

Asia C-682/21

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

Jättämispäivä:

11.11.2021

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Liettua)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

11.11.2021

Valittajat kassaatiomenettelyssä ja kantajat ensimmäisessä oikeusasteessa:

”HSC Baltic” UAB

”Mitnija” UAB

”Montuotojas” UAB

Vastapuoli kassaatiomenettelyssä ja vastaaja ensimmäisessä oikeusasteessa:

Vilniaus miesto savivaldybės administracija

Pääasian kohde

Kassaatiomenettelyn valittajien (ensimmäisen oikeusasteen kantajat) vaatimus siitä, että kassaatiomenettelyn vastapuolen (ensimmäisen oikeusasteen vastaaja) päätös merkitä valittajat epäluotettavien toimittajien luetteloon sen vuoksi, että monijäseninen toimittaja on täyttänyt hankintasopimuksen virheellisesti, ja irtisanoa kyseinen sopimus olennaisen rikkomuksen vuoksi on todettava lainvastaiseksi.

Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeusperusta

Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU ja erityisesti sen 18 artiklan 1 kohdan ja 57 artiklan 4 kohdan g alakohdan ja 6 kohdan sekä julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien

muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annetun neuvoston direktiivin 89/665/ETY ja erityisesti sen 1 artiklan 1 kohdan neljännen alakohdan ja 1 artiklan 3 kohdan tulkinta; Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 267 artiklan kolmas kohta.

Ennakkoratkaisukysymykset

- 1) Onko direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohtaa ja 57 artiklan 4 kohdan g alakohtaa ja 6 kohtaa sekä direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan neljättä alakohtaa ja 1 artiklan 3 kohtaa (yhdessä tai erikseen, mutta rajoittumatta näihin oikeussääntöihin) tulkittava siten, että hankintaviranomaisen päätös, jolla kyseinen talouden toimija merkitään epäluotettavien toimittajien luetteloon ja rajoitetaan siten tietyksi ajaksi sen mahdollisuutta osallistua myöhemmin ilmoitettaviin hankintamenettelyihin sillä perusteella, että kyseinen talouden toimija on olennaisesti rikkonut kyseisen hankintaviranomaisen kanssa tehtyä sopimusta, on toimi, joka voidaan riitauttaa tuomioistuimessa?
- 2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko edellä mainittuja unionin oikeuden säännöksiä (yhdessä tai erikseen, mutta rajoittumatta näihin säännöksiin) tulkittava siten, että ne ovat esteenä kansallisille säännöksille ja niiden soveltamiskäytännöille, joiden perusteella (a) hankintaviranomainen ei tee muodollista (erillistä) päätöstä talouden toimijoiden merkitsemisestä epäluotettavien toimittajien luetteloon irtisanoessaan hankintasopimuksen sen olennaisen rikkomisen perusteella; b) talouden toimijalle ei ilmoiteta etukäteen tulevasta merkitsemisestä epäluotettavien toimittajien luetteloon eikä se näin ollen pysty esittämään asianmukaisia selvityksiä eikä myöhemmin riitauttamaan merkitsemistä tehokkaasti; (c) hankintaviranomainen ei tutki yksilöllisesti sopimuksen virheelliseen täyttämiseen liittyviä olosuhteita, ja näin ollen, jos hankintasopimus on laillisesti irtisanottu sen olennaisen rikkomisen vuoksi, tästä rikkomisesta oikeudellisesti vastuussa oleva talouden toimija merkitään automaattisesti epäluotettavien toimittajien luetteloon?
- 3) Jos kahteen ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko edellä mainittuja unionin oikeuden säännöksiä (yhdessä tai erikseen, mutta rajoittumatta näihin säännöksiin) tulkittava siten, että yhteisen toiminnan kumppanit (toimittajien yhteenliittymän muodostavat yksiköt), jotka toteuttivat hankintasopimuksen, joka irtisanottiin laillisesti olennaisen sopimusrikkomuksen vuoksi, voivat osoittaa luotettavuutensa ja siten tulla suljetuiksi pois epäluotettavien toimittajien luettelosta, muun muassa seuraavien seikkojen perusteella: osuus täytetystä sopimuksesta (osuuden arvo), pääkumppanin maksukyvyttömyys, kyseisen kumppanin toimet ja hankintaviranomaisen osallisuus sopimuksen täyttämättä jättämiseen?

