JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
22 päivänä marraskuuta 2017[1]

Asia C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
”Ecoservice projektai” UAB, aiemmin ”Specializuotas transportas” UAB,
”VSA Vilnius” UAB:n,
”Švarinta” UAB:n,
”Specialus autotransportas” UAB:n ja
”Ecoservice” UAB:n
osallistuessa asian käsittelyyn,

(Ennakkoratkaisupyyntö – Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (ylin tuomioistuin, Liettua))

Ennakkoratkaisupyyntö – Direktiivi 2004/18/EY – Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyt – Yhdenvertainen kohtelu – Avoimuus – Toimiva kilpailu tarjoajien välillä – Samassa menettelyssä itsenäisiä tarjouksia jättäneiden tarjoajien keskinäiset sidokset – Keskenään sidoksissa olevien tarjoajien velvollisuus antaa tietoja – Hankintaviranomaisen ja kansallisen tuomioistuimen velvollisuudet

1. Kahden tai useamman keskenään sidoksissa olevan tarjoajan jättäessä tarjouksensa julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyissä voi syntyä epäily siitä, että ne toimivat yhteensovitetusti (tai jopa kollusiivisesti) avoimuuden ja muiden näissä menettelyissä noudatettavien unionin oikeuden sääntöjen tai periaatteiden vastaisesti.

2. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (ylin tuomioistuin, Liettua) on esittänyt ennakkoratkaisukysymyksensä juuri tällaisessa tilanteessa, jossa saman emoyhtiön kaksi tytäryhtiötä yrittivät saada itselleen muun muassa jätteiden keräämistä ja kuljettamista koskevan hankintasopimuksen kyseisen maan tietyssä kunnassa.

3. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa kysymyksillään viime kädessä selvittää, onko kyseisillä tarjoajilla velvollisuus – myös nimenomaisen lainsäännöksen puuttuessa – ilmoittaa hankintaviranomaiselle keskinäisistä suhteistaan ja miten tämän hankintaviranomaisen on toimittava tällaisten suhteiden olemassaolon todetessaan.

4. Unionin tuomioistuimella on tämän ennakkoratkaisupyynnön perusteella tilaisuus täydentää oikeuskäytäntöään, joka koskee yhdenvertaista kohtelua ja avoimuutta direktiivillä 2004/18/EY[2] säännellyissä menettelyissä, kun näihin menettelyihin osallistuvat yritykset kuuluvat samaan konserniin.

1 Alkuperäinen kieli: espanja.

2 Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2004, L 134, s. 114).

I. Asiaa koskevat oikeussäännöt

A. Unionin oikeus

1. Direktiivi 2004/18

5. Tämän direktiivin johdanto-osan 46 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Hankintasopimukset olisi tehtävä puolueettomin perustein, joilla varmistetaan avoimuuden, syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden noudattaminen ja joilla taataan, että tarjous arvioidaan todellisen kilpailun olosuhteissa. – –”

6. Direktiivin 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

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

7. Sen 45 artiklan 2 kohta kuuluu seuraavasti:

”Hankintamenettelystä voidaan sulkea pois taloudellinen toimija, joka

a) on konkurssissa tai purkumenettelyn kohteena tai keskeyttänyt liiketoimintansa tai jonka asioita hallinnoi tuomioistuin tai joka on sopinut järjestelystä velkojien kanssa taikka on muun vastaavan kansalliseen lainsäädäntöön ja kansallisiin määräyksiin perustuvan menettelyn alainen;

b) on asianosaisena oikeudenkäynnissä, jonka tarkoituksena on konkurssiin asettaminen, purkaminen tai tuomioistuimen hallinnointi tai akordikäsittely, taikka muussa vastaavassa kansalliseen lainsäädäntöön ja kansallisiin määräyksiin perustuvassa oikeudenkäyntimenettelyssä;

c) on saanut ammattinsa harjoittamiseen liittyvästä lainvastaisesta teosta tuomion, joka on tullut maan lainsäädännön mukaisesti lainvoimaiseksi;

d) on ammattitoiminnassaan syyllistynyt vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomaiset voivat näyttää toteen;

e) on laiminlyönyt velvollisuutensa suorittaa sen maan, johon taloudellinen toimija on sijoittautunut, tai sen maan, jossa hankintaviranomainen on, lainsäädännön mukaisia sosiaaliturvamaksuja;

f) on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa sijoittautumismaansa tai hankintaviranomaisen maan lainsäädännön mukaisia veroja;

g) on tämän luvun soveltamiseksi vaadittavia tietoja ilmoittaessaan vakavalla tavalla syyllistynyt väärien tietojen antamiseen tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen.”

2. Direktiivi 89/665/ETY[3]

8. Tämän direktiivin 1 artiklan 1 kohdan kolmannessa alakohdassa säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivin 2004/18/EY soveltamisalaan kuuluviin hankintasopimuksiin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti tämän direktiivin 2–2 f artiklassa säädettyjen edellytysten mukaisesti sillä perusteella, että nämä päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai vastoin kansallisia säännöksiä, jotka on annettu kyseisen yhteisön oikeuden saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä.”

9. Direktiivin 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklassa säädettyjä muutoksenhakumenettelyjä koskeviin toimenpiteisiin sisältyvät valtuudet:

– –

b) kumota lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden kumoaminen, mukaan lukien tarjouspyynnössä, sopimusasiakirjoissa tai muussa sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa olevien syrjintää aiheuttavien teknisten, taloudellisten tai rahoitusta koskevien eritelmien poistaminen”.

B. Kansallinen oikeus

1. Julkisista hankinnoista annettu Liettuan tasavallan laki (Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas)[4]

10. Lain 3 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomainen on varmistettava hankintamenettelyissä, joiden päätteeksi sopimus tehdään voittajan kanssa, yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteiden noudattaminen.”

2. Liettuan tasavallan kilpailulaki (Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas)[5]

11. Lain 3 §:n 14 momentissa säädetään seuraavaa:

”Keskenään sidoksissa olevien taloudellisten toimijoiden ryhmällä [tarkoitetaan] kahta tai useampaa taloudellista toimijaa, joiden katsotaan muodostavan yhden ainoan taloudellisen toimijan niiden bruttotulosta ja markkinaosuutta laskettaessa, kun ne harjoittavat toisiinsa nähden määräysvaltaa tai omistavat osuuksia toisistaan ja niillä on edellytykset yhteistoiminnalle. Jollei toisin osoiteta, keskenään sidoksissa olevien taloudellisten toimijoiden ryhmän muodostavat jokainen kyseessä oleva taloudellinen toimija ja

3 Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1989, L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL 2007, L 335, s. 31).

4 13.8.1996 annettu laki (Žin., 1996, nro 84-2000).

5 23.3.1999 annettu laki (Žin., 1999, nro 30-856).

– –

2) taloudelliset toimijat, joita hallinnoidaan yhdessä sen kanssa tai jotka jakavat sen kanssa hallintopalvelunsa ja jonka hallintoneuvoston, hallituksen tai muun johto- tai hallintoelimen jäsenistä vähintään puolet on samoja kuin kyseessä olevalla taloudellisella toimijalla;

3) taloudelliset toimijat, joista kyseessä oleva taloudellinen toimija omistaa vähintään kolmasosan tai joiden kaikista äänioikeuksista sillä on vähintään kolmasosa tai jotka ovat velvollisia sovittamaan sen kanssa yhteen taloudelliset päätöksensä, vastaavat sille velvoitteidensa täyttämisestä kolmansiin nähden, ovat velvollisia siirtämään sille kokonaan tai osittain voittonsa tai ovat valtuuttaneet sen käyttämään vähintään kolmasosaa varoistaan;

– –”

12. Lain 5 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”1. Sopimukset, joiden tarkoituksena on rajoittaa kilpailua tai jotka rajoittavat tai voivat rajoittaa kilpailua, ovat kiellettyjä ja mitättömiä, erityisesti

1) sopimukset, joissa vahvistetaan suoraan tai välillisesti tiettyjen tuotteiden hinta tai muita osto- tai myyntiehtoja;

– –”

II. Tosiseikat

13. Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (Šiauliain alueen jätteenkäsittelykeskus, Liettua; jäljempänä käsittelykeskus) julkaisi 9.7.2015 tarjouspyynnön, joka koski yhdyskuntajätteen keräämiseen ja kuljettamiseen liittyvien kunnallisten palvelujen suorittamista Šiauliain kunnassa.

