

**Asia C-403/23****Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen  
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä****Jättämispäivä:**

30.6.2023

**Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:**

Consiglio di Stato (Italia)

**Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:**

16.6.2023

**Valittaja:**Luxone Srl, omissa nimissään sekä Iren Smart Solutions SpA:n  
kanssa perustettavan tilapäisen yritysryhmittymän edustajana**Vastapuoli:**

Consip SpA

**Pääasian kohde**

Valitus, jonka Luxone-yhtiö on tehnyt Consiglio di Statoon (ylin hallintotuomioistuin, Italia) omissa nimissään sekä Iren Smart Solutions -yhtiön kanssa perustettavan tilapäisen yritysryhmittymän edustajana (jäljempänä valittaja) Tribunale amministrativo per il Lazio (Lazion alueellinen hallintotuomioistuin, Italia) (jäljempänä TAR Lazio) tuomiosta, jolla TAR Lazio hylkäsi kanteen, jonka valittaja oli nostanut Consip S.p.a. -yhtiön tekemistä, valittajaa koskevista päätöksistä. Kyseiset päätökset koskivat valittajan sulkemista pois hankintamenettelystä ja valittajan hankintamenettelyn yhteydessä antamien tilapäisten vakuuksien menettämistä.

**Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeudellinen perusta**

Tällä ennakkoratkaisupyynnöllä, jonka Consiglio di Stato on tehnyt SEUT 267 artiklan mukaisesti viimeisenä oikeusasteena, pyritään selvittämään tilapäisen yritysryhmittymän kokoonpanon muuttamista, tilapäisen yritysryhmittymän

sulkemista pois hankintamenettelystä siinä tapauksessa, että yksi sen jäsenistä irtisanoutuu ryhmittymästä, ja sellaisessa hankintamenettelyssä, josta tarjoaja on suljettu pois, annettujen tilapäisten vakuuksien menettämistä koskevan Italian lainsäädännön yhteensopivuus direktiivin 2004/18/EY sekä suhteellisuusperiaatteen ja elinkeinovapautta, vapaata liikkuvuutta ja vapaata sijoittautumista koskevien EU:n periaatteiden kanssa.

### **Ennakkoratkaisukysymykset**

A) Ovatko direktiivi 2004/18/EY, Euroopan unionin perusoikeuskirjan 16 ja 52 artikla sekä SEUT 49, SEUT 50, SEUT 54 ja SEUT 56 artiklassa tarkoitetut suhteellisuusperiaate, kilpailuperiaate, sijoittautumisvapauden periaate ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaate esteenä sellaisille kansallisille säännöksille (asetuksen [decreto legislativo] nro 163/2006 11 §:n 6 momentti, 37 §:n 8, 9, 10, 18 ja 19 momentti sekä 38 §:n 1 momentin f kohta), joilla sellaisessa tilanteessa, jossa perusteilla olevan tilapäisen yritysryhmittymän alun perin tekemän tarjouksen voimassaolo päättyy, suljetaan pois mahdollisuus kyseisen tarjouksen voimassaolon pidentämisen yhteydessä pienentää kyseisen ryhmittymän alkuperäistä kokoonpanoa; erityisesti tiedustellaan, ovatko tällaiset kansalliset säännökset yhteensopivia unionin oikeuden yleisten elinkeinovapauden ja tehokkaan vaikutuksen periaatteiden sekä Euroopan unionin perusoikeuskirjan 16 artiklan kanssa?

2) Ovatko direktiivi 2004/18/EY, Euroopan unionin perusoikeuskirjan 16, 49, 50 ja 52 artikla, Euroopan ihmisoikeussopimuksen seitsemännen pöytäkirjan 4 artikla, SEU 6 artikla sekä SEUT 49, SEUT 50, SEUT 54 ja SEUT 56 artiklassa tarkoitetut suhteellisuusperiaate, kilpailuperiaate, sijoittautumisvapauden periaate ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaate esteenä sellaisille kansallisille säännöksille (asetuksen [decreto legislativo] nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohta, 48 § ja 75 §), joissa säädetään tilapäisen vakuuden menettämisseuraamuksen soveltamisesta automaattisena seurauksena siitä, että talouden toimija on suljettu pois julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen hankintamenettelystä, riippumatta siitä, onko kyseinen talouden toimija valittu kyseisessä hankintamenettelyssä sopimuspuoleksi vai ei?

