



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
11 päivänä toukokuuta 2023¹

Asia C-66/22

**Infraestruturas de Portugal, S. A ja
Futrifer Industrias Ferroviárias, S. A
vastaan
Toscca - Equipamentos em Madeira Ld^a,
jossa asian käsittelyyn osallistuu
Mota-Engil Railway Engineering, SA**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Supremo Tribunal Administrativo (ylin hallintotuomioistuin,
Portugali))

Ennakkoratkaisupyyntö – Direktiivi 2014/24/EU – Julkiset hankinnat –
Vapaaehtoiset poissulkemisperusteet – 57 artiklan 4 kohdan d alakohta – Talouden toimijan
sulkeminen pois hankintamenettelystä – Seuraamus kilpailua rajoittavista käytännöistä –
Kilpailuviranomaisen aiempaan päätökseen perustuva automaattinen poissulkeminen –
Hankintaviranomaisen valtuudet arvioida poissulkemisperusteen täyttymistä –
57 artiklan 6 kohta – Tarjoajan soveltuvuus ja luotettavuus – Perustelut –
Hankintamenettelyssä itsessään ilmenevät kilpailua rajoittavat käytännöt

1. Nyt käsiteltävässä ennakkoratkaisupyyntöön unionin tuomioistuimen on tulkittava direktiivin 2014/24/EU² 57 artiklan 4 kohdan d alakohtaa, jonka mukaan hankintaviranomaiset voivat sulkea talouden toimijan pois hankintamenettelystä, jos tämä on tehnyt muiden toimijoiden kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua.

2. Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty oikeusriidassa, joka koskee sellaisen yrityksen valintaa hankintasopimuksen sopimuspuoleksi, jolle oli määrätty aiemmin seuraamus sen vuoksi, että se oli sopinut muiden toimijoiden kanssa kilpailua rajoittavista käytännöistä (hintoja ja markkinoiden jakamista koskevat sopimukset).

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).

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

1. Direktiivi 2014/24

3. Direktiivin 56 artiklassa ("Yleiset periaatteet") säädetään seuraavaa:

"1. Hankintasopimukset on tehtävä 67–69 artiklan mukaisesti vahvistetuin perustein, edellyttäen että hankintaviranomainen on tarkistanut 59–61 artiklan mukaisesti, että kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

--

b) tarjouksen on esittänyt tarjoaja, jota ei ole suljettu pois menettelystä 57 artiklan mukaisesti --"

4. Direktiivin 57 artiklassa ("Poissulkemisperusteet") säädetään seuraavaa:

"--

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

--

c) hankintaviranomainen voi asianmukaisesti osoittaa, että talouden toimija on syyllistynyt 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;

--

5. --

Missä tahansa menettelyn vaiheessa hankintaviranomaiset voivat sulkea siitä pois talouden toimijan tai jäsenvaltiot voivat vaatia sen poissulkemista, jos käy ilmi, että talouden toimija on joko ennen menettelyä tai sen aikana toteuttamiensa tai toteuttamatta jättämiensä toimien johdosta jossakin 4 kohdassa tarkoitettussa tilanteessa.

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 kesto 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/EU*³

5. 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.

– –”

³ 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).

B Portugalin oikeus

1. Julkisia hankintoja koskeva koodeksi (asetus nro 18/2008)⁴

6. CCP:n 55 §:ssä ("Esteet") säädetään seuraavaa:

"Ehdokkaita, tarjoajia tai ryhmittymään osallistuvia tahoja eivät voi olla yksiköt,

--

c) joille on määrätty hallinnollinen seuraamus ammatin harjoittamiseen liittyvästä vakavasta virheestä ja jotka – jos kyseessä on luonnollinen henkilö – eivät ole vielä korjanneet kyseistä virhettä tai joiden hallinto- tai johtoelimille – jos kyseessä on oikeushenkilö – on määrätty tällainen hallinnollinen seuraamus ja nämä jatkavat tehtäviensä hoitamista;

--

f) joille on määrätty erityislainsäädännössä, erityisesti seuraamuksia -- kilpailun -- alalla koskevissa säännöstoissä säädettyinä liitännäisseuraamuksena kieltä osallistua julkisiin hankintamenettelyihin, seuraamuspäätöksessä vahvistettuna ajanjaksona".

7. CCP:n 70 §:n ("Tarjousten tarkastelu") 2 momentissa säädetään seuraavaa:

"2 – Hankinnasta suljetaan pois tarjoukset, joita tarkasteltaessa ilmenee seuraavia seikkoja:

--

g) selviä viitteitä toimista, sopimuksista, käytännöistä tai tiedoista, jotka voivat vääristää kilpailusääntöjä."

2. Kilpailulaki (laki nro 19/2012)⁵

8. Kilpailulain 71 §:n ("Liitännäisseuraamukset") 1 momentin b kohdassa säädetään, että jos rikkomisen vakavuuden ja rikkojan tuottamuksen perusteella on perusteltua, Autoridade da Concorrência (Portugalin kilpailuviranomainen, jäljempänä kilpailuviranomainen) voi kieltää sakon liitännäisseuraamuksena oikeuden osallistua tiettyihin julkisiin hankintoihin koskeviin menettelyihin, jos rikkomiseksi katsottava menettelytapa, josta voidaan määrätä sakko, on tapahtunut asianomaisen menettelyn aikana tai sen seurauksena.

⁴ Asetus nro 18/2008, julkisia hankintoja koskeva koodeksi (Decreto-Lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos; Diário da República nro 20/2008, 1. sarja, 29.1.2008), sellaisena kuin se on muutettuna 31.8.2017 annetulla asetuksella nro 111-B/2017 (Decreto-Lei n.º 111-B/2017; Diário da República nro 168/2017, 2. täydennysosa, 1. sarja, 31.8.2017; jäljempänä asetus nro 111-B/2017) (jäljempänä CCP).

⁵ Uuden kilpailusäännösten hyväksymisestä 8.5.2012 annettu laki nro 19/2012 (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência; Diário da República, 1. sarja, nro 89, 8.5.2012; jäljempänä kilpailulaki).

II Tosiseikat, pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

9. Infraestruturas de Portugal, S. A. (jäljempänä Infraestruturas) käynnisti 18.1.2019 hankintamenettelyn, joka koski kreosootilla käsiteltyjen mäntypuisten tappien ja ratapölkkyjen toimittamista ja jonka viitehinta oli 2 979 200 euroa.⁶

10. Toscca – Equipamentos em Madeira, Lda. -niminen yritys (jäljempänä Toscca) ja Futrifer, Indústrias Ferroviárias, S. A. -niminen yritys (jäljempänä Futrifer) osallistuivat menettelyyn jättämällä kumpikin oman tarjouksensa.

11. Kilpailuviranomainen määräsi 12.6.2019 Futriferin maksamaan sakon kilpailusääntöjen rikkomisesta vuosina 2014 ja 2015 järjestetyissä hankintamenettelyissä.^{7,8}

12. Kilpailuviranomainen katsoi varsinaisesti, että Futrifer ja alan muut yritykset olivat sopineet hinnoista sekä rautatieverkoston huoltopalveluiden markkinoiden jakamisesta ja rikkoneet näin kilpailulain 9 §:n 1 momenttia sekä SEUT 101 artiklan 1 kohtaa.

13. Kilpailuviranomainen totesi päätöksessään asian olosuhteet ja Futriferin esittämän sovintoehdotuksen huomioon ottaen, ettei Futriferille ollut tarpeen määrätä liittännisseuraamuksena kilpailulain 71 §:n 1 momentin b kohdassa tarkoitettua hankintamenettelyyn osallistumista koskevaa kieltoa.⁹

14. Infraestruturas päätti 27.7.2019 tehdä riidanalaisen hankintasopimuksen Futriferin kanssa.

15. Toscca riitautti kyseisen päätöksen Tribunal administrativo e fiscal de Viseussa (Viseun hallinto- ja verotuomioistuin, Portugali; jäljempänä TAF de Viseu). Se vaati päätöksen kumoamista, Futriferin tarjouksen poissulkemista ja sopimuksen tekemistä Tosccan kanssa. Se vetosi kanteensa tueksi erityisesti kilpailuviranomaisen Futriferille määräämää seuraamusta koskevaan päätökseen.

16. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi Tosccan kanteen katsoen, että CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohtaa sovelletaan vain, jos kilpailun vääristymisen tunnusmerkit todetaan riidanalaisessa menettelyssä.

17. Toscca valitti TAF de Viseun tuomiosta Tribunal central administrativo norteen (pohjoinen hallinnollinen keskustuomioistuin, Portugali). Viimeksi mainittu kumosi valituksenalaisen tuomion 29.5.2020 antamallaan tuomiolla, koska se piti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tulkintaa CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohdasta virheellisenä, ja se velvoitti Infraestruturasin tekemään hankintasopimuksen Tosccan kanssa.

18. Infraestruturas ja Futrifer valittivat tästä tuomiosta Supremo Tribunal Administrativo (ylin hallintotuomioistuin, Portugali), joka kumosi tuomion sen perustelujen puutteellisuuden vuoksi ja määräsi asian palautettavaksi Tribunal central administrativo norteen.

⁶ Menettely 2019/S 015-030671, julkaistu Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa 22.1.2019 (EUVL 2019, S 15, s. 1).

⁷ Kyseessä olivat julkisen yrityksen käynnistämät hankintamenettelyt, jotka koskivat Portugalin rautatieverkoston laitteiden ja ratojen huoltopalveluja.

⁸ Päätös PRC/2016/6. Futriferin osalta kyseessä on ”sovintomenettelyssä annettu lopullinen päätös (ei-luottamuksellinen versio)”.

⁹ 12.6.2019 tehdyn päätöksen 231 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

19. Tribunal central administrativo norte antoi 2.6.2021 tuomion, jolla se kumosi uudelleen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen antaman tuomion ja velvoitti Infrastruturasin tekemään hankintasopimuksen Tosccan kanssa.

20. Infrastruturas ja Futrifer valittivat 2.6.2021 annetusta tuomiosta Supremo Tribunal Administrativo, joka esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1) Jättääkö direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukainen poissulkemisperuste hankintaviranomaiselle harkintavaltaa?
- 2) Voiko kansallinen lainsäätävä korvata täysin direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan nojalla hankintaviranomaiselle kuuluvan päätöksen (yksittäisen päätöksen osalta) yleisluonteisella Autoridade da Concorrêncian päätöksellä soveltaa kilpailusääntöjen rikkomisesta määrätyn sakkorangaistuksen ohessa liitännäisseuraamuksena julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin osallistumisen määräaikaista kieltoa?
- 3) Onko hankintaviranomaisen päätöksen, joka koskee talouden toimijan luotettavuutta kyseessä olevan hankintamenettelyn ulkopuolella tapahtuneen kilpailuoikeudellisten sääntöjen noudattamisen (tai rikkomisen) valossa, katsottava edellyttävän perusteltua näkemystä kyseessä olevan talouden toimijan soveltuvuudesta, mikä on Euroopan unionin perusoikeuskirjan 41 artiklan 2 kohdan [c] alakohdan mukaisen hyvää hallintoa koskevan oikeuden konkreettinen ilmentymä?
- 4) Onko Portugalin kansalliseen lainsäädäntöön erityisesti CCP:n 55 §:n 1 momentin f kohdan muodossa sisältyvä ratkaisu, jonka mukaan talouden toimijan poissulkeminen hankintamenettelystä kyseessä olevan hankintamenettelyn ulkopuolella tapahtuneen kilpailusääntöjen rikkomisen vuoksi riippuu päätöksestä, jonka Autoridade da Concorrência tekee soveltaessaan liitännäisseuraamusta, jolla kielletään julkisiin hankintoihin osallistuminen, menettelyssä, jossa juuri Autoridade da Concorrência on se, joka arvioi tässä yhteydessä toteutettujen *self-cleaning*-toimien asianmukaisuutta, unionin oikeuden ja erityisesti direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukainen?
- 5) Onko Portugalin kansalliseen lainsäädäntöön CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohdan muodossa sisältyvä ratkaisu, jonka mukaan tarjouksen poissulkemisen mahdollisuus sen perusteella, että on selviä viitteitä toimista, sopimuksista, käytännöistä tai tiedoista, jotka voivat vääristää kilpailusääntöjä, on rajattu siihen hankintamenettelyyn, jossa tällaiset käytännöt ovat ilmenneet, myöskin unionin oikeuden ja erityisesti direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukainen?”

III Asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa

21. Ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin saapuneeksi unionin tuomioistuimen kirjaamoon 2.2.2022.

22. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Futrifer, Toscca, Tšekin, Unkarin ja Portugalin hallitukset sekä Euroopan komissio.

23. Tšekin ja Unkarin hallituksia lukuun ottamatta kaikki edellä mainitut osapuolet osallistuivat 7.3.2023 pidettyyn istuntoon.

IV Arviointi

A Alustavat huomautukset

1. Sovellettava direktiivi

24. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää ainoastaan direktiivin 2014/24 tulkintaa viittaamatta direktiiviin 2014/25. Viimeksi mainitulla säännellään vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien hankintaviranomaisten tekemiä hankintasopimuksia.

25. Riidan kohteena oleva hankintasopimus koskee rautatiealan eli yhden liikenteen alan infrastruktuurin osien toimittamista. Muut osapuolet vastasivat unionin tuomioistuimen istunnossa esittämiin kysymyksiin arvioiden yksimielisesti, että kyseinen sopimus kuuluu direktiivin 2014/25 soveltamisalaan, sillä kyseistä direktiiviä sovelletaan erityisesti ”sellaisten verkkojen antamiseen käyttöön tai niiden toimintaan, joiden tarkoituksena on tarjota yleisölle kuljetuspalveluja rautateitse” (11 artikla).

26. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on joka tapauksessa määritettävä, sovelletaanko riidanalaiseen sopimukseen sen ehtojen perusteella direktiiviä 2014/24 vai pikemminkin direktiiviä 2014/25, mihin kaikki vaikuttaa viittaavan.

27. Käytännössä kyseisten direktiivien vaikutukset eivät varmastikaan poikkea toisistaan merkittävästi riidanalaisen seikan osalta: vaikka sovellettavaksi tulisi direktiivi 2014/25, sen 80 artiklassa mainitaan ”direktiivin 2014/24/EU 57 artiklassa luetellut poissulkemisperusteet mainitussa direktiivissä vahvistettujen ehtojen mukaisesti”.¹⁰

28. Direktiivin 2014/25 soveltaminen saattaisi kuitenkin vaikuttaa jäsenvaltioiden (kiisteltyyn) oikeuteen saattaa vapaaehtoiset poissulkemisperusteet osaksi kansallista lainsäädäntöä, kuten selitän jäljempänä.¹¹

29. Näiden täsmennysten jälkeen tarkastelen direktiivin 2014/24 57 artiklaa.

2. Direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan saattaminen osaksi Portugalin lainsäädäntöä

30. Komission kirjallisista huomautuksista käynnistyi keskustelu, joka jatkui istunnossa, jäsenvaltioille kuuluvasta harkintavallasta olla saattamatta direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan vapaaehtoisia poissulkemisperusteita kansallisen lainsäädäntönsä osaksi.

31. Komission argumentit kuuluvat seuraavasti:

– Direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdassa, samoin kuin johdanto-osan 101 perustelukappaleessa, ilmaistaan lainsäätäjän aikomus olla antamatta jäsenvaltioille vapautta valita, saattavatko ne kyseiseen kohtaan sisältyvät yhdeksän poissulkemisperustetta kansallisen lainsäädäntönsä osaksi vai eivät. Tämä valinnanmahdollisuus on annettu

¹⁰ Ks. analogisesti tuomio 10.11.2022, Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, 39 ja 40 kohta).