14. Ennakkoratkaisupyynnössä esitettyjen tietojen perusteella tarjouspyynnössä kiellettiin tarjoajia jättämästä vaihtoehtoisia tarjouksia. [6]

15. Tarjouksensa jättivät seuraavat neljä tarjoajaa:

A) Specialus autotransportas UAB (jäljempänä tarjoaja A)

B) Specializuotas transportas UAB (jäljempänä tarjoaja B)

C) Ekonovus UAB

D) VSA Vilnius UAB -konserni (jäljempänä VSA Vilnius) ja Švarinta UAB.

16. Tarjoajat A ja B ovat Ecoservice UAB:n (jäljempänä Ecoservice) tytäryhtiöitä. [7]

6 Tarjoaja B:n kirjallisissa huomautuksissa (34 kohta) on esitetty tarjouspyyntöasiakirjojen lauseke 39, johon tämä kielto sisältyi.

7 Ennakkoratkaisupyynnön (ranskankielisen version 10 kohdan) mukaan emoyhtiö omistaa 100 prosenttia tarjoajan A osakkeista ja 98,12 prosenttia tarjoajan B osakkeista, ja näiden hallitukset muodostuvat samoista henkilöistä.

17. Tarjoaja B esitti tarjouksensa yhteydessä [8] oma-aloitteisesti valaehtoisen ilmoituksen, jonka mukaan se osallistui tarjouspyyntömenettelyyn itsenäisesti ja kaikista muista sellaisista taloudellisista toimijoista riippumattomasti, joihin sillä saattaisi olla sidoksia, ja pyysi käsittelykeskusta kohtelemaan kaikkia muita henkilöitä kilpailijoina. Lisäksi se sitoutui pyydettäessä toimittamaan luettelon taloudellisista toimijoista, joihin se oli sidoksissa.

18. Käsittelykeskus hylkäsi tarjoajan A tarjouksen, koska se ei ollut tarjouspyyntöasiakirjojen erään ehdon mukainen, [9] eikä kyseinen tarjoaja riitauttanut tätä päätöstä. [10]

19. Hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valittiin lopulta tarjoaja B.

20. VSA Vilnius teki oikaisuvaatimuksen, jossa se väitti, että tarjoajien A ja B tarjouksia ei ollut arvioitu asianmukaisesti ja että avoimuusperiaatetta ja yhdenvertaisuutta lain edessä koskevaa periaatetta oli loukattu.

21. Oikaisuvaatimuksensa tultua hylätyksi VSA Vilnius nosti kanteen, [11] jonka Šiaulių apygardos teismas (Šiauliain alueellinen tuomioistuin, Liettua) hyväksyi olennaisilta osin 18.1.2016 antamallaan tuomiolla, joka pysytettiin Lietuvos apeliacinis teismasin (ylioikeus, Liettua) 5.4.2016 antamalla määräyksellä.

22. Käsittelykeskus ja tarjoaja B ovat valittaneet Lietuvos Aukščiausiasis Teismasiin, joka on esittänyt nyt käsiteltävänä olevan ennakkoratkaisupyynnön.

III. Ennakkoratkaisukysymykset

23. Ennakkoratkaisukysymykset ovat seuraavat:

”1) Onko SEUT 45 artiklassa vahvistettu henkilöiden vapaa liikkuvuus ja SEUT 56 artiklassa vahvistettu palvelujen vapaa liikkuvuus, direktiivin 2004/18 2 artiklassa vahvistetut tarjoajien yhdenvertaista kohtelua koskeva periaate ja avoimuusperiaate sekä niistä johtuva toimijoiden välisen vapaan ja vilpittömän kilpailun periaate (yhdessä tai erikseen, mutta rajoittumatta näihin oikeussääntöihin) ymmärrettävä ja onko niitä tulkittava siten, että

jos keskenään sidoksissa olevat tarjoajat, joiden taloudelliset ja hallinnolliset sidokset, rahoitussidokset tai muut sidokset saattavat objektiivisesti herättää epäilyksiä niiden itsenäisyydestä ja luottamuksellisten tietojen suojasta tai saattavat tarjota niille mahdollisesti etua muihin tarjoajiin nähden, ovat päättäneet jättää erillisiä (itsenäisiä) tarjouksia samassa tarjouspyyntömenettelyssä, ovatko ne tällöin joka tapauksessa velvollisia ilmoittamaan näistä keskinäisistä sidoksistaan hankintaviranomaiselle, vaikka hankintaviranomainen ei tiedustele sitä niiltä erikseen, riippumatta siitä, säädetäänkö julkisia hankintoja koskevassa kansallisessa säännöstössä tällaisesta velvollisuudesta?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan

8 Tarjoaja B viittasi siinä alihankkijaan, joka on niin ikään Ecoservicen tytäryhtiö ja jonka hallituksessa on samat luonnolliset henkilöt kuin tarjoajien A ja B hallituksissa.

9 Käytännössä se ei täyttänyt edellytystä, jonka mukaan palvelun suorittamiseen on käytettävä erityisiä ajoneuvoja, joiden moottorit ovat vähintään Euro V -standardin mukaisia.

10 Kuitenkin myöhemmin, kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli hyväksynyt erään itsenäisen tarjoajan nostaman kanteen, tarjoaja A valitti kyseisestä tuomiosta.

11 Se väitti siinä, että tarjoajia A ja B oli Ecoservicen tytäryhtiöinä pidettävä kilpailulain 3 §:n 14 momentissa tarkoitettuina keskenään sidoksissa olevina yrityksinä ja että niiden tarjouksia oli pidettävä vaihtoehtoisina. Se lisäsi, että nämä yritykset eivät olleet osallistuneet tarjouspyyntömenettelyyn toimivan kilpailun edellytysten mukaisesti ja että niillä oli ollut kollusiivinen käytäntö. Koska tarjouspyynnön ehtojen mukaan oli kiellettyä jättää vaihtoehtoisia tarjouksia, A:n ja B:n tarjoukset oli sen mukaan hylättävä.

a) myöntävästi (eli tarjoajien on joka tapauksessa ilmoitettava sidoksensa hankintaviranomaiselle), onko jo pelkkä se seikka, että tätä velvoitetta ei noudatettu tai sitä ei noudatettu asianmukaisesti, hankintaviranomaiselle riittävä peruste katsoa tai muutoksenhakuelimelle (tuomioistuin) riittävä peruste päättää, että keskenään sidoksissa olevat tarjoajat, jotka ovat jättäneet erillisiä tarjouksia samassa tarjouspyyntömenettelyssä, eivät ole aidossa kilpailutilanteessa (vaan ne ovat näennäisessä kilpailutilanteessa)?

b) kieltävästi (eli tarjoajilla ei ole muuta sidostensa ilmoittamista koskevaa velvoitetta kuin se, joka on vahvistettu lainsäädännössä tai tarjouspyyntöehdoissa), onko hankintaviranomaisen kannettava riski, joka aiheutuu siitä, että keskenään sidoksissa olevat taloudelliset toimijat osallistuvat menettelyyn, ja riski tästä seikasta johtuvista seurauksista, jos hankintaviranomainen ei itse ilmoita tarjouspyyntöehdoissa tästä velvoitteesta?

