



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MICHAL BOBEK
24 päivänä marraskuuta 2016¹

Asia C-387/14

**Esaprojekt Sp. z o.o.
vastaan
Województwo Łódzkie**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Krajowa Izba Odwoławcza (kansallinen muutoksenhakulautakunta, Puola))

Direktiivi 2004/18/EY — Syrjäntäkiellon ja avoimuuden periaatteet — Tarjoajan toimittamat lisätiedot toimituksista, joihin ei viitattu alkuperäisessä tarjouksessa — Mahdollisuus yhdistää kahden yksikön kokemus — Mahdollisuus turvautua yritysryhmittymän jäsenenä saatuun kokemukseen — Mahdollisuus yhdistää useista hankintasopimuksista saatu kokemus — Vakava väärien tietojen antaminen

I Johdanto

1. Esillä oleva asia koskee hankintamenettelyä sairaaloiden tietojärjestelmien toimittamiseksi Puolassa. Hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valittiin alun perin Komputer Konsult Sp z o.o. -niminen yritys (jäljempänä KK). Esaprojekt Sp z o.o. (jäljempänä Esaprojekt), joka oli myös jättänyt tarjouksen, riitautti sopimuspuolen valinnan kansallisissa tuomioistuimissa. Sopimuspuolen valintapäätös kumottiin, koska kokemus, johon KK oli turvautunut, oli riittämätön. KK:ta pyydettiin täsmentämään kokemusluetteloaan. Muutetussa luettelossaan KK turvautui uuteen, kolmansien osapuolten kokemukseen. KK valittiin jälleen hankintasopimuksen sopimuspuoleksi. Esaprojekt valitti jälleen, mikä johti ennakkoratkaisupyyntöön esillä olevassa asiassa.

2. Kansallinen tuomioistuin esittää unionin tuomioistuimelle joukon kysymyksiä, joiden tarkoituksena on ensinnäkin määrittää edellytykset, joiden täytyessä tarjoajat voivat muuttaa kokemusluetteloaan ja turvautua kolmansien osapuolten kokemukseen. Toiseksi kansallinen tuomioistuin pyytää täsmennystä edellytyksiin, joiden täytyessä tarjoajan antamat tiedot ovat direktiivin 2004/18/EY 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa tarkoitettua väärien tietojen antamista.² Kolmanneksi kansallinen tuomioistuin kysyy, voidaanko erillisistä hankintasopimuksista saatuun kokemukseen turvautua kootusti hankintamenettelyn tietyn vaatimuksen täyttämiseksi silloin kun hankintaviranomainen ei ole nimenomaisesti ottanut tällaista mahdollisuutta huomioon.

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2 — Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2004, L 134, s. 114).

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

3. Direktiivin 2004/18 (jäljempänä direktiivi) 2 artiklassa säädetään avoimuuden ja syrjintäkiellon periaatteesta julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyissä.

4. Direktiivin 44 artiklan 1 kohdassa todetaan, että hankintasopimukset tehdään muun muassa 48 artiklassa tarkoitettua ammatillista ja teknistä tietämystä tai pätevyyttä koskevien perusteiden mukaisesti. Direktiivin 44 artiklan 2 kohdassa säädetään, että vähimmäisedellytysten ”on liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden”.

5. Jaksoon ”Laadulliset valintaperusteet” sisältyvän 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa säädetään, että hankintamenettelystä voidaan sulkea pois taloudellinen toimija, joka on ”tämän luvun [oikeammin: jakson] soveltamiseksi vaadittavia tietoja ilmoittaessaan vakavalla tavalla syylistynyt väärin tietojen antamiseen tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen”, ja 45 artiklan 2 kohdan osalta säädetään yleisesti seuraavaa: ”Jäsenvaltioiden on määritettävä kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti ja yhteisön lainsäädännön huomioon ottaen edellytykset, joiden mukaan tätä kohtaa sovelletaan.”

6. Direktiivin 48 artiklan 2 kohdassa esitetään tapoja, joilla kokemus voidaan osoittaa; a alakohdassa mainitaan erityisesti luettelot toteutetuista rakennusurakoista, merkittävimmistä suoritetuista tavarantoimituksista tai palveluista.

7. Direktiivin 48 artiklan 3 kohdassa säädetään, että taloudellinen toimija ”voi tiettyä hankintasopimusta varten tarvittaessa käyttää muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta”. Toimijan on tässä tapauksessa osoitettava, että sillä on ”käytettävissään hankintasopimuksen toteuttamiseen tarvittavat keinot esittämällä esimerkiksi todisteen näiden yksiköiden antamasta sitoumuksesta antaa tarvittavat keinot taloudellisen toimijan käyttöön”.

8. Direktiivin 51 artiklassa, jonka otsikko on ”Täydentävät asiakirjat ja lisätiedot”, todetaan, että hankintaviranomainen ”voi 45–50 artiklan soveltamiseksi pyytää taloudellisia toimijoita täydentämään tai täsmentämään antamiaan todistuksia ja asiakirjoja”.

B Kansallinen oikeus

9. Julkisia hankintoja koskevista sopimuksista annetun lain (Ustawa Prawo zamówień publicznych, jäljempänä Ustawa PZP) 2 § 13 kohdan mukaan ”julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla” tarkoitetaan ”vastiketta vastaan tehtyjä sopimuksia, jotka on tehty hankintaviranomaisen ja taloudellisen toimijan välillä ja joiden kohteena ovat palvelut, tavarantoimitukset tai rakennusurakat”.

10. Ustawa PZP:n 24 §:n 2 momentin 3 kohdassa säädetään sellaisten taloudellisten toimijoiden sulkemisesta pois hankintamenettelystä, jotka ”– – ovat toimittaneet virheellisiä tietoja, jotka vaikuttavat tai voivat vaikuttaa menettelyn lopputulokseen – –”.

11. Ustawa PZP:n 26 §:ssä säädetään hankintaviranomaisen mahdollisuudesta pyytää tarjoajia toimittamaan tarjouksista puuttuneita tietoja, korjaamaan virheitä tai täsmentämään ilmoituksia tai asiakirjoja.

III Tosiseikat, oikeudenkäyntimenettely ja ennakkoratkaisukysymykset

12. Esillä oleva asia koskee hankintamenettelyä yleisten sairaaloiden tietojärjestelmien toimittamiseksi Łódźin voivodikunnassa Puolassa. Asian kannalta merkityksellinen hankintamenettelyn osa koskee integroidun sairaalatietojärjestelmän hankintaa ja toimitusta hallinnollisen osan (ns. harmaan osan) käyttöön sekä terveydenhuollon osan (ns. valkoisen osan) käyttöön Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernikassa (Nikolaus Kopernikuksen itsenäinen voivodikunnan sairaala).

13. Tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan hankintasopimusta voivat tavoitella taloudelliset toimijat, jotka pystyivät osoittamaan mm. toteuttaneensa vähintään kaksi hankintasopimusta, jotka käsittävät (kunkin ilmoitetun hankintasopimuksen osalta): integroidun sairaalatietojärjestelmän toimituksen, asennuksen, konfiguroinnin ja käyttöönoton valkoisessa osassa ja harmaassa osassa, terveydenhuollon laitokselle, jonka vuodepaikkojen määrä on vähintään 200, ja joiden bruttoarvo on vähintään 450 000 Puolan zlotya.

14. Osoittaakseen edellä mainitun edellytyksen täyttymisen taloudellisten toimijoiden oli tehtävä ilmoitus ja esitettävä luettelo merkittävimmistä integroidun sairaalatietojärjestelmän toimituksista valkoisessa osassa ja harmaassa osassa.

15. Tarjouksessaan KK esitti kaksi kohtaa integroidun sairaalatietojärjestelmän toimituksista sairaaloille 1) Słupskissa (jäljempänä Słupskin toimitus) ja 2) Nowy Sączissa (jäljempänä Nowy Sączin toimitus). Kummankin toimituksen suoritti Konsultant IT Sp. z o.o:n (jäljempänä KIT) ja KK:n muodostama konsortio.

16. KK voitti integroidun sairaalatietojärjestelmän hankintaa ja toimitusta koskevan hankintamenettelyn. Esaprojekt riitautti päätöksen väittäen ensisijaisesti, että KK:n luettelemat hankintasopimukset eivät täyttäneet hankintamenettelyn vaatimuksia integroitua sairaalatietojärjestelmiä koskevan kokemuksen osalta.

