



# Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (suuri jaosto)

24 päivänä toukokuuta 2016\*

Ennakkoratkaisupyyntö — SEUT 267 artikla — Unionin tuomioistuimen toimivalta — Se, onko ennakkoratkaisupyynnön esittänyt elin tuomioistuin — Rautateiden infrastruktuurin alan julkinen hankinta — Neuvottelumenettely — Direktiivi 2004/17/EY — 10 artikla — 51 artiklan 3 kohta — Tarjoajien yhdenvertainen kohtelu — Kahdesta yhtiöstä koostuva ryhmittymä, joka on hyväksytty tarjoajaksi — Tarjous, jonka toinen näistä kahdesta yhtiöstä on jättänyt omissa nimissään, koska toinen yhtiö on asetettu konkurssiin — Yhtiön katsominen yksinään sellaiseksi toimijaksi, joka voidaan hyväksyä tarjoajaksi — Tämän yhtiön valinta hankintasopimuksen sopimuspuoleksi

Asiassa C-396/14,

jossa on kyse SEUT 267 artiklaan perustuva ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta, Tanska) on esittänyt 18.8.2014 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 20.8.2014, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

**MT Højgaard A/S** ja

**Züblin A/S**

vastaan

**Banedanmark,**

UNIONIN TUOMIOISTUIN (suuri jaosto),

toimien kokoonpanossa: presidentti K. Lenaerts, varapresidentti A. Tizzano, jaostojen puheenjohtajat R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J. L. da Cruz Vilaça ja A. Arabadjiev sekä tuomarit E. Juhász (esittelevä tuomari), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C. G. Fernlund ja C. Vajda,

julkisasiamies: P. Mengozzi,

kirjaaja: hallintovirkamies I. Illéssy,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 8.9.2015 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

- MT Højgaard A/S ja Züblin A/S, edustajaan advokat T. Høg,
- Tanskan hallitus, asiamiehenään C. Thorning, avustajanaan advokat R. Holdgaard,
- Euroopan komissio, asiamiehinään L. Grønfeldt, M. Clausen ja A. Tokár,

\* Oikeudenkäyntikieli: tanska.

kuultuaan julkisasiamiehen 25.11.2015 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,  
on antanut seuraavan

### tuomion

- 1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee 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) 10 artiklassa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin 51 artiklan kanssa, olevan talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen tulkintaa.
- 2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat yhtäältä MT Højgaard A/S ja Züblin A/S sekä toisaalta Banedanmark, joka on Tanskan rataverkon haltija ja jossa on kyse siitä, oliko Banedanmarkin hankintaviranomaisena suorittama Per Aarsleff A/S:n valinta julkisen hankintasopimuksen sopimuspuoleksi sääntöjenmukainen.

### Asiaa koskevat oikeussäännöt

#### *Unionin oikeus*

- 3 Direktiivin 2004/17 johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden tekemien julkisten hankintasopimusten avaamiseksi kilpailulle on syytä laatia säännökset, jotka koskevat tietyn arvon ylittävien sopimusten yhteensovittamista yhteisön tasolla. Tämä yhteensovittaminen perustuu Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 14, 28 ja 49 artiklasta ja Euratomin perustamissopimuksen 97 artiklasta johdettavissa oleviin vaatimuksiin eli yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen, joista syrjimättömyyden periaate on vain yksi ilmaisu, vastavuoroisen tunnustamisen periaatteeseen, suhteellisuusperiaatteeseen sekä avoimuusperiaatteeseen. Kun otetaan huomioon, millaisiin aloihin tällainen yhteensovittaminen vaikuttaa, sen avulla olisi luotava puitteet hyvälle kauppatavalle ja sallittava mahdollisimman suuri joustavuus samalla, kun turvataan mainittujen periaatteiden soveltaminen.