3) Riippumatta siitä, mitä ensimmäiseen kysymykseen vastataan, ja kun otetaan huomioon tuomio 12.3.2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), onko ensimmäisessä kysymyksessä tarkoitetut oikeussäännöt sekä direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohdan kolmannen alakohdan ja kyseisen direktiivin 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan säännökset (yhdessä tai erikseen, mutta rajoittumatta näihin oikeussääntöihin) ymmärrettävä ja onko niitä tulkittava siten, että

a) jos tarjouspyyntömenettelyn kuluessa hankintaviranomaiselle selviää millä tahansa tavalla, että useiden tarjoajien välillä on merkittäviä sidoksia, kyseisen hankintaviranomaisen on, riippumatta siitä, miten se itse arvioi tätä seikkaa, tai muista olosuhteista (esim. siitä, ovatko tarjoukset muodoltaan ja asiasisällöltään erilaisia, tarjoajan antamasta julkisesta sitoumuksesta, jonka mukaan se kilpailee vilpittömästi muiden tarjoajien kanssa, jne.), lähestyttävä keskenään sidoksissa olevia tarjoajia erikseen ja kehotettava niitä selventämään, onko niiden henkilökohtainen tilanne tarjoajien välisen vapaan ja vilpittömän kilpailun mukainen ja millä tavoin se on sen mukainen?

b) jos hankintaviranomaisella on tällainen velvoite mutta se ei noudata sitä, onko tuomioistuimella riittäviä perusteita todeta, että kyseisen hankintaviranomaisen toiminta on lainvastaista, koska se ei takaa menettelyn avoimuutta ja objektiivisuutta ja koska se ei ole pyytänyt hakijalta todisteita tai koska se on laiminlyönyt tehdä omasta aloitteestaan päätöksen siitä, onko keskenään sidoksissa olevien henkilöiden henkilökohtainen tilanne saattanut vaikuttaa tarjouspyyntömenettelyn lopputulokseen?

4) Onko kolmannessa kysymyksessä mainitut oikeussäännöt ja SEUT 101 artiklan 1 kohta (yhdessä tai erikseen, mutta rajoittumatta näihin oikeussääntöihin) tuomion 12.3.2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), tuomion 21.1.2016, Eturas ym. (C-74/14, EU:C:2016:42) ja tuomion 21.7.2016, VM Remonts ym. (C-542/14, EU:C:2016:578) valossa ymmärrettävä ja onko niitä tulkittava siten, että

a) jos tarjoaja (muutoksenhakija) on saanut tiedon siitä, että jommankumman keskenään sidoksissa olevan tarjoajan (tarjoaja A) jättämä hinnaltaan alin tarjous on hylätty, ja siitä, että toinen tarjoaja (tarjoaja B) on valittu sopimuspuoleksi, ja kun otetaan huomioon muutkin olosuhteet, jotka liittyvät näihin tarjoajiin ja niiden osallistumiseen tarjouspyyntömenettelyyn [se, että (tarjoajien A ja B) hallintoelinten kokoonpano on sama; se, että niillä on sama emoyhtiö, joka ei osallistunut tarjouspyyntömenettelyyn; se, että tarjoajat A ja B eivät kertoneet keskinäisistä sidoksistaan hankintaviranomaiselle eivätkä antaneet lisäselvitystä näistä sidoksista muun muassa siksi, että niistä ei ollut esitetty tiedusteluja; se, että tarjoaja A esitti tarjouksessaan epäjohdonmukaisia tietoja siitä, olivatko ehdotetut kuljetusajoneuvot (jätteidenkeruukuorma-autot) EURO V -standardin mukaisia; se, että tarjoaja, joka jätti hinnaltaan alimman tarjouksen, joka hylättiin siinä todettujen puutteiden vuoksi, ei aluksi riitauttanut hankintaviranomaisen kyseistä päätöstä ja toiseksi teki asiaa ensimmäisenä oikeusasteena käsitelleen tuomioistuimen tuomiosta valituksen, jossa väitettiin muun muassa, että sen tarjouksen hylkääminen oli lainvastaista, jne.], eikä hankintaviranomainen ole ryhtynyt

toimenpiteisiin minkään näiden olosuhteiden osalta, ovatko nämä olosuhteet sellaisenaan riittävä peruste sille, että muutoksenhakuelin hyväksyy vaatimukset, joiden mukaan sen olisi todettava hankintaviranomaisen toiminta, joka ei takaa menettelyn avoimuutta ja objektiivisuutta, lainvastaiseksi, ilman, että se lisäksi velvoittaisi muutoksenhakijan esittämään konkreettista näyttöä siitä, että tarjoajat A ja B toimivat vilpillisesti?

b) tarjoajat A ja B eivät ole osoittaneet hankintaviranomaiselle, että ne kilpailevat aidosti ja vilpittömästi tarjouspyyntömenettelyssä, pelkästään sillä perusteella, että tarjoaja B jätti vapaaehtoisesti ilmoituksen, jossa todettiin, että se esitti tarjouksen vilpittömästi, tarjoaja B sovelsi laadunhallintastandardeja osallistuessaan tarjouspyyntömenettelyyn ja näiden tarjoajien jättämät tarjoukset eivät olleet muodoltaan eivätkä sisällöltään samanlaisia?

5) Voidaanko keskenään sidoksissa olevien toimijoiden (joilla on sama emoyhtiö), jotka osallistuvat erikseen samaan tarjouspyyntömenettelyyn, jonka arvo yltää kansainvälisen tarjouspyyntömenettelyn arvoon ja jossa hankintaviranomaisen toimipaikka ja palvelujen suorituspaikka sijaitsevat toisen jäsenvaltion (Latvian tasavallan) läheisyydessä, toimien arviointiin soveltaa lähtökohtaisesti SEUT 101 artiklaa, sellaisena kuin sitä on tulkittu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, kun otetaan huomioon muun muassa yhden näistä tarjoajista vapaaehtoisesti antama ilmoitus vilpittömästä kilpailusta?”

IV. Menettely unionin tuomioistuimessa ja asianosaisten lausumat

24. Ennakkoratkaisupyyntö saapui unionin tuomioistuimen kirjaamoon 18.10.2016.

25. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet käsittelykeskus, VSA Vilnius, Ecoservice projektai UAB (aiemmin tarjoaja B), Liettuan ja Tšekin hallitukset sekä komissio. Istunnon järjestämistä ei katsottu tarpeelliseksi.

26. Käsittelykeskus ei ole lausunut konkreettisesti kustakin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämästä viidestä kysymyksestä vaan se on tyytynyt toteamaan, että se tiesi tarjoajien välisistä sidoksista, sillä ne ovat yleisesti tiedossa, ja että sitä ei ollut missään vaiheessa johdettu harhaan sen tehdessä päätöksiään.

27. Käsittelykeskuksen mukaan tarjoajien välinen yhteys ei yksinään merkinnyt kilpailun puuttumista, minkä lisäksi esillä olevassa tilanteessa oli useita objektiivisia seikkoja, joiden perusteella niiden voitiin päätellä kilpailevan keskenään.

