



Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (viides jaosto)

11 päivänä heinäkuuta 2019*

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkisia tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskevat sopimukset – Direktiivi 2014/24/EU – 28 artiklan 2 kohta – Rajoitettu menettely – Talouden toimijat, jotka on hyväksytty esittämään tarjous – Vaatimus oikeudellisen ja tosiasiallisen identtisuuden säilyttämisestä esivalinnassa valitun ehdokkaan ja tarjouksen jättävän ehdokkaan välillä – Tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate

Asiassa C-697/17,

jossa on kyse SEUT 267 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyyntöstä, jonka Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin, Italia) on esittänyt 19.10.2017 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 11.12.2017, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Telecom Italia SpA

vastaa

Ministero dello Sviluppo Economico ja

Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA,

OpEn Fiber SpA:n

osallistuessa asian käsittelyyn,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja E. Regan, presidentti K. Lenaerts, joka hoitaa viidennen jaoston tuomarin tehtävää, sekä tuomarit C. Lycourgos, E. Juhász (esittelevä tuomari) ja I. Jarukaitis,

julkisasiamies: M. Campos Sánchez-Bordona,

kirjaaja: hallintovirkamies R. Şereş,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 15.11.2018 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

- Telecom Italia SpA, edustajinaan F. Lattanzi, F. Cardarelli ja F. S. Cantella, avvocati,
- Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, edustajinaan F. Isgrò, P. Messina ja D. Cutolo, avvocati,

* Oikeudenkäyntikieli: italia.

- OpEn Fiber SpA, edustajanaan L. Torchia, avvocatessa,
 - Italian hallitus, asiamiehenään G. Palmieri, avustajanaan G. Aiello, avvocato dello Stato,
 - Euroopan komissio, asiamiehinään G. Conte, P. Ondrůšek ja T. Vecchi,
 - EFTAn valvontaviranomainen, asiamiehinään M. Sánchez Rydelski ja C. Zatschler,
- kuultuaan julkisasiamiehen 23.1.2019 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,
on antanut seuraavan

tuomion

- 1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU (EUVL 2014, L 94, s. 65) 28 artiklan 2 kohdan tulkintaa.
- 2 Tämä pyyntö on esitetty käsiteltäessä viittä Telecom Italia SpA:n tekemää valitusta, joissa se vaatii kumoamaan Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA:n, joka on yhtiö, jonka tehtäväksi Ministero dello Sviluppo Economico (talouskehitysministeriö, Italia) on antanut laajakaistaverkon ja erittäin nopean laajakaistaverkon perustamishankkeiden hallinnoinnin Italiassa, tekemät päätökset erittäin nopean julkisessa omistuksessa olevan laajakaistaverkon rakentamista, ylläpitoa ja hallinnointia koskevien julkisten hankintojen sopimuspuolen valitsemisesta useissa Italian maakunnissa (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toscana ja Veneto).

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin oikeus

Direktiivi 2004/17/EY

- 3 Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (EUVL 2004, L 134, s. 1) 51 artiklan 3 kohdassa säädettiin seuraavaa:

”Hankintayksiköiden on tarkistettava, että – – valittujen tarjoajien esittämät tarjoukset ovat tarjouksiin sovellettavien sääntöjen ja vaatimusten mukaisia, ja tehtävä hankintasopimus 55 ja 57 artiklassa säädettyjen perusteiden mukaisesti.”

Direktiivi 2014/24

- 4 Direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 12 alakohdassa olevan määritelmän mukaan ”ehdokkaalla” tarkoitetaan ”talouden toimijaa, joka on pyytänyt kutsua saada osallistua tai joka on kutsuttu osallistumaan rajoitettuun menettelyyn, tarjousperusteiseen neuvottelumenettelyyn, neuvottelumenettelyyn, josta ei julkaista ilmoitusta ennen menettelyn aloittamista, kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn tai innovaatiokumppanuuteen”.

