale per le Marche päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko direktiivin 18/2004/EY 47 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että se on lähtökohtaisesti esteenä Italian asetuksen nro 163/2006 49 §:n 6 momentin kaltaiselle jäsenvaltion lainsäädännölle, jossa kielletään erityistapauksia lukuun ottamatta useampaan kuin yhteen muuhun yritykseen tukeutuminen säätämällä, että ’kun kyse on rakennusurakoista, kilpailuun osallistuva voi tukeutua vain yhteen muuhun yritykseen kunkin valmiusryhmän osalta. Hankintailmoituksessa voidaan sallia useampaan muuhun yritykseen tukeutuminen hankinnan suuruuden tai työsuoritusten erityisluonteen vuoksi – –?’”

11. Swm Costruzioni 2 SpA ja Mannocchi Luigino DI, Italian hallitus sekä komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia.

IV Ennakkoratkaisukysymyksen ulottuvuus

12. Italian hallitus huomauttaa, että pääasia koskee yrityksen teknistä ja ammatillista pätevyyttä eikä sen taloudellisia ja rahoitusta koskevia voimavaroja, joten direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohta on merkityksellinen säännös. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on viitannut kuitenkin yksinomaan direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohtaan, jossa on kyse osallistuvien yritysten taloudellisista ja rahoitusta koskevista voimavaroista.

13. Tässä yhteydessä on mielestäni riittävää viitata vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan kansallisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyyntö muodostaa perustan tulkittavaa Euroopan unionin lainsäädäntöä koskevan kysymyksen ulottuvuuden määrittämiseksi, mutta unionin tuomioistuin ei ole kokonaan sidottu sille esitettyjen kysymysten sanamuotoon. Unionin tuomioistuimen on tarvittaessa muotoiltava uudelleen sille esitetty kysymys, jotta se voi antaa kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllisen

vastauksen, jonka perusteella kansallinen tuomioistuin voi ratkaista siinä vireillä olevan riidan.⁴

14. Direktiivin 2004/18 47 ja 48 artikla on yhdistetty direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdassa siten, että hankintaviranomaiset voivat ”asettaa – – soveltuvuutta koskevia vähimmäisehtoja, jotka ehdokkaiden ja tarjoajien on täytettävä”. Kummassakin näistä artikloista noudatetaan samaa logiikkaa, ja samat tulkintaa koskevat periaatteet pätevät niiden kummankin soveltamisen osalta. Unionin tuomioistuin totesi asiassa *Strong Securança* sivuhuomautuksena, että direktiivin 2004/18 48 artiklan 3 kohta ja 47 artiklan 2 kohta vastaavat aineelliselta sisällöltään toisiaan.⁵ Kummassakin säännöksessä kodifoidaan unionin tuomioistuimen aikaisempien julkisia hankintoja koskevien direktiivien osalta antamassa oikeuskäytännössä kehitetty oikeusperiaate, joka koskee ehdokkaiden tai tarjoajien laadullisia valintaperusteita.⁶

15. Unionin tuomioistuin pyysi kirjallisen käsittelyn aikana asianosaisia esittämään näkemyksensä siitä, mikä merkitys direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdalla, joka on osallistujien soveltuvuuden tarkistamista ja valintaa sekä hankintasopimusten tekemistä koskeva yleinen säännös, on käsiteltävän asian kannalta.⁷ Ainoastaan komissio vastasi asetetussa määräajassa ja päätteli, että 44 artiklan 2 kohdan arvioinnilla ei ole merkitystä nyt käsiteltävän asian kannalta.

16. Jotta Tribunale Amministrativo Regionale per le Marchelle voidaan antaa hyödyllinen vastaus pääasiassa, olen siis sitä mieltä, että unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisussa pitäisi keskittyä sekä direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdan että sen 48 artiklan 3 kohdan tulkintaan.

V Asian arviointi

17. Mielestäni direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdan ja 48 artiklan 3 kohdan sananmukainen tulkinta ei tue näkemystä, jonka mukaan asetuksen nro 163/2006 49 §:n 6 momentin kaltainen kansallinen säännöstö on yhteensoveltuva julkisia hankintoja koskevan unionin lainsäädännön kanssa.

18. Direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdassa ja 48 artiklan 3 kohdassa todetaan nimenomaisesti, että taloudelliset toimijat voivat käyttää muiden yksiköiden voimavaroja osoittaakseen taloudellisia, rahoitusta koskevia, teknisiä ja ammatillisia voimavaroja koskevat vaatimukset tiettyä julkista rakennusurakkaa koskevaa hankintasopimusta varten. Kyseisissä säännöksissä viitataan siis monikossa *muihin yksiköihin*. On hyödyllistä huomata, että direktiivin 2004/18 47 artiklan 3 kohdassa ja 48 artiklan 4 kohdassa annetaan sama mahdollisuus ryhmittymään kuuluville taloudellisille toimijoille.

19. Direktiivin 2004/18 52 artiklassa säädetään samasta mahdollisuudesta siltä osin kuin on kyse sisällyttämisestä hyväksytyjen taloudellisten toimijoiden virallisiin luetteloihin tai todistusten myöntämisestä hankintasopimusten tekomenettelyihin osallistumiseksi. Myös direktiivin 2004/18 52 artiklan 1 kohdan sanamuoto, jossa käytetään monikossa ilmaisua *muut yksiköt*, osoittaa, että Euroopan unionin lainsäätäjän tarkoituksena ei ollut rajoittaa niiden muiden yritysten määrää, joiden voimavaroja tuleva tarjoaja voi käyttää.

4 — Ks. asia C-62/00, *Marks & Spencer*, tuomio 11.7.2002 (Kok., s. I-6325, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. uusimmasta oikeuskäytännöstä myös asia C-503/09, *Stewart*, tuomio 7.10.2010 (Kok., s. I-6497, 105 kohta).

5 — Asia C-95/10, *Strong Securança*, tuomio 17.3.2011 (Kok., s. I-0000, 13 kohta).

6 — Ks. esim. asia C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*, tuomio 14.4.1994 (Kok., s. I-1289); asia C-5/97, *Ballast Nedam Groep II*, tuomio 18.12.1997 (Kok., s. I-7549) ja asia C-176/98, *Holst Italia*, tuomio 2.12.1999 (Kok., s. I-8607).

7 — Direktiivin 2004/18 44 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa: ”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.”

20. Direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdan, 48 artiklan 3 kohdan ja 52 artiklan sanamuodolla on kodifioitu unionin tuomioistuimen vakiintunut oikeuskäytäntö aikaisempien julkisia hankintoja koskevien direktiivien osalta. Asiassa Ballast Nedam Groep I annetussa tuomiossa todettiin, että holdingyhtiötä, joka ei itse toteuta rakennustyötä, ei voida jättää julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimukseen osallistumista koskevien menettelyjen ulkopuolelle pelkästään siitä syystä, että sen tytäryhtiöt, jotka toteuttavat rakennusurakan, ovat erillisiä oikeushenkilöitä, jos voidaan näyttää toteen, että se tosiasiallisesti hallitsee tytäryhtiöiden varoja, jotka ovat välttämättömiä sopimuksen toteuttamiseksi.

21. Yhteisöjen tuomioistuin toisti asiassa Ballast Nedam Groep II antamassaan tuomiossa asiassa Ballast Nedam Groep I omaksumansa näkemyksen ja määritteli sitä edelleen toteamalla, että emoyhtiön teknisiä voimavaroja arvioidessaan hankintaviranomaiset, jotka laativat luetteloita hyväksytyistä urakoitsijoista, ovat velvollisia ottamaan huomioon samaan konserniin kuuluvien yhtiöiden tekniset voimavarat.