28. Ensimmäiseen kysymykseen kaikki osapuolet VSA Vilniusta lukuun ottamatta ehdottavat kieltävää vastausta. Ne väittävät tiivistetysti esitettynä, että EUT-sopimuksessa tai direktiivissä 2004/18 ei kummassakaan kielletä keskenään sidoksissa olevia yrityksiä jättämästä tarjouksia eikä estetä tarjoajaa jättämästä useita tarjouksia. Myöskään unionin lainsäädännössä ei säädetä minkäänlaisista toimenpiteistä, jotta toimijoille ilmoitettaisiin muut tarjoajat, jolloin ne voisivat tarkistaa mahdolliset keskinäiset sidoksensa ja ilmoittaa tästä hankintaviranomaiselle. Avoimuusperiaatetta, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja syrjintäkiellon periaatetta ei voida tulkita siten, että tarjoajilla olisi velvollisuus ilmoittaa omasta aloitteestaan keskinäiset sidoksensa, sanotun kuitenkaan rajoittamatta sitä, että niiden on toimitettava tiedot, joita hankintaviranomaiset voivat niiltä pyytää.

29. VSA Vilnius sitä vastoin ehdottaa, että ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, minkä seurauksena se tarkastelee toisessa kysymyksessä esitettyä ensimmäistä tilannetta. Sen mielestä olisi kohtuutonta, jos tarjoajat eivät voisi kumota yhdenmukaistettua menettelytapaa koskevaa olettamaa, joka perustuu siihen, että ne eivät ole ilmoittaneet keskinäisiä sidoksiaan. Niiden passiivisuus tai tietojen toimittamatta jättäminen tältä osin voitaisiin kuitenkin tulkita yhdessä muiden indisioiden tai lisätodisteiden kanssa osoitukseksi kilpailunvastaisesta menettelystä.

30. Toisen kysymyksen toisen tilanteen osalta Ecoservice projektai ja Liettuan hallitus puoltavat myönteistä vastausta ja korostavat hankintaviranomaisen velvollisuutta varmistua siitä, että direktiivin 2004/18 2 artiklassa asetettuja periaatteita noudatetaan aineellisesti eikä vain muodollisesti.

31. VSA Vilnius väittää, että hankintaviranomaisen on yksin kannettava riski keskenään sidoksissa olevien tarjoajien osallistumisesta, jos se on muuta kautta tietoinen näistä sidoksista eikä toteuta toimenpiteitä tarkistaakseen kyseisten tarjoajien osallistumista koskevia olosuhteita.

32. Komissio katsoo, että jos hankintaviranomainen ei kykene osoittamaan, että tarjoaja on ammattitoiminnassaan syyllistynyt vakavaan virheeseen, se ei voi kieltää tätä osallistumasta menettelyyn.

33. Osapuolet ovat käsitelleet kolmatta, neljättä ja viidettä kysymystä yhdessä.

34. Ecoservice projektai väittää, että hankintaviranomaisen on vaadittava tarjoajilta tietoja ainoastaan, jos sillä on perusteita epäillä, etteivät ne osallistu menettelyyn kilpailijoina, ilman että neljännessä kysymyksessä tarkoitetut olosuhteet riittäisivät hankintaviranomaisen menettelyn lainvastaiseksi toteamiseen. Sen mielestä SEUT 101 artikla ei oikeuta tutkimaan menettelyyn erikseen osallistuvien, keskenään sidoksissa olevien tarjoajien toimia.

35. VSA Vilniusin kanta on päinvastainen. Se vetoaa erityisesti siihen, että unionin tuomioistuimen mukaan hankintaviranomaisten on osallistuttava aktiivisesti julkisia hankintoja koskevien periaatteiden soveltamiseen. Tämä edellyttää sitä, että keskenään sidoksissa olevilta tarjoajilta kysytään, missä muodossa ne osallistuvat menettelyyn, sillä muussa tapauksessa muilla tarjoajilla olisi perusteettomasti todistustaakka niiden vilpillisestä menettelystä. Sen mielestä velvollisuus osoittaa toimiva kilpailu kuuluu keskenään sidoksissa oleville tarjoajille, sanotun kuitenkaan rajoittamatta hankintaviranomaisen velvollisuutta vaatia niitä poistamaan mahdolliset epäilyt niiden menettelyyn osallistumisen luonteesta.

36. Liettuan hallitus katsoo, että hankintaviranomaisella on velvollisuus aktiivisesti selvittää, onko menettely avointa. Kun kyse on keskenään sidoksissa olevista tarjoajista, sen on tarkistettava, vaikuttavatko nämä sidokset niiden tarjousten sisältöön. Jos on olemassa objektiivisia seikkoja, jotka saattavat kyseenalaistaa menettelyn avoimuuden, hankintaviranomaisen on analysoitava kaikkia asian kannalta merkityksellisiä olosuhteita ja tarvittaessa pyydettävä osapuolilta tietoja.

37. Kyseinen hallitus katsoo niin ikään, että jos hankintaviranomainen ei ole toteuttanut toimenpiteitä varmistaakseen avoimuutta, sen menettely on lainvastaista kahdessa tapauksessa: jos se on tiennyt tai olisi voinut tietää, että menettelyyn saattoi osallistua kaksi keskenään sidoksissa olevaa tarjoajaa, eikä se ole toteuttanut toimenpiteitä varmistaakseen niiden tarjousten itsenäisyyttä, ja jos näiden toimenpiteiden toteuttamisesta huolimatta se toteaa sittemmin, että sen toiminta ei ole ollut riittävää.

38. Liettuan hallitus väittää vielä, että kyseessä olevan tilanteen olosuhteiden perusteella voidaan päätellä, että keskenään sidoksissa olevat tarjoajat muodostavat ”taloudellisen kokonaisuuden”, minkä vuoksi SEUT 101 artiklaa ei voida soveltaa.

39. Tšekin hallituksen mukaan pelkät tarjoajien väliset sidokset eivät riitä perusteeksi sulkea ne pois menettelystä. Ratkaisevaa on se, voivatko sidokset vaikuttaa menettelyn lopputulokseen, minkä vuoksi hankintaviranomaisen on tutkittava tarjoajien erityinen tilanne. Koska kilpailun suojeleminen on turvattu julkisten hankintojen yhteydessä johdetulla oikeudella, SEUT 101 artiklaan ei ole tarpeen vedota.

40. Komissio väittää, että tietoihin, joita hankintaviranomainen voi vaatia tarjoajilta direktiivin 2004/18 mukaisesti, ei kuulu ilmoitus tarjoajan sidoksista muihin tarjoajiin, vaikka sillä on velvollisuus tarkistaa, ettei menettelystä poissulkemiselle ole perusteita. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kolmannessa ja neljännessä kysymyksessään mainitsemasta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä komissio katsoo, ettei sillä ole merkitystä esitettyihin kysymyksiin vastattaessa.

41. SEUT 101 artiklasta komissio toteaa, että sitä ei sovelleta emoyhtiön ja sen tytäryhtiön tai saman konsernin tytäryhtiöiden välisiin sopimuksiin tai yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, eikä myöskään emoyhtiöön, joka käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa tytäryhtiöissä. Esillä olevan asian olosuhteissa – jollei ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toisin totea – tarjoajat A ja B muodostavat yhden taloudellisen kokonaisuuden, minkä vuoksi kyseistä määräystä ei voida soveltaa.

V. Asian arviointi

42. Lietuvos Aukščiausiasis Teismasin kysymykset voidaan ryhmitellä tämän ratkaisuehdotuksen alussa esitetyn mukaisesti seuraavasti:

– Yhtäältä (ensimmäinen ja toinen kysymys) on ratkaistava, onko keskenään sidoksissa olevilla tarjoajilla, jotka jättävät erillisiä tarjouksia, joka tapauksessa velvollisuus saattaa tämä seikka hankintaviranomaisen tietoon, ja mikäli näin on, mitä seurauksia sen tekemättä jättämisestä on.

– Toisaalta (kolmas, neljäs ja viides kysymys) on täsmennettävä, miten hankintaviranomaisen – ja mahdollisesti sen toimia valvovan tuomioistuimen – on meneteltävä siinä tilanteessa, että se on tietoinen merkittävistä sidoksista tiettyjen tarjoajien välillä.