5 Mainitun direktiivin 28 artiklassa, jonka otsikko on ”Rajoitettu menettely”, säädetään seuraavaa:

”1. Rajoitetuissa menettelyissä kaikki halukkaat talouden toimijat voivat jättää osallistumishakemuksen toimittamalla tarjouskilpailukutsun mukaisesti liitteessä V olevissa joko B tai C osassa tarkoitettut tiedot, jotka hankintaviranomainen vaatii laatuun perustuvaa valintaa varten.

--

2. Tarjouksia voivat jättää ainoastaan sellaiset talouden toimijat, joille hankintaviranomainen esittää kutsun arvioituaan toimitetut tiedot. Hankintaviranomaiset voivat rajoittaa niiden sopivien ehdokkaiden lukumäärää, jotka kutsutaan osallistumaan menettelyyn, 65 artiklan mukaisesti.

--”

Italian oikeus

6 Käyttöoikeussopimusten tekemisestä annetun direktiivin 2014/23/EU, julkisista hankinnoista annetun direktiivin 2014/24/EU ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun direktiivin 2014/25/EU täytäntöönpanosta sekä julkisia rakennusurakoita ja tavara- ja palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin sovellettavan säännösten uudistamisesta 18.4.2016 annetulla asetuksella nro 50 (decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) (GURI nro 91, 19.4.2016, Supplemento ordinario) (jäljempänä julkisista hankinnoista annettu koodeksi) edellä mainitut direktiivit saatettiin osaksi Italian oikeusjärjestystä.

7 Julkisista hankinnoista annetun koodeksin 61 §:llä, jonka otsikko on ”Rajoitettu menettely”, saatettiin osaksi kansallista oikeusjärjestystä direktiivin 2014/24/28 artiklan 2 kohta. Kyseisen pykälän 3 momentissa säädetään seuraavaa:

”Sen jälkeen, kun hankintaviranomaiset ovat arvioineet toimitetut tiedot, tarjouksen voivat jättää ainoastaan sellaiset talouden toimijat, joille on esitetty kutsu.”

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

8 Infratel aloitti toukokuussa 2016 talouskehitysministeriön nimissä rajoitetun menettelyn, jolla oli tarkoitus valita erittäin nopean julkisessa omistuksessa olevan laajakaistaverkon rakentamista, ylläpitoa ja hallinnointia koskevien julkisten hankintojen sopimuspuolet Italian useilla niin sanotuilla ”valkeilla alueilla” (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toscana ja Veneto).

9 Kyseinen hankintamenettely oli osa valtion tukitoimenpidettä SA.41647 (2016/N) (Italian laajakaistastrategia), jonka Italian viranomaiset ilmoittivat 10.8.2015 ja joka hyväksyttiin 30.6.2016 annetulla komission päätöksellä C(2016) 3931 final.

10 Hankintamenettelyn kohteena oli sopimuspuolen valitseminen viittä osaa varten ja siihen sisältyi seuraavat kolme vaihetta:

- osallistumishakemusten jättäminen (viimeistään 18.7.2016)
- osallistumiskutsujen lähettäminen esivalituille toimijoille (viimeistään 9.8.2016) ja