22. Asiassa Holst Italia yhteisöjen tuomioistuin sovelsi Ballast-oikeuskäytäntöä tilanteessa, jossa yhtiö, joka halusi osallistua tarjouskilpailuun, ei ollut yhtymässä määräävässä asemassa oleva oikeushenkilö, ja vahvisti, että tällainen yhtiö saattaa käyttää muiden yhtymään kuuluvien yhtiöiden voimavaroja *niiden välisten siteiden oikeudellisesta luonteesta riippumatta*.⁸ Yhteisöjen tuomioistuin totesi, ettei tarjoajaa voida sulkea menettelyn ulkopuolelle vain siitä syystä, että hän aikoo käyttää resursseja, jotka eivät ole hänen omiaan vaan jotka kuuluvat *yhdelle tai useammalle muulle yksikölle*.⁹

23. Tämä mainitussa oikeuskäytännössä esitetty näkemys siitä, ettei unionin lainsäädännössä edellytetä, että jotta henkilö, joka haluaa tehdä hankintaviranomaisen kanssa sopimuksen, voidaan katsoa taloudelliseksi toimijaksi, jolla on oikeus tehdä tarjous, hänen olisi itse kyettävä toteuttamaan välittömästi sovittu urakka, on vahvistettu myös myöhemmässä oikeuskäytännössä.¹⁰ Unionin tuomioistuin on korostanut sitä, että yritysten, jotka haluavat osallistua tarjouskilpailumenettelyyn, on esitettävä näyttö siitä, että niillä on todella käytettävissään muiden yksiköiden resurssit, jotka ovat välttämättömiä kyseessä olevan sopimuksen täyttämiseksi. Näytön esittäminen on muiden resursseja käyttävän tarjoajan tehtävä.¹¹

24. Direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdassa sekä sen 48 artiklan 3 kohdassa säädetään lähes samaa sanamuotoa käyttäen siitä, että ”taloudellinen toimija voi – – käyttää muiden yksiköiden voimavaroja”. Tämän sanamuodon perusteella on mahdollista päätellä, että taloudellisilla toimijoilla on tunnustettava olevan *oikeus* valita kyseinen valintaperusteiden täyttämismenetelmä, kunhan ne voivat osoittaa, että niillä on todella käytettävissään muiden yksiköiden resurssit, jotka ovat välttämättömiä sopimuksen täyttämiseksi.

25. Jos yrityksen kyky täyttää julkista rakennusurakkaa koskeva hankintasopimus on asetettu kyseenalaiseksi tietyssä tapauksessa, kansallisten tuomioistuimien tehtävänä on arvioida, onko riittävä näyttö esitetty. Kuten olen jo huomauttanut, kyseinen periaate on vahvistettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, joka on nykyään kodifioitu direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohtaan ja 48 artiklan 3 kohtaan.¹²

26. Direktiivin 2004/18 52 artiklassa ei myöskään ole mitään, jonka perusteella voitaisiin päätellä, että sillä oli tarkoitus rajoittaa 47 artiklan 2 kohdan ja 48 artiklan 3 kohdan, jotka liittyvät taloudellisten toimijoiden väliseen yhteistyöhön tehtäessä tarjoustusta *tietyä hankintasopimusta* varten, soveltamisalaa. Direktiivin 2004/18 52 artiklan 1 kohdassa edellytetään sitä vastoin, että hyväksytyjen urakoitsijoiden,

8 — Em. asia Holst Italia, tuomion 31 kohta.

9 — Em. asia Holst Italia, tuomion 26 kohta.

10 — Ks. mm. asia C-305/08, CoNISMa, tuomio 23.12.2009 (Kok., s. I-12129, 41 kohta oikeuskäytäntöviittauksiin).

11 — Ks. asia C-314/01, Siemens ja ARGE, tuomio 18.3.2004 (Kok., s. I-2549, 44 kohta oikeuskäytäntöviittauksiin).

12 — Ks. asia Ballast Nedam Groep I, tuomion 17 kohta ja em. asia Holst Italia, tuomion 29 ja 30 kohta.

tavarantoimittajien tai palvelujen suorittajien luetteloihin merkitsemistä tai varmentamista koskevat ehdot on mukautettava 47 artiklan 2 kohdan ja 48 artiklan 3 kohdan taustalla olevaan periaatteeseen niiden luetteloihin merkintää koskevien hakemusten osalta, joita esittävät taloudelliset toimijat, jotka kuuluvat *konserniin* ja käyttävät konsernin muiden yhtiöiden niiden käyttöön asettamia keinoja.

