



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
16 päivänä toukokuuta 2018¹

Asia C-124/17

**Vossloh Laeis GmbH
vastaan
Stadtwerke München GmbH**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Vergabekammer Südbayern (Etelä-Baijerin julkisia hankintoja käsittelevä oikaisulautakunta, Saksa))

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkiset hankinnat – Menettely – Direktiivit 2014/24/EU ja 2014/25/EU – Poissulkemisperusteet – Talouden toimijan velvollisuus tehdä yhteistyötä hankintaviranomaisen kanssa luotettavuutensa vahvistamiseksi ennen poissulkemisen päättymistä – Tutkintaviranomaisten käsite – Poissulkemisen enimmäiskesto

1. Talouden toimija voidaan sulkea määräajaksi julkisten hankintamenettelyiden ulkopuolelle, jos kyseessä on jokin direktiivin 2014/24/EU² 57 artiklassa luetelluista käyttäytymisistä. Poissulkemisen kesto voidaan lyhentää, jos hankintaviranomaiselle osoitetaan, että toimija on aiemmasta lainsäädännön rikkomista merkitsevästä toiminnastaan huolimatta onnistunut saamaan asiansa kuntoon.

2. Kyseisen artiklan 6 kohdan mukaan talouden toimijan on luotettavuutensa jälleen osoitukseen esitettävä muiden edellytysten lisäksi näyttöä siitä, että se on ”selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä *tutkintaviranomaisten* kanssa”.³ Riita-asia koskee pääosin viimeksi mainitun tulkintaa.

3. Kun Saksan lainsäätäjät saattoi direktiivin 2014/24 kansallisen oikeuden osaksi, se säati, että tällaista yhteistyötä on tehtävä tutkintaviranomaisten lisäksi myös hankintaviranomaisen kanssa.

4. Tässä asiayhteydessä Vergabekammer Südbayern (Etelä-Baijerin julkisia hankintoja käsittelevä oikaisulautakunta, Saksa) esittää unionin tuomioistuimelle kaksi täysin uutta ennakkoratkaisukysymystä:

- Yhtäältä se haluaa tietää, onko kansallisen lainsäätäjän lisäämä vaatimus yhteistyöstä (hankintaviranomaisen kanssa) unionin oikeuden mukainen.
- Toisaalta se tiedustelee, mikä on direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdassa säädetyn (kolmen vuoden poissulkemisen) enimmäiskeston alkamispäivä (dies a quo), kun laskeminen on aloitettava ”asiaankuuluvasta tapahtumasta”, koska kesto ei ole vahvistettu lainvoimaisessa tuomiossa.

¹ Alkuperäinen kieli: espanja.

² Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 94, s. 65).

³ Kursivointi tässä.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

1 Direktiivi 2014/24

5. Johdanto-osan 102 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Talouden toimijoille olisi kuitenkin annettava mahdollisuus toteuttaa säännösten noudattamiseksi toimenpiteitä, joilla on tarkoitus korjata rikosten tai virheiden seuraukset ja näin estää tehokkaasti asiattoman toiminnan toistuminen. Tällaiset toimenpiteet saattavat olla erityisesti henkilöstöä ja organisaatiota koskevia toimenpiteitä, kuten kaikkien yhteyksien katkaiseminen henkilöihin tai organisaatioihin, jotka ovat osallistuneet asiattomaan toimintaan, asianmukaiset henkilöstön uudelleenorganisointitoimet, raportointi- ja valvontajärjestelmien käyttöönotto, sisäisen tarkastusrakenteen perustaminen valvomaan säännösten noudattamista sekä sisäisten vastuu- ja korvaussääntöjen antaminen. Talouden toimijaa ei saisi enää sulkea pois yksinomaan edellä mainituin perustein, jos tällaisilla toimenpiteillä saadaan riittävät takeet. Talouden toimijoilla olisi oltava mahdollisuus pyytää säännösten noudattamiseksi toteutettujen toimenpiteiden tarkastelua, jotta kyseiset toimijat saisivat mahdollisuuden osallistua hankintamenettelyyn. Jäsenvaltioiden olisi kuitenkin saatava määritellä tällaisissa tapauksissa sovellettavat täsmälliset menettelyä ja sisältöä koskevat edellytykset. Niiden olisi erityisesti voitava päättää, antavatko ne yksittäisten hankintaviranomaisten tehdä asianmukaiset arvioinnit vai antavatko ne tämän tehtävän muille keskustason tai muiden kuin keskustason viranomaisille.”

6. Direktiivin 57 artiklassa (”Poissulkemisperusteet”) säädetään seuraavaa:

”1. Hankintaviranomaisten on suljettava talouden toimija pois hankintamenettelystä, jos ne ovat todenneet tarkistamalla 59, 60 ja 61 artiklan mukaisesti, tai ovat muutoin tietoisia siitä, että kyseiselle talouden toimijalle on annettu lainvoimainen tuomio jostakin seuraavasta syystä:

- a) osallistuminen – – rikollisjärjestön toimintaan;
- b) korruptio – –;
- c) – – petokset;
- d) – – terrorismirikokset tai – – terroritoimintaan liittyvät rikokset taikka – – yllyttäminen, avunanto tai yritys;
- e) – – rahanpesu tai terrorismin rahoitus;
- f) lapsityövoima ja muut ihmiskaupan muodot – –.

--

2. Talouden toimija on suljettava pois hankintamenettelystä, jos hankintaviranomainen on tietoinen siitä, että talouden toimija on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa veroja tai sosiaaliturvamaksuja, ja jos tämä on todettu tuomioistuimen tai hallinnollisessa päätöksessä, joka on lainvoimainen ja sitova --.

Lisäksi hankintaviranomaiset voivat sulkea talouden toimijan pois hankintamenettelystä tai jäsenvaltiot voivat vaatia sen poissulkemista, jos hankintaviranomainen voi asianmukaisesti osoittaa, että talouden toimija on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa veroja tai sosiaaliturvamaksuja.

Tätä kohtaa ei enää sovelleta, kun talouden toimija on täyttänyt velvollisuutensa maksamalla asiaankuuluvat verot tai sosiaaliturvamaksut taikka sopinut sitovasta järjestelystä niiden maksamista varten, tapauksen mukaan kaikki kertyneet korot ja sakot mukaan lukien.

--

4. Hankintaviranomaiset voivat sulkea talouden toimijan pois hankintamenettelystä tai jäsenvaltiot voivat vaatia sen poissulkemista jossakin seuraavista tilanteista:

- a) hankintaviranomainen voi asianmukaisesti osoittaa 18 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen sovellettavien velvoitteiden rikkomisen;
- b) talouden toimija on tehnyt konkurssin tai sen osalta on käynnistetty maksukyvyttömyys- tai likvidaatiomenettelyjä, sen varoja hallinnoi selvitysmies tai tuomioistuin, se on sopinut järjestelystä velkojien kanssa, sen liiketoiminta on keskeytetty tai se on muun vastaavan kansalliseen lainsäädäntöön ja kansallisiin määräyksiin perustuvan menettelyn alainen;
- c) hankintaviranomainen voi asianmukaisesti osoittaa, että talouden toimija on syllistynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen, joka kyseenalaistaa sen rehellisyyden;
- d) hankintaviranomaisella on riittävän uskottavaa näyttöä siitä, että talouden toimija on tehnyt muiden talouden toimijoiden kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua;
- e) edellä 24 artiklassa tarkoitettua eturistiriitaa ei voida tehokkaasti poistaa muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä;
- f) kilpailun vääristymää, joka on seurausta 41 artiklassa tarkoitettusta talouden toimijoiden osallistumisesta hankintamenettelyn valmisteluun, ei voida poistaa muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä;
- g) talouden toimijan toiminnassa on esiintynyt merkittäviä tai toistuvia puutteita aikaisemman hankintasopimuksen, hankintayksikön kanssa tehdyn aikaisemman sopimuksen tai aikaisemman käyttöoikeussopimuksen jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa ja ne ovat johtaneet kyseisen aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin rangaistuksiin;
- h) talouden toimija on vakavalla tavalla syllistynyt väärin tietojen antamiseen toimittaessaan vaaditut tiedot sen tarkistamiseksi, että poissulkemisperusteita ei ole tai että valintaperusteet täyttyvät, se on salannut tällaisia tietoja tai jättänyt toimittamatta 59 artiklan nojalla vaaditut täydentävät asiakirjat; tai
- i) talouden toimija on pyrkinyt vaikuttamaan epäasianmukaisesti hankintaviranomaisen päätöksentekomenettelyyn, saamaan luottamuksellisia tietoja, joiden avulla se voi saada perusteettomia etuja hankintamenettelyssä, tai tarkoituksellisesti antamaan harhaanjohtavia tietoja, jotka voivat vaikuttaa olennaisesti poissulkemista, valintaa ja hankintasopimuksen tekoa koskeviin päätöksiin.