### **Unionin oikeussäännöt, joihin viitataan**

Direktiivi 2004/18/EY, erityisesti johdanto-osan toinen perustelukappale sekä 2 artikla ja 4 artiklan 2 kohta

Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 16, 49, 50 ja 52 artikla

SEUT 49, SEUT 50, SEUT 54 ja SEUT 56 artikla

SEU 6 artikla

## Kansalliset oikeussäännöt, joihin viitataan

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevista sopimuksista direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY täytäntöönpanemiseksi annetusta koodeksista annettu asetus nro 163/2006 (Decreto legislativo n. 163 del 2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; jäljempänä hankintakoodeksi), sellaisena kuin sitä sovelletaan tosiseikkojen tapahtumajankohtaan:

11 §:n 6 momentti:

”Kukin tarjoaja voi jättää vain yhden tarjouksen. Tarjous on sitova hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ilmoitetun ajan tai, ellei aikaa ole ilmoitettu, 180 päivää tarjosten jättämisen määräajan päättymisestä lukien. Hankintaviranomainen voi pyytää tarjoajia pidentämään kyseistä aikaa.”

37 §:n 8, 9, 10, 18 ja 19 momentti:

”8. Edellä 34 §:n 1 momentin d ja e kohdassa tarkoitetut ryhmittymät voivat jättää tarjouksen, vaikka niitä ei vielä ole perustettu. Tällöin tarjouksen on oltava kaikkien niiden talouden toimijoiden allekirjoittama, jotka aikovat perustaa tilapäisen ryhmittymän tai tarjoajien yhteenliittymän, ja sen on sisällettävä sitoumus, jonka mukaan siinä tapauksessa, että kyseinen tarjous voittaa hankintamenettelyn, nämä toimijat antavat yhdelle keskuudestaan – erityisen kollektiivisen edustamisvaltuutuksen, jotta tämä tekee sopimuksen omista nimissään ja valtuuttajiensa nimissä.

9. – – Ellei 18 ja 19 momentista muuta johdu, tilapäisten ryhmittymien ja tarjoajien yhteenliittymien kokoonpanoon ei saa tehdä minkäänlaisia muutoksia tarjouksen yhteydessä esitettyyn sitoumukseen nähden.

10. Edelliseen momenttiin sisältyvien kieltojen noudattamatta jättäminen johtaa hankintapäätöksen kumoamiseen tai sopimuksen mitättömyyteen sekä ryhmittymän muodostaneiden tarjoajien poissulkemiseen – –.

18. Jos ryhmittymän edustaja ajautuu konkurssiin tai, jos kyseessä on yksinyrittäjä, yrittäjä kuolee, menettää toimintakykynsä tai ajautuu konkurssiin tai hänen oikeustoimikelpoisuuttaan rajoitetaan, tai jos käsillä on jokin mafianvastaisessa lainsäädännössä säädetyistä tapauksista, hankintaviranomainen voi jatkaa hankintasuhdetta sellaisen toisen talouden toimijan kanssa, joka on nimetty edustajaksi tässä koodeksissa säädettyjen menettelyjen mukaisesti, edellyttäen, että tämä täyttää vielä toteuttamatta olevien töiden, palvelujen tai toimitusten edellyttämät asianmukaiset vaatimukset; elleivät nämä edellytykset täyty, hankintaviranomainen voi purkaa hankintasopimuksen.

19. Jos jokin ryhmittymän muista jäsenistä ajautuu konkurssiin tai, jos kyseessä on yksinyrittäjä, yrittäjä kuolee, menettää toimintakykynsä tai ajautuu konkurssiin

tai hänen oikeustoimikelpoisuuttaan rajoitetaan, tai jos käsillä on jokin mafianvastaisessa lainsäädännössä säädetystä tapauksista, ryhmittymän edustaja on velvollinen – ellei se ilmoita toista sijaan tulevaa talouden toimijaa, joka täyttää asetetut soveltuvuusvaatimukset – panemaan sopimuksen täytäntöön suoraan tai muiden ryhmittymän jäsenten välityksellä, edellyttäen, että nämä täyttävät vielä toteuttamatta olevien töiden, palvelujen tai toimitusten edellyttämät asianmukaiset vaatimukset.”