27. Direktiivin 2004/18 52 artiklassa säädetty viralliseen luetteloon merkitseminen tai varmentaminen merkitsee olettaa luetteloon merkityn tai varmennetun yrityksen soveltuvuudesta, mutta ainoastaan niihin edellytyksiin nähden, joihin luetteloon merkitseminen tai varmentaminen perustuu. Hankintaviranomaisilla on mahdollisuus määrittää tiettyyn hankintasopimukseen osallistumisen edellyttämän taloudellisen, rahoituksellisen ja teknisen suorituskyvyn taso sekä tarvittaessa vaatia näyttöä silloin, kun vaadittu taso ylittää luetteloon merkitsemistä tai varmentamista koskevalla olettamalla taatun suorituskyvyn tason.¹³

28. Oikeuskäytännössä on lisäksi todettu, ettei direktiivin 92/50¹⁴ vastainen ole sellainen kielto tai rajoitus, joka koskee turvautumista alihankkijoihin sopimuksen olennaisten osien täyttämiseksi ja jota sovelletaan nimenomaan silloin, kun hankintaviranomainen ei ole kyennyt tarkistamaan alihankkijoiden teknistä ja taloudellista suorituskykyä tutkiessaan tarjouksia ja valitessaan edullisinta tarjoajaa.¹⁵

29. Tämän perusteella voitaisiin katsoa, että kansallinen säännös, jolla suljetaan tarjouskilpailumenettelyn ulkopuolelle taloudelliset toimijat, jotka käyttävät useamman kuin yhden muun yksikön voimavaroja, olisi ristiriidassa sen taloudellisilla toimijoilla olevan oikeuden kanssa, jonka mukaan ne voivat valita kyseisen valintaperusteiden täyttämismenetelmän, ja se olisi näin ollen yhteensoveltumaton direktiivin 2004/18 kanssa. Oikeuskäytännön mukaan nimittäin tarjoaja, joka vetoaa kolmansien osapuolten tekniseen tai taloudelliseen suorituskykyyn, johon se aikoo turvautua, jos se saa sopimuksen, voidaan jättää tarjouskilpailun ulkopuolelle ainoastaan, jos hän ei kykene osoittamaan, että hänellä todellisuudessa on käytettävissään kyseinen suorituskyky.¹⁶

30. Asetuksen nro 163/2006 49 §:n 6 momentin kaltainen kansallinen säännös, jossa ei kielletä täysin muiden yritysten voimavarojen käyttämistä valintaperusteiden täyttämiseksi mutta jossa asetetaan kuitenkin tätä mahdollisuutta koskeva määrällinen rajoitus, josta ei säädetä unionin oikeudessa, ei voi olla yhteensoveltuva direktiivin 2004/18 kanssa.

31. Tämä argumentti saa lisäksi tukea direktiivin 2004/18 47 artiklan 2 kohdan ja 48 artiklan 3 kohdan tavoitteita koskevasta arvioinnista. Unionin tuomioistuimen mukaan yksi julkisia hankintoja koskevien unionin sääntöjen tavoitteista on hankintojen avaaminen mahdollisimman laajalle kilpailulle, ja unionin oikeuden intressin mukaista on, että varmistetaan mahdollisimman monen tarjoajan osallistuminen tarjouskilpailuun.¹⁷

32. Mahdollisimman laajan kilpailulle avaamisen tavoitetta ei oteta huomioon ainoastaan tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevan intressin vuoksi vaan myös hankintaviranomaisen intressin vuoksi, koska se voi näin valita edullisimman tarjouksen laajemmasta valikoimasta tarjouksia.¹⁸ Tarjoajien poissulkeminen muiden sopimuksen täyttämiseen osallistuvien yksiköiden määrän perusteella esimerkiksi sallimalla laadullisten perusteiden ryhmää kohden ainoastaan yhden muun yrityksen käyttäminen ei mahdollista tapauskohtaista arviointia, ja sillä vähennetään siis todellisuudessa hankintaviranomaisen valinnanmahdollisuuksia ja rajoitetaan toimivaa kilpailua.