Unionin oikeussäännöt, joihin viitataan

Direktiivi 2014/24, erityisesti 18 artiklan 1 kohta, 57 artiklan 3, 4 ja 6 kohta, 90 artikla ja 91 artikla.

Neuvoston direktiivi 89/665/ETY ja erityisesti sen 1 artiklan 1 kohdan neljäs alakohta sekä 2 ja 3 kohta.

Kansalliset oikeussäännöt, joihin viitataan

Liettuan tasavallan laki julkisista hankinnoista (Lietuvos Respublikos viešujų pirkimų įstatymas, jäljempänä julkisia hankintoja koskeva laki): 2 §:n 36 momentti (käsitteen ”toimittaja” määritelmä); 46 §:n, jonka otsikko on ”Toimittajan poissulkemisen perusteet”, 4 momentin 6 kohta sekä 7 ja 8 momentti, 91 §, jonka otsikko on ”Hankintasopimuksen täyttämättä jättäminen tai virheellinen täyttäminen”, 101 §:n, jonka otsikko on ”Oikeus hakea muutosta hankintaviranomaisen toimiin tai päätöksiin”, 1 ja 2 momentti.

Liettuan tasavallan siviilikoodeksi (Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas, jäljempänä siviilikoodeksi): 6.6 §:n, jonka otsikko on ”Velallisten yhteisvastuu”, 1 momentti ja 3–6 momentti; 6.15 §:n 1 momentti; 6.217 §, jonka otsikko on ”Sopimuksen irtisanominen”; 6.219 §; 6.969 §:n, jonka otsikko on ”Yhteistä toimintaa (yhtymää) koskeva sopimus, 1 momentti; 6.975 §, jonka otsikko on ”Kumppaneiden vastuu yhteisten velvoitteiden perusteella”; ja 6.978 §:n, jonka otsikko on ”Yhteistä toimintaa koskevan sopimuksen päätyminen”, 1 momentin 2 ja 3 kohta sekä 3 momentti.

Yhteenveto tosiseikoista ja menettelystä

- 1 Ensimmäisen oikeusasteen vastaaja, Vilniaus miesto savivaldybės administracija (Vilnan kaupungin kunnallishallinto), julkaisi 7.12.2016 ilmoituksen hankintamenettelystä, joka koski julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekemistä Vilnassa sijaitsevan Lazdynain monitoimihyvintikeskuksen rakentamiseksi (jäljempänä hankintamenettely).
- 2 Osallistuakseen hankintamenettelyyn ensimmäisen oikeusasteen kantajat – ”Montuotojas” UAB, ”Mitnija” UAB, ”HSC Baltic” UAB ja ”Axis Power” UAB – tekivät 30.1.2017 yhteistä toimintaa koskevan sopimuksen. Yhteistä toimintaa koskevan sopimuksen kumppanit sopivat, että jos ne valitaan hankintasopimuksen sopimuspuoleksi, tarjouksen kokonaishinta muodostuisi seuraavista sitoumusten arvon osuuksista (panos yhteiseen toimintaan): ”Active Construction Management” UAB – 65 prosenttia (pääkumppani), ”HSC Baltic” UAB – 15 prosenttia, ”Axis Power” UAB – 10 prosenttia, ”Mitnija” UAB – 5 prosenttia ja ”Montuotojas” UAB – 5 prosenttia.