17. Valitus hyväksyttiin. Hankintaviranomainen velvoitettiin pyytämään, että KK toimittaa Ustawa PZP:n 26 §:n 4 momentin mukaisesti täsmennyksiä sellaisten hankintasopimusten laajuudesta, jotka on mainittu tietämystä ja kokemusta koskevan hankintamenettelyyn osallistumisen edellytyksen täyttymisen osoittamiseksi.

18. Täsmennyspyynnön jälkeen kävi ilmi, että Słupskin toimitus oli suoritettu kahden hankintamenettelyn ja kahden erillisen sopimuksen perusteella. Toinen sopimus ei koskenut valkoista osaa ja toinen ei puolestaan koskenut harmaata osaa. Hankintaviranomainen katsoi, että Słupskin toimitus ei noudattanut edellä tämän ratkaisuehdotuksen 13 kohdassa mainittuja tarjouspyyntöasiakirjoja, koska Słupskin toimitus ei ollut yksi ainoa Ustawa PZP:n 2 §:n 13 kohdassa tarkoitettu julkisia hankintoja koskeva sopimus. Sitä vastoin se käsitti kaksi erillistä hankintasopimusta. Tämän vuoksi hankintaviranomainen pyysi KK:ta täydentämään asiakirjoja, jotka osoittavat sen täyttävän hankintamenettelyn edellytykset.

19. Täydentäessään asiakirjoja KK toimitti uuden luettelon toimituksista. Tähän luetteloon sisältyi entiseen tapaan Nowy Sączin toimitus. Lisäksi luettelossa oli kaksi uutta tavarantoimitusta, jonka kummankin suoritti kolmas osapuoli, Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (jäljempänä Medinet) (jäljempänä Medinetin toimitus). KK esitti myös Medinetin sitoumuksen antaa käyttöön hankintasopimuksen toteuttamiseen tarvittavat resurssit ja osallistua hankintasopimuksen toteuttamiseen neuvonantajana ja konsulttina.

20. Hankintaviranomainen hyväksyi KK:n jättämän muutetun tarjouksen. Esaprojekt teki jälleen valituksen Województwo Łódzkieta vastaan Krajowa Izba Odwoławczassa (kansallinen muutoksenhakulautakunta, Puola). Tässä tilanteessa kyseinen tuomioistuin päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”Ensimmäinen kysymys:

Salliiko [direktiivin 2004/18] 51 artikla, luettuna yhdessä 2 artiklassa vahvistetun taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen sekä avoimuusperiaatteen kanssa, sen, että taloudellinen toimija asiakirjojen täsmentämisen tai täydentämisen yhteydessä voi viitata muihin toteutettuihin hankintasopimuksiin (ts. suoritettuihin toimituksiin) kuin mihin se viittasi tarjoukseen liitettyssä toimituksia koskevassa luettelossa, ja erityisesti, voiko se viitata sellaisen toisen yksikön toteuttamiin hankintasopimuksiin, jonka resurssien käyttöön se ei viittanut tarjouksessa?

Toinen kysymys:

Onko unionin tuomioistuimen tuomion 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647) valossa, jonka mukaan ”yhdenvertaisen kohtelun periaatetta on tulkittava siten, ettei se ole esteenä sille, että hankintaviranomainen pyytää sen jälkeen, kun hankintamenettelyyn osallistumista koskevan hakemuksen esittämiseksi asetettu määräaika on päättynyt, ehdokasta toimittamaan julkaistun taseen kaltaisia asiakirjoja, jotka kuvaavat tämän ehdokkaan tilannetta ja joiden voidaan objektiivisesti todeta olleen olemassa ennen menettelyyn osallistumista koskevan hakemuksen esittämiseksi asetetun määräajan päättymistä, kunhan kyseistä julkista hankintaa koskevissa asiakirjoissa ei ole vaadittu nimenomaisesti niiden toimittamista ehdokkuuden poissulkemisen uhalla”, [direktiivin 2004/18] 51 artiklaa tulkittava siten, että asiakirjoja voi täydentää ainoastaan sellaisten asiakirjojen osalta, joiden voidaan objektiivisesti todeta olleen olemassa ennen tarjousten tai osallistumispyyntöjen jättämisen määräajan päättymistä, vaiko siten, että unionin tuomioistuin osoitti ainoastaan yhden mahdollisuuden ja asiakirjoja voi täydentää myös muissa tapauksissa, esimerkiksi liittämällä mukaan asiakirjoja, jotka eivät olleet olemassa ennen tätä määräaikaakaan mutta joilla objektiivisesti voidaan vahvistaa edellytyksen täytyminen?

Kolmas kysymys:

Jos toiseen kysymykseen vastataan, että myös muita kuin asiassa C-336/12, Manova, annettussa tuomiossa mainittuja asiakirjoja voidaan täydentää, voidaanko täydentää taloudellisen toimijan, alihankkijoiden tai muiden sellaisten yksiköiden laatimia asiakirjoja, joiden voimavaroihin taloudellinen toimija turvautuu, jos asiakirjoja ei esitetty yhdessä tarjouksen kanssa?

Neljäs kysymys:

Salliiko [direktiivin 2004/18] 44 artikla, luettuna yhdessä 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa sekä 2 artiklassa vahvistetun taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, sellaisen 48 artiklan 3 kohdassa tarkoitetun muun yksikön resursseihin turvautumisen, jossa lasketaan yhteen kahden sellaisen yksikön tietämys ja kokemus, joilla ei erikseen ole hankintaviranomaisen vaatimaa tietämystä ja kokemusta, jos tämä kokemus on jakamatonta (ts. taloudellisen toimijan on täytettävä menettelyyn osallistumisen edellytys kokonaisuudessaan) ja hankintasopimuksen toteuttaminen on jakamatonta (se on yksi kokonaisuus)?

Viides kysymys:

Salliiko [direktiivin 2004/18] 44 artikla, luettuna yhdessä 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan sekä 2 artiklassa vahvistetun taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, turvautumisen taloudellisten toimijoiden ryhmittymän kokemukseen siten, että taloudellinen toimija, joka toteutti hankintasopimuksen taloudellisten toimijoiden ryhmittymän jäsenenä, voi turvautua

ryhmittymän suorittamaan toteuttamiseen riippumatta siitä, mikä oli sen osuus kyseisen hankintasopimuksen toteuttamisessa, vai voiko taloudellinen toimija turvautua ainoastaan omaan tosiasiallisesti hankkimaansa kokemukseen, jonka se sai toteuttaessaan kyseistä hankintasopimuksen osaa, joka sille ryhmittymän osana katsottiin kuuluvan?

Kuudes kysymys:

Voidaanko [direktiivin 2004/18] 45 artiklan 2 kohdan g alakohtaa, jonka mukaan hankintamenettelystä voidaan sulkea pois taloudellinen toimija, joka on vakavalla tavalla syyllistynyt väriin tietojen antamiseen tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen, tulkita siten, että hankintamenettelystä suljetaan pois taloudellinen toimija, joka on toimittanut virheellisiä tietoja, jotka vaikuttavat tai voivat vaikuttaa menettelyn lopputulokseen, kun väriin tietojen antaminen johtuu pelkästään siitä, että hankintaviranomaiselle on toimitettu sellaisia tietoja, jotka eivät vastaa tosiasiallista asiointilaa ja jotka vaikuttavat hankintaviranomaisen päätökseen, joka koskee taloudellisen toimijan poissulkemista (ja sen tarjouksen hylkäämistä), riippumatta siitä, tekikö taloudellinen toimija sen tahallisesti ja tietoisesti vaiko tahattomasti, piittaamattomuudesta, tuottamuksesta tai jättämällä noudattamatta asianmukaista huolellisuutta? Voidaanko 'vakavalla tavalla väriin tietojen antamiseen syyllistyneenä tai vaadittavien tietojen antamisen laiminlyöneenä' pitää ainoastaan taloudellista toimijaa, joka esitti virheellisiä (tosiasiallista asiointilaa vastaamattomia) tietoja, vai myös taloudellista toimijaa, joka tosin esitti todenmukaisia tietoja, mutta esitti ne siten, että hankintaviranomainen vakuuttuisi, että taloudellinen toimija täyttää hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset, vaikka se ei niitä täytä?