38 §:n 1 momentin f kohta:

”1. Seuraavat henkilöt on suljettava pois konsessioiden, rakennusurakasopimusten sekä tavara- ja palveluhankintasopimusten tekomenettelyistä eikä heille voida antaa alihankintasopimuksia eivätkä he voi tehdä konsessioita eivätkä näitä hankintoja koskevia sopimuksia: – – f) henkilöt, jotka ovat hankintaviranomaisen perustellun arvion mukaan syyllistyneet törkeään huolimattomuuteen tai toimineet vilpillisessä mielessä täyttäessään hankintailmoituksen julkaiseen hankintaviranomaisen heidän tehtäväkseen antamia suorituksia; tai henkilöt, jotka ovat ammattitoiminnassaan syyllistyneet vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomainen on millä tahansa tavalla näyttänyt toteen.”

48 §:n 1 momentti:

”Ennen jätettyjen tarjouskuorien avaamista hankintaviranomaiset pyytävät julkisella arvonnalla valittuja tarjoajia, joiden lukumäärä vastaa vähintään kymmentä prosenttia jätetyistä tarjouksista, pyöristettynä seuraavaan suurempaan kokonaislukuun, kymmenen päivän kuluessa pyynnön ajankohdasta osoittamaan, että ne täyttävät hankintailmoituksessa mahdollisesti esitetyt taloudelliset ja rahoitusta koskevat sekä tekniset ja organisatoriset vaatimukset, toimittamalla hankintailmoituksessa tai kutsukirjeessä mainitut asiakirjat. Tarkastuksen yhteydessä hankintaviranomaiset selvittävät, täyttyykö urakan toteuttamista koskeva pätevyysvaatimus – –. Jos tätä näyttöä ei toimiteta tai jos näyttö ei vahvista osallistumishakemuksessa tai tarjouksessa annettuja ilmoituksia, hankintaviranomaiset sulkevat tarjoajan hankintamenettelystä [ja] määräävät vastaavan tilapäisen vakuuden menetetyksi – –.”

75 §:

”1. Tarjoukseen liitetään vakuus, joka on kaksi prosenttia hankintailmoituksessa tai kutsussa ilmoitetusta pohjahinnasta ja joka on tarjoajan valinnan mukaan muodoltaan reaali- tai henkilövakuus. – –

6. Vakuus kattaa tilanteen, jossa sopimusta ei allekirjoiteta sopimuspuoleksi valitusta tarjoajasta johtuvasta syystä, ja se vapautetaan automaattisesti, kun sopimus allekirjoitetaan. – –

9. Kun hankintaviranomainen ilmoittaa sopimuspuolen valinnasta muille kuin sopimuspuoleksi valituille tarjoajille, se vapauttaa samassa yhteydessä niiden osalta edellä 1 momentissa tarkoitettun vakuuden – –.”