– –”

- 4 Kyseisen direktiivin 10 artiklassa, jonka otsikkona on ”Hankintasopimusten teossa noudatettavat periaatteet”, säädetään seuraavaa:

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

- 5 Kyseisen direktiivin 11 artiklan, jonka otsikkona on ”Taloudelliset toimijat”, 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

- 6 Saman direktiivin VII lukuun kuuluvassa 51 artiklassa, jonka otsikkona on ”Yleiset säännökset”, säädetään seuraavaa:

”1. Valittaessa osallistujia sopimusten tekomenettelyihin:

- a) hankintayksiköiden, jotka ovat ilmoittaneet 54 artiklan 1, 2 tai 4 kohdan mukaisesti tarjoajien tai ehdokkaiden pois sulkemista koskevat säännöt ja perusteet, on suljettava pois ne taloudelliset toimijat, joiden kohdalla nämä säännöt ja perusteet täyttyvät;
- b) hankintayksiköiden on valittava tarjoajat ja ehdokkaat 54 artiklan nojalla vahvistettujen puolueettomien sääntöjen ja perusteiden mukaisesti;
- c) rajoitetussa menettelyssä ja neuvottelumenettelyssä, joita on edeltänyt tarjouskilpailu, hankintayksiköiden on 54 artiklan 3 kohdan mukaisesti tarvittaessa vähennettävä valittujen ehdokkaiden määrää edellä a ja b alakohdan mukaisesti.

--

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

- 7 Direktiivin 2004/17 54 artiklassa, jonka otsikko on ”Laadulliset valintaperusteet”, säädetään seuraavaa:

”1. Avoimessa menettelyssä sovellettavia valintaperusteita vahvistaessaan hankintayksiköiden on noudatettava puolueettomia sääntöjä ja perusteita, joiden on oltava kiinnostuneiden taloudellisten toimijoiden saatavilla.

2. Ehdokkaita rajoitetuissa menettelyissä tai neuvottelumenettelyissä valitessaan hankintayksiköiden on noudatettava vahvistamia puolueettomia sääntöjä ja perusteita, joiden on oltava kiinnostuneiden taloudellisten toimijoiden saatavilla.

3. Rajoitetuissa menettelyissä tai neuvottelumenettelyissä perusteet voivat nojautua hankintayksikön objektiiviseen tarpeeseen vähentää ehdokkaiden lukumäärä tasolle, joka on perusteltu hankintamenettelyn ominaisuuksien ja sen toteuttamiseksi tarvittavien resurssien tasapainottamiseksi. Valittujen ehdokkaiden määrän on kuitenkin varmistettava riittävä kilpailu.

--”

#### *Tanskan oikeus*

- 8 Tietyistä elinkeinotoimintaa harjoittavista yrityksistä annetun lain (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), joka on julkaistu 15.11.2013 annetussa konsolidointiasetuksessa nro 1295, 2 §:n 1 momenttiin sisältyy seuraava, oikeuskäytännön ja oikeustieteellisen kirjallisuuden perusteella vakiintunut määritelmä:

”Avoimella yhtiöllä tarkoitetaan tässä laissa yritystä, jonka kaikki yhtiömiehet vastaavat yrityksen velvoitteista henkilökohtaisesti, rajoituksetta ja yhteisvastuullisesti.”

## Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

- 9 Banedanmark aloitti tammikuussa 2013 julkaistulla ilmoituksella direktiivin 2004/17 47 artiklassa tarkoitetun neuvottelumenettelyn, jota edelsi tarjouspyyntö, valitakseen Kööpenhaminan ja Ringstedin kaupunkien välisen uuden rautatieyhteyden, jonka nimenä on ”TP 4 Urban Tunnels”, rakentamista koskevaa julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen. Hankintasopimusten tekoperusteeksi oli hyväksytty kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous.
- 10 Hankintailmoituksen mukaan Banedanmark aikoi pyytää 4–6:tta ehdokasta esittämään tarjouksen, ja sen tarkoituksena oli suorittaa siinä tapauksessa, että ehdokkaita olisi enemmän kuin kuusi, alustava arviointi. Lisäksi kyseistä hankintaa koskevasta tarjouspyyntöasiakirjasta käy ilmi, että tarjoajia pyydetäisiin jättämään kolme peräkkäistä tarjousta menettelyn kuluessa. Kahden ensimmäisen tarjouksen jättämisen jälkeen käytäisiin neuvottelu, ja sopimuspuoli oli määrä valita kolmannen ja viimeisen tarjouksen jälkeen.
- 11 Viisi talouden toimijaa ilmoittautui ehdokkaaksi esivalinnassa. Niiden joukossa oli MT Højgaardin ja Züblinin muodostama ryhmittymä (jäljempänä Højgaardin ja Züblinin ryhmittymä) ja Per Aarsleffin ja E. Pihl og Søn A/S:n muodostama ryhmittymä (jäljempänä Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymä). Banedanmark valitsi esivalinnassa kaikki viisi ehdokasta ja pyysi niitä esittämään tarjouksensa.
- 12 Yksi yrityksistä peruutti kesäkuussa 2013 osallistumisensa menettelyyn, joten jäljelle jäi neljä esivalinnassa valittua tarjoajaa.
- 13 Kaksi yhtiötä teki 26.8.2013 perustamissopimuksen Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymän perustamisesta. Samana päivänä toimivaltainen tuomioistuin asetti E. Pihl og Sønin konkurssiin. Banedanmark sai tiedon päätöksestä kyseisen päivän iltapäivällä ja tiedusteli välittömästi Per Aarsleffilta konkurssin vaikutuksista keskeneräiseen hankintamenettelyyn. Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymä jätti konkurssiin asettamisesta huolimatta 27.8.2013 ensimmäisen tarjouksen, jonka allekirjoittajina olivat kaksi yhtiötä mutta ei konkurssipesän pesänhoitaja.
- 14 Banedanmark ilmoitti 15.10.2013 kaikille tarjoajille päätöksestään sallia Per Aarsleffin jatkaa yksin osallistumistaan menettelyyn. Banedanmark perusteli päätöksensä sillä, että Per Aarsleff – joka oli suurin urakoitsija Tanskassa tilikausien 2012 ja 2013 liikevaihdon perusteella mitattuna – täytti neuvottelumenettelyn osallistumiseen vaadittavat edellytykset myös ilman E. Pihl og Sønin teknisiä ja rahoituksellisia voimavaroja. Lisäksi Per Aarsleff oli ottanut palvelukseensa yli 50 E. Pihl og Sønin työntekijää, joihin kuuluu kyseisen hankkeen toteuttamisen kannalta keskeisiä henkilöitä.
- 15 Per Aarsleff esitti omissa nimissään toisen tarjouksen ja ilmoitti, että se esitti sen Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymän toiminnan jatkajana, että konkurssipesän pesänhoitaja ei ollut ilmoittanut, aikooko se jatkaa ryhmittymän perustamissopimusta, ja että tästä syystä Per Aarsleff oli purkanut kyseisen sopimuksen. Arvioituaan vastaanotetut järjestyksessä toiset tarjoukset Banedanmark valitsi hankintailmoituksen ehtojen mukaisesti kolme tarjousta ratkaistakseen, mikä niistä oli kokonaistaloudellisesti edullisin, ja pyysi kolmelta valitulta tarjoajalta kolmannen ja viimeisen tarjouksen. Per Aarsleff sekä Højgaardin ja Züblinin ryhmittymä kuuluivat näihin tarjoajiin. Nämä kolme tarjoajaa jättivät viimeiset tarjouksensa 12.12.2013.
- 16 Banedanmark ilmoitti 20.12.2013 kolmelle valitulle tarjoajalle päättäneensä valita hankintasopimuksen sopimuspuoleksi Per Aarsleffin, jonka tarjous oli sekä laadun että hinnan puolesta kokonaistaloudellisesti edullisin. Tarjouksen loppusumma oli 920 300 000 Tanskan kruunua (DKK) (n. 123 402 000 euroa).
- 17 MT Højgaard ja Züblin valittivat tämän jälkeen päätöksestä Klagenævnet for Udbudiin (julkisten hankintojen valituslautakunta, Tanska), ja ne vetosivat erityisesti siihen, että salliessaan Per Aarsleffin osallistua menettelyyn Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymän sijasta, vaikka Per Aarsleffia itseään ei ollut

valittu esivalinnassa, Banedanmark on jättänyt noudattamatta direktiivin 2004/17 10 artiklassa vahvistettuja yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita. MT Højgaard ja Züblin vaativat näin ollen Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) kumoamaan päätöksen, jolla Per Aarsleff oli valittu hankintasopimuksen sopimuspuoleksi, ja määrämään, että päätöksen täytäntöönpano oli keskeytettävä.