A. Tarjoajien velvollisuus ilmoittaa hankintaviranomaisille sidoksistaan muihin tarjoajiin (ensimmäinen ja toinen kysymys)

43. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa ensinnäkin tietää, onko keskenään sidoksissa olevilla tarjoajilla, jotka osallistuvat julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn, velvollisuus ilmoittaa tästä seikasta, ”vaikka hankintaviranomainen ei tiedustele sitä niiltä erikseen [ja] riippumatta siitä, säädetäänkö julkisia hankintoja koskevassa kansallisessa säännöstössä tällaisesta velvollisuudesta”. [12]

44. On loogista, että kysymyksessä – ja yleisesti osapuolten huomautuksissa – oletetaan implisiittisesti, ettei keskenään sidoksissa olevia tarjoajia voida yksinkertaisesti kieltää jättämästä omia tarjouksiaan tämänkaltaisessa menettelyssä. Unionin tuomioistuin totesi näin tuomiossa Assitur, [13] ilman että tätä oletusta olisi kyseenalaistettu.

45. Tämän lähtökohdan mukaisesti velvollisuus ilmoittaa näistä sidoksista ei ilmene direktiivistä 2004/18 (eikä myöskään julkisia hankintoja koskevasta Liettuan laista), mistä myös kaikki osapuolet ovat yhtä mieltä.

46. Ainoastaan VSA Vilnius väittää, että tämä velvollisuus on asetettu välillisesti tai implisiittisesti sen vuoksi, että on tarpeen kumota olettama, jonka mukaan tarjoajien väliset kytkökset voivat niistä seuraavan epäitsenäisyyden vuoksi vaarantaa sopimuksentekomenettelyjen avoimuuden ja vääristää kilpailua.

12 Ensimmäisen kysymyksen toisen kohdan lopussa.

13 Tuomio 19.5.2009, C-538/07, EU:C:2009:317, 28 kohta: ”Olisi – – vastoin yhteisön oikeuden tehokasta soveltamista, jos sidossuhteessa olevilta yrityksiltä suljettaisiin järjestelmällisesti pois oikeus osallistua samaan julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyyn. Tällainen ratkaisu rajoittaisi näet huomattavasti kilpailua yhteisön tasolla”.

47. VSA Vilniusin väite kohtaa heti alkuun vakavan esteen, sillä unionin tuomioistuin on todennut, että juuri ”avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteet, jotka säätelevät kaikkia julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjä, edellyttävät, että hankintaan osallistumista koskevat aineelliset ja menettelylliset edellytykset ja etenkin tarjoajien velvollisuudet määritetään selvästi etukäteen ja että ne julkaistaan, jotta menettelyssä asetettavat vaatimukset selviävät täsmällisesti tarjoajille ja jotta ne voivat varmistua siitä, että kaikille kilpailijoille asetetaan samat vaatimukset”. [14]

48. Avoimuuskriteeriä, johon unionin tuomioistuin viittaa, ei täytä *vaatimus* (oletettu velvollisuus ilmoittaa yhtiöiden välisistä sidoksista), joka ei ilmene tarjouspyyntöasiakirjoista, josta ei ole säädetty kansallisessa laissa ja jota ei ole otettu direktiiviin 2004/18. Ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen pitäisi näin ollen vastata, että ilman nimenomaista (unionin oikeuden tai kansallisen oikeuden) säännöstä keskenään sidoksissa olevilla tarjoajilla ei ole velvollisuutta ilmoittaa hankintaviranomaiselle keskinäisistä suhteistaan.

49. Onko mahdollista väittää VSA Vilniusin puoltaman kannan mukaisesti, [15] että vaikka kyseinen velvollisuus ei ole nimenomainen, se ilmenee julkisia hankintoja koskevasta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä?

50. Mielestäni ei ole, sillä tässä oikeuskäytännössä on tunnustettu, että yritysryhmiin kuuluvilla yrityksillä voi olla ”tiettyä itsenäisyyttä kaupallisten toimintaperiaatteidensa ja liiketoimintansa harjoittamisen osalta erityisesti julkisiin tarjouskilpailuihin osallistumisen alalla” ja niihin ”voidaan soveltaa erityisiä esimerkiksi sopimuksiin perustuvia määräyksiä, joilla voidaan taata sekä itsenäisyys että luottamuksellisuus sellaisten tarjousten laatimisessa, jotka [esitetään] samanaikaisesti samassa tarjouskilpailussa”. [16]

51. Näistä toteamuksista voidaan mielestäni päätellä, että kun ei ole annettu nimenomaista säännöstä, joka velvoittaisi keskenään sidoksissa olevia yrityksiä, niiden arvioidessa tarjouksensa itsenäisiksi niiden ei ole välttämättä ilmoitettava hankintaviranomaiselle yhtiöiden välisistä sidoksista.

52. Lisäksi on niin, että jos hypoteettisesti hyväksyttäisiin VSA Vilniusin kanta, velvollisuus ei johtuisi tarjouspyyntöasiakirjoista ilmenevästä ”*selvästi* määritellystä edellytyksestä”, mitä unionin tuomioistuin edellyttää. Tällaisessa tilanteessa kyse olisi velvollisuudesta, joka on enemmän tai vähemmän johdettavissa unionin oikeuden tulkinnasta, eikä sen tuntemista voida siten välttämättä edellyttää kaikilta taloudellisilta toimijoilta. [17]

53. Ongelmaa voitaisiin kenties lähestyä toisesta kulmasta ja todeta, että tarjouspyyntöasiakirjoissa kielletään tässä tapauksessa nimenomaisesti [18] samaa tarjoajaa jättämästä vaihtoehtoisia tarjouksia. [19]

54. Voidaanko tästä kiellosta päätellä, että tarjoajien A ja B oli ilmoitettava hankintaviranomaiselle keskinäisistä sidoksistaan? Oliko niiden lisäksi osoitettava, että näistä sidoksista huolimatta molemmat tarjoukset olivat itsenäisiä ja ettei niitä voitu pitää vaihtoehtoisina? [20]

14 Tuomio 2.6.2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, 37 kohta).

15 Sen kirjallisten huomautusten 18 kohta.

16 Tuomio 19.5.2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, 31 kohta).

17 Oikeuskäytännössä on viitattu kohtuullisen tarkkaavaiseen tarjoajaan, joka toimii tavanomaisen huolellisesti, esim. 4.12.2003 annetussa tuomiossa EVN ja Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, 57 kohta).

18 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 14 kohta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa tähän kieltoon ennakkoratkaisupyynnön 18 kohdassa (kyseisen asiakirjan ranskankielisen version mukaan).

19 Ks. vaihtoehtoisista tarjouksista mm. Arrowsmith, S., *The Law of Public Utilities Procurement*, osa 1, Sweet & Maxwell, Lontoo, 3. painos, 2014, 7-246–7-251.

20 Ks. Sánchez Graells, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2. painos, 2015, s. 341, jonka mukaan tämän suhteen pääsääntönä on, että yksi ainoa yksikkö ei saa jättää useita tarjouksia. Tästä säännöstä seuraa, että kyseinen kielto ulottuu samaan konserniin kuuluviin yksiköihin.

55. Todellisuudessa tämä tarjouspyyntöasiakirjojen ehto liittyy direktiivin 2004/18 24 artiklan 2 kohtaan, jota sovelletaan julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin ja jonka mukaan ”hankintaviranomaisten on ilmoitettava hankintailmoituksessa, hyväksyvätkö ne vaihtoehtoja. Jos ilmoitusta ei tehdä, vaihtoehtoja ei hyväksytä”.[21] Näin ollen on katsottava, että vaihtoehtoiset tarjoukset on lähtökohtaisesti kielletty,[22] jollei hankintaviranomainen hyväksy niitä tiettyjen hankintasopimusten osalta.