Sen estämättä, mitä ensimmäisen alakohdan b alakohdassa säädetään, jäsenvaltiot voivat vaatia tai ne voivat antaa mahdollisuuden siihen, että hankintaviranomainen ei sulje jossain b alakohdassa tarkoitetuista tilanteista olevaa talouden toimijaa pois hankintamenettelystä, jos hankintaviranomainen on todennut, että asianomainen talouden toimija pystyy toteuttamaan hankintasopimuksen ottaen huomioon sovellettavat kansalliset säännöt ja toimenpiteet, jotka koskevat liiketoiminnan jatkamista b alakohdassa tarkoitetuissa tilanteissa.

--

6. Talouden toimija, joka on jossakin 1 ja 4 kohdassa tarkoitetuista tilanteista, voi esittää näyttöä, jonka perusteella talouden toimijan toteuttamat toimenpiteet ovat riittäviä osoittamaan sen luotettavuuden siitä huolimatta, että asianmukainen poissulkemisperuste on olemassa. Jos näyttö katsotaan riittäväksi, asianomaista talouden toimijaa ei saa sulkea pois hankintamenettelystä.

Tätä varten talouden toimijan on esitettävä näyttö siitä, että se on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen kaikista vahingoista, joita rangaistavasta teosta tai virheestä on aiheutunut, selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa ja toteuttanut konkreettiset tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet, joilla voidaan tarkoituksenmukaisesti estää uudet rangaistavat teot tai virheet.

Talouden toimijoiden toteuttamat toimenpiteet on arvioitava ottaen huomioon rangaistavan teon tai rikkomuksen vakavuus ja niihin liittyvät erityiset olosuhteet. Jos toimenpiteitä pidetään riittämättöminä, talouden toimijan on saatava kyseisen päätöksen perustelut.

Talouden toimijalla, joka on lainvoimaisella tuomiolla suljettu pois hankintamenettelyistä tai käyttöoikeussopimuksen tekomenettelyistä, ei saa olla oikeutta käyttää tämän kohdan mukaista mahdollisuutta kyseisestä tuomiosta johtuvan poissulkemisen keston aikana jäsenvaltioissa, joissa tuomio on lainvoimainen.

7. Jäsenvaltioiden on vahvistettava lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten nojalla ja unionin oikeus huomioon ottaen edellytykset, joiden mukaan tätä artiklaa sovelletaan. Niiden on erityisesti määriteltävä poissulkemisen enimmäiskesto siinä tapauksessa, että talouden toimija ei toteuta 6 kohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä luotettavuutensa osoittamiseksi. Jos poissulkemisen kestoja ei ole vahvistettu lainvoimaisella tuomiolla, se ei saa olla pidempi kuin viisi vuotta lainvoimaisen tuomion antamisesta 1 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa ja kolme vuotta asiaankuuluvasta tapahtumasta 4 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa.”

2 Direktiivi 2014/25/EU⁴

7. Direktiivin 77 artiklassa (”Kelpuuttamisjärjestelmät”) säädetään seuraavaa:

”1. Hankintayksiköt voivat halutessaan perustaa talouden toimijoiden kelpuuttamisjärjestelmän ja soveltaa sitä.

Hankintayksiköiden, jotka perustavat kelpuuttamisjärjestelmän tai soveltavat sitä, on huolehdittava siitä, että talouden toimijat voivat milloin tahansa hakea kelpuuttamista.

2. Edellä 1 kohdassa tarkoitettussa järjestelmässä voi olla eri kelpuuttamisvaiheita.

⁴ Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 94, s. 243).

Hankintayksiköiden on vahvistettava kelpuuttamista hakevien talouden toimijoiden hakemusten hyväksymistä ja hylkäämistä koskevat puolueettomat säännöt ja perusteet sekä kelpuuttamisjärjestelmän soveltamista koskevat puolueettomat säännöt ja perusteet, jotka kattavat muun muassa järjestelmään hyväksymisen, mahdollisten kelpuuttamisten saattamisen ajan tasalle määrärajojen ja järjestelmän keston.

Jos näihin sääntöihin ja perusteisiin sisältyy teknisiä eritelmiä, sovelletaan 60–62 artiklan säännöksiä. Sääntöjä ja perusteita voidaan päivittää tarpeen mukaan.

– –”.

8. Direktiivin 80 artiklassa (”Direktiivissä 2014/24/EU säädettyjen poissulkemis- ja valintaperusteiden soveltaminen”) säädetään seuraavaa:

”1. Kelpuuttamisjärjestelmään kelpuuttamista hakevien talouden toimijoiden hakemusten hyväksymistä ja hylkäämistä koskeviin puolueettomiin sääntöihin ja perusteisiin ja ehdokkaiden ja tarjoajien hyväksymistä ja hylkäämistä avoimissa tai rajoitetuissa menettelyissä, neuvottelumenettelyissä, kilpailullisissa neuvottelumenettelyissä tai innovaatiokumppanuuksissa koskeviin puolueettomiin sääntöihin ja perusteisiin voivat sisältyä direktiivin 2014/24/EU 57 artiklassa luetellut poissulkemisperusteet mainitussa direktiivissä vahvistettujen ehtojen mukaisesti.

Jos hankintayksikkö on hankintaviranomainen, kyseisiin sääntöihin ja perusteisiin on sisällyttävä direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 1 ja 2 kohdassa luetellut poissulkemisperusteet mainitussa direktiivissä vahvistettujen ehtojen mukaisesti.

Jäsenvaltioiden sitä vaatiessa kyseisiin sääntöihin ja perusteisiin on lisäksi sisällyttävä direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdassa luetellut poissulkemisperusteet mainitussa artiklassa vahvistettujen ehtojen mukaisesti.

– –”.

B Kansallinen oikeus. Kielletyistä kilpailunrajoituksista annettu laki (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)⁵

9. Lain 124 §:ssä säädetään seuraavaa:

”(1) Hankintaviranomaiset voivat suhteellisuusperiaatetta noudattaen sulkea yrityksen pois hankintamenettelystä menettelyn missä vaiheessa tahansa, jos

– –

3. yritys on todistettavasti syyllistynyt toiminnassaan vakavaan virheeseen, joka kyseenalaistaa sen rehellisyyden; – –

4. hankintaviranomaisella on riittävät viitteet siitä, että yritys on tehnyt muiden yritysten kanssa sellaisia sopimuksia tai sopinut sellaisista käyttäytymistavoista, joilla on tarkoituksena estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua tai joiden vaikutuksesta kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy;

– –”.

⁵ Sellaisena kuin se on julkaistuna 26.6.2013 (BGBl. I, s. 1750, 3245) ja viimeksi muutettuna 13.10.2016 annetulla lailla (BGBl. I, s. 2258; jäljempänä GWB).

10. Lain 125 §:ssä säädetään seuraavaa:

”(1) Hankintaviranomaiset eivät saa sulkea hankintamenettelyistä pois yritystä, jota koskee jokin 123 tai 124 §:n mukaisista poissulkemisperusteista, jos asianomainen yritys on esittänyt näyttöä siitä, että

1. se on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen kaikista vahingoista, joita rangaistavasta teosta tai virheestä on aiheutunut,
2. se on selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet, jotka liittyvät rangaistavaan tekoon tai virheeseen ja niillä aiheutettuihin vahinkoihin, kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisten ja hankintaviranomaisen kanssa ja
3. se on toteuttanut konkreettiset tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet, joilla voidaan estää uudet rangaistavat teot tai virheet.