- tarjousten jättäminen (viimeistään 17.10.2016).
- 11 Osallistumishakemuksia kaikkiin viiteen osaan jättivät Telecom Italia sekä muun muassa Metroweb Sviluppo Srl ja Enel OpEn Fiber SpA (jäljempänä OpEn Fiber). Metroweb Sviluppo oli esivalittu, mutta se ei lopulta tehnyt tarjousta.
 - 12 Infratel julkisti 9.1.2017 luettelon osallistumaan hyväksytyistä tarjoajista ja 24.1.2017 sopimuspuoliksi valittujen väliaikaisen paremmuusjärjestyksen. OpEn Fiber oli kaikissa viidessä osassa ensimmäisellä sijalla, kun taas Telecom Italia oli toisella sijalla muissa osissa paitsi osassa nro 4, jossa se oli kolmas.
 - 13 Telecom Italia ei ollut tyytyväinen kyseisen menettelyn lopputulokseen, ja se teki pyynnön saada tutustua kyseisen menettelyn asiakirja-aineistossa oleviin asiakirjoihin.
 - 14 Kyseisistä asiakirjoista ilmenee, että esivalintamenettelyn ja tarjousten tekemisen määräpäivän 17.10.2016 välisenä aikana holdingyhtiöt Enel SpA ja Metroweb Italia SpA tekivät 10.10.2016 sitovan puitesopimuksen, jonka mukaan OpEn Fiber ostaa Metroweb Sviluppon omistajana olevan Metroweb SpA:n kaikki osakkeet, jolloin tästä ostosta seuraa Metroweb SpA:n ja siten myös Metroweb Sviluppon absorptiosulautuminen OpEn Fiberiin. Päätös Metroweb Sviluppon sulautumisesta OpEn Fiberiin tehtiin kyseisen puitesopimuksen mukaisesti 23.1.2017.
 - 15 Aiotusta keskittymästä ilmoitettiin 10.11.2016 komissiolle yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 (EUVL 2004, L 24, s. 1) mukaisesti. Komissio päätti 15.12.2016 tekemällään päätöksellä (asia M.8234 – Enel / CDP Equity / Cassa Depositi e Prestiti / Enel Open Fiber / Metroweb Italia) (EUVL 2017, C 15, s. 1) olla vastustamatta ilmoitettua keskittymää.
 - 16 Telecom Italia riitautti näiden viiden osan sopimuspuolen valinnat tekemällä viisi valitusta Tribunale amministrativo regionale del Lazioon (Lazion alueellinen hallintotuomioistuin, Italia), joka hylkäsi ne kaikki. Tämän jälkeen Telecom Italia valitti kyseisen tuomioistuimen näin tekemistä ratkaisuista Consiglio di Statoon (ylin hallintotuomioistuin, Italia).
 - 17 Consiglio di Stato pohtii, voidaanko direktiivin 2014/24 28 artiklassa säännellyssä rajoitetussa menettelyssä, jollaisesta pääasiassa on kyse, soveltaa oikeudellisen ja tosiasiallisen identtisuuden vaatimusta, jonka unionin tuomioistuin on direktiivin 2004/17 51 artiklan perusteella omaksunut 24.5.2016 antamassaan tuomiossa MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).
 - 18 Kyseinen tuomioistuin huomauttaa lisäksi, että tarjousten jättämisen määräpäivänä 17.10.2016 pääasiassa kyseessä oleva sulautumismenettely oli vasta aloitettu ja se päättyi vasta myöhemmin, joten kyseisenä päivänä OpEn Fiberin rakenne oli vielä ennallaan.
 - 19 Mainitun tuomioistuimen mukaan on mahdotonta osoittaa, että osapuolet olisivat halunneet toteuttaa kyseisellä sulautumissopimuksella kilpailunvastaisen kartellin, jonka tarkoituksena olisi ollut rajoittaa kilpailua pääasiassa kyseessä olevassa hankintamenettelyssä.
 - 20 Tässä tilanteessa Consiglio di Stato päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko direktiivin 2014/24 28 artiklan 2 kohdan ensimmäistä virkettä tulkittava siten, että siinä edellytetään, että esivalinnassa valitut toimijat ja tarjouksia jättävät toimijat ovat rajoitetussa menettelyssä oikeudellisesti ja taloudellisesti täysin samat, ja onko tätä säännöstä tulkittava erityisesti siten, että se on esteenä sellaisten holdingyhtiöiden väliselle sopimukselle, joiden määräysvallassa on kaksi esivalinnassa valittua toimijaa esivalinnan ja tarjousten esittämisen välisenä ajankohtana, mikäli: a) tällaisen sopimuksen kohteena ja seurauksena on (muun muassa) se, että yksi esivalinnassa valituista yrityksistä sulautetaan absorptiosulautumisella toiseen esivalinnassa valituista yrityksistä