Seitsemäs kysymys:

Salliiko [direktiivin 2004/18] 44 artikla, luettuna yhdessä 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan sekä 2 artiklassa vahvistetun taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, taloudellisen toimijan turvautua kokemukseen siten, että näin tehdessään taloudellinen toimija turvautuu kootusti kahteen tai useampaan sopimukseen yhtenä julkisia hankintoja koskevana sopimuksena, vaikka hankintaviranomainen ei ole hankintailmoituksessa eikä tarjouspyyntöasiakirjoissa viitannut tällaiseen mahdollisuuteen?"

21. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Puolan ja Italian hallitukset sekä Euroopan komissio. Puolan hallitus, komissio ja Województwo Łódzkie, pääasian vastaaja, osallistuivat 21.9.2016 pidettyyn istuntoon.

IV Arviointi

A Ensimmäinen kysymys (sekä toinen ja kolmas kysymys)

22. Kansallisen tuomioistuimen ensimmäinen kysymys koskee sitä, onko tarjoajan direktiivin 2 ja 51 artiklan valossa mahdollista tarjouksen jättämiselle asetetun määräajan päätyttyä viitata sellaiseen kolmannen osapuolen kokemukseen, johon alkuperäisessä tarjouksessa ei viitattu.

23. Toinen ja kolmas kysymys koskevat sitä, voiko tarjoaja tuomion Manova³ valossa esittää asiakirjoja, jotka osoittavat sen mahdollisuuden turvautua kolmannen osapuolen kokemukseen tarjouksen jättämiselle asetetun määräajan päätyttyä (esillä olevassa asiassa Medinetin sitoumus).

24. Ensimmäisen kysymyksen osalta katson, että tällaisten viittausten lisääminen ei yleensä ottaen ole mahdollista jäljempänä esitetyistä syistä. Tämä vastaus tekee toisen ja kolmannen kysymyksen yksityiskohtaisen tarkastelun tarpeettomaksi.

3 — Tuomio 10.10.2013 (C-336/12, EU:C:2013:647).

25. Direktiivin 51 artiklassa säädetään, että hankintaviranomaiset voivat pyytää tarjoajia ”täydentämään tai täsmentämään” toimittamiaan asiakirjoja. Ilmaisu ”täydentämään tai täsmentämään” on todennäköisesti varsin joustava. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan⁴ yhdenvertaisen kohtelun periaate sekä avoimuusvelvollisuus kuitenkin ovat julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyssä esteenä kaikenlaiselle hankintaviranomaisen ja jonkin tarjoajan väliselle neuvottelulle. Tästä seuraa yleisesti, että hankintaviranomainen ei voi pyytää tarjoajalta, jonka tarjousta se pitää epätarkkana tai tarjouspyyntöasiakirjojen teknisten eritelmien vastaisena, täsmennystä eikä edes luoda sellaista vaikutelmaa, että se sallisi tarjouksen muuttamisen.⁵

26. Kuitenkaan direktiivi ”ei ole esteenä sille, että tarjouksen yksittäisiä kohtia voitaisiin korjata tai täydentää etenkin sen vuoksi, että niitä on selvästi vain täsmennettävä, tai ilmeisten kirjoitus- tai laskuvirheiden korjaamiseksi”, kunhan täsmennysten seurauksena ei ole uusi tarjous.⁶ Tarjoajien on noudatettava huolellisuusvelvoitetta,⁷ mutta liiallisia muodollisuuksia on vältettävä.⁸ Tämä on erityisen tärkeää, jotta voidaan varmistaa hankintamenettelyjen pysyminen avoimina ja kilpailuun perustuvina.

27. Mahdollisuutta toimittaa lisätietoja tarjouksen jättämiselle asetetun määräajan päätyttyä pidetään siis poikkeuksellisena muttei poissuljettuna. Kysymys kuuluukin: mihin vedetään tämän mahdollisuuden raja?

28. Mielestäni unionin tuomioistuimen lähestymistapaa voidaan kenties parhaiten kuvailla vertauksen avulla: tiedot ja asiakirjat, jotka tarjoaja toimittaa tarjouksen jättämiselle asetetun määräajan päätyttyä, ovat kuin tuokiokuva. Hankintaviranomainen voi ottaa huomioon ainoastaan tähän kuvaan sisältyvät tiedot ja asiakirjat. Tämä ei estä hankintaviranomaista zoomaamasta hieman epäselviin kuvan yksityiskohtiin ja pyytämästä kuvan resoluution suurentamista, jotta yksityiskohdat näkyisivät paremmin. Perustietojen on kuitenkin täytynyt olla jo alkuperäisessä tuokiokuvassa, joskin pienemmällä resoluutiolla.

29. Tämän logiikan mukaisesti katson, että tarjoajan ei periaatteessa voida sallia osoittavan täyttävänsä hankintamenettelyn teknisiä ja ammatillisia vaatimuksia turvautumalla kolmansien osapuolten kokemukseen, johon ei viitattu ennen tarjouksen jättämiselle asetetun määräajan päättymistä. Tätä tietoa ei yksinkertaisesti sisältynyt alkuperäiseen kuvaan.

30. Näin ollen tällainen turvautuminen kolmanteen osapuoleen ei ole pelkkä täsmennys tai muodollisuus. Se on itse asiassa huomattava muutos tarjoukseen. Sillä muutetaan tietoa siitä, mitkä yksiköt nimenomaisesti suorittavat työn, tai ainakin siitä, kenen kokemukseen turvaututaan työn suorittamiseksi. Tämä on olennainen muutos, joka vaikuttaa menettelyn keskeiseen osatekijään.⁹ Kuten komissio huomauttaa, tällainen muutos voi lisäksi johtaa siihen, että hankintaviranomainen vaatii lisävarmennuksia, ja voi jopa vaikuttaa siihen, keitä ehdokkaita pyydetään esittämään tarjous.

31. Yleisemmällä tasolla tällaisten muutosten salliminen epäilemättä vaikuttaa kilpailuprosessiin. Tarjoajan on tehtävä päätös turvautumisesta omaan kokemukseensa tai kolmannen osapuolen kokemukseen tiettyinä ajankohtana ja sillä tuona ajankohtana olevien tietojen perusteella. Se, että tarjoajalle annettaisiin toinen mahdollisuus tehdä tämä yritystoimintaa koskeva päätös myöhemmänä

4 — Ks. tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191, 36 kohta); tuomio 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, 31 kohta) ja tuomio 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, 62 kohta).

5 — Tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191, 41 kohta).

6 — Ks. tuomio 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, 63 ja 64 kohta); tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191, 40 kohta) ja tuomio 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, 32–36 kohta).

7 — Tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191, 38 kohta).

8 — Tuomio 6.11.2014, Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 45 kohta).

9 — Ks. vastaavasti tuomio 6.11.2014, Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, 45 kohta), jonka mukaan muutoksia, jotka koskevat tekniseksi johtajaksi ilmoitettua henkilöä, ei pidetty ainoastaan muodollisina, minkä vuoksi ne katsottiin riittäväksi perusteeksi sulkea tarjoaja pois menettelystä.

ajankohtana, toisi sille epäilemättä edun, joka olisi ristiriidassa yhdenvertaista kohtelua koskevan vaatimuksen kanssa. Esimerkiksi tieto siitä, montako kilpailijaa on tai keitä ne ovat, taikka tieto markkinoiden laskusuhdanteesta saattaa kannustaa tarjoajaa valitsemaan kokeneemman kumppanin, jotta sen mahdollisuudet paranisivat.¹⁰

32. Lisätukea tälle päätelmälle voidaan vastaavasti löytää tapauksista, joissa tarjouksen jättäneiden konsortioiden kokoonpanoa on muutettu tarjouksen jättämiseksi asetetun määräajan päätyttyä. Äskettäisessä asiassa Højgaard kahden yrityksen muodostama konsortio valittiin esivalinnassa ja se jätti tarjouksen hankintamenettelyssä, mutta sitten se purettiin ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa. Toinen yrityksistä, Aarsleff, haki sitten pääsyä konsortion tilalle esivalinnan läpäisemänä tarjoajana hankintamenettelyssä. Tämä muutos hyväksyttiin ja Aarsleff valittiin hankintasopimuksen sopimuspuoleksi. Sopimuspuolen valinta riitautettiin kansallisissa tuomioistuimissa, ja unionin tuomioistuimelle esitettiin kysymys konsortion kokoonpanon muutoksen yhteensopivuudesta yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa.