¹¹ Jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 46 kohta.

hankintaviranomaisille, elleivät jäsenvaltiot velvoita niitä soveltamaan kyseisiä perusteita. Jäsenvaltioilla ei ole sitä vastoin mahdollisuutta jättää saattamatta yksi tai useampi näistä perusteista osaksi kansallista lainsäädäntöään

- Vapaaehtoista poissulkemisperustetta, joka koskee muiden talouden toimijoiden kanssa tehtyjä sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, ei ole saatettu osaksi Portugalin lainsäädäntöä.

32. Komission esille ottamaa ongelmaa voidaan tarkastella nyt esillä olevassa ennakkoratkaisupyynnössä, jos jälkimmäinen näistä toteamuksista pitää paikkansa: jos vapaaehtoista poissulkemisperustetta ei ole saatettu osaksi kansallista lainsäädäntöä, joudutaan pohtimaan, olisiko unionin tuomioistuimen tähänastista oikeuskäytäntöä,¹² joka koskee jäsenvaltioiden mahdollisuutta valita, saattavatko ne tämänytyypiset vapaaehtoiset poissulkemisperusteet kansallisen lainsäädäntönsä osaksi, tarpeen mukauttaa tai olisiko sitä jopa oikaistava.

33. Jäljempänä selvittämistäni syistä katson, ettei komission jälkimmäinen väite (jota muutamat ennakkoratkaisumenettelyssä esitetyt kirjalliset huomautukset tukevat) vastaa todellisuutta.

34. CCP:tä muutettiin asetuksella nro 111-B/2017 direktiivien 2014/24 ja 2014/25 saattamiseksi kansallisen lainsäädännön osaksi. Portugalin lainsäätäjä vahvistaa kyseisen asetuksen 1 §:ssä nimenomaisesti, että kyseisellä asetuksella ”saatetaan kansallisen lainsäädännön osaksi” muiden muassa direktiivit 2014/24 ja 2014/25.¹³

35. CCP:n uudessa sanamuodossa mainitut poissulkemisperusteet (”esteet”) luetellaan sen 55 §:n 1 momentin a–l kohdassa, jotka vastaavat tietyn vivahde-eroin direktiivin 2014/24 57 artiklan 1 ja 4 kohdassa lueteltuja vastaavia perusteita.

36. Riidanalainen poissulkemisperuste vahvistetaan CCP:n 55 §:n 1 momentin f kohdassa seuraavasti: ”ehdokkaita – – eivät voi olla yksiköt, joille on määrätty erityislainsäädännössä, erityisesti seuraamuksia – – kilpailun – – alalla koskevissa säännöstyöissä säädettynä liitännäisseuraamuksena kielto osallistua julkisiin hankintamenettelyihin, seuraamuspäätöksessä vahvistettuna ajanjaksona”.

37. Lisäksi CCP:hen sisältyy toinen säännös (70 §:n 2 momentin g kohta), jossa säädetään sellaisten tarjousten menettelystä poissulkemisesta, joiden tarkastelussa ilmenee ”selviä viitteitä toimista, sopimuksista, käytännöistä tai tiedoista, jotka voivat vääristää kilpailusääntöä”.¹⁴

¹² 19.6.2019 annetussa tuomiossa Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, 33 kohta; jäljempänä tuomio Meca) ja 30.1.2020 annetussa tuomiossa Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, 34 kohta) esitetty näkemys vahvistetaan 3.6.2021 annetussa tuomiossa Rad Service ym. (C-210/20, EU:C:2021:445, 28 kohta) seuraavasti: ”– – direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 ja 7 kohdan mukaan jäsenvaltioilla on – – oikeus olla soveltamatta niissä mainittuja vapaaehtoisia poissulkemisperusteita tai sisällyttää ne kansalliseen säännöstyöön tiukkuudella, joka voi vaihdella tapauskohtaisesti aina sen mukaan, minkälaisia oikeudellisia, taloudellisia taikka sosiaalisia syitä kansallisella tasolla pidetään tärkeinä.”

¹³ Tässä yhteydessä on merkityksetöntä, että asetuksella nro 111-B/2017 säilytettiin muutamat aiemmin voimassa olleet CCP:n säännökset muuttumattomina.

¹⁴ Toscca vetoaa tähän säännökseen kirjallisissa huomautuksissa väittäessään, että ”Portugalin lainsäätäjä saattoi direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan osaksi kansallista lainsäädäntöä säilyttäen CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohdan sanamuodon (joka sisältyy tällä hetkellä vuonna 2017 tehdyn muutoksen mukaiseen versioon)”. Kursivointi tässä.

38. Edellä mainitut kaksi säännöstä huomioon ottaen on vaikeaa ymmärtää muutamia niistä toteamuksista, jotka sisältyvät Futriferin sekä Portugalin hallituksen itsensä esittämiin kirjallisiin huomautuksiin (viimeksi mainitun toteamukset ovat hyvin moniselitteisiä, joita se ei selvittänyt istunnossa)¹⁵ ja jotka koskevat direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan jättämistä saattamatta CCP:ssä osaksi Portugalin lainsäädäntöä.

39. Itse asiassa kyseisten kahden CCP:n säännöksen sanamuodosta ilmenee nähdäkseni, että Portugalin lainsäätaja on halunnut yksiselitteisesti sisällyttää direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohtaan sisältyvän säännöksen kansalliseen lainsäädäntöön (tai säilyttää sen siinä).¹⁶ Sekä viimeksi mainitulla säännöksellä että kyseisillä kahdella kansallisella säännöksellä pyritään estämään julkisten hankintojen alalla talouden toimijoiden sopimukset, joilla pyritään vääristämään kilpailua.

40. Tästä erillinen kysymys on se, onko Portugalin lainsäätaja säätänyt kyseisestä poissulkemisperusteesta tavalla, joka on saanut sen pitäytymään tiukasti direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdassa, vai onko se päinvastoin hyväksynyt ratkaisuja, jotka vääristävät kyseistä alakohtaa, poikkeavat sen peruseriaatteista tai kaventavat perusteettomasti sen soveltamisalaa.

41. Unionin tuomioistuin on muistuttanut, että ”kun jokin jäsenvaltio päättää ottaa käyttöön jonkin direktiivin 2014/24 vapaaehtoisista poissulkemisperusteista, sen on pitäydyttävä tämän perusteen olennaisissa piirteissä, sellaisina kuin ne määritellään kyseisessä direktiivissä. Koska direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdassa täsmennetään, että jäsenvaltiot vahvistavat ”unionin oikeus huomioon ottaen ne edellytykset, joiden mukaan tätä artiklaa sovelletaan”, kyseisellä säännöksellä estetään jäsenvaltioita ottamasta vääristyneellä tavalla huomioon kyseisessä säännöksessä vahvistetut vapaaehtoiset poissulkemisperusteet taikka jättämästä vaille huomiota kyseisten perusteiden taustalla olevat tavoitteet tai periaatteet.”¹⁷

42. Jäljempänä esitettävän perusteella katson, että direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan saattaminen osaksi kansallista lainsäädäntöä on toteutettu Portugalin säännöksillä niin, ettei se ole kaikilta osin kyseisen direktiivin mukainen: varsinaisesti CCP:n 55 §:n 1 momentin f kohdalla rajoitetaan perusteettomasti hankintaviranomaisten oikeutta sulkea pois kollusiiviseen menettelyyn sekaantuneet tarjoajat edellyttämällä, että kilpailuviranomaisen on pitänyt määrätä niiden toiminnasta aiemmin liitännäisseuraamuksena kiello osallistua julkisiin hankintamenettelyihin.