– –”.

11. Lain 126 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Jos yritys, jota koskee poissulkemisperuste, ei ole toteuttanut lainkaan tai riittävästi itseoikaisuimenpiteitä 125 §:n mukaisesti, voidaan se

1. edellä olevan 123 §:n mukaisen poissulkemisperusteen ollessa kyseessä sulkea pois hankintamenettelyistä enintään viideksi vuodeksi lainvoimaisen tuomion antopäivästä laskettuna,
2. edellä olevan 124 §:n mukaisen poissulkemisperusteen ollessa kyseessä sulkea pois hankintamenettelyistä enintään kolmeksi vuodeksi asiaankuuluvasta tapahtumasta laskettuna.”

II Tosiseikat

12. Stadtwerke München GmbH (jäljempänä Stadtwerke München tai hankintaviranomainen) otti vuonna 2011 käyttöön direktiivin 2014/25 77 artiklassa tarkoitetun kelpuuttamisjärjestelmän, jonka tarkoituksena oli valita yritykset toimittamaan sille rautateillä käytettäviä elementtejä.⁶

13. Vossloh Laeis GmbH -niminen yritys suljettiin 4.11.2016 kyseisen järjestelmän ulkopuolelle, sillä Bundeskartellamt (Saksan kilpailuviranomainen) oli määrännyt sille 9.3.2016 sakon sillä perusteella, että se oli kuulunut useita vuosia kartelliin, joka toimi keväeseen 2011 asti.

14. Stadtwerke München oli yksi kartelliin kuuluneiden yritysten kollusiivisesta käyttäytymisestä vahinkoa kärsinyt, ja se nosti tästä syystä Vossloh Laeisia vastaan vahingonkorvauskanteen.

15. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen mukaan Vossloh Laeis ei ollut toiminut yhteistyössä hankintaviranomaisen kanssa selvittääkseen kilpailua rajoittavien käytäntöjen alan oikeussäännösten rikkomiset. Siinä todetaan erityisesti seuraavaa:

- Vossloh Laeis ei ole ollut vuonna 2011 tapahtuneen kartellin julkitulon jälkeen yhteydessä hankintaviranomaiseen eikä tehnyt minkäänlaista aloitetta selvittääkseen tosiasiat kattavasti.

⁶ Riidanalainen kelpuuttamisjärjestelmä lakkautettiin myöhemmin 28.12.2016 annetulla päätöksellä.

– Se lakkasi vasta vuonna 2016 kiistämistä hankintaviranomaiselle osallisuutensa kyseisiin kollusiivisiin käytäntöihin, vaikka ilmoitti riitauttaneensa seuraamuspäätöksen ja luetteli organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet, jotka oli toteuttanut tosiasioiden selvittämiseksi ja niiden toistumisen estämiseksi vastaisuudessa. Se lisäsi korvaavansa lainvastaisesta toiminnastaan aiheutuneet vahingot.

16. Tästä huolimatta Vossloh Laeis ei toimittanut hankintaviranomaiselle seuraamuspäätöstä tutkittavaksi. Se ei myöskään tehnyt hankintaviranomaisen kanssa yhteistyötä rikkomuksen selvittämiseksi, vaan piti kilpailuviranomaisen kanssa tekemäänsä yhteistyötä riittävänä.

17. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei kyseenalaista sitä, että Vossloh Laeis on tehnyt jatkuvaa ja rajoituksetonta yhteistyötä Saksan kilpailuviranomaisen kanssa kilpailuviranomaisessa käydyn menettelyn aikana (asia käy ilmi varsinaisesta seuraamuspäätöksestä).

18. Hankintaviranomainen katsoi, etteivät Vossloh Laeisin selvitykset osoittaneet tämän toteuttaneen riittäviä GWB:n 125 §:ssä tarkoitettuja itseoikaisutoimenpiteitä. Tämän vuoksi hankintaviranomainen ilmoitti sille lopullisesti 4.11.2016, että se suljettaisiin pois kelpuutusjärjestelmästä välittömästi.

19. Vossloh Laeis valitti kyseisestä päätöksestä Vergabekammer Südbayernille, joka pyytää unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua.

III Ennakkoratkaisukysymykset

20. Esitetyt ennakkoratkaisukysymykset ovat seuraavat:

- ”1) Onko jäsenvaltion säännös, jossa talouden toimijan menestyksellisesti toteuttamien itseoikaisutoimenpiteiden edellytykseksi asetetaan, että toimija selvittää rangaistavaan tekoon tai virheeseen ja niiden johdosta aiheutuneeseen vahinkoon liittyvät tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisessa yhteistyössä paitsi tutkintaviranomaisten kanssa myös hankintaviranomaisen kanssa, yhteensopiva direktiivin 2014/25/EU 80 artiklan, luettuna yhdessä direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 6 kohdan toisen alakohdan kanssa, säännösten kanssa?
- 2) Siinä tapauksessa, että [ensimmäiseen] ennakkoratkaisukysymykseen annetaan kieltävä vastaus, onko direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 6 kohdan toista alakohtaa tulkittava tässä asiayhteydessä siten, että kyseisen talouden toimijan on joka tapauksessa selvitettävä menestyksestä itseoikaisua varten hankintaviranomaiselle tosiasiat siten, että tämä voi arvioida, soveltuvatko toteutetut itseoikaisutoimenpiteet (tekniset, organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet ja vahingonkorvaus) tähän tarkoitukseen ja ovatko ne riittäviä sitä varten?
- 3) Direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdassa säädettyjen harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta poissulkemisen enimmäiskesto tai määräaika on direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 7 kohdan mukaan kolme vuotta asiaankuuluvasta tapahtumasta. Onko asiaankuuluvaksi tapahtumaksi katsottava jo direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdassa lueteltujen poissulkemisperusteiden täyttyminen vai onko ratkaisevana pidettävä sitä ajankohtaa, jona hankintaviranomaisella on käytössään varmennettu ja painava tieto poissulkemisperusteen olemassaolosta?
- 4) Onko näin ollen silloin kun direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdan d alakohdassa tarkoitettu poissulkemisperuste täyttyy sen johdosta, että talouden toimija on osallistunut kartelliin, direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 7 kohdassa tarkoitettu asiaankuuluva tapahtuma kartelliin osallistumisen päättyminen vai se, että hankintaviranomainen saa varmennetun ja painavan tiedon kartelliin osallistumisesta?”

IV Oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa sekä asianosaisten ja muiden osapuolien lausumat

21. Ennakkoratkaisupyyntö saapui unionin tuomioistuimen kirjaamoon 10.3.2017.

22. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Vossloh Laeis, Stadtwerke München sekä Saksan, Kreikan, Unkarin ja Puolan hallitukset ja komissio, jotka kaikki osallistuivat Stadtwerke Müncheniä ja Puolan hallitusta lukuun ottamatta 21.2.2018 pidettyyn julkiseen istuntoon.

V Asian arviointi

23. Alkuun on muistutettava, vaikei yksikään asianosaisista tai muista osapuolista ole esittänyt tähän liittyviä epäilyksiä, että unionin tuomioistuin on vahvistanut 27.10.2016 antamassaan tuomiossa Hörmann Reisen Vergabekammer Südbayernin olevan SEUT 267 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin.⁷

24. Menettelyssä esitetyt neljä kysymystä voidaan yhdistää kahdeksi. Ensimmäisellä ja toisella kysymyksellä pyritään selvittämään, onko direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan toisessa alakohdassa edellytettyä yhteistyötä (talouden toimijan palautuneen luotettavuuden osoittamiseksi, kun talouden toimijaa koskee jokin kyseisen artiklan 1 ja 4 kohdassa säädetyistä poissulkemisperusteista) tehtävä ainoastaan tutkintaviranomaisten vai myös hankintaviranomaisen kanssa, kun viimeksi mainittua vaaditaan jäsenvaltion sisäisessä lainsäädännössä.