33. Tuomiossaan unionin tuomioistuin totesi, että säännöt konsortion kokoonpanon muuttamisesta hankintamenettelyn aikana kuuluvat yleensä ottaen jäsenvaltioiden toimivaltaan.¹¹ Jotta yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen voidaan varmistaa, Aarsleffin on täytynyt täyttää esivalinnan kriteerit itsenäisesti.¹²

34. Vastaavasti silloin, kun hankintaviranomainen vaatii tarjoajaa poistamaan kohtia kokemusluettelostaan, tarjoaja voi tietenkin edelleen turvautua luetteloon jääneisiin kohtiin. Se ei kuitenkaan voi lisätä luetteloon uutta kolmannen osapuolen kokemusta.¹³

35. Tämän vuoksi ehdotan vastaamista kansallisen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen siten, että taloudellinen toimija ei voi turvautua kolmannen osapuolen kokemukseen ensimmäisen kerran tarjouksen jättämiseksi asetetun määräajan päätyttyä. Tämä vastaus huomioon ottaen kansallisen tuomioistuimen toinen ja kolmas kysymys (jotka koskevat edellytyksiä, joiden täyttyessä todisteet tällaisesta kolmannen osapuolen kokemuksesta voidaan toimittaa) jäävät suurelta osin pois. Silloin kun toimija ei voi lainkaan turvautua kolmanteen osapuoleen, sen ei olisi järkevää esittää kyseisen kolmannen osapuolen sitoumuksia tai todisteita kolmannen osapuolen kokemuksesta.

36. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa kansallisen tuomioistuimen ensimmäiseen kolmeen kysymykseen seuraavasti:

Direktiivin 2004/18 51 artikla, luettuna yhdessä sen 2 artiklassa vahvistetun taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen sekä avoimuusperiaatteen kanssa, ei salli sitä, että taloudellinen toimija asiakirjojen täsmentämisen tai täydentämisen yhteydessä viittaa kolmansien osapuolten toteuttamiin hankintasopimuksiin, joihin se ei viittanut tarjoukseen liitettyinä toimituksia koskevassa luettelossa, tai että se esittää tällaisen kolmannen osapuolen sitoumuksen antaa resurssinsa tarjoajan käyttöön.

10 — Ks. vastaavasti julkisasiamies Mengozzin ratkaisuehdotus MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, 80 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

11 — Tuomio 24.5.2016, MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, 35 kohta).

12 — Ks. myös tuomio 23.1.2003, Makedoniko Metro ja Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). Tässä asiassa tarjouksen jättänyt konsortio oli halunnut *laajentaa* kokoonpanoan tarjousten jättämisen jälkeen. Kansallinen oikeus muodollisesti esti sitä tekemästä näin. Yhteisöjen tuomioistuin päätteli, että tällainen kieltä oli julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL 1992, L 209, s. 1) (direktiivin 2004/18 edeltäjä) mukainen.

13 — Vaikka tämä seikka ei olekaan tarkasteltavana esillä olevassa asiassa, en sulje pois sitä mahdollisuutta, että tarjoajan sallittaisiin turvautua *sen omaan* muuhun kokemukseen.

B Neljäs kysymys

37. Neljäs kysymys koskee sitä pääasian seikkaa, että tarjouspyyntöasiakirjoissa edellytetään, että tarjoajat ovat toteuttaneet ”vähintään kaksi hankintasopimusta”, joista kukin edellä tämän ratkaisuehdotuksen 13 kohdan mukaisesti käsittää valkoisen osan ja harmaan osan. Saatuaan hankintaviranomaisten täsmennyspyynnön KK esitti kaksi Medinetin toimitusta ja Nowy Sączin toimituksen.

38. Tätä taustaa vasten kansallinen tuomioistuin pyrkii ratkaisemaan, onko direktiivin 44 artiklan ja 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan sekä direktiivin 2 artiklassa tarkoitettun yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaista turvautua Medinetin toimituksista ja Nowy Sączin toimituksesta saatuun kokemukseen ”vähintään kahta hankintasopimusta” koskevan vaatimuksen täyttämiseksi.

39. Direktiivin sanamuodosta käy selvästi ilmi, että hankintamenettelyissä taloudelliset toimijat voivat yleensä turvautua muiden yksiköiden voimavaroihin.¹⁴ Tämä yleinen sääntö on myös yhdenmukainen julkisten hankintojen kilpailulle avaamista koskevan tavoitteen kanssa,¹⁵ ja unionin tuomioistuin on vahvistanut sen useaan otteeseen.¹⁶ Voimavarat, joihin taloudellinen toimija turvautuu, voivat tämän vuoksi olla ”pirstaloituneita” tai ”jakautuneita” eri toimijoiden kesken, tietenkin edellyttäen, että käytännössä toimijalla on näiden muiden yksiköiden tarvittavat resurssit käytössään.¹⁷

40. Jotta varmistetaan ”soveltuvuutta koskevien vähimmäisehtojen” tai ”soveltuvuutta koskevien vähimmäisedellytysten”¹⁸ täytyminen, turvautumista kolmansiin osapuoliin voidaan kuitenkin poikkeuksellisesti rajoittaa. Tämä koskee ”sellaisia rakennusurakoita, joihin liittyy erityispiirteitä, jotka edellyttävät tiettyä pätevyyttä, jota ei ole mahdollista saavuttaa kokoamalla yhteen useamman toimijan vajeat voimavarat”. Näitä piirteitä koskevan vaatimuksen on ”liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden”.¹⁹

41. Esillä olevassa asiassa tarjouspyyntöasiakirjoissa edellytetään, että tarjoajat ovat toteuttaneet ”vähintään kaksi hankintasopimusta” tietyllä erityisalalla (integroidut sairaalatietojärjestelmät). Edellä käsitellyistä seikoista seuraa, että tämä vaatimus voidaan asettaa vähimmäisvaatimuksena ja että turvautuminen kolmansiin osapuoliin voidaan sulkea pois edellyttäen, että se ”[liittyy] suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja [on] oikeassa suhteessa siihen nähden”.

42. Se, onko asia näin, on tosiseikkoja, koskeva kysymys, joka kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava.

43. Kansallinen tuomioistuin kuitenkin viittaa siihen, että on olemassa laadullinen ero yhtäältä sellaisten tarjouspyyntöasiakirjojen, joissa edellytetään kumulatiivista, toistuvaa kokemusta yhdeltä osa-alueelta, ja toisaalta sellaisten tarjouspyyntöasiakirjojen välillä, joissa edellytetään kokemusta useilta erillisiltä osa-alueilta.

14 — Ks. esimerkiksi direktiivin 4 artiklan 2 kohta (turvautuminen konsortioihin), 25 artikla (alihankinta) ja 48 artiklan 3 kohta (turvautuminen kolmansiin osapuoliin).

15 — Ks. tuomio 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

16 — Ks. esim. tuomio 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, 30–32 kohta); tuomio 2.12.1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, 26 ja 27 kohta) ja tuomio 18.3.2004, Siemens ja ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, 43 kohta).

17 — Direktiivin 48 artiklan 3 kohta.

18 — Ks. direktiivin 44 artiklan 2 kohta.

19 — Tuomio 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, 35 kohta), joka heijastelee direktiivin 44 artiklan 2 kohdan sanamuotoa.

44. Myönnän, että intuitiivisesti tällainen ero on olemassa. Eri aloilta saadun kokemuksen yhdistäminen ei ole aina mahdollista – monialaista kokemusta tai täysipainoista kokemusta integroiduista järjestelmistä voi olla mahdotonta korvata. Tällaiset monitieteiset yhdistelmät ovat kuitenkin luultavasti vähemmän ongelmallisia kuin kokemusvuosien tai yksittäisten hankintasopimusten yhteenlaskeminen. Yritys, joka toteuttaa toista hankintasopimusta samalla alalla, toimii aiemman kokemuksensa pohjalta, mahdollisesti uusien ja erilaisten näkemysten turvin.²⁰

45. Viime kädessä oikeussäännöt pysyvät kuitenkin samoina kummassakin tapauksessa. Se, missä määrin kahta hankintasopimusta toteuttaneen yhden toimijan kokemus voidaan korvata yhtä hankintasopimusta toteuttaneen kahden toimijan kokemuksella, on tosiseikkoja koskeva kysymys, joka kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava.