(liiketoimi, jonka Euroopan komissio sitä paitsi sallii); b) sulautumisen seuraukset toteutuvat sen jälkeen, kun vastaanottava yritys on jättänyt tarjouksen (tästä syystä sen kokoonpano ei ole muuttunut tarjouksen jättämishetkellä verrattuna siihen, millainen se oli esivalinnan ajankohtana); c) sittemmin sulautettu yritys (jonka kokoonpano ei ole muuttunut tarjousten jättämisen eräpäivänä) päättää kuitenkin todennäköisesti holdingyhtiöiden välillä vahvistetun sopimuksen mukaisesti, ettei se osallistukaan rajoitettuun menettelyyn?”

Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen

- 21 Infratelin, OpEn Fiberin ja Italian hallituksen mukaan ennakkoratkaisupyynnö on jätettävä tutkimatta sekä sen vuoksi, ettei sillä ole merkitystä pääasian kannalta, että sen vuoksi, että se on hypoteettinen tai sellainen, ettei se vastaa ennakkoratkaisua pyytäneellä tuomioistuimella olevaan todelliseen epätietoisuuteen.
- 22 Tältä osin on syytä muistuttaa, että yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen unionin tuomioistuimelle esittämällä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. Jos esitetyt kysymykset koskevat unionin oikeuden tulkintaa, unionin tuomioistuimen on siten lähtökohtaisesti ratkaistava ne. Unionin tuomioistuin voi jättää tutkimatta kansallisen tuomioistuimen esittämän ennakkoratkaisukysymyksen ainoastaan, jos on ilmeistä, että pyydetyllä unionin oikeuden tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, jos kyseinen ongelma on luonteeltaan hypoteettinen taikka jos unionin tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin (tuomio 10.7.2018, Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, 31 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 23 Nyt käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että pääasiassa kyseessä olevaan hankintamenettelyyn sovelletaan hankintailmoituksen sääntöjä, joista yhdessä viitataan julkisista hankinnoista annetun koodeksin 61 §:ään, jolla pannaan täytäntöön direktiivin 2014/24 28 artikla. Asiakirja-aineistoon ei myöskään sisälly mitään sellaista, minkä perusteella voitaisiin katsoa, että pyydetyllä unionin oikeuden tulkitsemisella ei olisi mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen tai että se olisi luonteeltaan hypoteettinen. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on nimittäin todennut, esitetyn kysymyksen tarkoituksena on mahdollistaa sille sen kysymyksen ratkaiseminen, edellytetäänkö direktiivin 2014/24 kyseisessä säännöksessä, että esivalitut toimijat ja tarjouksia jättävät toimijat ovat hankintasopimusten tekemistä koskevassa rajoitetussa menettelyssä täysin samat.
- 24 Vaikka Consiglio di Stato esittääkin syyt, jotka sen mielestä puoltavat direktiivin 2014/24 28 artiklan tietynlaista tulkintaa, tämä ei kuitenkaan tarkoita, ettei sillä olisi epäilyjä tämän säännöksen merkityksestä. Esittäessään näkemyksensä kyseinen tuomioistuin toimii ennakkoratkaisumenettelyssä vilpittömässä yhteistyössä unionin tuomioistuimen kanssa ja noudattaa kansallisille tuomioistuimille ennakkoratkaisupyynnöjen tekemisestä annettujen suositusten (EUVL 2018, C 257, s. 1) 17 kohtaan sisältyvää kehotusta, jonka mukaan ”ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin voi myös ilmaista lyhyesti näkemyksensä ennakkoratkaisukysymyksiin annettavasta vastauksesta”, ja tällainen ilmoitus on kyseisen 17 kohdan mukaan ”hyödyllinen unionin tuomioistuimelle”.
- 25 Ennakkoratkaisupyynnö on näin ollen otettava tutkittavaksi.

Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu

- 26 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kysymyksellään lähinnä, onko direktiivin 2014/24 28 artiklan 2 kohdan ensimmäistä virkettä tulkittava siten, että se on esivalinnassa valittujen talouden toimijoiden ja tarjouksia jättävien talouden toimijoiden oikeudellista ja tosiasiallista identtisyttä koskevan vaatimuksen vuoksi esteenä sille, että valittaessa julkisen hankinnan sopimuspuolta rajoitetussa menettelyssä esivalinnassa valittu ehdokas, joka sitoutuu sulauttamaan itseensä toisen esivalinnassa valitun ehdokkaan sellaisen sulautumissopimuksen perusteella, joka on tehty esivalintamenettelyvaiheen ja tarjousten jättämisen vaiheen välisenä aikana ja toteutettu tarjousten jättämisen vaiheen jälkeen, voi tehdä tarjouksen.
- 27 Direktiivin 2014/24 28 artiklan 2 kohdan ensimmäisen virkkeen mukaan tarjouksia voivat jättää ainoastaan sellaiset talouden toimijat, joille hankintaviranomainen esittää kutsun arvioituaan toimitetut tiedot.
- 28 Tämä sääntö koskee rajoitettua menettelyä, joka jakautuu vaiheisiin, joita ovat muun muassa esivalintavaihe ja tarjousten jättämisen vaihe.
- 29 Direktiivin 2014/24 28 artiklan 2 kohdan ensimmäisen virkkeen sanamuodosta ilmenee, että talouden toimijan, joka jättää tarjouksen, on lähtökohtaisesti oltava esivalinnassa valittu talouden toimija.
- 30 Tässä säännöksessä ei anneta sääntöjä esivalinnassa valitun ehdokkaan rakenteessa taikka sen taloudellisissa ja teknisissä voimavaroissa mahdollisesti tapahtuvien muutosten varalta.
- 31 Unionin tuomioistuin on tarkastellut direktiiviä 2004/17 koskevassa analogisessa asiayhteydessä kysymystä tällaisten muutosten vaikutuksesta julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintaa koskevan neuvottelumenettelyn aikana 24.5.2016 annettussa tuomiossa MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347) unionin oikeuden yleisten periaatteiden ja erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja siitä johtuvan avoimuusvelvollisuuden sekä julkisia hankintoja koskevien unionin oikeuden tavoitteiden kannalta.
- 32 Tästä on palautettava mieleen, että yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvollisuus merkitsevät erityisesti sitä, että tarjoajilla on oltava yhdenvertaiset mahdollisuudet sekä silloin, kun ne laativat tarjouksiaan, että silloin, kun hankintaviranomainen arvioi niiden tekemiä tarjouksia, ja ne muodostavat julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyistä annettujen unionin sääntöjen perustan (tuomio 24.5.2016, MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 33 Tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate, jonka tavoitteena on julkiseen hankintaan osallistuvien yritysten välisen terveen ja toimivan kilpailun kehittämisen edistäminen, edellyttää sitä, että kaikilla tarjoajilla on samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa, ja tarkoittaa näin ollen sitä, että tarjouksia koskevat kaikkien kilpailijoiden osalta samat edellytykset. Tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen tiukalla soveltamisella neuvottelumenettelyssä päädyttäisiin siihen, että pelkästään sellaiset talouden toimijat, jotka on valittu esivalinnassa sellaisinaan, voivat esittää tarjouksia ja tulla valituiksi sopimuspuoliksi (ks. vastaavasti tuomio 24.5.2016, MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, 38 ja 39 kohta).
- 34 Tämä näkemys perustuu direktiivin 2014/24 28 artiklan 2 kohtaan, jonka mukaan ”tarjouksia voivat jättää ainoastaan sellaiset talouden toimijat, joille hankintaviranomainen esittää kutsun arvioituaan toimitetut tiedot”, mikä edellyttää, että esivalinnassa valitut talouden toimijat ja tarjouksia esittävät talouden toimijat ovat oikeudellisesti ja tosiasiallisesti samat (ks. analogisesti tuomio 24.5.2016, MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, 40 kohta).