25. Kaksi muuta kysymystä koskevat sitä, kuinka pitkäksi aikaa hankintamenettelystä voidaan sulkea pois sellainen talouden toimija, joka ei ole toteuttanut direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdassa tarkoitettuja itseoikaisutoimenpiteitä. Varsinaisesti on täsmennettävä, mikä on kyseisen artiklan 7 kohdassa mainittu ”asiaankuuluva tapahtuma”, josta keston laskeminen on aloitettava.

A Direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitettujen tutkintaviranomaisten käsite (ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys)

1 Tiivistelmä asianosaisten ja muiden osapuolien lausumista

26. Vossloh Laeis väittää, että vaatiessaan aktiivista yhteistyötä hankintaviranomaisen kanssa Saksan lainsäätäjä on asettanut itseoikaisulle lisäedellytyksen, sillä direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan toisessa alakohdassa mainitaan ainoastaan aktiivinen yhteistyö tutkintaviranomaisten kanssa.

27. Sen mukaan termeillä ”hankintaviranomainen” ja ”tutkintaviranomainen” tarkoitetaan unionin oikeudessa eri toimijoita, joilla on eri tehtävät: ensimmäinen tekee hankintasopimuksia ja jälkimmäisen tehtävänä on tutkia rangaistavat teot tai yleisesti mahdolliset virheet.

28. Vossloh Laeis väittää, että direktiivin 2014/24 57 artiklassa erotetaan toisistaan talouden toimijan toteuttamat itseoikaisutoimenpiteet ja näiden toimenpiteiden tehokkuuden toteen näyttäminen. Artikla perustuu siihen, että talouden toimijan on toteutettava tarvittavat itseoikaisutoimenpiteet ja osallistuessaan jatkossa hankintamenettelyyn (sekä sopimuspuolen valintamenettelyyn että esivalintamenettelyyn) näytettävä hankintaviranomaiselle toteen, että kyseiset toimenpiteet ovat olleet tuloksekkaita. Saksan lainsäätäjä on poikennut tästä mallista kaksinkertaistamalla yhteistyötä koskevan edellytyksen, mikä on vastoin direktiiviä 2014/24.

29. Myös Kreikan hallitus on olennaisilta osin samaa mieltä kuin Vossloh Laeis.

⁷ C-292/15, EU:C:2016:817, 29 kohta.

30. Sitä vastoin Stadtwerke München sekä Saksan ja Unkarin hallitukset ovat sitä mieltä, ettei se, ettei Saksan lainsäätäjät ole saattanut direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohtaa kirjaimellisesti Saksan lainsäädännön osaksi, ole mikään ongelma. Lisäämällä maininnan hankintaviranomaisesta on niiden mukaan otettu huomioon, että Saksan oikeudessa voidaan ilmauksen ”tutkintaviranomaiset” tulkita tarkoittavan ainoastaan rikosten tutkinnasta vastaavia viranomaisia. Puutteellisen täytäntöönpanon välttämiseksi kyseistä ilmausta oli pakko käyttää mahdollisimman laajassa merkityksessä, joten kansallinen lainsäätäjät päätti täsmentää, että talouden toimijalla on velvollisuus tehdä yhteistyötä samanaikaisesti sekä tutkintaviranomaisten (sanan suppeassa merkityksessä) että tutkintaviranomaisena (sanan väljemmässä merkityksessä) toimivan hankintaviranomaisen kanssa. Myös hankintaviranomainen suorittaa ”tutkintaa” selvittäessään direktiivin 2014/24 57 artiklan 5 ja 6 kohdan mukaisesti, koskeeko tarjoaja jokin harkinnanvarainen poissulkemisperuste tai täyttääkö se itseoikaisua koskevat edellytykset.

31. Saksan hallituksen edustaja täsmensi kuitenkin istunnossa alkuperäistä kantaansa siten, ettei tutkintaviranomaisten mainitsemisella kansallisessa säädöksessä yhdessä hankintaviranomaisen kanssa ole tarkoitus kaksinkertaistaa samaa velvollisuutta.

32. Stadtwerke Münchenin näkemyksen mukaan on niin, että vaikei direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan katsottaisi kattavan yhteistyövelvollisuuden laajentamista, unionin oikeus ei kuitenkaan estä jäsenvaltioita toteuttamasta tiukempia toimenpiteitä. Tämä käy sen mukaan ilmi poissulkemisperusteiden hengestä, tarkoituksesta ja tehtävästä julkisten hankintojen alalla.

33. Näin ollen Stadtwerke München toteaa, että kansallisen lainsäätäjän ratkaisu on avoin eikä syrjivä. Direktiivissä ei myöskään kielletä nimenomaisesti toteuttamasta tiukempia toimenpiteitä. Stadtwerke München toteaa vielä, että hankintaviranomaisten osallistuminen itseoikaisumenettelyyn on niin ikään välttämätöntä, sillä niiden on tutkittava, onko talouden toimijat suljettava pois menettelystä, ja jos on, niiden on tutkittava myös niiden toteuttamat itseoikaisutoimenpiteet.

34. Komission mukaan tutkintaviranomaisen käsitettä ei ole määritetty direktiivissä 2014/24 eikä direktiivissä 2014/25, toisin kuin direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdassa käytetty hankintaviranomaisen käsite. Vaikka sama viranomainen voi puuttua asiaan samalla kertaa sekä hankintaviranomaisena että tutkintaviranomaisena, komission mielestä ei vaikuta kuitenkaan siltä, että direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdassa mainittu tutkintaviranomainen viittaisi hankintaviranomaiseen.

35. Komission mukaan artiklan systemaattisesta tulkinnasta käy ilmi, että tutkintaviranomaisten kanssa tehtävän yhteistyön lisäksi on olemassa velvollisuus tehdä yhteistyötä myös hankintaviranomaisen kanssa, tosin yhteistyön luonne on toinen. Joka tapauksessa yhteistyö näiden kahden viranomaisen kanssa ei saisi johtaa samojen velvollisuuksien kaksinkertaistamiseen tai toistumiseen.

36. Myös komissio katsoo, että kunkin viranomaisen kanssa edellytetyllä yhteistyöllä on omat ominaispiirteensä: yhteistyö ei siis ole samanlaista. Tutkintaviranomaisilla on menettelyitä tutkiessaan toinen päämäärä (rikkomusten havaitseminen) kuin hankintaviranomaisilla (talouden toimijan luotettavuuden varmistaminen). Ensin mainitut selvittävät, ovatko asianomaiset osapuolet syyllisiä tapahtuneisiin seikkoihin. Jälkimmäiset analysoivat riskejä, joita tietyn tarjoajan valinnasta hankintasopimuksen sopimuspuoleksi voisi tulevaisuudessa aiheuttaa.

2 Arviointi

37. Direktiivin 2014/24 57 artiklassa luetellaan joukko perusteita, joiden nojalla talouden toimija voidaan sulkea pois hankintamenettelyistä. Artiklan 1 kohdassa on lueteltu ehdottomat perusteet (”hankintaviranomaisten on suljettava”) ja 4 kohdassa harkinnanvaraiset perusteet (”hankintaviranomaiset voivat sulkea”).

38. Harkinnanvaraisten perusteiden joukkoon kuuluvat d alakohdassa luetellut kollusiiviset käyttäytymiset: hankintaviranomainen voi kieltää talouden toimijaa osallistumasta johonkin kyseisistä menettelyistä, kun ”hankintaviranomaisella on riittävän uskottavaa näyttöä siitä, että talouden toimija on tehnyt muiden talouden toimijoiden kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua”.

39. Ellei tätä poissulkemista ole vahvistettu lainvoimaisella tuomiolla – jolloin poissulkeminen kestää niin kauan kuin tuomioistuimen päätöksessä määrätään –, asianomainen talouden toimija voi hyödyntää direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdassa annettua mahdollisuutta saada poissulkemisen *tavanomainen* kesto⁸ päättymään enneaikaisesti.