¹⁵ Sen kirjallisten huomautusten 80–84 kohta. Kun nämä kohdat luetaan yhdessä niitä edeltävien kohtien kanssa, nousee viime kädessä esille, että Portugalin lainsäätaja on sisällyttänyt riidanalaisen poissulkemisperusteen kansalliseen lainsäädäntöön CCP:n 70 §:llä, luettuna yhdessä 55 §:n 1 momentin f kohdan kanssa. Portugalin hallitus esittää tämän hyvin selkeästi huomautustensa 71 kohdassa: ”CCP:n 55 §:n 1 momentin f kohdan ja 70 §:n 2 momentin g kohdan säännökset ovat täysin yhteensopivat direktiivistä 2014/24 ilmenevän ja erityisesti sen 57 artiklan 4 kohdan d alakohdassa säädetyn kanssa.”

¹⁶ Direktiivin säännösten saattamista osaksi kansallista lainsäädäntöä koskevan velvollisuuden täyttämiseksi on riittävää, että kansalliseen lainsäädäntöön sisältyy jo säännöksiä, joihin kyseiset säännökset sisältyvät aineellisesti. Kansallisen oikeuden mukauttaminen direktiiviin ei edellytä välttämättä sen velvoittavan sisällön muodon ja tekstin hyväksymistä kyseistä direktiiviä *myöhemmällä* oikeussäännöllä. Ks. vastaavasti tuomio 10.6.2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)* (C-303/20, EU:C:2003:479, 33–36 kohta). Kyseisen tuomion 35 kohdassa todetaan erityisesti, että sen määrittämiseksi ”pannaanko tietystä direktiivistä johtuvat velvoitteet riittävällä tavalla täytäntöön kansallisella lainsäädännöllä, on otettava huomioon paitsi kyseisen direktiivin täytäntöönpanemiseksi erityisesti annettu säännöstö myös kaikki käytettävissä olevat ja sovellettavat oikeussäännöt”.

¹⁷ Tuomio Meca, 33 kohta.

43. Vaikka tilanne olisi tällainen, kuten otaksun, se ei merkitse kuitenkaan sitä, ettei kansallisen lainsäädännön osaksi saattamista ole tapahtunut, vaan se merkitsee sitä, että se on tapahtunut puutteellisesti. Puutteellisuus voidaan sitä paitsi ehkä korjata tulkitsemalla CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohtaa *väljemmin* eli direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukaisesti (unionin oikeuden mukainen tulkinta).¹⁸

44. Katson viime kädessä, ettei nyt käsiteltävä ennakkoratkaisupyyntö ole ihanteellinen keskustelunavaus jäsenvaltioiden oikeudesta olla sisällyttämättä vapaaehtoisia poissulkemisperusteita kansalliseen lainsäädäntöön, sillä Portugalin lainsäätaja on valinnut juuri päinvastaisen ratkaisun (vaikka tämä ratkaisu ei liene riittävä unionin oikeuden näkökulmasta).

45. Unionin tuomioistuimen tähänastisessa vakiintuneessa oikeuskäytännössä, joka koskee jäsenvaltioiden oikeuksia tällä alalla, otetaan luonnollisesti huomioon se, että direktiivi velvoittaa saavutettavaan tulokseen nähden jäsenvaltiota (SEUT 288 artikla). Tästä lähtökohdasta käsin unionin tuomioistuin on katsonut eri ratkaisukokoonpanoissa, että direktiivin 2014/24 täytäntöönpanossa noudatetaan vapaaehtoisten poissulkemisperusteiden osalta edellä mainittuja ehtoja.¹⁹

46. Edellä mainitsemani keskustelun uudelleen avaaminen olisi lisäksi erityisen hankalaa, sillä sen lopputulos

- voisi edellyttää vapaaehtoisten poissulkemisperusteiden muuttamista pakollisiksi niin, että ne jäävät direktiivin 2014/24 57 artiklan 7 kohdassa tarkoitettujen jäsenvaltioiden toimien ulkopuolelle
- voisi hajauttaa yhtenäisen säännösten, jonka pohjalta direktiivissä 2014/25 viitataan poissulkemisperusteita koskeviin direktiivin 2014/24 säännöksiin. Direktiivin 2014/25 80 artiklan 1 kohdan kolmannen alakohdan mukaan ehdokkaiden hylkäämistä koskeviin sääntöihin ja perusteisiin on sisällyttävä direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdassa luetellut vapaaehtoiset poissulkemisperusteet, *jos jäsenvaltiot sitä vaativat*.

B Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

47. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää, jättääkö direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukainen poissulkemisperuste hankintaviranomaiselle ”harkintavaltaa”.

48. Unionin tuomioistuin on jo vastannut tähän kysymykseen: ”direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan sanamuodosta ilmenee, että unionin lainsäätäjän tarkoituksena on ollut antaa hankintaviranomaisen – ja yksin sen – tehtäväksi tarjoajien valintavaiheessa sen arvioiminen, onko ehdokas tai tarjoaja suljettava pois hankintamenettelystä.”²⁰

¹⁸ Tämä vaikuttaa olleen Tribunal central administrativo norten näkemys 29.5.2020 annetussa tuomiossa, jolla Toscan vaatimus hyväksyttiin. Tämä ilmenee Infraestructurasin lausumasta, joka sisältyy ennakkoratkaisupyynnön 7 kohtaan: Tribunal central administrativo norten näkemysten mukaan CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohta ”käsittää väistämättä myös *aiemmat tapahtumat*, joissa on viitteitä kilpailunvastaisesta toiminnasta, johon ovat syyllistyneet sellaiset kilpailijat, jotka eivät osallistu kilpailijan tarjoukseen tai joita ei mainita siinä” (kursivointi tässä).

¹⁹ Ks. edellä alaviite 12.

²⁰ Tuomio Meca, 34 kohta

49. Tämä unionin tuomioistuimen toteamus on johdonmukainen direktiivin 2014/24 56 artiklan 1 kohdan b alakohdan kanssa: hankintaviranomaisen on osoitettava, että ”tarjouksen on jättänyt tarjoaja, jota ei ole suljettu pois menettelystä 57 artiklan mukaisesti”. Sen tehtävänä on siis joka tapauksessa päättää, onko tarjoaja suljettava pois hankintamenettelystä.

50. Edellä esitettyä ehdotonta toteamusta on kuitenkin lievennettävä, jos toimivaltaisen viranomaisen aiemmassa lainvoimaisessa päätöksessä on todettu toiminnan yhteensopimattomuus hankintamenettelyihin osallistumisen kanssa tai tarjoajaa on kielletty osallistumasta tällaisiin menettelyihin.

51. Tilanteessa, jossa kysymys esitetään (eli kun kyseessä on tarjoajan syyksi luettava kilpailua rajoittava toiminta), on kolme mahdollista skenaariota:

- Jos kyseinen toimija on suljettu aiemmin pois hankintamenettelystä lainvoimaisella tuomiolla (direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan viimeinen alakohta) kilpailua rajoittavan toiminnan vuoksi,²¹ hankintaviranomaisen on noudatettava tätä kieltoa. Tuomitulla talouden toimijalla ei ole oikeutta käyttää mahdollisuutta luotettavuutensa osoittamiseen (korjaavat toimenpiteet tai *self cleaning*) kyseisestä tuomiosta johtuvan poissulkemisen keston aikana jäsenvaltiossa, jossa kyseinen tuomio on lainvoimainen²²
- Jos osallistumista koskevaa kieltoa ei ole määrätty lainvoimaisella tuomiolla vaan kilpailuviranomaisen päätöksellä, hankintaviranomainen ei ole väistämättä sidoksissa siihen, vaan se voi tutkia, onko kyseinen toimija toteuttanut edellä mainittuja korjaavia toimenpiteitä, ja antaa sille kaikesta huolimatta luvan osallistua hankintamenettelyyn
- Näin on erityisesti silloin, jos kilpailuviranomainen ei ole määrännyt hankintamenettelyyn osallistumista koskevaa kieltoa, vaan se on määrännyt taloudelliselle toimijalle seuraamuksen kollusiivisesta menettelystä.