- 35 Unionin tuomioistuin on kuitenkin myös katsonut, että neuvottelumenettelyssä toinen sellaiseen ryhmittymään, joka on sellaisenaan valittu esivalinnassa, kuuluneesta kahdesta talouden toimijasta voi tulla tämän ryhmittymän tilalle ryhmittymän hajotessa ja jatkaa menettelyyn osallistumista ilman, että yhdenvertaisuusperiaatetta loukataan, mikäli osoitetaan, että kyseinen talouden toimija täyttää yksinään hankintaviranomaisen alun perin määrittämät vaatimukset, ja että sillä, että se jatkaa osallistumistaan edellä mainittuun menettelyyn, ei heikennetä muiden tarjoajien kilpailuasemaa (ks. vastaavasti tuomio 24.5.2016, MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, 48 kohta ja tuomiolauselma).
- 36 On syytä todeta, että mainitulla tuomiolla ratkaistussa asiassa tarjouksen jättäneen toimijan oikeudellinen ja tosiasiallinen identiteetti olivat muuttuneet esivalinnassa valittuun toimijaan verrattuna yhtäältä siksi, että menettelyyn osallistumista ei jatkanut esivalittu yritysten ryhmittymä sellaisenaan vaan vain yksi tähän ryhmään kuuluneista toimijoista, ja toisaalta siksi, että alkuperäisen ehdokkaan taloudellinen ja tekninen suorituskyky olivat heikentyneet, koska oli menetetty asianomaisista talouden toimijoista yhden suorituskyky. Tämä muutos ei kuitenkaan ollut sellainen, että se olisi estänyt menettelyn jatkamisen, kunhan unionin tuomioistuimen vahvistamia edellytyksiä noudatettiin.
- 37 Tältä osin on korostettava, että pääasiassa on sen sijaan kyse tilanteesta, jossa yksi tarjoajista on lisännyt suorituskykyään ostamalla yhden muista esivalinnassa valituista tarjoajista.
- 38 Näin ollen on ratkaistava, onko esivalinnassa valittujen tarjoajien oikeudellinen ja tosiasiallinen identiteetti muuttunut näissä olosuhteissa.
- 39 Tässä tapauksessa on kiistatonta, että vaatimus esivalinnassa valitun ehdokkaan ja tarjouksen tehneen ehdokkaan oikeudellisesta identtisyudesta on täyttynyt OpEn Fiberin osalta.
- 40 Ennakkoratkaisupyynnössä esitetyistä tiedoista ilmenee sen sijaan, että esivalintavaiheen ja tarjousten jättämisen määräpäivän välisenä aikana kahden tarjoajan eli OpEn Fiberin ja Metroweb Sviluppon holdingyhtiöt tekivät sitovan puitesopimuksen, jolla oli tarkoitus saada täten aikaan Metroweb Sviluppon absorptiosulautuminen OpEn Fiberiin. Koska oli tehty sitova sopimus, jonka nojalla OpEn Fiberin piti ostaa Metroweb Sviluppon varat, ja koska OpEn Fiber on siten voinut siitä huolimatta, että se odotti komission päätöstä, perustellusti luottaa Metrowebin suorituskykyyn tulevassa toiminnassaan, on todettava, että vaikka kyseisen sulautumisen konkreettiset ja lopulliset vaikutukset ovat syntyneet vasta tarjousten jättämisen jälkeen, OpEn Fiber ei ole ollut tarjousten jättämisen määräajan päättämispäivänä tosiasiallisesti sama kuin se oli silloin, kun se valittiin esivalinnassa.
- 41 Näin ollen on tutkittava, voidaanko tästä tosiasiallisen identtisyyden puuttumisesta huolimatta katsoa, ettei yhdenvertaisuusperiaatetta ole loukattu tämän tuomion 36 kohdassa mainitussa 24.5.2016 annetussa tuomiossa MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, 48 kohta) mainittujen arviointiperusteiden mukaan.
- 42 Tältä osin on korostettava sitä tämän tuomion 37 kohdasta ilmenevää seikkaa, että kyseiset arviointiperusteet on määritelty mainitulla 24.5.2016 annetulla tuomiolla MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347) ratkaistussa asiassa, joka koski pääasiallisesti olosuhteita, joissa esivalinnassa alun perin valitun tarjoajan suorituskyky oli heikentynyt, kun taas nyt käsiteltävä asia koskee tilannetta, jossa yksi tarjoajista on lisännyt suorituskykyään ostamalla yhden muista esivalinnassa valituista tarjoajista. Tämä tilanteen erilaisuus vaikuttaa välttämättä edellä mainittujen arviointiperusteiden soveltamiseen nyt käsiteltävässä asiassa, koska toisin kuin tarjoajan suorituskyvyn lisääntyminen, tarjoajan suorituskyvyn heikkeneminen voi johtaa vaikeuksiin julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintamenettelyssä.