- 3 Ensimmäisen oikeusasteen vastaaja teki 5.6.2017 ”Active Construction Management” UAB:n kanssa rakennusurakkasopimuksen, jossa rakennustöiden suorittamisen määräajaksi asetettiin 5.12.2018.
- 4 Rakennusurakkasopimusta ei toteutettu määräajassa. Sen jälkeen, kun ensimmäisen oikeusasteen vastaaja oli todennut teknisen suunnittelun puutteet, sopimuksen mukaisten töiden suorittamisen määräaikaa muutettiin 21.8.2019 ja uudeksi määräajaksi asetettiin 28.5.2020. Määräajan pidentämisen jälkeenkään työt eivät kuitenkaan edenneet sujuvasti ja uudesta aikataulusta jäätin jälkeen.
- 5 Vilniaus apygardos teismas (alueellinen tuomioistuin, Vilna, Liettua) käynnisti 28.10.2019 antamallaan määräyksellä maksukyvyttömyysmenettelyn ”Active Construction Management” UAB:tä vastaan. Ensimmäisen oikeusasteen vastaajalle ja ensimmäisen oikeusasteen kantajille ilmoitettiin tästä maksukyvyttömyysmenettelyn selvittäjän 6.12.2019 päivätyllä kirjeellä, jossa myös todettiin, että pääkumppani ei enää toteuttaisi urakkasopimusta ja sopimuksen katsottiin näin ollen päättyneen kyseisen kumppanin osalta.
- 6 Ensimmäisen oikeusasteen vastaaja ja muut osapuolet eli ensimmäisen oikeusasteen kantajat eivät päässeet yhteisymmärrykseen rakennusurakkasopimuksen toteuttamisen jatkamisesta.
- 7 Ensimmäisen oikeusasteen vastaaja ilmoitti 22.1.2020 päivätyllä kirjeellä ensimmäisen oikeusasteen kantajille rakennusurakkasopimuksen irtisanomisesta sillä perusteella, että kyseistä sopimusta oli rikottu olennaisesti.
- 8 Ensimmäisen oikeusasteen kantajat nostivat 21.2.2021 Vilniaus apygardos teismasissa kanteen, jossa he vaativat 1) toteamaan, että ensimmäisen oikeusasteen vastaajan yksipuolinen urakkasopimuksen irtisanominen sillä perusteella, että kyseistä sopimusta oli olennaisesti rikottu, oli lainvastainen, 2) toteamaan, että urakkasopimus oli päätynyt ensimmäisen oikeusasteen vastaajasta johtuvasta syystä, ja 3) toteamaan, että ensimmäisen oikeusasteen vastaajan päätös merkitä ensimmäisen oikeusasteen kantajat julkisten hankintojen keskitettyyn tietojärjestelmään sisältyvään epäluotettavien toimittajien luetteloon oli lainvastainen.
- 9 Vilniaus apygardos teismas hylkäsi 27.8.2020 antamallaan tuomiolla ensimmäisen oikeusasteen kantajien nostaman kanteen kokonaisuudessaan.
- 10 Kyseinen tuomioistuin katsoi, että rakennusurakkasopimus irtisanottiin laillisesti sillä perusteella, että hankintasopimusta oli rikottu olennaisesti täyttämättä jättämisen tai virheellisen täyttämisen vuoksi, ja että tällaisessa tapauksessa hankintaviranomaiset ovat velvollisia merkitsemään toimittajat (tai toimittajien ryhmittymän tapauksessa kaikki ryhmittymän jäsenet) epäluotettavien toimittajien luetteloon. Tuomioistuin totesi lisäksi, että kansallisen lainsäädännön mukaan ensimmäisen oikeusasteen kantajat voivat korjaavia toimenpiteitä (self-cleaning) toteuttamalla saada luotettavuutensa palautetuksi osallistuessaan muihin hankintamenettelyihin, joten heitä ei estetty osallistumasta niihin.

- 11 Lietuvos apeliacinis teismas (Liettuan ylioikeus) hylkäsi 21.1.2021 antamallaan määräyksellä valituksen, jonka ensimmäisen oikeusasteen kantajat olivat tehneet Vilniaus apygardos teismasin tuomiosta.
- 12 Viešųjų pirkimų tarnyba (julkisten hankintojen virasto) merkitsi 22.1.2021 ensimmäisen oikeusasteen vastaajan aloitteesta ensimmäisen oikeusasteen kantajat epäluotettavien toimittajien luetteloon.
- 13 Ensimmäisen oikeusasteen kantajat valittivat 18.–22.2.2021 Lietuvos apeliacinis teismasin määräyksestä Lietuvos Aukščiausiasis Teismasiin (Liettuan ylin tuomioistuin, jäljempänä ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin). Niiden väliaikaisia toimenpiteitä koskeva pyyntö hyväksyttiin – ne poistettiin epäluotettavien toimittajien luettelosta odotettaessa kassaatiomenettelyn ratkaisua.
- 14 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on 11.11.2021 antamallaan osamääräyksellä pysyttänyt ne osat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ja muutoksenhakutuomioistuimen ratkaisuisista, joilla hylättiin kanteessa esitetyt vaatimukset, jotka koskivat sopimuksen asianmukaista täyttämistä ja sopimuksen irtisanomisen lainmukaisuutta.