52. Käsittelen edellä esitetyistä tilanteista toista ja kolmatta, kun tutkin muut ennakkoratkaisukysymykset. Jotta ensimmäiseen kysymykseen voidaan vastata, pidän sen väljän muotoilun perusteella riittävänä vastausta, josta ilmenee pääsääntö, sanotun kuitenkin rajoittamatta direktiivistä 2014/24 itsestään johtuvia poikkeuksia.

C Toinen ennakkoratkaisukysymys

53. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää lähinnä, voiko kansallinen lainsäätäjä ”korvata täysin” direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan yhteydessä ”hankintaviranomaiselle kuuluvan päätöksen” kilpailuviranomaisen päätöksellä, jossa toimijalle määrätään liitännäisseuraamuksena kielto osallistua hankintamenettelyihin.

54. Portugalin kilpailulain mukaan kilpailuviranomainen voi määrätä kilpailua rajoittavia menettelyjä toteuttaneille toimijoille sakon lisäksi liitännäisseuraamuksena²³ määräaikaisten kiellon osallistua julkisia hankintoja koskeviin menettelyihin (71 §:n 1 momentin b kohta).

²¹ Hankintamenettelyyn osallistumista koskeva kielto on voitu määrätä lainvoimaisella tuomioilla lainsäädännön muilla aloilla tehdyistä rikkomisista. Käsittelen tässä vain kilpailuviranomaisen määrittämiä kieltoja, sillä tästä on kyse käsiteltävässä asiassa.

²² Ks. käyttöoikeussopimusten tekemisestä 26.2.2014 annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2014/23/EU (EUVL 2014, L 94, s. 1) sisältyvän vastaavan säännöksen tulkinnasta 11.6.2020 annettu tuomio *Vert Marine* (C-472/19, EU:C:2020:468, 20 kohta).

²³ Kilpailulaissa tätä kieltoa luonnehditaan ”seuraamukseksi”. Sen oikeudellisesta luonteesta, josta kiistellään muilla lainsäädännön aloilla, ei siis ole tarpeen keskustella.

55. Kuten olen jo todennut, kilpailuviranomainen päätti nimenomaisesti, ettei Futriferille ollut tarpeen määrätä liitännäisseuraamusta.

1. Tutkimatta jättäminen

56. Tästä lähtökohdasta tarkastellen on todettava, että niin merkitykselliseltä kuin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esille ottama ongelma voikin vaikuttaa muista näkökulmista ja yleisesti tarkasteltuna, kysymys on luonteeltaan hypoteettinen riidanalaisen asian yhteydessä.

57. Kysymys olisi mielekäs, jos hankintamenettelyyn osallistumista koskevan kiellon määräävän kilpailuviranomaisen päätöksen osalta olisi tutkittava, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää, miten pitkälle kyseinen päätös riittää ”korvaamaan” hankintaviranomaisen (myöhemmän) päätöksen.

58. Koska Futriferia vastaan käydyssä menettelyssä on päinvastoin ilmennyt, että kilpailuviranomainen jätti tietoisesti määräämättä sille liitännäisseuraamuksena hankintamenettelyyn osallistumista koskevan kiellon, kyseisen (olemattoman) kiellon seurauksista lausuminen ei nähdäkseni ole hyödyksi nyt käsiteltävässä oikeusriidassa.

59. Toinen ennakkoratkaisukysymys on siis jätettävä tutkimatta.²⁴

2. Toissijaisesti asiakysymyksestä

60. Siltä varalta, ettei unionin tuomioistuin ole kanssani samaa mieltä, vaan päättää käsitellä esillä olevan ennakkoratkaisukysymyksen asiasisällön, esitän kantani siihen.

61. Käsitökseni mukaan (kun huomioon ei oteta tilanteita, joissa osallistumiskielto on määrätty lainvoimaisella tuomiolla)²⁵ kilpailuviranomaisen päätös, jolla toimijaa kielletään osallistumasta hankintamenettelyihin, ei sido hankintaviranomaista siten, että se ”korvaisi tämän päätöksen täysin”.

62. Hankintaviranomainen voi näet tällaisessakin tilanteessa tutkia, onko seuraamuksen saanut talouden toimija toteuttanut direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdassa tarkoitettuja korjaavia toimenpiteitä, ja antaa sille kaikesta huolimatta mahdollisuuden osallistua hankintamenettelyyn.

63. Muistutan, että talouden toimijalla on kiistatta oikeus osoittaa luotettavuutensa tällaisilla korjaavilla toimenpiteillä, ja tämä oikeus perustuu suoraan edellä mainittuun direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohtaan.²⁶

²⁴ Futriferin näkemyksen mukaan ennakkoratkaisupyynnön olisi jätettävä tutkimatta kokonaisuudessaan, sillä yksikään kysymyksistä, joita se pitää yleisluonteisina ja hypoteettisina, ei ole sen mukaan merkityksellinen asian ratkaisun kannalta. Komissio arvostelee lyhytsanaisemmin sitä, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ”vaikuttaa pyytävän unionin tuomioistuinta ottamaan kantaa laajasti ja lähes teoreettisesti direktiivin 2014/24 saattamiseen osaksi kansallista lainsäädäntöä”, mutta se ei kuitenkaan vastusta ennakkoratkaisupyynnön tutkimista. Omalta osaltani katson, että Futriferin esittämä arvostelu osuu oikeaan toiseen ja neljännän ennakkoratkaisukysymyksen kohdalla.

²⁵ Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 50 ja 51 kohta.

²⁶ Tuomio 14.1.2021, RTS infra ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, 48 kohta).

64. Ehdottamani ratkaisu (hankintaviranomaisella on oikeus tutkia korjaavat toimenpiteet kilpailuviranomaisen määräämästä hankintamenettelyyn osallistumista koskevasta kiellosta huolimatta) antaa mahdollisuuden tasapainoiseen ratkaisuun seuraavien kahden näkemyksen välillä:

- Yhtäältä pyritään säilyttämään hankintaviranomaiselle kuuluvat tehtävät, ja hankintaviranomaisella on oltava vapaus arvioida ehdokkaan luotettavuutta ilman, että muiden julkisten elinten tekemät arvioinnit välttämättä sitovat sitä²⁷
- Toisaalta pyritään kunnioittamaan niiden viranomaisten tehtäviä, joiden tehtävänä on varsinaisesti tutkia kilpailua rajoittava toiminta.²⁸ Hankintaviranomaisen on otettava huomioon tällaisten viranomaisten päätökset, sillä viime kädessä ”kilpailua rajoittavan käyttäytymisen olemassaolo voidaan katsoa toteennäytetyksi vasta tällaisen päätöksen, jossa juridisesti luonnehditaan teot tällaiseksi käyttäytymiseksi, antamisen jälkeen”.²⁹

65. On kuitenkin varmaa, kuten unionin tuomioistuimien on todennut direktiivin 2014/24 johdanto-osan 102 perustelukappaleen huomioon ottaen,³⁰ että jäsenvaltioilla on laaja harkintavalta ”niiden viranomaisten määritelmän osalta, joiden tehtävänä on arvioida korjaavien toimenpiteiden asianmukaisuutta. Tältä osin – – jäsenvaltiot voivat antaa tämän arviointitehtävän mille tahansa muulle viranomaiselle kuin hankintaviranomaiselle tai hankintayksikölle.”³¹

66. Arvioidessaan, voidaanko 57 artiklan 4 kohdan d alakohtaa soveltaa, hankintaviranomainen voi lyhyesti sanottuna

- joko sulkea itse talouden toimijan pois hankintamenettelystä, kun muiden viranomaisten aiempia päätöksiä ei ole, jos on riittävän uskottavaa näyttöä siitä, että kyseinen toimija on tehnyt muiden toimijoiden kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua
- tai sen jälkeen, kun asiassa toimivaltainen viranomainen on todennut kyseiset kilpailua rajoittavat sopimukset,³² riippumatta siitä, onko kyseinen viranomainen tehnyt päätöksen hankintamenettelyyn osallistumista koskevasta kiellosta vai ei, arvioida, osoittavatko tarjoajan tai ehdokkaan toteuttamat korjaavat toimenpiteet sen luotettavuuden niin, ettei sitä tarvitse sulkea pois hankintamenettelystä direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan nojalla. Jäsenvaltio voi kuitenkin antaa korjaavien toimenpiteiden arvioinnin muun viranomaisen kuin hankintaviranomaisen tehtäväksi, ja tällöin hankintaviranomaisen on noudatettava kyseistä arviointia.