## **Yhteenveto tosiseikoista ja menettelystä**

### ***A) Tosiseikat***

- 1 Consip käynnisti 21.12.2015 julkaistulla hankintailmoituksella julkisten tilojen ja paikkojen valaistusta ja siihen liittyviä palveluja koskevan hankintamenettelyn, joka oli jaettu 12 osaan. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (jäljempänä CSEL), Iren Smart Solutions ja Gi One tekivät yhdessä tarjouksen osista 1, 8, 10 ja 11 ja antoivat kukin omat tilapäiset vakuutensa myöhemmin perustettavan tilapäisen yritysryhmittymän nimissä sitoutuen perustamaan tämän ryhmittymän, jos hankintasopimus tehtäisiin niiden kanssa.
- 2 Hankintamenettelyn piti päättyä 18.4.2017 mennessä, mutta Consip jatkoi sitä kahdeksan kertaa. Tämän seurauksena edellä mainittujen neljän hankintamenettelyyn osallistuneen yhtiön oli niiden tarjousten voimassaoloajan päättyessä toistuvasti vahvistettava uudelleen alun perin tekemänsä tarjoukset ja jatkettava tilapäisten vakuuksien voimassaoloa.
- 3 Vuonna 2020, kun Consip pyysi seitsemättä ja kahdeksatta kertaa tällaista vahvistusta, Luxone ja Iren Smart Solutions ilmoittivat haluavansa vahvistaa alkuperäiset tarjoukset. Gi One ja CSEL sen sijaan ilmaisivat, etteivät ne enää halunneet vahvistaa tarjouksia, koska menettely oli ennakoimattomasti kestänyt useita vuosia. Viimeksi mainitut kaksi yhtiötä totesivat erityisesti, ettei tarjouksia voitu enää puoltaa liiketoiminnan näkökulmasta eikä asianmukaisen ja huolellisen yrityksen johtamisen kannalta.
- 4 Consip katsoi, että jättäessään tarjoukset vahvistamatta Gi One ja CSEL vetäytyivät tilapäisestä yritysryhmittymästä, mikä muutti kyseisen ryhmittymän alkuperäistä kokoonpanoa ja merkitsi irtisanoutumista siitä. Lokakuussa 2020 Consip teki näin ollen päätöksen, jolla koko tilapäinen yritysryhmittymä suljettiin pois hankintamenettelystä, ja päätöksen, jolla tilapäiset vakuudet määrättiin menetetyiksi: kyseisten vakuuksien kokonaismäärä oli 2 950 000,00 euroa. Hankintamenettelystä poissulkemista koskeva päätös perustui Gi Onen ja CSEL:n irtisanoutumisen lainvastaisuuteen ja luonteeseen sääntöjen kiertämisenä.
- 5 Irtisanoutumisen lainvastaisuudesta Consip katsoi, että vaikka Italian lainsäädännön mukaan tarjoajalla – eli nyt tarkasteltavassa tapauksessa koko tilapäisellä yritysryhmittymällä – on oikeus vetäytyä tarjouksestaan, kun hankintamenettelyn käynnistämisestä on kulunut tietty aika, kyseistä oikeutta eivät voi käyttää vain jotkin tilapäiseen yritysryhmittymään kuuluvat yhtiöt.
- 6 Irtisanoutumisen luonteesta sääntöjen kiertämisenä Consip katsoi, että Gi Onen irtisanoutumisen tavoitteena oli välttää lakisääteiset tarkastukset, koska eräät Gi

Oneen liittyvät henkilöt olivat harjoittaneet rikollista toimintaa. CSEL:n tapauksessa sääntöjen kiertäminen liittyi erityisesti siihen, ettei se täyttänyt hankintamenettelyyn osallistumisen edellytyksiä, joiden on täytyttävä hankintamenettelyyn osallistumista koskevan hakemuksen jättämisestä hankintasopimuksen tekemiseen saakka.