40. Voidakseen käyttää tätä mahdollisuutta kyseisen talouden toimijan on todistettava, että sen viimeaikainen käyttäytyminen on tehnyt siitä jälleen luotettavan ”siitä huolimatta, että asianmukainen poissulkemisperuste on olemassa” (direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan ensimmäinen alakohta). Osoittaakseen tätä varten luotettavuutensa talouden toimija ”voi esittää näyttöä, jonka perusteella [sen] toteuttamat toimenpiteet ovat riittäviä” (ibid.).

41. Luotettavuudella tarkoitetaan kyseisessä säännöksessä ominaisuutta, jonka arvioinnissa hankintaviranomaisen on pakko seurata saman 6 kohdan toiseen alakohtaan sisältyviä edellytyksiä. Luotettavuutta voidaan pitää todistettuna vain, jos talouden toimija a) on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen vahingoista, joita poissulkemisen perusteena olevasta rangaistavasta teosta on aiheutunut; b) on selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti ja c) on toteuttanut konkreettiset (tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät) toimenpiteet, joilla voidaan tarkoituksenmukaisesti estää uudet rangaistavat teot.

42. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen epäilykset koskevat ainoastaan toisena mainittua edellytystä ja perustuvat siihen, että direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan toinen alakohta (jonka mukaan talouden toimijan on osoitettava, että se on ”selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa”) ja GWB:n 125 §:n 1 momentin 2 kohta (jonka mukaan aktiivista yhteistyötä on tehtävä sekä tutkintaviranomaisten että hankintaviranomaisen kanssa) ovat ristiriidassa keskenään.

43. Stadtwerke Münchenin mukaan hankintaviranomaista koskeva maininta on lisätty kohtaan, jossa unionin lainsäätäjät mainitsee tutkintaviranomaiset, jotta vältetään direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan suppea tulkinta, joka rajaisi talouden toimijan yhteistyövelvollisuuden ainoastaan tutkintaviranomaisiin käsitteen suppeassa merkityksessä (eli rangaistavia tekoja tai virheitä tutkiviin viranomaisiin), jolloin unohdetaan, että käsitteen laajemmassa merkityksessä myös hankintaviranomainen suorittaa *tutkintaa*, kun se tarkastelee, koskeeko poissulkemisperuste talouden toimijaa tai onko talouden toimija onnistunut tästä huolimatta osoittamaan luotettavuutensa.

44. Direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan toisen alakohdan eri kielitoisintojen tarkastelun perusteella en kuitenkaan usko, että kyseisen säännöksen väitetty epätasällisyys aiheuttaisi väärinymmärtämisen riskin.

45. Saksankielisessä toisinnossa käytetään ilmausta ”Ermittlungsbehörden”, joka vastaa täsmälleen muissa kielitoisinnossa, kuten espanjankielisessä (”autoridades investigadoras”), englanninkielisessä (”investigating authorities”), ranskkankielisessä (”autorités chargées de l’enquête”), italiantielisessä (”autorità investigative”), portugalinkielisessä (”autoridades responsáveis pelo inquérito”) tai hollanninkielisessä (”onderzoekende autoriteiten”) toisinnossa käytettyä ilmausta ”tutkintaviranomaiset”. Sitä paitsi kaikissa kielitoisinnossa käytetään hankintasopimuksia tekevästä ja hankintamenettelyistä järjestävistä elimistä ja viranomaisista niin ikään yksiselitteistä ilmausta: espanjaksi ”poder adjudicador” ja saksaksi ”öffentliche Auftraggeber”.

⁸ Poissulkemisen enimmäiskesto on direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdassa säädetyn mukaisesti kolme tai viisi vuotta sen mukaan, mistä kyseisen artiklan tilanteesta on kyse, ellei kesto ole vahvistettu lainvoimaisella tuomiolla.

46. Ongelma ei siis johdu direktiivin 2014/24 57 artiklassa käytettyjen, erilaisia *elimii* kuvaavien termien epätasallisuudesta. Sen sijaan kyseisessä säännöksessä annetaan hankintaviranomaisille lisäksi muutamia *tehtäviä*, joihin liittyy tutkinnallisia piirteitä. Esimerkiksi:

- Sen 1 kohdan sanamuodon mukaan hankintaviranomaisten on suljettava pois talouden toimija ”jos ne ovat *todenneet* – tai ovat muutoin tietoisia siitä, että kyseiselle – talouden toimijalle on annettu lainvoimainen tuomio jostakin [tietystä] syystä”.
- Tämän mukaisesti 2 kohdan toisessa alakohdassa mainitaan tapaus, jossa ”hankintaviranomainen voi *asianmukaisesti osoittaa*, että talouden toimija on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa veroja tai sosiaaliturvamaksuja”.
- Artiklan 4 kohdassa luetelluissa tilanteissa hankintaviranomaisilta edellytetään tiettyä *tutkintatoimintaa*.⁹ Esimerkiksi c kohdan mukaan hankintaviranomainen ”voi asianmukaisesti osoittaa, että talouden toimija on syyllistynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen, joka kyseenalaistaa sen rehellisyyden”.

47. Näiden tehtävien hoitaminen ei nähdäkseni tee hankintaviranomaisesta direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan toisessa alakohdassa mainittua tutkintaviranomaista.

48. Hankintaviranomaisen on tietenkin suoritettava välttämätön tutkinta (edellä mainitussa merkityksessä) sen toteamiseksi, ovatko asiassa kyseessä jotkin direktiivin 2014/24 57 artiklan 1 ja 4 kohdassa luetelluista poissulkemisperusteista. Kyseisen artiklan 6 kohdassa ei siis edellytetä sitä, että hankintaviranomaisen on *selvitettävä itse* kaikissa tapauksissa seikat, jotka saattavat aiheuttaa poissulkemisen, vaan hankintaviranomaisen on talouden toimijan poissulkemisen jälkeen *arvioitava todisteet, jotka talouden toimija esittää* väittäessään saaneensa asiansa kuntoon.

49. Hankintaviranomaisen tehtävä tässä todisteiden arvioinnissa on siis *passiivinen*, kun taas talouden toimijan tehtävä on *aktiivinen*. Talouden toimijan on esitettävä näyttöä, jonka perusteella hankintaviranomainen tekee ratkaisunsa, eikä hankintaviranomaisen ole siis tätä varten välttämätöntä harjoittaa tähän liittyvää tutkintatoimintaa (tai aloittaa rikkomista koskevaa menettelyä) kaikissa tapauksissa.

50. Talouden toimijan, joka väittää saaneensa asiansa kuntoon, on esitettävä näyttöä muun muassa siitä, että se on ”selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa”. Sen on tietenkin esitettävä näyttönsä hankintaviranomaiselle eli elimelle, joka näytön arvioituaan ratkaisee, onko tarjoaja osoittanut luotettavuutensa riittävällä tavalla ja voidaanko se näin ollen hyväksyä uudelleen hankintamenettelyihin.

51. Yleisesti direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitetut tutkintaviranomaiset eivät ole hankintaviranomaisia. Tarjoajan (tai yrityksen, joka haluaa päästä kelpuuttamisjärjestelmään, kuten tässä tapauksessa) on todistettava hankintaviranomaiselle toimineensa aktiivisesti ja kattavasti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa tosiasioiden selvittämiseksi. Tätä yhteistyötä on kuitenkin tehtävä välttämättä toisen elimen kuin varsinaisen hankintaviranomaisen kanssa, sillä muussa tapauksessa kyseessä olisi hankintaviranomaisen kannalta yleisesti tiedetty tosiasia, johon ei tarvita mitään todisteita.

52. Direktiivin 57 artiklan 6 kohdassa mainittujen toimien ajallinen järjestys vahvistaa tämän päätelmän. Talouden toimijan on osoitettava hankintaviranomaiselle menneisyydessä tapahtuneita tosiasioita, jotka siis edeltävät ajankohtaa, jossa se pyytää hankintaviranomaista katsomaan, että se on saanut asiansa kuntoon.