56. Minun on kuitenkin vaikeaa hyväksyä sitä, että vaihtoehtojen esittämiskiellosta, joka joko on mainittu tarjouspyyntöasiakirjoissa (kuten tässä tapauksessa) tai ei ole, voitaisiin johtaa implisiittinen velvollisuus, jonka mukaan keskenään sidoksissa olevien tarjoajien on välttämättä ilmoitettava yrityskytköksensä hankintaviranomaiselle.

57. Tämä kielto velvoittaisi keskenään sidoksissa olevat tarjoajat korkeintaan osoittamaan, että niiden tarjous ei ollut pelkkä toisen kilpailijan tarjouksen vaihtoehto. Näin ollen kyse ei olisi siitä, että ne täyttäisivät yleisen velvollisuuden ilmoittaa olevansa keskenään sidoksissa olevia yrityksiä, sillä unionin oikeudessa ei ole tällaista velvollisuutta. Direktiivissä 2004/18 ei lähtökohtaisesti kielletä keskenään sidoksissa olevia taloudellisia toimijoita osallistumasta samaan tarjouspyyntömenettelyyn, vaan niitä kielletään tekemästä näin ainoastaan silloin, kun on ”todellinen vaara sellaisten käytäntöjen ilmenemisestä, jotka voivat uhata avoimuutta ja vääristää kilpailua tarjoajien välillä”.[23]

58. Näiden perustelujen mukaisesti tarjouspyyntöasiakirjoissa vahvistettu vaihtoehtoisten tarjousten kielto edellyttäisi itsessään ainoastaan näissä äärimmäisissä tilanteissa, että tarjoajat ilmoittavat hankintaviranomaiselle keskinäisistä suhteistaan kyseisen vaaran poissulkemiseksi.

59. Tästä direktiivin 2004/18 tulkinnasta ei kuitenkaan käytännössä saada asian ratkaisuun juuri apua, ja näin on kahdesta syystä.

60. Ensinnäkin tarjoaja B vakuutti oma-aloitteisesti valaehtoisesti antamassaan ilmoituksessa osallistuvansa tarjouspyyntömenettelyyn itsenäisesti ja kaikista muista sellaisista taloudellisista toimijoista riippumattomasti, joilla saattaisi olla siihen sidoksia, ja pyysi käsittelykeskusta kohtelemaan kaikkia muita tarjoajia kilpailijoina. Sillä, että se ei tässä ilmoituksessa viitannut nimenomaisesti tarjoajaan A, ei ole merkitystä, sillä merkityksellistä tässä on käsittelykeskuksen mukaan[24] se, että näiden kahden yhtiön välinen yhteys oli yleisesti tunnettu (notorinen seikka). Mielestäni huomionarvoista on se, että tarjouksensa itsenäisyyden esille tuomisella tarjoajan B voidaan katsoa pyrkineen noudattamaan tarjouspyyntöasiakirjojen ehtoa, jossa kiellettiin vaihtoehtoisten tarjousten esittäminen.

61. Toiseksi, käsittelykeskukselle annettavalla ilmoituksella pyritään siihen, että se olisi tietoinen tarjoajien yrityskytköksistä, jotta niiden tarjoukset voidaan tutkia huolellisemmin ja mahdolliset yhdenmukaistetut menettelytavat voidaan havaita. Jos käsittelykeskus itse myöntää, kuten edellä on todettu, että tässä tapauksessa se tiesi kyseisistä kytköksistä niiden notorisuuden vuoksi, ja on vaikeuksitta arvioinut, että molemmat toimijat todella kilpailivat tarjouksillaan (jotka olivat sisällöltään erilaisia),[25] ilmoitus oli tarpeeton.

21 Saman artiklan 1 kohdan mukaan vaihtoehtoja voidaan esittää vain, jos hankintasopimuksen tekemisen perusteena on kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous.

22 Ks. em. Arrowsmith, S., 7–247.

23 Tuomio 19.5.2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, 30 kohta).

24 Sen kirjallisten huomautusten toinen kohta.

25 Sen kirjallisten huomautusten neljäs kohta.

62. Näiden kiinteästi tosiseikkoihin liittyvien konkreettisten seikkojen jälkeen on mielestäni tässä tapauksessa syytä katsoa, että tämä direktiivin 2004/18 tulkinta olisi siinä mielessä kaukaa haettu, että se ei vastaisi sitä selvyyttä, jota unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä edellytetään tarjouspyyntömenettelyyn osallistumista koskevien aineellisten ja menettelyllisten edellytysten määrittämiseltä. [26]

63. Näin ollen ehdotan ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastattavan, että SEUT 45 ja SEUT 56 artiklaa sekä direktiivin 2004/18 2 artiklaa on tulkittava siten, että ilman nimenomaista säännöstä tai menettelyä koskevissa ehdoissa olevaa erityistä määräystä keskenään sidoksissa olevilla tarjoajilla, jotka jättävät erillisiä tarjouksia, ei ole velvollisuutta ilmoittaa keskinäisistä sidoksistaan hankintaviranomaiselle.

64. Toiseen kysymykseen annettava vastaus voidaan johtaa ensimmäisestä. Samassa tilanteessa (ilman nimenomaista säännöstä tai tarjouspyyntömenettelyä koskevissa ehdoissa olevaa erityistä määräystä) hankintaviranomaisen on, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, ”kannettava riski, joka aiheutuu siitä, että keskenään sidoksissa olevat taloudelliset toimijat osallistuvat menettelyyn, ja riski tästä seikasta johtuvista seurauksista”.

65. En kuitenkaan puhuisi siitä, että hankintaviranomaisen on *kannettava riski*, vaan sen velvollisuudesta taata tarjoajien yhdenvertainen kohtelu ja menettelyn avoimuus. Tämän velvoitteen täyttämisessä on vältettävä tilannetta, jossa keskenään sidoksissa olevien tarjoajien osallistuminen koituu muiden vahingoksi ja vääristää pakollista kilpailua kaikkien välillä. Juuri näin on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan tapahtunut tässä tapauksessa.

B. Hankintaviranomaisen velvollisuudet tarjoajien välisten sidosten tapauksessa (kolmas, neljäs ja viides kysymys)

66. Yhdyn komission kantaan, jonka mukaan kolmanteen, neljänteen ja viidenteen kysymykseen voidaan vastata yhdessä, vaikka esittämäni uudelleenmuotoilu ei ole täysin sama kuin komissiolla. [27]

67. Mielestäni ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa näillä kysymyksillään selvittää, onko hankintaviranomaisella pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa velvollisuus pyytää keskenään sidoksissa olevia tarjoajia osoittamaan, että niiden tilanne ei ole kilpailuperiaatteen vastainen. On myös epäselvää, onko se, että hankintaviranomainen ei ole ryhtynyt toimenpiteisiin, riittävä peruste todeta sen toiminta menettelyssä lainvastaiseksi.

68. Kuten edellä on jo todettu, asiassa on riidatonta paitsi se, että tarjoajat A ja B olivat toisiinsa sidoksissa olevia oikeudellisia toimijoita, myös se, että käsittelykeskus piti tätä sidosta notorisena seikkana (minkä vuoksi se ei pitänyt tarpeellisena pyytää niitä antamaan siitä ilmoitusta).

69. Lisäksi kaikki näyttää viittaavan siihen, että molemmat tarjoajat, A ja B, muodostavat taloudellisen kokonaisuuden saman emoyhtiön tytäryhtiöinä olosuhteissa, joissa voidaan olettaa, että emoyhtiö käyttää molemmissa ratkaisevaa vaikutusvaltaa. [28] Mikäli näin on, se riittää sen toteamiseksi, että SEUT 101 artiklaa ei voida soveltaa tässä asiassa, kuten suurin osa osapuolista on huomauttanut.