***B) Tuomiot ensimmäisessä oikeusasteessa ja muutoksenhakuasteessa***

- 7 Valittaja haki muutosta edellä mainittuihin Consipin päätöksiin nostamalla kanteen TAR Lazioissa.
- 8 Tuomiollaan nro 4505/2021 TAR Lazio hylkäsi kanteen sillä perusteella, että a) tilanne, jossa vain osa tilapäisen yritysryhmittymän jäsenistä vahvistaisi tarjouksen sen voimassaolon päättyessä, oli mahdoton, b) oikeutta irtisanoutua tilapäisestä yritysryhmittymästä oli mahdollista käyttää ainoastaan oikeuskäytännössä hyväksytyissä tilanteissa, joista nyt tarkasteltavassa tapauksessa ei ollut kyse, ja c) nyt tarkasteltavassa tapauksessa tapahtunut irtisanoutuminen oli luonteeltaan sääntöjä kiertävä, koska sen tarkoituksena oli välttää hankintamenettelystä poissulkemista koskeva päätös.
- 9 Lisäksi TAR Lazio katsoi, ettei asiassa ollut edellytyksiä esittää perustuslainmukaisuutta koskevaa kysymystä tai kysymystä Italian lainsäädännön yhteensopivuudesta Euroopan unionin oikeuden kanssa. Sen näkemyksen mukaan tapauksen tosiseikkojen tapahtuma-aikaan voimassa olleessa direktiivissä 2004/18 kansallista lainsäätäjää ei nimittäin velvoitettu TAR Lazion tarkasteltavana olleen kaltaisessa tapauksessa säätämään mahdollisuudesta vähentää alkuperäiseen tilapäiseen yritysryhmittymään kuuluneiden yritysten lukumäärää.
- 10 Valittaja valitti TAR Lazion tuomiosta Consiglio di Statoon, joka lykkäsi asian käsittelyä siihen asti, että Corte costituzionale (perustuslakituomioistuin, Italia) antaisi ratkaisunsa eräisiin perustuslainmukaisuutta koskeviin kysymyksiin, jotka Consiglio di Stato oli esittänyt toisen, samankaltaiseen asiaan liittyvän oikeudenkäynnin yhteydessä.
- 11 Corte costituzionale katsoi tuomiossaan nro 198/2022, että tilapäisen vakuuden menettäminen ei ollut rangaistusluonteinen seuraamus, koska sen tarkoituksena oli lähinnä taata hankintamenettelyä koskevien sääntöjen noudattaminen korjaamalla loukattu yleinen etu, joka koskee sen estämistä, että hankintamenettelyyn osallistuisi sopimattomia tarjoajia tai vaadittuja edellytyksiä täyttämättömiä tarjouksia. Corte costituzionalen mukaan tilapäisen vakuuden vähäisestä määrästä, vaihtoehtoisten vakuusmuotojen (reaali- tai henkilövakuus) mahdollisuudesta ja lainsäätäjän säätämästä vähennysjärjestelmästä voidaan päätellä, ettei seuraamus ole luonteeltaan erityisen ankara tavalla, jota edellytettäisiin, jotta toimenpide voitaisiin rinnastaa käytännössä rikosoikeudelliseen seuraamukseen.
- 12 Consiglio di Stato katsoo, että kyseinen Corte costituzionalen tuomio ei ole sen käsiteltävänä nyt olevan asian ratkaisun kannalta ratkaiseva, kun huomioon

otetaan myös se tosiseikka, että sen käsiteltävänä olevassa tapauksessa vakuuden kokonaismäärä on erittäin suuri.

### **Pääasian asianosaisten keskeiset lausumat**

- 13 Valittajan mukaan päätös, jonka mukaan tilapäiset vakuudet määrätään menetetyiksi menettelystä poissulkemisen seurauksena, on lainvastainen. Kyseinen päätös on välillisesti lainvastainen siksi, että menettämistä koskevan päätöksen taustalla oleva poissulkemista koskeva päätös on lainvastainen. Lisäksi se on lainvastainen jo itsessään, koska tapauksen tosiseikkojen tapahtuma-aikana voimassa olleen lainsäädännön mukaan menettäminen oli mahdollista vain kahdessa tapauksessa: silloin, kun tarjoaja ei kykene osoittamaan täyttävänsä taloudellisia ja rahoitusta koskevia sekä teknisiä ja organisatorisia vaatimuksia, tai silloin, kun sopimusta ei allekirjoiteta sopimuspuoleksi valitusta tarjoajasta johtuvasta syystä.
- 14 Kummassakin tapauksessa vakuuden menettäminen edellyttää valittajan mukaan henkilökohtaista toimintaa siltä talouden toimijalta, jonka vuoksi sopimusta ei allekirjoiteta tai joka ei jatka enää osallistumistaan hankintamenettelyyn. Sen mukaan nyt tarkasteltavassa tapauksessa ei ole kyse kummastakaan vaihtoehdosta.
- 15 Valittajan näkemyksen mukaan vakuuksien menettäminen on vahvasti seuraamusluonteinen ja luonteeltaan rikosoikeudellinen päätös, koska asiassa ei ole kyse vakuuden menettämisen tyypillisestä tavoitteesta eli hankintaviranomaiselle aiheutuneen vahingon korvaamisesta. Nyt tarkasteltavassa tapauksessa Consipille ei ole aiheutunut mitään vahinkoa, koska tilapäinen yritysryhmittymä suljettiin pois hankintamenettelystä.
- 16 Määrältään erittäin suurten ja tuntuvien vakuuksien automaattinen menettäminen on tilapäisen yritysryhmittymän mukaan täysin perusteetonta ja kohtuutonta: lisäksi se on epäsuhteessa sen menettelyyn ja merkitsee sellaista hankintakoodeksin 48 ja 75 §:n tulkintaa, joka on ristiriidassa perustuslaillisten ja eurooppalaisten periaatteiden ja säännösten kanssa.