- 43 Jos sellaisen ehdokkaan, jonka taloudellinen ja tekninen suorituskyky on huomattavasti heikentynyt sen esivalinnassa valitsemisen jälkeen, sallittaisiin tehdä tarjous, tämä voisi johtaa esivalintamenettelyn kiertämiseen, koska ehdokasta, jonka suorituskyky on tällä tavoin vähentynyt, ei ehkä olisi valittu esivalinnassa.
- 44 Julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintaa koskevassa neuvottelumenettelyssä on hankintaviranomaisen edun mukaista, että kun ehdokkaat on valittu esivalinnassa, ne säilyttävät taloudellisen ja teknisen suorituskykynsä menettelyn koko keston ajan, koska suorituskyvyn menettäminen voi vaarantaa menettelyn tarkoituksen eli hankintasopimuksen täyttämiseen kykenevän tarjoajan valinnan.
- 45 Sen sijaan ei ole hankintaviranomaisen etujen vastaista, että ehdokas vahvistaa taloudellista ja teknistä suorituskykyään esivalinnan jälkeen. Voidaan jopa pitää normaalina, että ehdokas hankkii käyttöönsä tarvittavat voimavarat voidakseen varmistautua kyvystään täyttää hankintasopimus asianmukaisesti.
- 46 Tällaiseen taloudellisen ja teknisen suorituskyvyn vahvistamiseen voi sisältyä turvautuminen muiden talouden toimijoiden voimavaroihin ja tapauksen mukaan talouden toimijan osittainen tai täydellinen sulauttaminen, jonka kohteena voi olla myös samaan julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintaa koskevaan neuvottelumenettelyyn osallistuva talouden toimija.
- 47 Näiden seikkojen perusteella on todettava, että arviointiperuste, joka koskee pääasiallisesti sitä, että talouden toimijan, joka haluaa jatkaa julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintamenettelyyn osallistumista tarjoajana, vaikka kyseinen talouden toimija ei ole tarjousten jättämisen määräpäivänä oikeudellisesti ja tosiasiallisesti sama kuin se oli esivalintavaiheessa, on osoitettava täyttävänsä edelleen hankintaviranomaisen alun perin asettamat vaatimukset, täyttyä lähtökohtaisesti tilanteessa, jossa sen tosiasiallinen suorituskyky on pelkästään lisääntynyt.
- 48 Siltä osin kuin tässä tapauksessa on kyse sen edellytyksen täyttymisestä, jonka mukaan sillä, että tarjoaja jatkaa osallistumisestaan julkiseen hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valintamenettelyyn, ei saada heikentää muiden tarjoajien kilpailuasemaa, on todettava, että unionin oikeuden muilla kuin julkisiin hankintoihin sovellettavilla säännöksillä pyritään erityisesti varmistamaan, ettei vapaata ja vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla vaaranneta pääasiassa kyseessä olevan kaltaisilla sulautumisoperaatioilla. Tästä seuraa, että kunhan talouden toimijan käyttäytyminen on kyseisten erityissääntöjen mukaista, ei voida katsoa, että sen osallistuminen tällaiseen operaatioon voisi sellaisenaan johtaa muiden tarjoajien kilpailuaseman heikentymiseen pelkästään sen vuoksi, että sulautuneen yksikön taloudellinen ja tekninen suorituskyky vahvistuvat.
- 49 Pääasiassa kyseessä olevan kaltainen sulautuminen on siten toteutettava noudattaen unionin säännöstöä ja erityisesti asetusta N:o 139/2004.
- 50 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että tässä tapauksessa komissio on kyseisen asetuksen nojalla päättänyt 15.12.2016 olla vastustamatta ilmoitettua sulautumista.
- 51 On myös todettava, että vaikka yhdenvertaisuusperiaatetta ei loukata kahden esivalinnassa valitun tarjoajan sulautumisella sellaisenaan, ei voida kuitenkaan sulkea pois sitä, että osapuolet, joita sulautuminen koskee, ovat voineet vaihtaa hankintasopimuksen tekomenettelyä koskevia arkaluonteisia tietoja ennen sulautumisen toteutumista. Tarjouksia jätettäessä tällainen tilanne olisi omiaan antamaan sulautumisessa vastaanottajana olevalle tarjoajalle perusteettomia etuja muihin tarjoajiin nähden, mikä väistämättä johtaisi muiden tarjoajien kilpailuaseman heikentymiseen (ks. analogisesti tuomio 17.5.2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, 29 kohta).
- 52 Tällainen tilanne riittäisi lähtökohtaisesti siihen, ettei hankintaviranomainen saa ottaa huomioon sulautumisessa vastaanottavana yhtiönä olevan tarjoajan tarjousta (ks. analogisesti tuomio 17.5.2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, 31 kohta).