26 Viittaan jälleen 2.6.2016 annettuun tuomioon Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, 37 kohta).

27 Komissio suosittelee, että nämä kolme kysymystä muotoiltaisiin siten, että ”kansallinen tuomioistuin pyrkii selvittämään, sovelletaanko SEUT 101 artiklaa tässä tapauksessa ja onko SEUT 101 artiklaa (sen soveltamisen tapauksessa), direktiivien 89/665/EY ja 2004/18/EY säännöksiä sekä oikeuskäytäntöä ja erityisesti tuomiota eVigilo, tuomiota Eturas ym. ja tuomiota VM Remonts tulkittava siten, että hankintaviranomaisen on edelleen tutkittava kahden tarjoajan välisiä sidoksia kansallisen tuomioistuimen tarkastelemassa tapauksessa” (komission kirjallisten huomautusten 42 kohta).

28 Ks. mm. tuomio 16.6.2016, Evonik Degussa ja AlzChem v. komissio (C-155/14 P, EU:C:2016:446, 28 kohta).

70. On nimittäin yleisesti tiedossa, että oikeuskäytännön mukaan tätä artiklaa ei sovelleta, jos siinä tarkoitetut sopimukset tai menettelytavat ovat taloudellisen kokonaisuuden muodostavien yritysten toimintaa. [29]

71. Kilpailu, joka tarjouspyyntömenettelyjen yhteydessä pyritään turvaamaan, ei ole niinkään (yleistä) sisämarkkinoiden kilpailua itsenäisten taloudellisten toimijoiden välillä vaan pikemminkin (erityisempää) kilpailua, jonka on vallittava julkisia hankintoja koskevia sopimuksia tehtäessä. [30] Tältä viimeksi mainitulta kannalta todellista merkitystä on tarjousten *todellisella* itsenäisyydellä ja erilaisuudella (jotka auttavat hankintaviranomaista valitsemaan yleisen edun kannalta edullisimman tarjouksen) riippumatta siitä, ovatko menettelyyn osallistuvat taloudelliset toimijat itsenäisiä tai onko niillä keskinäisiä sidoksia. Kuten Tšekin hallitus toteaa, [31] kilpailun turvaaminen tarjouspyyntömenettelyissä perustuu ennen kaikkea johdettuun oikeuteen, tässä tapauksessa direktiiviin 2004/18. [32]

72. Se, että pääasiassa kyseessä olevassa tilanteessa ei voida soveltaa SEUT 101 artiklaa, ei kuitenkaan merkitse sitä, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kolmannessa ja neljännessä kysymyksessään mainitsemalla oikeuskäytännöllä ei olisi asian kannalta merkitystä.

73. Vaikka asiassa eVigilo [33] viitattiin hankintaviranomaisen ja jätetyt tarjoukset arvioineiden asiantuntijoiden väliseen eturistiriitaan, unionin tuomioistuin esitti periaatteellisen toteamuksen, jota voidaan soveltaa tässä tapauksessa. Se totesi, että jos objektiivisilla seikoilla kyseenalaistetaan asiantuntijan puolueettomuus, ”hankintaviranomaisen tehtävänä on tutkia kaikki merkitykselliset olosuhteet, jotka johtivat hankintasopimuksen antamista koskevan päätöksen tekemiseen, jotta eturistiriidat estetään, paljastetaan ja poistetaan, tarvittaessa myös pyytämällä osapuolia toimittamaan tietyt tiedot ja todisteet”. [34]

74. Unionin tuomioistuimen mukaan tämä velvollisuus on seurausta hankintaviranomaisen ”aktiivisesta roolista” sen soveltaessa julkisia hankintasopimuksia tehtäessä noudatettavia periaatteita, ja tämä johtuu juuri siitä, että sen on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja toimittava avoimesti direktiivin 2004/18 2 artiklassa edellytetyn mukaisesti. [35] Unionin tuomioistuimen mukaan tämä velvollisuus ”vastaa julkisia hankintamenettelyjä koskevien direktiivien perusajatusta (ks. tuomio 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, 45 kohta)”. [36]

75. Tuomio Eturas ym. [37] ja tuomio VM Remonts ym. [38] koskevat, kuten komissio aivan oikein huomauttaa, [39] hintojen yhdenmukaistamista itsenäisten yritysten välillä ja tarjoajan vastuuta sille palveluja tarjoavan itsenäisen palveluntarjoajan toimista. Tästä huolimatta jotkin näissä tuomioissa esitetyt toteamukset, jotka koskevat näyttöä kolluktiivisesta käyttäytymisestä, voivat olla esillä olevan asian kannalta hyödyllisiä.

29 Ks. vastaavasti tuomio 4.5.1989, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, 19 kohta) ja tuomio 11.4.1989, Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, 35 kohta).

30 On loogista, että yritykset, joilla ei ole keskinäisiä sidoksia, voivat käyttää kollusiivia menettelytapoja ja pyrkiä nimenomaan vääristämään kilpailua julkisia hankintoja koskevissa menettelyissä sovittamalla yhteen toimintansa siten, että ne joko eivät jätä tarjousta tai jättävät tarjouksen ehdoin, joista ne ovat sopineet keskenään lainvastaisesti.

31 Sen kirjallisten huomautusten 10 kohta.

32 Kuten edellä on todettu, tässä direktiivissä ei lähtökohtaisesti kielletä keskenään sidoksissa olevia tarjoajia osallistumasta menettelyyn.

33 Tuomio 12.3.2015 (C-538/13, EU:C:2015:166).

34 Tuomio 12.3.2015, eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166, 44 kohta).

35 Ibidem, 42 kohta.

36 Ibidem, 43 kohta.

37 Tuomio 21.1.2016 (C-74/14, EU:C:2016:42).

38 Tuomio 21.7.2016 (C-542/14, EU:C:2016:578).

39 Sen kirjallisten huomautusten 46 ja 47 kohta.

76. Esimerkiksi ensin mainitun tuomion mukaan ”tehokkuusperiaate edellyttää – –, että näyttö unionin kilpailuoikeuden rikkomisesta voidaan esittää suoran näytön lisäksi indisioilla, mikäli ne ovat objektiivisia ja yhtäpitäviä”.[40] Jälkimmäisessä tuomiossa todetaan, että silloin kun näyttöä koskevia unionin sääntöjä ei ole, ”näytön arvioimiseen ja vaadittuun näytön tasoon liittyv[ät] sään[nöt] – – kuuluvat – – jäsenvaltioiden menettelyllisen itsemääräämisoikeuden piiriin”.[41]

77. Kun tätä oikeuskäytäntöä sovelletaan kansallisen tuomioistuimen käsittelemässä asiassa kyseessä oleviin olosuhteisiin, on katsottava, että jos hankintaviranomainen havaitsee, että menettelyyn osallistuu keskenään sidoksissa olevia toimijoita, siltä odotetun ”aktiivisen roolin” tarjoajien välisen toimivan kilpailun takeena täytyy yleensä johtaa siihen, että se varmistuu kyseisten toimijoiden tarjousten itsenäisyydestä.[42]

78. Tämä varmistaminen on kaiken kaikkiaan vain yksi niistä toimenpiteistä, joilla on tarkoitus ”tutkia kaikki merkitykselliset olosuhteet, – – jotta eturistiriidat estetään, paljastetaan ja poistetaan, tarvittaessa myös pyytämällä osapuolia toimittamaan tietyt tiedot ja todisteet”.[43]

79. Hankintaviranomainen voi kuitenkin esillä olevan kaltaisissa tapauksissa olla pyytämättä keskenään sidoksissa olevilta tarjoajilta ilmoitusta, jossa ne voivat – ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen käyttämän sanamuodon mukaisesti – ”selventää, onko niiden henkilökohtainen tilanne tarjoajien välisen vapaan ja vilpittömän kilpailun mukainen ja millä tavoin se on sen mukainen”. Sillä, että pyydetään ”osapuolia tarvittaessa toimittamaan tietyt tiedot ja todisteet”, voi selvästi olla merkitystä, jos hankintaviranomaisen käytettävissä olevat tiedot ja todisteet eivät ole riittäviä arvioitaessa riskiä siitä, että tarjoukset eivät ole itsenäisiä ja vääristävät kilpailua.