²⁷ Viitataan ratkaisuehdotukseeni Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, 30 kohta).

²⁸ Tuomio 24.10.2018, Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, 25 ja 26 kohta; jäljempänä tuomio Vossloh Laeis).

²⁹ Tuomio Vossloh Laeis, 39 kohta.

³⁰ ”[Jäsenvaltioiden] olisi erityisesti voitava päättää, antavatko ne yksittäisten hankintaviranomaisten tehdä asianmukaiset arvioinnit vai antavatko ne tämän tehtävän muille keskustason tai muiden kuin keskustason viranomaisille.”

³¹ Tuomio 11.6.2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, 29 kohta).

³² Ks. kilpailuviranomaisen päätösten ja hankintaviranomaisten päätösten välisestä suhteesta tuomion Vossloh Laeis 25–33 kohta.

D Kolmas ennakkoratkaisukysymys

67. Kolmannen ennakkoratkaisukysymyksen sanamuoto vaikuttaa kätkevän todellisuudessa sisäänsä samanaikaisesti kaksi kysymystä:

- voidaanko ”hankintaviranomaisen [päätos], joka koskee talouden toimijan luotettavuutta – – kilpailuoikeudellisten sääntöjen noudattamisen (tai rikkomisen) valossa”, tehdä ”hankintamenettelyn ulkopuolella”
- onko talouden toimijan soveltuvuutta koskeva näkemys esitettävä riittävän perustellusti hankintaviranomaisen itsenäisellä arvioinnilla, jonka muut kilpailijat voivat riitauttaa.³³

68. Esillä olevan kysymyksen lähtökohtana vaikuttaa olevan jälleen oletus siitä, että kilpailuviranomainen on määrännyt liitännäistoimenpiteestä (hankintamenettelyyn osallistumista koskevasta kiellosta) hankintaviranomaisen päätöstä edeltävästi. Tätä taustaa vasten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuimien haluaa selvittää, ovatko liitännäistoimenpiteen perusteena olevat syyt ”samantyyppisiä ja -luonteisia” kuin ”luotettavuusarviointi”, joka hankintaviranomaisen on tehtävä.³⁴

69. Näin ymmärrettynä nyt esillä olevaan kysymykseen liittyy samoja tutkimatta jättämistä koskevia ongelmia (sen hypoteettisen luonteen vuoksi) kuin edellä käsiteltyyn toiseen kysymykseen. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa kuitenkin perusteluissaan siihen mahdollisuuteen, että hankintaviranomainen päättää hyväksyä talouden toimijan soveltuvuuden, vaikka tälle toimijalle on määrätty seuraamus kollusiivisesta menettelystä, ilman että näihin seuraamuksiin olisi sisällytynyt hankintamenettelyyn osallistumista koskevaa kieltoa.³⁵

70. Vastaan siis molempiin kysymyksen osiin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämän edellä mainitun lähestymistavan pohjalta.

1. Luotettavuuden tai soveltuvuuden toteaminen hankintaviranomaisen tehtävänä

71. Todellisuudessa vastaus esillä olevan ennakkoratkaisukysymyksen tähän osaan perustuu siihen vastaukseen, jonka olen antanut kahteen edelliseen kysymykseen. Hankintaviranomainen säilyttää täysimääräisesti oikeutensa arvioida tarjoajan tai ehdokkaan luotettavuutta kilpailuviranomaisen päätöksen jälkeen edellä esitetyn mukaisesti.

72. Direktiivin 2014/24 johdanto-osan 101 perustelukappaleen mukaan ”hankintaviranomaisille olisi – – annettava mahdollisuus sulkea pois talouden toimijat, jotka ovat osoittautuneet epäluotettaviksi esimerkiksi siksi, että ne ovat – – tehneet *muunlaisia ammatin harjoittamiseen liittyviä vakavia virheitä, kuten rikkoneet kilpailusääntöjä*”.³⁶ Saman perustelukappaleen toisessa kohdassa mainitaan aikaisempia sopimuksia toteutettaessa tapahtunut toiminta, ”joka kyseenalaistaa vakavasti talouden toimijan luotettavuuden”.³⁷

³³ Ennakkoratkaisupyynnön 2.2.6 kohdan kolmas alakohta.

³⁴ Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan nyt käsiteltävässä asiassa ”hankintayksikkö ei ole ilmaissut mitään aikomusta muodostaa oman näkemyksensä tarjoajan luotettavuudesta – –. Se väittää päinvastoin, ettei sen tarvitse muodostaa tällaista näkemystä, sillä näkemys sisältyy jo kilpailuviranomaisen tekemään päätökseen” (ennakkoratkaisupyynnön 2.2.6 kohdan viides alakohta).

³⁵ Tämä vaikuttaa ilmenevän hieman epäselvästi ennakkoratkaisupyynnön 2.2.6 kohdasta.

³⁶ Kursivointi tässä.

³⁷ Ks. tuomio Meca, 30 kohta.

73. On muistettava, että unionin tuomioistuin on todennut edellä mainitun johdanto-osan perustelukappaleen perusteella, että ”sen tarkoituksena, että kaikilla hankintaviranomaisilla on mahdollisuus sulkea tarjoaja pois hankintamenettelystä, on erityisesti mahdollistaa se, että hankintaviranomainen voi arvioida kunkin tarjoajan rehellisyyden ja luotettavuuden”.³⁸

74. Vapaaehtoisten poissulkemisperusteiden ansiosta jäsenvaltiot voivat täyttää yleisen edun mukaisia tavoitteita, ja niillä pyritään joka tapauksessa varmistamaan tarjoajan luotettavuus,³⁹ huolellisuus, ammatillinen rehellisyys ja tunnollisuus.⁴⁰

75. Unionin tuomioistuin on katsonut konkreettisesti ”direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan taustalla [olevasta tavoitteesta]”, että ”sen tarkoituksena, että hankintaviranomaisella on mahdollisuus tai jopa velvollisuus sulkea talouden toimija pois hankintamenettelystä, on erityisesti mahdollistaa se, että hankintaviranomainen voi arvioida kunkin talouden toimijan rehellisyyden ja luotettavuuden”.⁴¹

76. Direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan asianmukainen tulkinta edellyttää lisäksi, että tarjoajan rehellisyyden ja luotettavuuden tutkiminen ulottuu kyseisen kilpailijan *aiempiin* kilpailua rajoittaviin menettelyihin eikä pelkästään hankintaviranomaisen ratkaistavana olevan konkreettisen hankintamenettelyn aikana tehtyihin kollusiivisiin sopimuksiin.

77. Tämä ilmenee erityisesti direktiivin 2014/24 57 artiklan 5 kohdan toisesta alakohdasta, jonka mukaan hankintaviranomaiset voivat sulkea talouden toimijan pois menettelystä, jos käy ilmi, että ”talouden toimija on joko *ennen menettelyä* tai sen aikana toteuttamiensa tai toteuttamatta jättämiensä toimien johdosta jossakin 4 kohdassa tarkoitettussa tilanteessa”.⁴²

78. Edellä esitettyyn on lisättävä, että hankintaviranomainen voi vedota vaihtoehtoisesti direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan c alakohtaan ja käyttää tarjoajan poissulkemista koskevan päätöksensä perusteena sitä seikkaa, että tarjoaja on syyllistynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen.