46. Kysymyksessään kansallinen tuomioistuin nimenomaisesti toteaa, että asian kannalta merkityksellinen kokemus ja hankintasopimuksen toteuttaminen ”on jakamatonta”. Tämä merkitsee sitä, että kansallinen tuomioistuin on jo päättänyt, että a) mahdollisuus turvautua kootusti kokemukseen on suljettu pois ja että b) tämä poissulkeminen ”[liittyy] suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja [on] oikeassa suhteessa siihen nähden”. Mikäli asianlaita todellakin on näin, hankintaviranomaisen on kansallisen tuomioistuimen mainitsemien direktiivin säännösten nojalla mahdollista sulkea pois se, että muun yksikön resursseihin turvaudutaan yhdistämällä kahden yksikön tietämys ja kokemus.

47. Edellä esitetyn perusteella ehdotan vastaamista kansallisen tuomioistuimen neljänteen kysymykseen seuraavasti:

Direktiivin 2004/18 44 artikla, luettuna yhdessä sen 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa sekä 2 artiklassa vahvistetun yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, ei salli taloudellisen toimijan turvautumista muun yksikön tietämykseen ja kokemukseen direktiivin 48 artiklan 3 kohdassa tarkoitettulla tavalla, mikäli hankintaviranomainen on nimenomaisesti sulkenut pois tällaisen turvautumisen. Tällaisen poissulkemisen on kuitenkin liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden.

C Viides kysymys

48. Viidennessä kysymyksessään kansallinen tuomioistuin pyytää täsmennystä edellytyksiin, joiden täyttyessä taloudellinen toimija voi turvautua sellaisen yritysryhmittymän aiempaan kokemukseen, jossa se oli jäsenenä. Tämä kysymys liittyy siihen, että pääasiassa sekä Nowy Sączin toimituksen että Słupskin toimituksen suoritti kahden yrityksen eli KK:n ja KIT:n muodostama konsortio. Ymmärrän, että kansallinen tuomioistuin pyrkii ratkaisemaan sen, voiko KK turvautua tähän kokemukseen ehdottomasti tarjouksensa tueksi vai onko KK:n asema toimituksessa olennainen.²¹

49. Katson, että konsortion jäsenen erityisasema ja siihen liittyvä kokemus todellakin ovat ratkaisevia.

20 — Havainnollistan asiaa seuraavasti: jos haluan palkata asianajajan, jolla on yhdeksän vuoden kokemus vero-, yhtiö- ja kauppaoikeuden aloilta, saatan hyväksyä kolme asianajajaa, joista yhdellä on yhdeksän vuoden kokemus vero-oikeuden, yhdellä yhtiöoikeuden ja yhdellä kauppaoikeuden alalta. Saatan kuitenkin suhtautua epäroivämmin siihen, että palkkaisin kolme asianajajaa, joista kullakin on kolmen vuoden kokemus kaikilta kolmelta alalta. Enkä varmasti palkkaisi yhdeksää asianajajaa, joista kullakin on yhden vuoden kokemus.

21 — Pyynnöstä käy ilmi, että KK ei millään tavalla pyri turvautumaan KIT:n kokemukseen muuna yksikkönä direktiivin 48 artiklan 3 kohdassa tarkoitettulla tavalla vaan pikemminkin esittää konsortion osana hankitun kokemuksen omanaan.

50. Direktiivin 44 artiklassa ja 48 artiklan 2 kohdan a alakohdassa säädetään tarjousten arvioinnista muun muassa kokemuksen perusteella, sellaisena kuin kokemus ilmenee viimeksi kuluneiden vuosien aikana tehtyjä töitä ja suoritettuja toimituksia koskevista luetteloista. Se, että omaa hankintasopimuksen toteuttamiseen tarvittavan kokemuksen, ei selvästikään ole sama asia kuin tuntee joku, joka omaa tällaisen kokemuksen. Vastaavasti kokemusta ei voida hankkia yksinkertaisesti olemalla muodollisesti sopimuksen tai konsortion osapuoli.

51. Kansallinen tuomioistuin havainnollistaa tätä seikkaa osuvasti esimerkiksi moottoritietä rakentavasta konsortioista, jonka muodostavat kolme yritystä: pankki (joka rahoittaa toiminnan), rakennusyhtiö (joka suorittaa varsinaisen rakennustyön) ja palveluntarjoaja (joka tarjoaa oikeudellista, hallinnollista ja kirjanpidollista tukea). On selvää, että tällaisen toiminnan rahoittaminen ei anna pankille moottoritien rakentamiseksi tarvittavaa kokemusta.

52. Viime kädessä kunkin yrityksen täsmällinen asema ja sen saama kokemus riippuu kuitenkin kulloisistakin olosuhteista. Esimerkiksi on mahdollista, että pankki otti ensisijaisen vastuun rahoituksesta mutta että palveluntarjoaja toimi lähellä tätä toiminnan osa-aluetta ja sai siten jonkin verran kokemusta tältä alalta. Tämä kokemuksen määrä voi olla täysin asianmukainen ja riittävä jotakin muuta hanketta koskevassa toisessa hankintamenettelyssä. Tai sitten se ei ole. Nämä ovat tosiseikkoja koskevia kysymyksiä.

53. Vastaavasti KK:n täsmällinen asema Nowy Sączin toimituksessa (ja Słupskin toimituksessa)²² sekä se, vastaako tämä hankintailmoituksessa esitetty vaatimusta kokemuksesta, on tosiseikkoja koskeva kysymys, joka kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava.

54. Lisäksi edellä esitetyt huomautukset liittyvät tilanteeseen, jossa taloudellinen toimija esittää toimittajien ryhmittymän suorittamia aiempia toimituksia *nimenomaisesti omana kokemuksenaan*. Nämä huomautukset eivät rajoita taloudellisen toimijan mahdollisuutta turvautua kolmansien osapuolten voimavaroihin, kuten säädetään esimerkiksi direktiivin 48 artiklan 3 kohdassa ja mitä tarkastellaan seikkaperäisemmin edellä 39 kohdassa.

55. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa kansallisen tuomioistuimen viidenteen kysymykseen seuraavasti:

Direktiivin 2004/18 44 artiklaa ja 48 artiklan 2 kohdan a alakohtaa on tulkittava siten, että taloudellinen toimija, joka on toteuttanut hankintasopimuksen taloudellisten toimijoiden ryhmittymän jäsenenä, voi turvautua omana kokemuksenaan ainoastaan kokemukseen, jonka se on hankkinut itse mainitun hankintasopimuksen toteuttamisessa. Tämä päätelmä ei rajoita taloudellisen toimijan mahdollisuutta turvautua kolmansien osapuolten voimavaroihin direktiivissä säädetyin edellytyksin.

D Seitsemäs kysymys

56. Seitsemäs kysymys koskee sitä tosiseikkaa, että pääasiassa Słupskin toimitus muodostui kahdesta erillisestä hankintasopimuksesta, jotka antoivat täydentävää kokemusta (valkoisessa osassa ja harmaassa osassa), kun taas hankintailmoituksessa ja tarjouspyyntöasiakirjoissa viitataan sekä valkoista osaa että harmaata osaa yhdessä koskeviin hankintasopimuksiin.²³

22 — Województwo Łódzkie vahvisti suullisessa käsittelyssä, että KK ei enää muodollisesti turvautu Słupskin toimitukseen.

23 — Siltä osin kuin KK ei enää turvautu Słupskin toimitukseen, tätä kysymystä voitaisiin mahdollisesti pitää hypoteettisena. Koska Słupskin toimitukseen turvautumisen loppuminen ei käy selvästi ilmi ennakkoratkaisupyynnöstä, yleinen oletama kysymyksen merkityksellisyydestä pätee.

57. Tätä taustaa vasten kansallinen tuomioistuin pyytää täsmentämään niitä edellytyksiä, joiden täyttyessä kahden erillisen hankintasopimuksen yhteydessä hankittu kokemus voidaan esittää kootusti sellaisen vaatimuksen täyttämiseksi, jota ei nimenomaisesti esitetty sellaisena, että se olisi jaettavissa osiin.