- 18 Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) päätti ensinnäkin, ettei muutoksenhauulle ole annettava lykkäävää vaikutusta. Se katsoi sen jälkeen ennakkoratkaisupyyntönsä, että Per Aarsleffista toimitettujen tietojen mukaan kyseinen yhtiö olisi valittu esivalinnassa, jos se olisi ilmoittautunut ehdokkaaksi omissa nimissään Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymän välityksellä tapahtuneen ehdokkaaksi ilmoittautumisen sijasta. Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) toteaa myös, ettei Tanskan oikeudessa ole säännöstä, joka kieltäisi muuttamasta julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn osallistuvan yrittäjäryhmittymän kokoonpanoa tarjousten jättämisen jälkeen.
- 19 Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) huomauttaa lisäksi, että Banedanmark ei ollut vahvistanut hankintailmoituksessa tarjoajien teknisiä voimavaroja koskevia laadullisia vähimmäisvaatimuksia ja että sen oli suoritettava ehdokkuushakemusten laadullinen arviointi ainoastaan siinä tapauksessa, että hakemuksia oli enemmän kuin kuusi. Per Aarsleff olisi voitu siten valita esivalinnassa omissa nimissään ilman, että se olisi ollut osa Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymää. Sillä seikalla, että Per Aarsleff oli tullut tämän ryhmittymän tilalle, ei sitä paitsi ollut mitään vaikutusta tarjoajien tilanteen kannalta, koska esivalinnassa ei sitä paitsi ollut suljettu pois yhtään ehdokasta eikä siinä olisi hylätty yhtään ehdokasta siinä tapauksessa, että Per Aarsleff olisi ilmoittautunut yksinään ehdokkaaksi. Lisäksi lautakunnan mukaan on tehtävä ero sellaisen tilanteen, jossa ryhmittymän kokoonpanon muutos tapahtuu ennen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa, ja sen tilanteen, että muutos tapahtuu tämän valinnan jälkeen, välillä.
- 20 Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) ilmaisee kuitenkin joitakin varauksia sen osalta, onko noudatettu menettely yhteensopiva yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, samalla kun se korostaa, että Euroopan unionin lainsäätäjät ei ole määritellyt direktiivin 2004/17 soveltamisalaan kuuluvien toimintojen aloilla tehtävien julkisia hankintoja koskevien sopimusten osalta yhtä yksityiskohtaisia sääntöjä kyseisen periaatteen soveltamisesta kuin vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/18/EY (EUVL 2004, L 134, s. 114).
- 21 Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) päätti näiden seikkojen johdosta lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko direktiivin 2004/17 10 artiklassa, luetettuna yhdessä kyseisen direktiivin 51 artiklan kanssa, tarkoitettua yhdenvertaisen kohtelun periaatetta tulkittava siten, että se estää pääasiassa käsiteltävän tilanteen kaltaisessa tilanteessa hankintayksikköä valitsemasta hankintasopimuksen sopimuspuoleksi tarjoajaa, joka ei ole ilmoittautunut ehdokkaaksi esivalinnassa ja jota ei siten ole valittu esivalinnassa?”

### **Unionin tuomioistuimen toimivalta**

- 22 Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut 18.11.1999 annetun tuomion Unitron Scandinavia ja 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567) 15 kohdassa, että Klagenævnet for Udbud (julkisten hankintojen valituslautakunta) on pidettävä SEUT 267 artiklassa tarkoitettuna ”tuomioistuimena”. Tanskan hallitus toteaa kuitenkin, että unionin tuomioistuin ei päinvastoin pitänyt 9.10.2014 annetussa tuomiossa TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) Teleklagenævnetiä (televiestinnän valituslautakunta, Tanska)

tuomioistuimena. Se pyytää näin ollen unionin tuomioistuinta selventämään tämän osalta sovellettavia kriteereitä ja mahdollisesti vahvistamaan, että *Klagenævnet for Udbud* (julkisten hankintojen valituslautakunta) on tuomioistuin.