79. Portugalin lainsäädännössä⁴³ poissulkemisperusteeksi katsottavan, ammatin harjoittamiseen liittyvän vakavan virheen käsite voi kattaa myös kilpailua rajoittavan toiminnan jopa silloin, kun kilpailua rajoittavalle toiminnalle on annettu oma erityinen poissulkemisperusteensa; tämä vahvistetaan edellä mainitussa direktiivin 2014/24 johdanto-osan 101 perustelukappaleessa, jonka mukaan kilpailusääntöjen rikkominen katsotaan (aiempaa direktiiviä koskeneen unionin tuomioistuimen näkemyksen mukaisesti)⁴⁴ ammatin harjoittamiseen liittyväksi vakavaksi virheeksi.⁴⁵

³⁸ Ibidem, 29 kohta.

³⁹ Olen jo tuonut esille ratkaisuehdotuksessa Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, 28 kohta), että ”direktiivissä 2014/24 luotettavuus otetaan jo huomioon [hankintaviranomaisen ja tarjoajien välisen suhteen] keskeisenä osatekijänä”.

⁴⁰ Tuomio 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, 29, 31 ja 32 kohta).

⁴¹ Tuomio 30.1.2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, 41 kohta).

⁴² Kursivointi tässä.

⁴³ CCP:n 55 §:n 1 momentin c kohdassa asetetaan hankintamenettelyyn osallistumista koskeva kielto luonnolliselle henkilölle tai oikeushenkilölle, jolle on määrätty hallinnollinen seuraamus ammatin harjoittamiseen liittyvästä vakavasta virheestä.

⁴⁴ Määräys 4.6.2019, Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), jossa oli kyseessä 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 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohta.

⁴⁵ Ks. kilpailunvastaiseen yhteistyöhön liittyvän poissulkemisperusteen soveltamisalasta, yhdenmukaistettujen menettelytapojen kattavuudesta ja vakavasta ammatillisesta väärinkäytöksestä johtuvaan poissulkemisperusteeseen liittyvästä vuorovaikutuksesta Euroopan komission antama ilmoitus välineistä kilpailunvastaisen yhteistyön torjumiseksi julkisissa hankinnoissa ja ohjeista tähän liittyvien poissulkemisperusteiden soveltamisesta (2021/C 91/01), 5.2 kohta.

80. Kuten istunnossa korostettiin, kyseinen mahdollisuus merkitsee väistämättä jonkinasteista päällekkäisyyttä näiden kahden vapaaehtoisin poissulkemisperusteen välillä. Olen kuitenkin sitä mieltä, että niiden suhteen näkeminen toisiaan täydentävänä edesauttaa direktiivin 2014/24 tavoitteiden saavuttamista.

81. Direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan tilanteessa on luonnollista, että hankintaviranomainen käyttää tätä poissulkemisperustetta. Niiden muiden menettelytapojen osalta, jotka eivät ole ”muiden toimijoiden kanssa tehtyjä sopimuksia”, vaikka ne rikkovatkin kilpailusääntöjä, voidaan vedota c alakohdan yleisluonteisempaan säännökseen.

82. Jos tavoitteena on antaa hankintaviranomaiselle mahdollisimman laajat valmiudet arvioida tarjoajien ja ehdokkaiden luotettavuutta, en näe syytä rajata sen oikeuksia koskemaan vain sen määrittämistä, millaisia kilpailusääntöjen rikkomisia on tapahtunut. Direktiivin 2014/24 johdanto-osan 101 perustelukappaleessa annetaan jälleen mahdollisuus soveltaa kyseisen direktiivin 57 artiklan 4 kohdan c ja d alakohtaa edellä esitetyn mukaisesti. Kyseeseen tulee siis lainvalinta, joka tulkitsijan on ratkaistava soveltamalla säännöstä, joka sopii parhaiten kunkin yksittäistapauksen olosuhteisiin.

2. Perusteluvelvollisuus

83. Hankintaviranomainen on velvollinen ”arvioimaan konkreettisesti ja yksilöllisesti asianomaisen yksikön asennetta”.⁴⁶ Tämän arvioinnin tulee ilmetä tehdyn päätöksen perusteluina, jotta kyseisen päätöksen adressaatit ja mahdolliset kilpailijat voivat riitauttaa sen tuomioistuimessa.⁴⁷

84. Silloin kun (kuten nyt käsiteltävässä asiassa) yksi kilpailijoista on väittänyt toisen syyllystyneen direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukaisen poissulkemisperusteen muodostavaan tekoon, hankintaviranomaisen on selostettava konkreettisesti, miksi se hyväksyy kyseisen ehdokkaan luotettavuuden. Tarvittaessa perustelut on ulotettava koskemaan niiden korjaavien toimenpiteiden arviointia, jotka seuraamuksen kohteena olleet tarjoaja on toteuttanut.⁴⁸

85. Perusteluvelvollisuus voidaan täyttää, jos hankintaviranomainen hyväksyy suoraan tai viittauksen tekemällä perustelut, jotka alakohtainen viranomainen (tässä tapauksessa kilpailuviranomainen) on ottanut huomioon todetessaan toimijan tehneen muiden toimijoiden kanssa sopimuksia, joilla on pyritty vääristämään kilpailua.

E Neljäs ennakkoratkaisukysymys

86. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on epävarma siitä, onko ”Portugalin kansalliseen lainsäädäntöön erityisesti [CCP:n] 55 §:n 1 momentin f kohdan muodossa sisältyvä ratkaisu” direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukainen.

⁴⁶ Tuomio 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, 157 kohta); kyseisessä tuomiossa viitataan 9.11.2017 annettuun tuomioon LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

⁴⁷ Ibidem, 120 kohta.

⁴⁸ Direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan kolmannessa alakohdassa säädetään, että ”jos [talouden toimijan toteuttamia] toimenpiteitä pidetään riittämättöminä, talouden toimijan on saatava kyseisen päätöksen perustelut”. Tämä säännös ei kuitenkaan estä esittämästä perusteluja päinvastaisessa tapauksessa, jos toinen kilpailija sitä vaatii kilpailijansa poissulkemisen puoltamiseksi.

87. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä oleva CCP:n kyseisen säännöksen tulkinta (jota unionin tuomioistuimen on noudatettava, sillä sen antaa Portugalin ylimmän oikeusasteen hallintotuomioistuin) on seuraavanlainen: kun talouden toimijan poissulkeminen johtuu ”hankintamenettelyn ulkopuolella [tapahtuneesta] kilpailusääntöjen [rikkomisesta]”, CCP:n 55 §:n 1 momentin f kohdan mukaan tämä poissulkeminen riippuu siitä, mitä kilpailuviranomainen päättää ”soveltaessaan liitännäisseuraamusta, jolla kielletään julkisiin hankintoihin osallistuminen”. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin lisää, että kyseisessä menettelyssä kilpailuviranomainen arvioi toteutettujen korjaavien toimenpiteiden asianmukaisuuden.

88. Tämä kysymys on hypoteettinen niistä samoista syistä, jotka mainittiin toisen ennakkoratkaisukysymyksen⁴⁹ tarkastelun yhteydessä, koska

- yhtäältä kilpailuviranomainen jätti nimenomaisesti määräämättä liitännäisseuraamuksen Futriferin menettelyn perusteella
- toisaalta asiakirja-aineistosta ei ilmene, että yksikään kyseessä olevista toimijoista olisi vedonnut direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdassa tarkoitettujen korjaavien toimenpiteiden toteuttamiseen aiemman hankintamenettelyyn osallistumista koskevan (määräämättä jääneen) kiellon poistamiseksi.

89. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät kysymykset ylittävät siis oikeusriidan rajat arvioitavina olevien tosiseikkojen valossa ja edellyttävät tosiasiallisesti unionin tuomioistuimen neuvoa-antavaa lausuntoa seikoista, joka eivät liity kyseisiin tosiseikkoihin.