58. Jäljempänä tarkasteltavista syistä katson, että tähän kysymykseen tulee vastata siten, että toimijoiden on yleensä ottaen voitava koota ”pirstaloitunut” kokemus yhteen tällä tavoin. Sen, että hankintaviranomainen sulkee tällaisen mahdollisuuden kokonaan pois, pitäisi olla poikkeuksellista.

59. Muun muassa edellä neljänten ja viidenten kysymykseen ehdottamistani vastauksista seuraa, että direktiivissä ei sanella täsmällisesti, kuinka merkityksellinen kokemus on pitänyt hankkia tai kenen on pitänyt hankkia se. Tietyin edellytyksin toimijan onkin yleensä ottaen mahdollista turvautua kokemukseen, joka a) on hankittu sen yksin allekirjoittamien hankintasopimusten yhteydessä, b) on hankittu sellaisen toimijaryhmittymän allekirjoittamien hankintasopimusten yhteydessä, jonka osa se on, tai c) on kolmansien osapuolten kokemusta.

60. Keskeistä on se, onko yhteenlaskettu kokemus, johon taloudellinen toimija voi tosiasiallisesti turvautua joko omana tai kolmannen osapuolen kokemuksena, riittävä hankintasopimuksen toteuttamiseksi.

61. Näin ollen sen, että kokemus on saatu muodollisesti kahden tai useamman hankintasopimuksen kautta eikä yhden sopimuksen perusteella, olisi yleensä oltava epäolennaista. Jos yhdistetty kokemus on riittävä hankintasopimuksen toteuttamiseksi, tämän pitäisi riittää.

62. Hankintamenettelyn vaatimukset voidaankin täyttää yhdistämällä *eri toimijoiden* voimavaroja tai kokemusta. Erityisesti on todettava, että olisi yksinkertaisesti epäjohtonmukaista sulkea periaatteessa pois mahdollisuus yhdistää *saman toimijan eri hankintasopimuksista* saamat voimavarat tai kokemus.

63. Eri toimijoiden kokemuksen yhdistämistä koskevia rajoituksia voidaan asettaa silloin, kun ne ”[liittyvät] suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja [ovat] oikeassa suhteessa siihen nähden”.²⁴ Nähdäkseni näitä perusteluja ja näitä rajoituksia voidaan vastaavasti soveltaa kokemuksen pirstaloituneisuuteen silloin, kun sama toimija toteuttaa eri hankintasopimuksia. Esimerkiksi hankintaviranomainen voi periaatteessa todeta, että tietyt kokemusta koskevat vaatimukset voidaan täyttää ainoastaan turvautumalla yksittäisiin hankintasopimuksiin, joista kukin koskee kokemusta eri aloilta. Tällaisen vaatimuksen on kuitenkin oltava myös välttämätön ja oikeasuhteinen ja liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen.

64. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista, täyttääkö kokemus, jota pyydetään tässä nimenomaisessa hankintamenettelyssä, nämä edellytykset. On kuitenkin syytä korostaa seuraavia yleisiä seikkoja.

65. Ensinnäkin hankintamenettelyjen on periaatteessa oltava avoimia kilpailulle.²⁵ Tämän mukaisesti kolmannen osapuolen kokemukseen turvautumisen poissulkeminen on poikkeus. Myös ”pirstaloituneen” kokemuksen poissulkemisen olisi oltava poikkeus. Näin ollen tällaista poissulkemista ei yksinkertaisesti voida olettaa, jos hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa ei mainita tällaista poissulkemista. Se on todettava selkeästi.

24 — Ks. edellä 40 kohta.

25 — Ks. edellä 25 kohta.

66. Toiseksi kansallinen tuomioistuin viittaa nimenomaisesti direktiivin 2 artiklaan, jossa säädetään myös yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta. Nähdäkseni viimeksi mainitun ei tulisi nostaa esiin huolia turvautumisesta kootusti kokemukseen, joka on saatu erillisten hankintasopimusten perusteella edellyttäen että joko a) *mikä tahansa* toimija, joka jättää tarjouksen, voi lähtökohtaisesti turvautua kootusti tällaisiin hankintasopimuksiin, tai b) *mikään* taloudellinen toimija ei voi tehdä näin (silloin kun hankintaviranomainen on sulkenut tällaisen mahdollisuuden pois).

67. Kolmanneksi: mikäli koottua turvautumista ei ole suljettu pois, hankintaviranomaisen tehtävänä on tuomioistuimen valvonnan alaisena ratkaista, onko kahdesta tai useammasta hankintasopimuksesta saatu yhdistetty kokemus tapauskohtaisesti riittävä täyttämään tarjouspyyntöasiakirjoissa esitetyt vaatimukset. On totta, että silloinkin, kun kaksi tai useampia sopimuksia voidaan periaatteessa yhdistää, yhteenlaskettu kokemus voi tapauskohtaisesti olla yksinkertaisesti riittämätön. Tätä arviointia suoritettaessa on otettava huomioon kaikki merkitykselliset osatekijät, kuten esimerkiksi eri hankintasopimusten välinen suhde²⁶ ja erityisvaatimukset.²⁷

68. Edellä esitetyn perusteella ehdotan vastaamista kansallisen tuomioistuimen seitsemänten kysymykseen seuraavasti:

Direktiivin 2004/18 44 artikla ja 48 artiklan 2 kohdan a alakohta, luettuna yhdessä sen 2 artiklassa vahvistetun taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, sallivat taloudellisen toimijan turvautua kokemukseen siten, että näin tehdessään taloudellinen toimija turvautuu kootusti kahteen tai useampaan sopimukseen yhtenä julkisia hankintoja koskevana sopimuksena, ellei hankintaviranomainen ole nimenomaisesti sulkenut pois tällaista koottua turvautumista. Tällaisen poissulkemisen on liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden.

E Kuudes kysymys

69. Kansallisen tuomioistuimen kuudes kysymys koskee sitä, voidaanko hankintamenettelystä sulkea pois tarjoaja, jonka katsotaan vakavalla tavalla syyllistyneen väärin tietojen antamiseen (joko antamalla tietoja tai laiminlyömällä tietojen antamisen) direktiivin 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa tarkoitettulla tavalla, mielentilasta riippumatta. Kansallinen tuomioistuin kysyy myös sitä, mahdollistaako mainittu säännös tarjouksen sulkemisen pois, mikäli tarjoaja ei tosiasiallisesti täytä hankintamenettelyn edellytyksiä mutta on luovalla tavalla esittänyt muodollisesti virheettömät tiedot antaakseen vaikutelman edellytysten täyttamisestä.

70. Direktiivin 45 artiklan 2 kohdan g alakohdan sanamuoto luo jäsenvaltiolle mahdollisuuden²⁸ sulkea pois tarjoajia tietyissä väärin tietojen antamista koskevissa tapauksissa. Tällaista väärin tietojen antamista voi ilmetä silloin, kun ”vaadittavia” tietoja esimerkiksi tarjoajan pätevydestä toimitetaan tai jätetään toimittamatta.

71. Kun tarkastellaan sanojen luonnollista merkitystä, 45 artiklan 2 kohdan g alakohta koskee näin ollen tilanteita, joissa toimija jättää pois tai sisällyttää tiettyjä tietoja, minkä vuoksi hankintaviranomainen saa virheellisen käsityksen sen pätevydestä.

72. Mikä tahansa väärin tietojen antaminen ei ole poissulkemisperuste. Sanojen ”vakava” ja ”vakavasti” käyttäminen osoittaa, että pelkästään virheellisten tietojen antaminen ei ole riittävä peruste 45 artiklan 2 kohdan g alakohdan soveltamiseksi ja että tietyn vakavuuskriteerin on täytyttävä.

26 — Mahdolliset muodolliset yhteyden hankintasopimusten välillä, yhtäläisyydet soveltamisalan, asiakkaiden tai toteutuskauden ym. osalta.

27 — Pyydetyn palvelun integroitu luonne, toimituskausi ja mahdolliset vastaavat soveltuvuutta koskevat vähimmäisehdot ym.

28 — ”Hankintamenettelystä voidaan sulkea pois taloudellinen toimija – –” (kursivointi tässä).