- 23 Tässä yhteydessä on aluksi muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan arvioitaessa sitä, onko ennakkoratkaisua pyytänyt elin ”tuomioistuin”, mikä on pelkästään unionin oikeuden perusteella ratkaistava kysymys, unionin tuomioistuin ottaa huomioon useita seikkoja, joita ovat muun muassa kyseisen elimen lakisääteisyys, pysyvyys, tuomiovallan pakottavuus, menettelyn kontradiktorisuus, toimiminen oikeussääntöjen soveltajana ja riippumattomuus (tuomio 6.10.2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, 17 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 24 Kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävässä olevassa asiassa mistään unionin tuomioistuimelle toimitetussa asiakirja-aineistossa olevasta seikasta ei seuraa, että ennakkoratkaisua pyytänyt elin ei täytä kriteereitä, jotka koskevat sen lakisääteisyttä, pysyvyyttä, tuomiovallan pakottavuutta, menettelyn kontradiktorisuutta ja toimimista oikeussääntöjen soveltajana.
- 25 Riippumattomuutta koskevasta kriteeristä – jota *Teleklagenævnet* (televiestinnän valituslautakunta) ei täyttänyt sen mukaan, mitä unionin tuomioistuin on todennut Tanskan hallituksen esille tuomassa 9.10.2014 annetussa tuomiossa *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265) – on todettava aivan aluksi, että erona viimeksi mainittuun muutoksenhakuelimeen *Klagenævnet for Udbud* (julkisten hankintojen valituslautakunta) ei ole asianosaisena sellaisissa oikeudenkäynneissä, jotka pannaan vireille sen päätöksistä yleisissä tuomioistuimissa. Tästä seuraa, että se on ulkopuolinen oikeusriidan asianosaisiin ja erityisesti siinä riitautetun päätöksen tehneeseen viranomaiseen nähden.
- 26 On korostettava – kuten julkisasiamies on todennut ratkaisuehdotuksensa 44 kohdassa –, että asiakirja-aineistoista käy ilmi, että *Klagenævnet for Udbudilla* (julkisten hankintojen valituslautakunta) ei ole mitään toiminnallista yhteyttä elinkeino- ja kasvuministeriöön. Tätä toteamusta ei voida kyseenalaistaa sillä perusteella, että tämän elimen sihteeristö toimii kyseisen ministeriön yhteydessä. Edellä mainittu elin huolehtii tehtävistään lisäksi itsenäisesti olematta hierarkkisessa suhteessa mihinkään tahoon ja ottamatta vastaan ohjeita miltään taholta (ks. vastaavasti tuomio 6.10.2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, 19 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 27 Jäsenten, jotka muodostavat ennakkoratkaisua pyytäneen elimen, riippumattomuudesta on korostettava, että julkisten hankintojen valituslautakunnasta 11.8.2011 annetun asetuksen nro 887, sellaisena kuin se on siihen myöhemmin tehtyine muutoksineen (bekendtgørelse nr. 887 om *Klagenævnet for Udbud med senere ændringer*), 1 §:n 4 momentin mukaan sen jäsenten on hoidettava tehtävänsä itsenäisesti.
- 28 Asiakirja-aineistosta käy ilmi, että ennakkoratkaisua pyytänyt elin koostuu hankintasääntöjen täytäntöönpanosta 12.5.2010 annetun lain nro 492, sellaisena kuin se on siihen myöhemmin tehtyine muutoksineen (lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer, jäljempänä laki nro 492), 9 §:n 1 momentin mukaan puheenjohtajasta ja tietyistä määrästä varapuheenjohtajia, jotka muodostavat puheenjohtajiston, sekä tietyistä määrästä asiantuntijajäseniä. Lain nro 492 9 §:n 2 momentin toisen kohdan mukaan puheenjohtajisto muodostuu alioikeuksien ja alueellisten ylempien oikeuksien tuomareista.
- 29 *Klagenævnet for Udbud* (julkisten hankintojen valituslautakunta) on kokoonpanoltaan pariteettinen. Tavanomaisessa kokoonpanossaan kyseisessä elimessä on yksi puheenjohtajiston jäsen, joka toimii puheenjohtajana, ja yksi asiantuntijajäsen. Sen päätökset tehdään lain nro 492 10 §:n 5 momentin mukaisesti yksinkertaisella ääntenenemmistöllä, ja äänten mennessä tasan puheenjohtajan ääni ratkaisee. Tämän seurauksena niillä tämän elimen jäsenillä, jotka kuuluvat Tanskan tuomarikuntaan, on kaikissa tapauksissa äänten enemmistö tässä elimessä ja näin ollen heillä on määräävä painoarvo kyseisen elimen päätöksenteossa.

- 30 Ennakkoratkaisua pyytäneen elimen ne jäsenet, joilla on oikeuslaitoksen tuomarin asema, nauttivat tämän perusteella Tanskan perustuslain 64 §:n mukaan erityistä suojaa erottamista vastaan, ja tämä suoja ulottuu myös ennakkoratkaisua pyytäneen elimen puheenjohtajiston jäsenten tehtävien hoitamiseen.
- 31 Kun otetaan huomioon se, että ennakkoratkaisua pyytäneessä elimessä ratkaiseva äänivalta on niillä jäsenillä, jotka nauttivat tuomareina kyseistä erityistä suojaa, kyseisen elimen riippumattomuutta ei voida missään tapauksessa kyseenalaistaa sen perusteella, etteivät elimen asiantuntijajäsenet saa samaa suojaa.
- 32 Kaikkien edellä olevien seikkojen perusteella on todettava, että *Klagenævnet for Udbud* (julkisten hankintojen valituslautakunta) täyttää myös riippumattomuutta koskevan kriteerin, ja se on katsottava näin ollen SEUT 267 artiklassa tarkoitetuksi ”tuomioistuimeksi”.
- 33 Unionin tuomioistuin on näin ollen toimivaltainen vastaamaan esitettyyn kysymykseen.