80. Asian kannalta merkityksellistä ei näin ollen ole niinkään se, että hankintaviranomainen kääntyy keskenään sidoksissa olevien tarjoajien puoleen ja pyytää niiltä tietoja niiden suhteista ja kysyy niiden kantaa tarjoajien välisen kilpailun säilymiseen. Ratkaisevaa on pikemminkin se, että hankintaviranomaisella on edellytykset poissulkea se, että näiden keskenään sidoksissa olevien toimijoiden samanaikainen osallistuminen voi vaarantaa kilpailun. Se voi tietysti päätyä tähän johtopäätökseen pyytämällä niiltä kyseisiä tietoja ja kyseistä kannanottoa, mutta myös turvautumalla menettelyssä jo käytettävissä oleviin tietoihin ja kääntymättä siten välttämättä tarjoajien puoleen.

81. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on myös katsottu, että ”sen selvittäminen, onko kyseisellä määräysvaltasuhteella ollut vaikutusta kyseisten yritysten saman julkisen hankintamenettelyn yhteydessä tekemien tarjousten sisältöön, edellyttää sellaista tosiseikkojen tutkimista ja arviointia, joka kuuluu hankintaviranomaisten tehtäviin”.[44]

82. Käsittelykeskus toteaa kirjallisissa huomautuksissaan, että se on tosiseikkojen tutkimisen ja arvioinnin perusteella ilmoittanut olleensa tietoinen tarjoajien A ja B sidoksesta sen notorisuuden vuoksi ja voineensa pitää poissuljettuna sitä, että niiden tarjoukset eivät kilpailisi keskenään, seuraavien objektiivisten seikkojen perusteella:

– Se, että toinen keskenään sidoksissa olevista tarjoajista ilmoitti oma-aloitteisesti, että sen tarjous on itsenäinen, merkitsi ”vilpitöntä ja” kansallisen lainsäädännön ”säännösten mukaista menettelyä”.

– Keskenään sidoksissa olevien tarjoajien tarjoukset olivat sekä muodoltaan että sisällöltään erilaiset.

40 Tuomio 21.1.2016, Eturas ym. (C-74/14, EU:C:2016:42, 37 kohta).

41 Tuomio 21.7.2016, VM Remonts ym. (C-542/14, EU:C:2016:578, 21 kohta).

42 Tarjousten erilaisuudella pyritään lisäämään kilpailupainetta tarjoajien välillä siten, että muut voivat todella ”kiistää” (kilpailuoikeudessa käytettyä ilmaisua lainatakseni) jokaisen niistä ja että sopimuksen sopimuspuoleksi valitaan se, joka sen omilla ansioillaan ansaitsee.

43 Tuomio 12.3.2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, 44 kohta).

44 Tuomio 19.5.2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, 32 kohta).

– Tarjoajan A tarjous hylättiin ”täysin sen tahdosta riippumatta, toisin sanoen hankintaviranomaisen aloitteesta”. [45]

83. Käsittelykeskus katsoi käytettävissään olleiden tietojen perusteella, ettei tarjoajien A ja B välillä ollut vaaraa kilpailun vääristymisestä. Lisäksi se totesi, että jos se olisi havainnut niiden ”käyttäytyvän tavalla, joka osoittaisi, etteivät ne halunneet saada sopimusta”, tämä ”voisi olla indisio, jonka perusteella sen olisi tutkittava niiden välisiä sidoksia ja katsottava niiden käyttäytymisen tarjouspyyntömenettelyn kuluessa mahdollisesti merkitsevän yhdenmukaistettua menettelytapaa”. [46]

84. Voidaan pohtia sitä, olivatko käsittelykeskuksen käytettävissä olleet tiedot riittäviä tarjoajien väliseen kilpailuun kohdistuvan mahdollisen riskin poissulkemiseksi, mutta kyse on arvioinnista, joka viime kädessä kuuluu joka tapauksessa kansalliselle tuomioistuimelle, jonka on tutkittava käsittelykeskuksen päätökset, jos ne saatetaan sen käsiteltäviksi.

85. Käsitykseni mukaan unionin tuomioistuimen ei pitäisi osallistua kiistaan siitä, millainen näyttöarvo ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen neljännen kysymyksensä a ja b kohdassa luettelemille seikoille on annettava. Tämä merkitsee tosiseikkojen arviointia ja todistusaineiston arviointia menettelyssä, jossa yksinomaan kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava asia terveen järjen perusteella ja näyttöä koskevia kansallisia säännöksiään soveltaen. [47]

86. Kysymykseen siitä, onko hankintaviranomaisella ehdoton velvollisuus jo esitetyllä tavalla kääntyä keskenään sidoksissa olevien toimijoiden puoleen, on mielestäni vastattava kieltävästi sekä yleisellä tasolla että tässä yksittäistapauksessa. Kaikki riippuu käytettävissä olevan todistusaineiston riittävyydestä tai riittämättömyydestä ja näin ollen siitä, onko hankintaviranomaisen päätös, jolla pyritään mahdollistamaan keskenään sidoksissa olevien tarjoajien osallistuminen tarjouskilpailuun, objektiivisesti johdonmukainen, mikä viime kädessä tuomioistuimen on ratkaistava.

VI. Ratkaisuehdotus

87. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Lietuvos Aukščiausiasis Teismasille seuraavasti:

SEUT 45 artiklaa ja SEUT 56 artiklaa sekä julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 2 artiklaa on tulkittava siten, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa:

1. Ilman nimenomaista säännöstä tai palveluhankintaa koskevan sopimuksen tekoperusteita koskevissa tarjouspyyntöasiakirjoissa olevaa erityistä määräystä keskenään sidoksissa olevilla tarjoajilla, jotka jättävät samassa menettelyssä erillisiä tarjouksia, ei ole ehdotonta velvollisuutta ilmoittaa keskinäisistä sidoksistaan hankintaviranomaiselle.

2. Hankintaviranomaisella on velvollisuus pyytää kyseisiltä tarjoajilta tarpeellisiksi arvioimansa tiedot, jos se mainitussa menettelyssä sovellettavien arviointiperusteiden perusteella epäilee, että on olemassa vaara siitä, että niiden samanaikainen osallistuminen menettelyyn uhkaa avoimuutta ja vääristää kilpailua palvelun suorittajiksi pyrkivien välillä.

45 Käsittelykeskuksen kirjallisten huomautusten neljäs kohta.

46 Hankintaviranomaisen kirjallisten huomautusten kuudes kohta. Se lisää tässä samassa kohdassa, että yhdenmukaistetut menettelytavat ovat mahdollisia paitsi keskenään sidoksissa olevien toimijoiden välillä, myös muodollisesti keskenään kilpailevien mutta kilpailuoikeudessa kiellettyjä sopimuksia tekevien toimijoiden välillä.

47 Viittaan 21.7.2016 annettuun tuomioon VM Remonts ym. (C-542/14, EU:C:2016:578), jota on siteerattu edellä 76 kohdassa.