73. On kuitenkin epäselvää, kuinka vakavuus todennetaan. Eri kielitoisintojen vertailu ainoastaan lisää epäselvyyttä tältä osin. Joissakin kielitoisintoissa raskautta tai vakavuutta osoittava sana on liitetty ilmaukseen ”syyllinen”,²⁹ jonka voitaisiin todennäköisesti tulkita edellyttävän tiettyä mielentilaa tai tuottamuksen astetta. Muissa kielitoisintoissa raskautta tai vakavuutta osoittava sana on liitetty väärin tietojen antamiseen, mikä osoittaa, että painopiste on toiminnassa itsessään ja/tai sen seurauksissa.³⁰

74. Direktiivin 45 artiklan 2 kohdan viimeinen alakohta voi olla jossain määrin avuksi. Sen mukaan jäsenvaltioiden on määritettävä kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti ”edellytykset, joiden mukaan [45 artiklan 2] kohtaa sovelletaan”. Siten voidaan katsoa, että 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa vahvistetaan vähimmäisedellytykset sellaisen väärin tietojen antamisen todentamiseksi, joka on riittävän vakava, jotta jäsenvaltiot voivat sulkea tarjoajan pois menettelystä. Siinä ei kuitenkaan pyritä täysin yhdenmukaistamaan tätä käsitettä.³¹ Tämä tulkinta vastaa myös poissulkemisperusteiden suppeaa tulkintaa ja tarvetta arvioida kunkin toimijan tilanne tapauskohtaisesti.

75. Mitä tämä vakavuuden vähimmäisvaatimus vastaa? Seuraavista syistä katson, että ”vakavuuden” olisi liityttävä tietojen antamisen tai poisjättämisen (objektiivisiin) seurauksiin riippumatta tiedot antavan henkilön (subjektiivisesta) mielentilasta tai tarkoituksesta.

76. Mielestäni *ainoastaan* toimet tai poisjättämiset, joiden seurauksena on kilpailuetu, joka pitää toimijan hankintamenettelyssä, kun se muutoin ei pysyisi siinä, voivat kuulua 45 artiklan 2 kohdan g alakohdan soveltamisalaan.³² Toisin sanoen silloin, kun väärin tietojen antaminen (joko antamalla tai jättämällä pois tietoja) ei voi vaikuttaa lopputulokseen, se ei voi olla pätevä peruste toimijan poissulkemiseksi. Käytän tästä jäljempänä ilmaisua ”lopputulosta koskeva edellytys”.

77. Tätä tulkintaa tukevat ne kielitoisinnot, joissa korostetaan väärin tietojen antamisen vakavuutta. Sen voidaan katsoa sopivan yhteen niiden toisintojen kanssa, joissa korostetaan ”syyllisyyden” vakavuutta. Se myös heijastaa tavoitteena olevaa avoimuutta kilpailulle ja on poissulkemisperusteiden suppean tulkinnan mukainen. Jos tarjoajalla on parhaat edellytykset toteuttaa hankintasopimus joko parhaan hinnan tai kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella,³³ sen sulkeminen pois menettelystä olisi vastoin direktiivin tarkoitusta, joka on sen varmistaminen, että hankintasopimukset tehdään puolueettomin perustein, jotta voidaan valita hinta-laatusuhteeltaan paras tarjous.³⁴

78. Tästä seuraa, että lopputulosta koskeva edellytys on välttämätön edellytys jokaiselle poissulkemiselle väärin tietojen antamisen perusteella.

79. Lisäksi katson, että 45 artiklan 2 kohdan g alakohtaa voidaan teoriassa soveltaa *kaikissa tapauksissa*, joissa lopputulosta koskeva edellytys täyttyy. Totta onkin, että jos tiettyjen tietojen antaminen tai poisjättäminen voi vaikuttaa lopputulokseen, se on jo *sinänsä vakavaa*. Tässä suhteessa on mahdollista, että erityisissä olosuhteissa ”ilmeinen” tai ”vähäinen” erehdys tai ”pelkkä kirjoitusvirhe”

29 — Ranskaksi ”gravement coupable”, italiaksi ”gravamente colpevole”, espanjaksi ”gravamente culpable” ja hollanniksi ”in ernstige mate schuldig”.

30 — Englanniksi ”guilty of serious misrepresentation”, saksaksi ”in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig” ja tšekiksi ”který se dopustil vážného zkraslení”. Joissakin kieliversioissa, joista mainittakoon erityisesti slovakinkielinen, ei viitata ollenkaan vakavuuteen suhteessa mielentilaan tai toiminnan seurauksiin: ”bol uznaný vinným zo skresľovanie skutočnosti”.

31 — Ks. myös direktiivin 45 artiklan 2 kohdan d alakohta, jossa säädetään mahdollisesta poissulkemisesta silloin kun taloudellinen toimija ”on ammattitoiminnassaan syyllistynyt vakavaan virheeseen”. Kuten komissio toteaa, tätä säännöstä tulkitsevassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä viitataan jäsenvaltioiden asemaan tämän käsitteen määrittelyssä mutta myös siihen, että tämän säännöksen soveltaminen edellyttää vakavuuden vähimmäisvaatimuksen täyttymistä.

32 — Toimet tai poisjättämiset, jotka olennaisella tavalla vaikuttavat esimerkiksi esivalintaan tai sopimuspuoleksi valintaan.

33 — Ks. direktiivin 53 artiklan 1 kohta.

34 — Ks. esimerkiksi direktiivin johdanto-osan 46 perustelukappale.

voi odottamattomalla tavalla johtaa hankintamenettelyn lopputuloksen olennaiseen muutokseen. Tällaiset virheet voivat olla täysin tahattomia. Ne eivät kuitenkaan selvästikään ole vähäisiä tai mitättömiä erehdyksiä sellaisen kilpailijan silmissä, joka häviää hankintamenettelyn tai joutuu sen seurauksena huomattavan epäedulliseen asemaan.

80. Tämän vuoksi katson, että pelkästään lopputulosta koskevan edellytyksen täyttyminen on *riittävä peruste sallia poissulkeminen* väärin tietojen antamisen perusteella, eikä muiden edellytysten tarvitse täytyä. Tätä 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa tarkoitettua väärin tietojen antamisen käsitteen tulkintaa, johon ei sisälly subjektiivisia osatekijöitä tarjoajan tarkoituksesta, tukee kolme muuta perustetta.

81. Ensinnäkään direktiivin 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa ei edes viitata yleisesti mielentilaan eikä etenäkään tarkoitukseen, piittaamattomuuteen tai tuottamukseen saati yritetä täsmentää näitä käsitteitä. Näissä olosuhteissa on epätarkoituksenmukaista yrittää määritellä 45 artiklan 2 kohdan g alakohdan soveltamisalaa tällaisten monimutkaisten käsitteiden perusteella, jotka olisi tosiasiallisesti loihdittava tyhjästä. Pelkästään tämä seikka vaatii säännöksen objektiivista tulkintaa, jollaista olen esittänyt tässä. Lisäksi 45 artiklan 2 kohdassa ainoastaan säädetään perusedellytyksistä, joiden täytyessä unionin oikeudessa luodaan *mahdollisuus* sulkea pois tarjoajia. Tällöin siinä nimenomaisesti viitataan kansalliseen oikeuteen, jotta määriteltäisiin täytäntöönpanon edellytykset, joihin voi sisältyä esimerkiksi tuottamuksen tai tarkoituksen käsitteet kansallisessa oikeudessa.

82. Toiseksi tähän liittyy käytännön seikka: voidaanko todella kohtuudella odottaa, että julkisia hankintoja koskevassa menettelyssä hallinnollista viranomaista, joka usein toimii huomattavien aikataulupaineiden alaisena ja jolla on mahdollisesti käsiteltävänäan mittavia tarjouksia, olisi pyydettävä tutkimaan ja todentamaan yrityksen tarkoitus? On aivan selvää, että tällainen ehdotus ei ole käyttökelpoinen.