13 — Ks. yhdistetyt asiat 27/86, 28/86 ja 29/86, CEI-Bellini, tuomio 9.7.1987 (Kok., s. 3347, 25–27 kohta).

14 — Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY, joka on kumottu direktiivillä 2004/18.

15 — Ks. em. asia Siemens ja ARGE, tuomion 45 kohta.

16 — Ks. em. asia Siemens ja ARGE, tuomion 46 kohta.

17 — Ks. em. asia CoNISMa, tuomion 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

18 — Ks. em. asia CoNISMa, tuomion 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

33. Julkisia hankintoja koskevien sääntöjen toisena tavoitteena on avata julkisten hankintojen markkinat kaikille taloudellisille toimijoille niiden koosta riippumatta. Erityisesti on edistettävä pienten ja keskisuurten yritysten (jäljempänä pk-yritykset) mukaan ottamista, koska pk-yritysten katsotaan muodostavan unionin talouden selkärangan.¹⁹ Pk-yritysten mahdollisuuksia osallistua tarjouskilpailumenettelyihin ja saada julkisia rakennusurakoita koskevia hankintasopimuksia vaikeutetaan muiden tekijöiden ohella sopimusten koolla. Tämän vuoksi tarjoajien mahdollisuudella osallistua ryhmittymiin ja käyttää muiden yritysten voimavaroja on erityistä merkitystä helpotettaessa pk-yritysten pääsyä markkinoille.²⁰

34. Tarkastelen lopuksi kysymystä jäsenvaltioilla olevasta harkintavallasta direktiivin 2004/18 täytäntöönpanossa. Komissio ja Italian hallitus ovat sitä mieltä, että asetuksen nro 163/2006 49 §:n 6 momentin kaltainen kansallinen säännös kuuluu jäsenvaltioille direktiivin täytäntöönpanon osalta jätetyn harkintavallan piiriin.

35. Komission mukaan direktiivin asianmukaisen täytäntöönpanon kannalta on riittävää, ettei mahdollisuutta käyttää muun yrityksen voimavaroja taloudellisia ja rahoitusta koskevia voimavaroja sekä teknistä ja/tai ammatillista pätevyyttä koskevien kriteerien täyttämiseksi ole suljettu pois ja että direktiivissä 2004/18 ilmaistuja periaatteita sovelletaan sen varmistamiseksi, että tarjoajat valitaan todellisuudessa laadun perusteella avoimia, objektiivisia ja syrjimättömiä perusteita käyttäen.

36. En kiistä sitä, etteikö jäsenvaltioilla olisi suhteellisen laaja harkintavalta pantaessa täytäntöön julkisia hankintoja koskevia direktiivejä. Tämä ei kuitenkaan ulotu kysymyksiin, joihin unionin lainsäätäjällä on nimenomaisesti otanut kantaa, mikä on mielestäni tilanne siltä osin kuin on kyse mahdollisuudesta käyttää kolmannen osapuolen voimavaroja tehtäessä tarjous julkisesta hankintasopimuksesta. Kuten edellä olen todennut, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä sekä direktiivissä 2004/18 sallitaan nimenomaisesti se, että taloudellinen toimija käyttää muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta.

37. Sellaisten tarjoajien poissulkemisella, jotka käyttävät laadullisten valintaperusteiden ryhmää kohden useamman kuin yhden muun yrityksen voimavaroja, suositetaan suurempia yrityksiä pk-yritysten tiettyä tarjouskilpailua varten perustaman yhteenliittymän kustannuksella. Sillä asetetaan todennäköisesti parempaan asemaan paikalliset tai alueelliset toimijat sellaisiin julkisiin rakennusurakoihin nähden, jotka ovat niiden voimavarojen mukaisia mutta liian vaativia yksinään toimiville pienemmille toimijoille ja liian pieniä kiinnostamaan suurempia kansallisella tai kansainvälisellä tasolla toimivia yhtiöitä. Tämän osalta ei voida katsoa, ettei se ole syrjintää.