### **Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu**

- 34 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kysymyksellään, onko direktiivin 2004/17 10 artiklassa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin 51 artiklan kanssa, olevaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta tulkittava siten, että se estää hankintayksikköä sallimasta, että sellainen talouden toimija, joka kuului kahden yrityksen muodostamaan sellaiseen ryhmittymään, joka on valittu esivalinnassa ja joka on tehnyt ensimmäisen tarjouksen julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valitsemiseksi käytävässä neuvottelumenettelyssä, jatkaa osallistumista omissa nimissään tähän menettelyyn edellä mainitun ryhmittymän hajoamisen jälkeen.
- 35 Tähän kysymykseen vastaamiseksi on todettava, että direktiivissä 2004/17 ei säädetä säännöistä, jotka koskisivat erityisesti sellaisen talouden toimijoiden ryhmittymän, joka on valittu esivalinnassa tarjoajaksi julkista hankintaa koskevaa sopimusta varten, kokoonpanoon tehtyjä muutoksia, joten tällaisesta tilanteesta säättäminen kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan (ks. vastaavasti tuomio 23.1.2003, *Makedoniko Metro ja Michaniki*, C-57/01, EU:C:2003:47, 61 kohta).
- 36 Tästä ei ole olemassa erityisiä sääntöjä Tanskan lainsäädännössä eikä pääasiassa kyseessä olevassa hankintailmoituksessa. Näin ollen sitä, onko hankintayksikön mahdollista sallia tällainen muutos, on tutkittava unionin oikeuden yleisten periaatteiden, erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja siitä seuraavan avoimuusvelvollisuuden, sekä julkisten hankintojen alaa koskevien unionin oikeuden tavoitteiden valossa.
- 37 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 (ks. vastaavasti tuomio 16.12.2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 38 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 se tarkoittaa näin ollen sitä, että kaikkien kilpailijoiden tarjouksiin sovelletaan samoja ehtoja (tuomio 29.4.2004, komissio v. *CAS Sacchi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, 110 kohta ja tuomio 12.3.2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, 33 kohta).