### **Tiivistelmä ennakkoratkaisupyynnön perusteista**

- 17 Consiglio di Stato (jäljempänä myös ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin) pitää tarpeellisenä arvioida, onko Italian lainsäädäntö yhteensopiva unionin oikeuden kanssa siltä osin kuin kyseinen lainsäädäntö johtaa siihen, että tilanne, jossa jokin talouden toimija jättää vahvistamatta tarjouksensa sen voimassaolon päättyessä, rinnastetaan tilanteeseen, jossa kyseinen toimija irtisanoutuu tilapäisestä yritysryhmittymästä. Lisäksi on tarkasteltava poissulkemista koskevaa päätöstä, joka on merkityksellinen myös siihen perustuvan, vakuuden menettämistä koskevan päätöksen kannalta.

*Poissulkemista koskeva päätös*

- 18 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen näkemyksen mukaan poissulkemista koskeva päätös on Italian lainsäädännön perusteella lainmukainen toimi yhtäältä siksi, että se, että Gi One jätti tarjouksen vahvistamatta eli irtisanoutui [tilapäisestä yritysryhmittymästä], oli tilapäisen yritysryhmittymän kokoonpanon muuttamista koskevan kiellon vastaista, ja toisaalta siksi, että kyseinen irtisanoutuminen merkitsi nyt tarkasteltavassa tapauksessa talouden toimijan eettisen luotettavuuden valvonnan kiertämistä.
- 19 Tilapäisen yritysryhmittymän kokoonpanon muuttamista koskevan kiellon osalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että hankintakoodeksin 37 §:n mukaan sen jälkeen, kun tarjouksen voimassaolo on päättynyt, perusteilla oleva tilapäinen yritysryhmittymä voi käyttää oikeutta vetäytyä tarjouskilpailuun tekemästään tarjouksesta ainoastaan yhtenä kokonaisuutena, koska nyt tarkasteltavassa tapauksessa kyse ei ole mistään sellaisesta lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä mainitusta poikkeustilanteesta, joissa tilapäisen yritysryhmittymän kokoonpanoa olisi sallittua muuttaa.
- 20 Tilapäinen yritysryhmittymä nimittäin osallistuu hankintamenettelyyn useammasta henkilöstä koostuvana osapuolena, joka koostuu kaikista niistä talouden toimijoista, jotka ovat sitoutuneet perustamaan kyseisen ryhmittymän, jos hankintasopimus päätetään tehdä sen kanssa. Näin ollen sellainen tilanne, jossa vain kaksi tilapäisen yritysryhmittymän (alun perin neljästä) jäsenestä vahvistaisi tarjouksen, ei ole mahdollinen, kun huomioon otetaan erityisesti hankintakoodeksin 11 §:n 6 momentin tarkoitus ja kyseisen koodeksin 37 §:n 9 momentista johtuva periaate, jonka mukaan tilapäisen yritysryhmittymän kokoonpanoa ei saa muuttaa hankintamenettelyn kuluessa ja jota sovelletaan siinäkin tapauksessa, ettei tilapäistä yritysryhmittymää ole vielä muodollisesti perustettu.
- 21 Mainittu 11 §:n 6 momentin tarkoitus on pitää tarjous muuttumattomana koko hankintamenettelyn odotettavissa olevan keston ajan. Kyseisen pykälän tarkoitus on suojella tarjoajaa, joka voi määräajan päätyttyä vetäytyä tarjouksestaan; jos se sen sijaan ei ilmoita purkautuneensa, tarjouksen voimassaolo ei lakkaa. Tästä seuraa, että elleivät kaikki useammasta henkilöstä koostuvan osapuolen jäsenistä nimenomaisesti ilmaise päinvastaista kantaa, tarjousta on pidettävä edelleen velvoittavana. Italian lainsäädännön säännöksillä varmistetaan myös se, että hankintaviranomainen voi luottaa siihen, että nekin tilapäiset yritysryhmittymät, joita ei vielä ole muodollisesti perustettu, osallistuvat hankintamenettelyyn tosissaan, kun kyseisissä säännöksissä varmistetaan, että jos nämä ryhmittymät valitaan sopimuskumppaniksi, ne myös tosiasiallisesti perustetaan.
- 22 Luotettavuusvalvonnan kiertämisen osalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa, että asiaa koskevan hallinto-oikeudellisen oikeuskäytännön mukaan yksittäisen yrityksen irtisanoutumista [tilapäisestä yritysryhmittymästä] ei sallita, jos tällaisen irtisanoutumisen tarkoituksena on kiertää lainsäädäntöä ja