38. Olen Italian hallituksen kanssa samaa mieltä siitä, että tilanteet, joissa taloudellinen toimija käyttää toisen yksikön taloudellisia ja rahoitusta koskevia voimavaroja, saattavat poiketa tilanteista, joissa toiseen yksikköön turvaudutaan teknisen ja/tai ammatillisen pätevyyden osalta. Tietyissä tilanteissa tarpeellinen tekninen tai ammatillinen pätevyys on oltava yhdellä ainoalla yksiköllä. Esimerkiksi kaksi yritystä, joilla on 50 000 tonnin asfalttikapasiteetti, voivat yhdessä täyttää vaaditun 100 000 tonnin kapasiteetin, joka on tarpeen moottoritien kunnostamiseksi, kun taas kaksi yritystä, joilla kummallakin on vaadittava asiantuntemus juna-asemien kellojen kunnossa pitämiseksi ja korjaamiseksi, eivät automaattisesti täytä keskiaikaisten kirkkojen vanhojen kellojen korjaamisen edellyttämiä pätevyysperusteita.

19 — Ks. esim. komission ”Vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta. Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita”, KOM(2011) 15 lopullinen.

20 — Komission laatimissa ohjeissa aiheesta ”Eurooppalaiset julkisia hankintoja koskevat käytännösäännöt, jotka parantavat pk-yritysten mahdollisuuksia saada julkisia hankintasopimuksia”, suositellaan hyödyntämään taloudellisilla toimijoilla oleva mahdollisuus käyttää yhdistettyjä taloudellisia ja rahoitusta koskevia voimavarojaan sekä teknistä pätevyyttään tarjouskilpailumenettelyjen valintavaiheessa. Ks. komission yksiköiden valmisteluasiakirja aiheesta ”European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts”, SEC(2008) 2193.

39. Ongelma, joka liittyy mahdollisuuksiin koota yhteen tiettytyyppinen tekninen ja/tai ammatillinen pätevyys, ei riipu kuitenkaan laadullisesti niiden yksiköiden määrästä, joiden pätevyyteen taloudellinen toimija turvautuu. Sillä, että taloudelliset toimijat voivat turvautua muiden yksiköiden pätevyyteen voidakseen tulla hyväksytyiksi mahdollisina tarjoajina, ei poisteta tiettyihin tarjouskilpailumenettelyihin liittyviä realiteetteja. Riippumatta siitä, onko taloudellisella toimijalla itsellään taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat sekä tekninen ja ammatillinen pätevyys vai onko sillä ne siten, että se turvautuu toisten toimijoiden voimavaroihin ja pätevyyteen, sen on vielä kuitenkin näytettävä toteen, että se täyttää tietyn julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen täyttämisen osalta vahvistetut perusteet.

40. Direktiivin 2004/18 48 artiklan 5 kohdassa säädetään erityisistä säännöistä, jotka koskevat taloudellisten toimijoiden voimavarojen arvioimista niiden ammattitaidon, tehokkuuden, kokemuksen ja luotettavuuden perusteella ja joita sovelletaan tiettyihin julkisten hankintasopimusten ryhmiin. Kyseistä säännöstä sovelletaan myös taloudellisiin toimijoihin, jotka käyttävät muiden yksiköiden teknistä tai ammatillista pätevyyttä. Kuten edellä lisäksi olen todennut, hankintaviranomaisilla on virallisten luetteloiden ja kansallisten varmentamismenettelyjen osalta edelleen mahdollisuus määrittää tiettyyn hankintasopimukseen osallistumisen edellyttämän taloudellisen, rahoituksellisen ja teknisen suorituskyvyn taso.

VI Ratkaisuehdotus

41. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin antaa Tribunale Amministrativo Regionale per le Marchelle seuraavan vastauksen:

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 47 artiklan 2 kohta ja 48 artiklan 3 kohta ovat esteenä sellaiselle pääasiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jossa kielletään erityistapauksia lukuun ottamatta käyttämästä useamman kuin yhden muun yrityksen voimavaroja taloudellisen toimijan taloudellisia ja rahoitusta koskevia voimavaroja sekä/taikka teknistä ja/tai ammatillista pätevyyttä koskevien valintaperusteiden täyttämiseksi.