- 39 Tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen tiukalla soveltamisella, sellaisena kuin tämä periaate on ilmaistu direktiivin 2004/17 10 artiklassa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin 51 artiklan kanssa, päädyttäisiin siihen, että pelkästään sellaiset talouden toimijat, jotka on valittu esivalinnassa sellaisinaan, voivat esittää tarjouksia ja tulla valituiksi sopimuspuoliksi.
- 40 Tämä näkemys perustuu direktiivin 2004/17 51 artiklan 3 kohtaan, jonka mukaan hankintayksiköiden ”on tarkistettava, että näin valittujen tarjoajien esittämät tarjoukset ovat – mukaisia”, mikä edellyttää – kuten julkisasiamies on todennut ratkaisuehdotuksensa 63 kohdassa –, että esivalinnassa valitut talouden toimijat ja tarjouksia esittävät talouden toimijat ovat oikeudellisesti ja asiallisesti samat.
- 41 Kuitenkin tämän tuomion edellä olevassa kohdassa mainittua vaatimusta oikeudellisesta ja asiallisesta samuudesta voidaan lieventää riittävän kilpailun varmistamiseksi neuvottelumenettelyssä, kuten direktiivin 2004/17 54 artiklan 3 kohdassa vaaditaan.
- 42 Kuten tämän tuomion 10 kohdasta käy ilmi, hankintayksikkö katsoi pääasiassa, että tällaisen kilpailun varmistamiseksi ehdokkaita oli oltava vähintään neljä.
- 43 Lisäksi vaaditaan kuitenkin, että se, että talouden toimija jatkaa osallistumista neuvottelumenettelyyn omissa nimissään sellaisen ryhmittymän, johon se kuului ja jonka hankintayksikkö oli valinnut esivalinnassa, hajottua, tapahtuu sellaisissa olosuhteissa, joissa ei loukata tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.
- 44 Hankintayksikkö ei loukkaa kyseistä periaatetta, kun se sallii, että toinen sellaiseen ryhmittymään, jota se on pyytänyt esittämään sellaisinaan tarjouksen, kuuluneesta kahdesta talouden toimijasta tulee tämän ryhmittymän tilalle ryhmittymän hajoamisen jälkeen ja osallistuu omissa nimissään julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valitsemiseksi käytävään neuvottelumenettelyyn, mikäli osoitetaan ensinnäkin, että kyseinen talouden toimija täyttää yksinään edellä mainitun yksikön määrittämät vaatimukset, ja toiseksi, että sillä, että se jatkaa osallistumistaan edellä mainittuun menettelyyn, ei heikennetä muiden tarjoajien kilpailuasemaa.
- 45 Pääasiassa on ensin todettava, että ennakkoratkaisupyynnöstä käy ilmi, että Per Aarsleff olisi valittu esivalinnassa, jos se olisi ilmoittautunut yksinään ehdokkaaksi (katso tämän tuomion 18 kohta).
- 46 Kun otetaan huomioon asiakirja-aineistoon sisältyvät seikat, joiden mukaan yhtäältä Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymän perustamissopimus tehtiin samana päivänä kuin E. Pihl og Søn asetettiin konkurssiin, ja toisaalta, että kyseinen ryhmittymä jätti ensimmäisen tarjouksensa sitä seuraavana päivänä ilman, että E. Pihl og Sønin konkurssipesän pesänhoitaja olisi allekirjoittanut tarjousta, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on varmistettava, ettei ensimmäisen tarjouksen jättämiseen liittynyt sellaista sääntöjenvastaisuutta, joka olisi omiaan estämään Per Aarsleffia jatkamasta osallistumistaan omissa nimissään kyseessä olevaan neuvottelumenettelyyn.
- 47 Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen tehtävänä on vielä tutkia, saiko Per Aarsleff kilpailuedun muiden tarjoajien kustannuksella sen takia, että se otti Aarsleffin ja Pihlin ryhmittymän hajottua palvelukseensa 50 E. Pihl og Sønin työntekijää, joihin kuuluu kyseisen rakennushankkeen toteuttamisen kannalta keskeisiä henkilöitä.
- 48 Esitettyyn kysymykseen on edellä olevien seikkojen perusteella vastattava, että direktiivin 2004/17 10 artiklassa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin 51 artiklan kanssa, olevaa talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatetta on tulkittava siten, että hankintayksikkö ei loukkaa kyseistä periaatetta, kun se sallii, että toinen sellaiseen ryhmittymään, jota se on pyytänyt esittämään sellaisinaan tarjouksen, kuuluneesta kahdesta talouden toimijasta tulee tämän ryhmittymän tilalle ryhmittymän hajoamisen jälkeen ja osallistuu omissa nimissään julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valitsemiseksi käytävään neuvottelumenettelyyn, mikäli osoitetaan



ensinnäkin, että kyseinen talouden toimija täyttää yksinään edellä mainitun yksikön määrittämät vaatimukset, ja toiseksi, että sillä, että se jatkaa osallistumistaan edellä mainittuun menettelyyn, ei heikennetä muiden tarjoajien kilpailuasemaa.

### **Oikeudenkäyntikulut**

- 49 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 (suuri jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

**Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY 10 artiklassa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin 51 artiklan kanssa, olevaa talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatetta on tulkittava siten, että hankintayksikkö ei loukkaa kyseistä periaatetta, kun se sallii, että toinen sellaiseen ryhmittymään, jota se on pyytänyt esittämään sellaisenaan tarjouksen, kuuluneesta kahdesta talouden toimijasta tulee tämän ryhmittymän tilalle ryhmittymän hajoamisen jälkeen ja osallistuu omissa nimissään julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valitsemiseksi käytävään neuvottelumenettelyyn, mikäli osoitetaan ensinnäkin, että kyseinen talouden toimija täyttää yksinään edellä mainitun yksikön määrittämät vaatimukset, ja toiseksi, että sillä, että se jatkaa osallistumistaan edellä mainittuun menettelyyn, ei heikennetä muiden tarjoajien kilpailuasemaa.**

Allekirjoitukset