erityisesti, jos tarkoituksena on välttää osallistumisedellytysten täyttymistä koskevia tarkastuksia ja välttyä näin seuraamuksilta, jotka liittyvät hankintamenettelyistä poissulkemiseen kyseisten edellytysten puuttumisen vuoksi.

- 23 Näiden seikkojen perusteella ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että Italian lainsäädäntö, sellaisena kuin sitä on oikeuskäytännössä tulkittu, velvoittaa tilapäisen yritysryhmittymän jäsenet pitautymään annetussa tarjouksessa määräämättömän ajan, monimutkaisissa ja pitkäkestoisissa hankintamenettelyissä siinäkin tapauksessa, että tarjouksen voimassaoloaika on jo useita kertoja päättynyt; tarjouksen vahvistamatta jättäminen on mahdollista ainoastaan siinä tapauksessa, että kaikki tilapäisen yritysryhmittymän alkuperäiset jäsenet tekevät näin. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan on epäselvää, onko kyseinen lainsäädäntö yhteensopiva Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä kodifioivassa ja SEUT 119 artiklaan perustuvassa Euroopan unionin perusoikeuskirjan 16 artiklassa vahvistetun elinkeinovapauden periaatteen kanssa sekä kyseisen perusoikeuskirjan 52 artiklassa vahvistetun suhteellisuusperiaatteen ja EUT-sopimuksessa vahvistettujen suhteellisuusperiaatteen, kilpailuperiaatteen, sijoittautumisvapauden periaatteen ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatteen kanssa.
- 24 Etenkin huomattavan pitkään jatkuvissa hankintamenettelyissä kielto, jonka mukaan tilapäisen yritysryhmittymän yksittäinen jäsen ei voi vetäytyä tarjouksesta sillä uhalla, että muutoin koko tilapäinen yritysryhmittymä suljetaan pois hankintamenettelyistä, vaikuttaa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan suhteettomalta verrattuna tarpeeseen taata se, että tarjous on tehty tosissaan, jos ja kun tarjouksen vahvistaneet talouden toimijat itse – myös ilman tarjouksesta vetäytyneitä toimijaa – täyttävät kaikki osallistumisen edellytykset.
- 25 Suhteellisuusperiaatteen – joka on unionin oikeuden yleinen oikeusperiaate ja jota direktiivin 2004/18 mukaan jäsenvaltioissa tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava – mukaisesti jäsenvaltioiden toteuttamat toimet eivät nimittäin saa ylittää sitä, mikä on kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi välttämätöntä, kuten myös unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistetaan.
- 26 Lopuksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, että kun se, että tilapäiseen yritysryhmittymään kuuluva yksittäinen talouden toimija on jättänyt tarjouksen vahvistamatta, on rinnastettu siihen, että tämä olisi irtisanoutunut tilapäisestä yritysryhmittymästä, päädytään lain mukaan joka tapauksessa välttämättä poissulkemiseen, jos katsotaan, että tarkoituksena oli kiertää eettisen luotettavuuden valvontaa irtisanoutuneen toimijan osalta; jos sen sijaan hyväksyttäisiin se, että kyseinen toimija saa jättää tarjouksen vahvistamatta, ei mitään ammatillista luotettavuutta koskevaa valvontaa kyseisen toimijan osalta enää tehtäisi, koska kyseistä toimijaa ei enää voitaisi pitää hankintamenettelyyn osallistuvan tilapäisen yritysryhmittymän jäsenenä.