90. Tutkimatta jättämistä koskevan väitteen väistämiseksi kysymys voitaisiin muotoilla uudelleen katsomalla, että se esitetään tilanteessa, jossa kilpailuviranomainen pitää kollusiivista sopimusta toteen näytettynä ja määrää siitä seuraamukseksi sakon määräämättä lisäksi hankintamenettelyyn osallistumista koskevaa kieltoa.

91. Ehdottamani vastaus perustuu joka tapauksessa edellä esittämiini seikkoihin riippumatta siitä, annetaanko se kysymyksen uudelleenmuotoilun perusteella vai toissijaisesti. Totean näin ollen seuraavaa:

- Kansallinen oikeussääntö (tai siitä tehtävä tulkinta), jonka soveltaminen edellyttää väistämättä kilpailuviranomaisen aiempaa päätöstä, ei ole direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukainen
- Jäsenvaltiot voivat antaa korjaavien toimenpiteiden arvioinnin muiden viranomaisten kuin hankintaviranomaisten, esimerkiksi kilpailuviranomaisen, tehtäväksi. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on selvittää, onko tilanne tämä Portugalin lainsäädännössä, ja jos on, sen on varmistettava, että ”tätä varten käyttöön otettu kansallinen järjestelmä täyttää kaikki direktiivin [2014/24 57 artiklan 6 kohdassa] asetetut vaatimukset”.⁵⁰

⁴⁹ Erona toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on se, että nyt ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kiinnittää huomion siihen, että Portugalin lainsäädännön mukaisesti on niin, että kun hankintamenettelyyn osallistumista koskeva liitännäisseuraamus on määrätty, kilpailuviranomainen on toimivaltainen päättämään myös seuraamuksen kohteena olevan talouden toimijan tilanteen korjaantumisesta.

⁵⁰ Tuomio 11.6.2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, 31 ja 38 kohta sekä tuomiolauselman 2 kohta).

F Viides ennakkoratkaisukysymys

92. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kiinnittää huomiota CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohtaan tiedustellessaan, onko kyseisen kohdan sisältö direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukainen.

93. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa CCP:n kyseisestä pykälästä esittämänsä tulkinnan perusteella, että ”tarjouksen poissulkemisen mahdollisuus sen perusteella, että on selviä viitteitä toimista, sopimuksista, käytännöistä tai tiedoista, jotka voivat vääristää kilpailusääntöjä, on rajattu siihen konkreettiseen hankintamenettelyyn, jossa tällaiset käytännöt ovat ilmenneet”.

94. CCP:n 70 § sijoittuu ainakin sanamuodon perusteella hankintamenettelyn myöhempään vaiheeseen: 55 §:ää sovelletaan sen alkuvaiheessa (toimijan valinta laadullisin perustein), mutta 70 § liittyy myöhempään vaiheeseen (jätettyjen tarjousten arviointi). Tähän toiseen vaiheeseen pääsemiseksi tarjoajan tai ehdokkaan on täytynyt luonnollisesti läpäistä ensimmäinen vaihe, eli sitä ei ole voitu sulkea pois menettelystä tätä ennen.

95. Mikään ei kuitenkaan ole esteenä kansalliselle oikeussäännölle, jos sen tulkinta jättää joka tapauksessa hankintaviranomaiselle oikeuden arvioida, että ennen sen ratkaistavana olevaa tiettyä hankintamenettelyä tarjoaja on syylistynyt kilpailua rajoittavaan toimintaan, jonka perusteella tämä kilpailija on suljettava pois hankintamenettelystä.

96. Toisin sanoen yhtäkään direktiivin 2014/24 säännöksistä ei rikota, jos CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohdassa säädetään ainoastaan siitä, että hankintaviranomainen voi itse hylätä tarjoajan tarjouksen havaitessaan, että tämä tarjous on syntynyt kyseisen hankintamenettelyn yhteydessä tapahtuneen kollusiivisen menettelyn tuloksena.⁵¹

97. Direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan sisältö on riittävän väljä niin, että siihen voidaan sisällyttää kaikki mahdolliset tilanteet, joissa hankintaviranomainen saa tietoonsa tarjoajan menettelytavat, joilla pyritään vääristämään kilpailua.

98. Olen esittänyt ratkaisuehdotuksessani Vossloh Laeis,⁵² että direktiivin 2014/24 57 artiklassa annetaan hankintaviranomaisille muutamia tehtäviä, joihin liittyy tutkinnallisia piirteitä, ja unionin tuomioistuin on vahvistanut tämän näkemyksen kyseisessä asiassa antamassaan tuomiossa.⁵³

99. Näiden tehtävien yhteydessä hankintaviranomaisilla on oikeus todeta tarjoajien tehneen sopimuksia, jotka liittyvät meneillään olevaan hankintamenettelyyn ja jotka vääristävät kilpailua. Kuten komissio tuo esille, on mahdollista, että hankintaviranomaisen itsensä on vaikea esittää näyttöä kilpailua rajoittavasta toiminnasta. Kyseiset vaikeudet, jotka eivät ole käytännössä ylitsepääsemättömiä, eivät oikeuta myöskään rajoittamaan hankintaviranomaisen oikeutta arvioida kollusiivista menettelyä, jonka olemassaolon se itse toteaa.

⁵¹ Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on selvitettävä, voidaanko CCP:n 70 §:n 2 momentin g kohtaa tulkita lisäksi tavalla, johon viittaamaan edellä alaviitteessä 18.

⁵² C-124/17, EU:C:2018:316, 46–49 kohta.

⁵³ Tuomio Vossloh Laeis, 24 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

V Ratkaisuehdotus

100. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin toteaa, että toinen ja neljäs ennakkoratkaisukysymys on jätettävä tutkimatta, ja että se vastaa Supremo Tribunal Administrativolle seuraavasti:

Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU 57 artiklan 4 kohdan d alakohtaa,

on tulkittava siten, että

- hankintaviranomaisen on arvioitava kyseisessä säännöksessä säädettyä vapaaehtoista poissulkemisperustetta ilman, että muiden viranomaisten tekemät päätökset sitovat sitä, paitsi jos toimija on suljettu pois hankintamenettelystä lainvoimaisella tuomiolla, kyseisestä tuomiosta johtuvan poissulkemisen keston aikana jäsenvaltiossa, jossa tuomio on lainvoimainen
- hankintaviranomaisen on perusteltava suoraan tai viittauksen tekemällä ne syyt, joiden nojalla tarjoaja, jolle on määrätty aiemmin seuraamus kilpailua rajoittavan toiminnan toteuttamisesta, hyväksytään osallistumaan hankintamenettelyyn
- se ei ole esteenä kansalliselle oikeussäännölle, jonka mukaan hankintaviranomainen voi hylätä tarjouksen, jos on selviä viitteitä toimista, sopimuksista, käytännöistä tai tiedoista, jotka voivat vääristää kilpailusääntöjä, siinä konkreettisesti hankintamenettelyssä, jossa tällaiset käytännöt ovat ilmenneet.

Toissijaisesti ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa toiseen ja neljänteen ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

- Jos kilpailuviranomainen on määrännyt talouden toimijalle liitännäisseuraamuksena kiellon osallistua julkisia hankintoja koskeviin menettelyihin tietyksi määräajaksi, hankintaviranomainen säilyttää oikeuden olla sulkematta kyseistä toimijaa pois hankintamenettelystä, jos direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan edellytykset täyttyvät.
- Talouden toimijalla on oikeus esittää näyttöä siitä, että se on toteuttanut riittäviä toimenpiteitä luotettavuutensa osoittamiseksi direktiivin 2014/24 57 artiklan 6 kohdan nojalla, mikä hankintaviranomaisen (tai kansallisen lainsäädännön nojalla tähän toimivaltaisen viranomaisen) on arvioitava, ja näin on myös silloin, kun kilpailuviranomainen on määrännyt talouden toimijalle liitännäisseuraamuksena kiellon osallistua hankintamenettelyihin.