⁹ Käytän tätä ilmausta sen prosessuaalisen tulkinnan mukaisessa merkityksessä: kyseessä on tutkivan tahon omasta aloitteestaan käynnistämä menettely, jossa tutkija kokoaa todisteita jonkin käyttäytymisen puolesta tai sitä vastaan.

53. Vahingonkorvaukset on siis pitänyt maksaa tai niiden maksamiseen on pitänyt sitoutua, ja myös asianmukaisia toimenpiteitä on jo pitänyt toteuttaa uusien rikkomusten estämiseksi. Samasta syystä selvitykset (poissulkemisen perusteena olevaan käyttäytymiseen liittyvistä tosiasioista ja olosuhteista) on pitänyt antaa ajallaan muulle viranomaiselle kuin hankintaviranomaiselle, sillä hankintaviranomaiselle on osoitettava vain, että kyseinen selvitys – kuten korvausten maksaminen tai asianmukaisten toimenpiteiden toteuttaminen – on jo annettu.

54. Näin pitkälle ulottuu mielestäni uskottavin tulkinta direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdasta. Kyseinen tulkinta on nimenomaisesti se, joka sopii parhaiten kyseessä olevan kaltaiseen asiaan, jossa poissulkemisen aiheuttaneen käyttäytymisen (yrityksen kuulumisen kartelliin) on tutkinut ja siitä on rangaissut tutkintaviranomainen eli Bundeskartellamt (Saksan kilpailuviranomainen).

55. Tässä yhteydessä ei ole mielekästä kaksinkertaistaa yhteistyövelvollisuutta lisäämällä velvollisuus toimia yhteistyössä hankintaviranomaisen kanssa, kuten tapahtuisi, jos talouden toimijan olisi poissulkemisen jälkeen asiansa kuntoon saamisen osoittaakseen pakko selvittää samat tosiasiat ja samat olosuhteet kahdelle eri viranomaiselle.

56. Voitaisiin kuitenkin väittää (kuten Stadtwerke München tekee), ettei unionin oikeus estä jäsenvaltioita ottamasta käyttöön tiukempia kriteerejä, joiden mukaisesti talouden toimijat voivat osoittaa jälleen luotettavuutensa poissulkemisen aikana. Niiltä voitaisiin siis vaatia, että tutkintaviranomaisten kanssa tehtävän yhteistyön lisäksi niiden on toimittava yhteistyössä myös hankintaviranomaisen kanssa.

57. Tätä väitettä puoltavia perusteita on olemassa. Yhtäältä direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdan mukaan ”jäsenvaltioiden on vahvistettava – edellytykset, joiden mukaan tätä artiklaa sovelletaan”. Toisaalta unionin tuomioistuin on todennut¹⁰ harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden¹¹ osalta, että julkisia hankintoja koskevan direktiivin ”tavoitteena ei ole – yhtenäinen soveltaminen unionissa, koska jäsenvaltioilla on oikeus olla soveltamatta näitä poissulkemisperusteita tai sisällyttää ne kansalliseen lainsäädäntöön tiukkuudella, joka voi vaihdella tapauskohtaisesti aina sen mukaan, minkälaisia oikeudellisia, taloudellisia taikka sosiaalisia syitä kansallisella tasolla pidetään tärkeinä”.

58. Nähdäkseni tämä olisi mahdollista vain, jos kyseessä olisi muu yhteistyö kuin tutkintaviranomaisten kanssa edellytetty yhteistyö. Voidaan siis katsoa, että hankintaviranomaisen kanssa tehtävällä yhteistyöllä, joka mainitaan GWB:n 125 §:n 1 momentin 2 kohdassa, on toinen tavoite kuin talouden toimijalta edellytetyllä tutkintaviranomaisten kanssa tehtävällä yhteistyöllä: se liittyy käyttäytymiseen, jonka arviointi poissulkemisperusteena kuuluu hankintaviranomaisen ratkaistavaksi.

59. Tältä kannalta katsottuna GWB:n 124 §:n 4 momentissa säädetty edellytys¹² on mielekäs: talouden toimijan on toimittava aktiivisesti yhteistyössä hankintaviranomaisen kanssa i) selvittääkseen tosiasiat ja olosuhteet, jotka ovat saattaneet johtaa siihen, että hankintaviranomainen on katsonut poissulkemisperusteen täyttyvän, minkä arviointi on hankintaviranomaisen tehtävä, ja ii) vakuuttaakseen hankintaviranomaisen tästä huolimatta siitä, että se on voinut saada asiansa kuntoon.

10 Tuomio 20.12.2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, 31 kohta).

11 Tässä viitataan poissulkemisperusteisiin, jotka sisältyvät julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL 2004, L 134, s. 114) 45 artiklan 2 kohtaan. On kuitenkin muistettava, että direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdassa viitataan saman artiklan 1 ja 4 kohdassa tarkoitettuihin tilanteisiin eli sekä ehdottomiin että harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin.

12 Säännöksen sanamuodon perusteella yritys on mahdollista sulkea pois menettelystä, jos hankintaviranomaisella on riittävän uskottavat todisteet siitä, että kollusiivisia sopimuksia on tehty.

60. Jos kansallista oikeussääntöä tulkitaan sitä vastoin siten, että talouden toimijan on toimittava yhteistyössä yhtä lailla (kaksinkertaisesti) sekä hankintaviranomaisen että tutkintaviranomaisten kanssa selvittääkseen samat tosiasiat ja olosuhteet, jotka liittyvät samaan poissulkemisperusteeseen, on lopputulos mielestäni ristiriidassa direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan kanssa:

- Yhtäältä vaaditut velvollisuudet eri tehtäviä hoitavia tahoja, kuten tutkintaviranomaisia ja hankintaviranomaisia, kohtaan kaksinkertaistuisivat.
- Toisaalta talouden toimija voi joutua tilanteeseen, jossa sen on lähes mahdotonta puolustautua, jos hankintaviranomainen väittää käsiteltävän asian kaltaisissa olosuhteissa kärsineensä vahinkoa talouden toimijan poissulkemiseen johtaneen lainsäädännön rikkomista merkitsevän toiminnan tuloksena ja vaatii korvausta tästä vahingosta.¹³

61. Velvollisuuksien kaksinkertaistuminen hämärtää nimittäin kilpailun suojaamisen alalla toimiville tutkintaviranomaisille varsinaisesti kuuluvien tehtävien ja hankintaviranomaisille kuuluvien tehtävien väliset erot. Lisäksi on niin, että jos hankintaviranomaisen on ratkaistava, onko tosiasiat, joiden se uskoo aiheuttaneen itselleen vahinkoa, selvitetty asianmukaisesti, eikä sen ole näin ollen pakko rajoittaa toteamaan, onko talouden toimija toiminut kattavasti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa tosiasioiden selvittämiseksi, olosuhteet eivät ole välttämättä vaaditun neutraalisuuden ja puolueettomuuden kannalta ihanteelliset tilanteen korjaantumista koskevan hakemuksen ratkaisemiseksi.

B Direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdassa tarkoitetun asiaankuuluvan tapahtuman käsite (kolmas ja neljäs ennakkoratkaisukysymys)

62. Direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on ”määriteltävä poissulkemisen enimmäiskesto siinä tapauksessa, että talouden toimija ei toteuta 6 kohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä luotettavuutensa osoittamiseksi”.

63. Jäsenvaltiot eivät siis voi päättää asiasta täysin vapaasti, sillä kyseisessä artiklassa säädetään tietyistä enimmäiskestoista koskevista rajoista. Siinä säädetään erityisesti seuraavaa:

- Jos enimmäiskesto on vahvistettu lainvoimaisella tuomiolla, kesto on noudatettava kaikissa tapauksissa.
- Jos lainvoimaisessa tuomiossa ei ole täsmennetty poissulkemisen kesto, poissulkeminen voi kestää enintään viisi vuotta tuomion antamisen ajankohdasta laskettuna, jos kyseessä ovat (saman artiklan 1 kohdassa luetellut) ehdottomat poissulkemisperusteet.
- Jos lainvoimaista tuomiota ei ole annettu tai tuomiossa ei ole ilmoitettu poissulkemisen enimmäisaikaa, se on ”kolme vuotta asiaankuuluvasta tapahtumasta 4 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa” (harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet).

64. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuimien pyrkiä hälventämään ”asiaankuuluvan” tapahtuman käsitteeseen liittyvät epäilyksensä, ja sen kaksi viimeistä kysymystä koskevat tätä viimeiseksi mainittua täsmennystä.

¹³ Talouden toimijalta vaadittu yhteistyö hankintaviranomaisen kanssa saattaa aiheuttaa vahinkoa talouden toimijalle, jos molemmat ovat käsiteltävän asian tapaan asianosaisina hankintaviranomaisen nostamassa vahingonkorvausasiassa, jossa hankintaviranomainen väittää tarjouksen tehneen yrityksen poissulkemiseen johtaneen toiminnan (kartelliin kuulumisen) aiheuttaneen sille vahinkoa ja talouden toimija väittää saattaneensa asiansa kuntoon.

1 Tiivistelmä asianosaisten ja muiden osapuolten lausumista

65. Vossloh Laeis väittää, että riidanalaisella ilmaisulla viitataan poissulkemisperusteen objektiiviseen olemassaoloon. Jos lainsäätäjä olisi halunnut antaa asian hankintaviranomaisen subjektiiviseen harkintaan, se olisi muotoillut kohdan sen mukaisesti. Samaan johtopäätökseen päädytään sen mukaan myös artiklan systemaattisen tulkinnan perusteella, sillä muussa tapauksessa ajankohta riippuisi kustakin hankintaviranomaisesta, mikä vaarantaisi oikeusvarmuuden.

66. Stadtwerke München pitää määrävänä ajankohtana harkinnanvaraisen poissulkemisen aiheuttavan toiminnan toteutumisen (tai lakkaamisen) sijaan ajankohtaa, jona poissulkemisperusteet täyttyvät kokonaisuudessaan, ja tähän kuuluu subjektiivinen ulottuvuus (se, että hankintaviranomainen on tietoinen perusteesta). Tämän lähtökohdan mukaisesti asiaankuuluva tapahtuma sijoittuisi tavallisesti ajankohtaan, jona hankintaviranomainen saa pitäviä tietoja poissulkemisperusteen olemassaolosta.

67. Saksan ja Unkarin hallitukset ovat olennaisilta osin samaa mieltä asiasta. ”Asiaankuuluva tapahtuma” määräytyy sen ajankohdan perusteella, jona hankintaviranomainen saa varmoja ja pitäviä tietoja poissulkemisperusteen olemassaolosta eli Unkarin hallituksen mukaan sen ajankohdan perusteella, jolloin yksityistä koskevasta päätöksestä tulee lainvoimainen.

68. Kreikan hallitus kallistuu sille kannalle, että julkisten hankintojen alalla on sovellettava asetuksen (EY) N:o 1/2003¹⁴ 25 artiklan 2 kohdassa säädettyä, jottei asiaankuuluvan hallinnollisen ja rikosoikeudellisen menettelyn välillä olisi eroja. Tämän perusteella ”asiaankuuluvalla” tarkoitetaan sitä ajankohtaa, jona poissulkemisen aiheuttanut tapahtuma on toteutunut, eikä sitä ajankohtaa, jona tapahtuma on tullut hankintaviranomaisen tietoon.

69. Puolan hallitus esittää huomautuksia ainoastaan tästä kysymyksestä ja väittää, että ”asiaankuuluva tapahtuma” tarkoittaa sen sopimuksen tekemistä, jolla on pyritty vääristämään kilpailua. Jos sopimuksen päivämäärää ei ole mahdollista täsmentää, on päivämääräksi katsottava sen tapahtuman ajankohta, jonka perusteella sopimuksen tekemistä voidaan pitää todennäköisenä (esimerkiksi sen hankintamenettelyn päättymispäivä, jonka aikana tarjouksen tehneiden talouden toimijoiden todettiin pyrkineen vääristämään kilpailua).

70. Komission mielestä huomioon on mahdollista ottaa kolme eri ajankohtaa: 1) poissulkemisperusteen muodostavan toiminnan ajankohta; 2) ajankohta, jona näistä poissulkemisperusteista yhden edellytykset täyttyvät, eli ajankohta, joka on direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan c ja d alakohdan tapauksissa hetki, jona hankintaviranomainen pystyy osoittamaan talouden toimijan virheen tai jona hankintaviranomaisella on riittävän uskottavat todisteet, tai 3) ajankohta, jona tutkintaviranomainen on todennut asiattoman menettelyn lainvoimaisessa päätöksessä.

71. Komission mukaan oikeusvarmuus (jonka vuoksi poissulkemisperusteiden kesto on rajattava) saisi valitsemaan ensimmäisen kolmesta vaihtoehdosta. Riski ammatin harjoittamiseen liittyviin virheisiin syyllistyneen toimijan valitsemisesta julkisia hankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuoleksi (yksi direktiivissä 2014/24 nimenomaisesti mainituista poissulkemisperusteista) johtaisi kuitenkin pitämään toisena mainittua vaihtoehtoa parempana.

¹⁴ Perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annettu neuvoston asetus (EYVL 2003, L 1, s. 1).

72. Istunnossa komissio otti esille unionin toimielinten tekemiä hankintasopimuksia koskevia säännöksiä, erityisesti asetuksen (EU, Euratom) N:o 966/2012¹⁵ 106 artiklan 14 ja 15 kohdan, joista se katsoi olevan hyötyä tulkittaessa direktiivin 2014/24 57 artiklaa, sillä ensin mainittujen ja viimeksi mainitun säännöksen välillä täytyy vallita tietty yhtenäisyys. Tämän perusteella talouden toimijan poissulkeminen voi kestää lopulta enintään kolme vuotta tutkintaviranomaisen antamasta lopullisesta seuraamuspäätöksestä.

2 Arviointi

73. Kuten olen todennut, direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdan loppuosan mukaan poissulkemisen enimmäiskeston laskeminen on aloitettava, ellei enimmäiskesto ole vahvistettu lainvoimaisella tuomiolla, ”asiaankuuluvasta tapahtumasta 4 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa”.¹⁶ Lähtökohtaisesti kyseinen käsite kattaa siis käyttäytymisen tai olosuhteen, jota kuvataan 57 artiklan 4 kohdassa mainituissa erilaisissa tilanteissa.

74. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esittää erillisen kysymyksen siitä, onko poissulkemisen kesto aloitettava laskemaan siitä päivästä, jona asianomainen käyttäytyminen tai olosuhde tosiasiallisesti toteutuu, vai hetkestä, jona hankintaviranomainen saa varmennetun ja painavan tiedon tällaisen käyttäytymisen tai olosuhteen olemassaolosta.

75. Käsiteltävän ennakkoratkaisuasian asianosaisten ja muiden osapuolten näkemykset vaihtelevat ”asiaankuuluvan tapahtuman” toteutumiseen keskittyvän objektiivisen tulkinnan ja kyseisen tapahtuman hankintaviranomaisen tietoon tulemiseen perustuvan subjektiivisen tulkinnan välillä.

76. Kuten komissio on tuonut ilmi, vaikka ensin mainitussa kannassa etusijalle asetetaan oikeusvarmuuden takaaminen, jälkimmäisessä pyritään suojaamaan hankintamenettelyitä siltä riskiltä, että hyväksyttäisiin sellaisia tarjoajia, joita koskee poissulkemisperuste.

77. Ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle vastaamiseksi ei ole kuitenkaan välttämätöntä analysoida tyhjentävästi direktiivissä 2014/24 säädettyjen poissulkemisen kestojen ajallista järjestelmää, vaan viittaaminen kiistan kohteena olevaan konkreettiseen poissulkemisperusteeseen riittää.