***Vakuuden menettämistä koskeva päätös***

- 27 Consiglio di Stato toteaa, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (jäljempänä EIT) on ottanut kantaa siihen, milloin rahamääräiset seuraamukset on luonteensa, määränsä ja oikeudenmukaisuuden kannalta katsottava rikosoikeudellisiksi seuraamuksiksi (Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 4.3.2014, Grande Stevens ym. v. Italia, 99 kohta; ks. vastaavasti myös unionin tuomioistuimen tuomio 5.6.2012, C-489/10).
- 28 Consiglio di Stato on oikeuskäytännössään todennut, että EIT on kehittänyt omia, itsenäisiä perusteitaan sen määrittämiseksi, onko jokin rikkominen ja siitä määrätty seuraamus rikosoikeudellinen vai ei. Se on yksilöinyt seuraavat kolme perustetta: 1) rikkomisen oikeudellinen luonnehdinta kansallisessa oikeudessa, sillä täsmennyksellä, että kyseisen luonnehdinta ei ole sitova silloin, kun toimen todetaan olevan ”olennaisesti rikosoikeudellinen”; 2) rikkomisen luonne, joka johdetaan sitä koskevan normin soveltamisalasta ja sillä tavoitellusta päämäärästä, ja 3) seuraamuksen ankaruuden aste.
- 29 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että valittajalle määrätyn taloudellisen menetyksen määrän perusteella tilapäisten vakuuksien menettäminen on katsottava sellaiseksi seuraamukseksi, joka on EIT:n oikeuskäytännön mukaisesti tunnustettava luonteeltaan rikosoikeudelliseksi. Nyt tarkasteltavassa tapauksessa tilapäisten vakuuksien automaattinen menettäminen täyttää nimittäin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan seuraamusten oikeasuhteisuuden periaatteen ilmeisen loukkaamisen tunnusmerkit.
- 30 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan asiassa on merkityksellinen ensinnäkin perusoikeuskirjan 49 artiklan 3 kohta, jonka mukaan ”rangaistus ei saa olla epäsuhteessa rikoksen vakavuuteen”.
- 31 Nyt tarkasteltavassa tapauksessa on ilmeistä, ettei yleisen edun ja unionin tasolla taattujen perusoikeuksien välillä ole tehty asianmukaista punnintaa, koska valittajalle on määrätty erittäin huomattava rahamääräinen seuraamus sellaisen automaattisen käytännön nojalla, joka jo itsessään on luonnostaan epäsuhteinen ja vailla minkäänlaista kyseisen yksittäistapauksen olosuhteiden asianmukaista arviointia.
- 32 Myös EIS:n ensimmäisen pöytäkirjan 1 artiklaa sekä perusoikeuskirjan 17 artiklaa on tulkittu siten, että niillä pyritään takaamaan se, että tehdyn teon ja siitä määrätyn seuraamuksen välistä oikeasuhteisuutta kunnioitetaan.
- 33 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen näkemyksen mukaan on näin ollen ilmeistä, että hankintakoodeksin 38 §:n 1 momentin f kohta ja 48 § ovat ristiriidassa seuraamusten oikeasuhteisuutta koskevien perustuslaillisten ja eurooppalaisten sääntöjen ja periaatteiden kanssa, jos kyseisiä säännöksiä tulkitaan niin, että ne mahdollistavat tilapäisen vakuuden automaattisen menettämisen hankintamenettelystä poissulkemisen perusteella.

- 34 Tämä ristiriita on sen mukaan sitäkin ilmeisempi, jos katsotaan, että nyt tarkasteltavan kaltaiseen toimeen, jonka on tunnustettava olevan seuraamuksen luonteinen, voidaan ryhtyä ottamatta huomioon subjektiivista elementtiä ja etenkin poissulkemisen ennakoitavuutta.

TYÖASIAKIRJA