83. Kolmanneksi: vaikka hallinnollinen viranomainen voisikin vahvistaa yrityksen tarkoituksen, kuinka hyödyllistä se olisi tosiasiallisesti? Hankintamenettelyihin osallistuvien toimijoiden odotetaan yleensä noudattavan huolellisuusvelvoitetta.³⁵ Ammattilaisen yksinkertaisesti oletetaan tietävän ja toimivan huolellisesti. Tämä merkitsee sitä, että tarkoituksen lisäksi olisi todennäköisesti tarkasteltava muita tuottamuksen muotoja. Jos asianlaita tosiaan olisi näin, mielentila ei tosiasiallisesti olisi oikea erotteluperuste.

84. Lopputulosta koskeva edellytys on näin ollen välttämätön edellytys ja myös sellaisenaan riittävä peruste soveltaa 45 artiklan 2 kohdan g alakohtaa. Tästä kuitenkin seuraa ainoastaan jäsenvaltioiden *mahdollisuus* sulkea pois toimija. Direktiivin 45 artiklan 2 kohdan viimeisen alakohdan mukaan yksityiskohtaiset edellytykset, joiden täytyessä toimijat on käytännössä suljettava pois, on määritettävä kansallisella tasolla.

85. Direktiivin 45 artiklan 2 kohdan g alakohtaa koskevassa viimeisessä huomautuksessa kansallinen tuomioistuin nosti nimenomaisesti esiin kysymyksen siitä, voidaanko säännöksen soveltamisperusteena käyttää *oikeita* tietoja, jotka esitetään puolueellisella tavalla. Toisin sanoen tavalla, joka saa aikaan vaikutelman, että hankintamenettelyn vaatimukset täyttyvät, kun ne todellisuudessa eivät täyty. Kansallisen tuomioistuimen kysymys koskee tältä osin tilannetta, jossa toimija ei täytä hankintamenettelyn vaatimuksia.

35 — Ks. tuomio 29.3.2012, SAG ELV Slovensko ym. (C-599/10, EU:C:2012:191, 38 kohta).

86. Tällaisessa tilanteessa toimija suljettaisiin yleensä pois yksinkertaisesti siksi, että se ei täytä hankintamenettelyn vaatimuksia. Tällaisen tarjoajan tulisi jatkaa menettelyä ainoastaan, jos sen tarjousta muutetaan siten, että se *täyttää* vaatimukset. Lisäksi on todettava, että ainoastaan tällaisessa skenaariossa poissulkemista direktiivin 45 artiklan 2 kohdan g alakohdan perusteella olisi tarpeen ylipäätään harkita.

87. Kuten esitin arvioidessani ensimmäistä kysymystä, hyväksyttävälle tarjouksen muutoksille määräajan jälkeen on selvästikin olemassa rajat. Nämä rajat saatetaan hyvinkin ylittää, mikäli muutoksista seuraa huomattava ero kuten esillä olevassa asiassa (toisin sanoen ero muutosta edeltävien hankintavaatimusten täyttymättä jäämisen ja muutoksen jälkeisen näiden vaatimusten täyttymisen välillä).

88. Jos kuitenkin oletetaan, että tällaiset muutokset ovat teoriassa mahdollisia, voidaanko asian kannalta merkityksellinen toimija silti sulkea pois sen alkuperäisessä tarjouksessa annettujen väärin tietojen perusteella?

89. Katson, että tähän kysymykseen on vastattava myöntävästi: tällainen toimija voidaan *mahdollisesti* sulkea pois. Tämä perustuu siihen, että a) se ei alun perin toimittanut 48 artiklan 2 kohdan a alakohdassa vaadittuja tietoja (mikä on yksi direktiivin 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa tarkoitetuista väärin tietojen antamisen muodoista) ja että b) tietojen poisjättäminen oli sikäli olennainen, että se voi vaikuttaa hankintamenettelyn lopputulokseen (lopputulosta koskeva edellytys).

90. Kysymys ei tämän vuoksi ole niinkään siitä, että toimija todennäköisesti markkinoi tosiasiallista kokemustaan kyseenalaisella tavalla. Kyse on pikemminkin siitä, että olipa toimijan kokemus esitetty millä tavalla hyvänsä, toimija alun perin jätti toimittamatta 48 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettuja ”vaadittavia” tietoja ja näiden tietojen toimittaminen myöhemmin muutti hankintamenettelyn lopputulosta.

91. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa kansallisen tuomioistuimen kuudenteen kysymykseen seuraavasti:

Taloudellisen toimijan voidaan katsoa vakavalla tavalla syyllistyneen väärin tietojen antamiseen direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa tarkoitettulla tavalla ainoastaan silloin, kun väitetty väärin tietojen antaminen voi vaikuttaa hankintaviranomaisen päätökseen siten, että toimija pidetään mukana menettelyssä, kun se muutoin ei olisi mukana. Mainitun säännöksen soveltaminen riippuu direktiivin 2004/18 VII luvun 2 jaksossa vaadittujen tietojen toimittamisesta tai toimittamatta jättämisestä. Direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan g alakohdan soveltaminen ei riipu siitä, että toimitetut tiedot ovat tosiasiallisesti virheellisiä, eikä mistään tietystä taloudellisen toimijan mielentilasta.

V Ratkaisuehdotus

92. Ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Krajowa Izba Odwoławczan esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

Ensimmäinen, toinen ja kolmas kysymys:

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 51 artikla, luettuna yhdessä sen 2 artiklassa vahvistetun taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen sekä avoimuusperiaatteen kanssa, ei salli sitä, että taloudellinen toimija asiakirjojen täsmentämisen tai täydentämisen yhteydessä viittaa

kolmansien osapuolten toteuttamiin hankintasopimuksiin, joihin se ei viitannut tarjoukseen liitetystä toimituksista koskevassa luettelossa, tai että se esittää tällaisen kolmannen osapuolen sitoumuksen antaa resurssinsa tarjoajan käyttöön.

Neljäs kysymys:

Direktiivin 2004/18 44 artikla, luettuna yhdessä sen 48 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa sekä 2 artiklassa vahvistetun yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, ei salli taloudellisen toimijan turvautumista toisen yksikön tietämykseen ja kokemukseen direktiivin 48 artiklan 3 kohdassa tarkoitettulla tavalla, mikäli hankintaviranomainen on nimenomaisesti sulkenut pois mahdollisuuden tällaiseen turvautumiseen. Tällaisen poissulkemisen on kuitenkin liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden.

Viides kysymys:

Direktiivin 2004/18 44 artiklaa ja 48 artiklan 2 kohdan a alakohtaa on tulkittava siten, että taloudellinen toimija, joka on toteuttanut hankintasopimuksen taloudellisten toimijoiden ryhmittymän jäsenenä, voi turvautua omana kokemuksenaan ainoastaan kokemukseen, jonka se on hankkinut itse mainitun hankintasopimuksen toteuttamisessa. Tämä päätelmä ei rajoita taloudellisen toimijan mahdollisuutta turvautua kolmansien osapuolten voimavaroihin direktiivissä säädetyin edellytyksin.

Kuudes kysymys:

Taloudellisen toimijan voidaan katsoa vakavalla tavalla syyllystyneen väärin tietojen antamiseen direktiivin 2004/18/EY 45 artiklan 2 kohdan g alakohdassa tarkoitettulla tavalla ainoastaan silloin, kun väitetty väärin tietojen antaminen voi vaikuttaa hankintaviranomaisen päätökseen siten, että toimija pidetään mukana menettelyssä, kun se muutoin ei olisi mukana. Mainitun säännöksen soveltaminen riippuu direktiivin 2004/18 VII luvun 2 jaksossa vaadittujen tietojen toimittamisesta tai toimittamatta jättämisestä. Direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan g alakohdan soveltaminen ei riipu siitä, että toimitetut tiedot ovat tosiasiallisesti virheellisiä, eikä mistään tietystä taloudellisen toimijan mielentilasta.

Seitsemäs kysymys:

Direktiivin 2004/18 44 artikla ja 48 artiklan 2 kohdan a alakohta, luettuna yhdessä sen 2 artiklassa vahvistetun taloudellisten toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, sallivat taloudellisen toimijan turvautua kokemukseen siten, että näin tehdessään taloudellinen toimija turvautuu kootusti kahteen tai useampaan sopimukseen yhtenä julkisia hankintoja koskevana sopimuksena, ellei hankintaviranomainen ole nimenomaisesti sulkenut pois tällaista koottua turvautumista. Tällaisen poissulkemisen on liityttävä suoraan hankintasopimuksen kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen nähden.