78. Erityisesti Vossloh Laeisin kartelliin kuulumisessa, jonka Saksan kilpailuviranomainen on todennut ja josta se on määrännyt seuraamuksen, ristiriita koskee sitä, alkaako kolmen vuoden kesto kuluu siitä, i) kun kyseinen kartelliin kuulumisen tapahtui tai lakkasi (objektiivinen näkemys), vai siitä, ii) kun viranomaiset – joko tutkintaviranomaiset tai hankintaviranomaiset – ovat saaneet luotettavan tiedon laittomasta käyttäytymisestä tai määränneet siitä seuraamuksen (subjektiivinen näkemys).

79. Kreikan hallitus pitää olennaisena asetuksen N:o 1/2003 25 artiklan 2 kohdassa vahvistettua mallia, jolla määritetään kilpailun alalla harjoitettujen laittomien käyttäytymisten vanhentumisaikojen alkamispäivä. Vanhentumisaika ”alkaa kuluu päivästä, jona rikkomisen tapahtui. Jatketun tai uusitun rikkomisen osalta vanhentumisaika alkaa kuitenkin kuluu siitä päivästä, jona rikkomisen lakkaa”.

80. Voitaisiin nimittäin ajatella, että jos unionin lainsäätäjät on päättänyt asettaa rikkojan oikeusvarmuuden etusijalle suhteessa komission rankaisuvallan tehokkuuteen, samaa kriteeriä voitaisiin soveltaa poissulkemisen keston alkamispäivään julkisissa hankintamenettelyissä.

15 Unionin yleiseen talousarvioon sovellettavista varainhoitosäännöistä ja neuvoston asetuksen (EY, Euratom) N:o 1605/2002 kumoamisesta 25.10.2012 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EUVL 2012, L 298, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna 28.10.2015 annettulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EU, Euratom) 2015/1929 (EUVL 2015, L 286, s. 1).

16 Joissain tilanteissa se voidaan laskea hyvällä onnella tuomioistuimen ratkaisusta (esim. maksukyvyttömyys- tai likvidaatiomenettely; b alakohdan tilanne), mutta muissa tilanteissa poissulkemisperusteen olemassaolo voidaan arvioida, vaikkei tällaista ratkaisua ole annettu (jos talouden toimija on pyrkinyt saamaan luottamuksellisia tietoja; i alakohdan tilanne).

81. Pidän tätä näkemystä kuitenkin puutteellisenä. Analogian perusteella soveltamisen olisi tapahduttava koko laajuudessaan siten, että poissulkemisen enimmäiskeston kulumisen voidaan keskeyttää sen alettua, kuten kilpailua rajoittavien käyttäytymisten vanhentumista koskeissa tilanteissa.¹⁷ Poissulkeminen voisi siis jatkua enemmän kuin direktiivin 57 artiklan 7 kohdassa tyhjentävästi säädetty kolmen vuotta.¹⁸

82. Olen näin ollen sitä mieltä, että ratkaisuun voidaan päätyä analogian kautta, mutta soveltaen tätä tekniikkaa, jossa oikeussääntö mukautetaan artiklan muuhun sisältöön. Tässä nousee esille, että kun ehdoton poissulkemisperuste on laitton käyttäytyminen, joka on todettu tuomiossa, jossa ei ole vahvistettu poissulkemisen kestoja, viiden vuoden poissulkemisajan laskeminen on aloitettava nimenomaisesti *tuomion antopäivästä*.

83. Samaa kriteeriä voidaan soveltaa nähdäkseni ilman tulkintaongelmia, kun kyseessä ovat kilpailua rajoittavat käyttäytymiset, joiden olemassaolo voidaan katsoa toteen näytetyksi (syyttömyysolettaman vuoksi) ainoastaan tuomioistuimen tai hallintoviranomaisen päätöksellä. Käsiteltävän asian tilanne on juuri tällainen: päätöksen (joka vastaa *tuomiota* muussa kuin sanan varsinaisessa merkityksessä) antopäivä on ”asiaankuuluva tapahtuma”, josta kolmen vuoden poissulkemisajan laskeminen aloitetaan.

84. Direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdassa ei siis viitata nyt käsiteltävän asian olosuhteissa varsinaiseen kollusiiviseen käyttäytymiseen siten, että se katsottaisiin ”asiaankuuluvaksi tapahtumaksi”, vaan siinä viitataan menettelyn olemassaolon oikeudelliseen toteamiseen tai sellaisen toimen oikeudelliseen luonnehdintaan, josta viranomaisen on jo määrännyt seuraamuksen laittomana menettelynä.

85. Jos olemassa on toisin sanoen päätös, jossa on nimenomaisesti arvioitu talouden toimijan kuulumista kartelliin, ”asiaankuuluva tapahtuma”, jonka perusteella asianomaisen talouden toimijan poissulkemisesta koskevan toimeksiannon tai mahdollisuuden saanut hankintaviranomainen laskee poissulkemisen enimmäiskeston, ei ole lainsäädäntöä rikkoneen yrityksen varsinainen aineellinen käyttäytyminen vaan kyseisen käyttäytymisen arviointi ja siitä rankaiseminen kilpailua rajoittavana rangaistavana käyttäytymisenä.

86. Olen samaa mieltä kuin Unkarin hallitus ja komissio (istunnossa) siitä, että hankintaviranomaisen on pidettävä juuri tätä tekijää olennaisena asianomaisen talouden toimijan poissulkemisen enimmäiskestoja täsmennettäessä. Koska kilpailuviranomainen on jo määrännyt seuraamuksen, hankintaviranomaisen ei tarvitse tehdä enempää, sillä poissulkemisen perusteeksi kelpaavan käyttäytymisen olemassaolo on jo vahvistettu oikeudelliselta kannalta. Poissulkemisen kesto alkaa kulua kyseisestä ajankohdasta eli siitä päivästä, jona asianomainen seuraamus päätös on annettu.

VI Ratkaisuehdotus

87. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Vergabekammer Südbayernille seuraavasti:

- 1) Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/25/EU 80 artikla sekä julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 6 kohdan toinen alakohta yhdessä luettuina

¹⁷ Asetuksen N:o 1/2003 25 artiklan 3 ja 5 kohdassa säädetään, että ”kaikki komission tai jäsenvaltion kilpailuviranomaisen suorittamat toimet rikkomisen tutkinnan tai rikkomista koskevan menettelyn aloittamiseksi keskeyttävät sakkojen ja uhkasakkojen määräämiseen sovellettavan vanhentumisaajan. Vanhentumisaika keskeytyy päivänä, jona toimi annetaan tiedoksi vähintään yhdelle rikkomiseen osalliselle yritykselle tai yritysten yhteenliittymälle. – – Vanhentumisaika alkaa kulua uudelleen jokaisesta keskeyttämisestä.”

¹⁸ Artiklassa ei säädetä nimenomaisesti poissulkemisen vanhentumisaajasta, toisin kuin asetuksen N:o 966/2012 106 artiklassa.

- estävät velvoittamasta talouden toimijan, joka haluaa osoittaa luotettavuutensa asiaankuuluvan poissulkemisperusteen olemassaolosta huolimatta, toimimaan aktiivisesti yhteistyössä hankintaviranomaisen kanssa selvittääkseen kattavasti tosiasiat ja olosuhteet, joissa se on ollut osallisena tekemällä sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, kun sama talouden toimija on toiminut jo aktiivisesti yhteistyössä olosuhteidensa selvittämiseksi kattavasti kyseiset tosiasiat tutkineen ja niistä seuraamuksen määränneen kilpailuviranomaisen kanssa.
 - eivät estä jäsenvaltiota vaatimasta tällaista aktiivista yhteistyötä hankintaviranomaisen kanssa edellytyksenä sille, että talouden toimija osoittaa luotettavuutensa ja ettei sitä suljeta pois hankintamenettelystä, kun kyseessä ovat lainsäädännön rikkomista merkitsevät käyttäytymiset, joihin liittyvät tosiasiat ja olosuhteet hankintaviranomaisen itsensä on selvitettävä.
- 2) Kun talouden toimijaa koskee direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdassa säädetty poissulkemisperuste siitä syystä, että se on tehnyt sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua ja joista on jo annettu seuraamuspäätös, poissulkemisen enimmäiskesto lasketaan kyseisen päätöksen antopäivästä.