- 53 Tällaista tietojenvaihtoa, joka komission huomautuksissaan toteamin tavoin voi olla vastoin asetuksen N:o 139/2004 7 artiklaa, joka koskee kaikkien asetuksen soveltamisalaan kuuluvien keskittymien lykkäämistä niiden sallimiseen asti, kuten myös vastoin SEUT 101 artiklaa, ei kuitenkaan voida olettaa. Unionin tuomioistuimen käytettävissä olevista tiedoista ilmeneekin, ettei minkäänlaista kollusiivista menettelyä ole osoitettu tässä tapauksessa.
- 54 Kaikesta edellä todetusta seuraa, että direktiivin 2014/24 28 artiklan 2 kohdan ensimmäistä virkettä on tulkittava siten, että se ei ole esivalinnassa valittujen talouden toimijoiden ja tarjouksia jättävien talouden toimijoiden oikeudellista ja tosiasiallista identtisyyttä koskevan vaatimuksen vuoksi esteenä sille, että valittaessa julkisen hankinnan sopimuspuolta rajoitetussa menettelyssä esivalinnassa valittu ehdokas, joka sitoutuu sulauttamaan itseensä toisen esivalinnassa valitun ehdokkaan sellaisen sulautumissopimuksen perusteella, joka on tehty esivalintamenettelyvaiheen ja tarjousten jättämisen välisenä aikana ja toteutettu tarjousten jättämisen jälkeen, voi tehdä tarjouksen.

Oikeudenkäyntikulut

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

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

Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU 28 artiklan 2 kohdan ensimmäistä virkettä on tulkittava siten, että se ei ole esivalinnassa valittujen talouden toimijoiden ja tarjouksia jättävien talouden toimijoiden oikeudellista ja tosiasiallista identtisyyttä koskevan vaatimuksen vuoksi esteenä sille, että valittaessa julkisen hankinnan sopimuspuolta rajoitetussa menettelyssä esivalinnassa valittu ehdokas, joka sitoutuu sulauttamaan itseensä toisen esivalinnassa valitun ehdokkaan sellaisen sulautumissopimuksen perusteella, joka on tehty esivalintamenettelyvaiheen ja tarjousten jättämisen välisenä aikana ja toteutettu tarjousten jättämisen jälkeen, voi tehdä tarjouksen.

Allekirjoitukset