Pääasian asianosaisten tärkeimmät perustelut

- 15 Ensimmäisen oikeusasteen kantajat ovat esittäneet ennakkoratkaisua pyytävässä tuomioistuimessa, että julkisia hankintoja koskevan lain 91 §:n säännöksiä, vaikka hyväksytäänkin se, että niiden soveltamisen tavoitteena on sulkea epärehelliset talouden toimijat julkisten hankintojen alan oikeussuhteiden ulkopuolelle, ei voida tulkita siten, että monijäsenisen toimittajan (urakoitsijan) muodostavat talouden toimijat, jotka eivät tosiasiallisesti suorittaneet hankintasopimuksen mukaisia töitä (ennen maksukyvyttömyysmenettelyä sopimuksen mukaisia töitä suoritti yksinomaan pääkumppani), merkittäisiin epäluotettavien toimittajien luetteloon, jos asiaa koskevien sopimusvelvoitteiden täyttämättä jättäminen (tai virheellinen täyttäminen) johti kyseisen sopimuksen irtisanomiseen; muussa tapauksessa vastaavia tilanteita, joissa alihankkija tai asianomainen yhteisen toiminnan kumppani ei ole toteuttanut hankintasopimuksen mukaisia töitä, kohdeltaisiin eri tavoin, koska alihankkijat merkitään epäluotettavien toimittajien luetteloon vain silloin, kun rikkomus koskee sitä osaa hankintasopimusta, joka on annettu alihankintana niiden tehtäväksi; tuomioistuimet ovat soveltaneet virheellisesti julkisia hankintoja koskevan lain 91 §:ää ja loukanneet julkisia hankintoja koskevia periaatteita, koska ne eivät ole ottaneet huomioon asianomaisten talouden toimijoiden konkreettisia toimia rakennusurakkasopimuksen toteuttamisessa, toisin sanoen niiden rehellisyyttä ja luotettavuutta; julkisia hankintoja koskevan lain 91 §:ää sovelletaan talouden toimijan henkilökohtaisen vastuun perusteella; unionin tuomioistuimen 7.9.2021 antamassa tuomiossa Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19) todettiin, että yhteisen toiminnan kumppanit voivat joutua vastuuseen toistensa toimista ainoastaan, jos

ne tiesivät niistä, toisin sanoen kaikkien kumppaneiden toimia arvioidaan henkilökohtaisen vastuun periaatteen eikä yhteisvastuun periaatteen perusteella.

- 16 Ensimmäisen oikeusasteen vastaaja totesi ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa, että se tukee tuomioistuinten toteamuksia ja että hankintaviranomaisella ei ole valinnanvapautta soveltaessaan julkisia hankintoja koskevan lain 91 §:ää ja että se on näin ollen velvollinen merkitsemään kyseiset talouden toimijat epäluotettavien toimittajien luetteloon. Pannessaan täytäntöön tätä velvoitetta se ei ota huomioon sitä, mikä monijäsenisen toimittajan muodostavista kumppaneista on nimenomaisesti aiheuttanut toimillaan julkista hankintaa koskevan sopimuksen olennaisen rikkomisen; päinvastainen tulkinta on ristiriidassa yhteisen toiminnan kumppaneiden yhteisvastuun kanssa, ja näin ollen lieventävät seikat ovat merkityksellisiä ainoastaan sellaisten yksiköiden toteuttamien korjaavien toimenpiteiden osalta, jotka on jo merkitty epäluotettavien toimittajien luetteloon.

Tiivistelmä ennakkoratkaisupyyntöön perusteista

- 17 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että riita, joka koskee ensimmäisen oikeusasteen kantajien sisällyttämistä epäluotettavien toimittajien luetteloon, on syntynyt julkisia hankintoja koskevan lain säännösten, erityisesti sen 91 §:n, tulkinnan ja soveltamisen sekä niiden ja siviilikoodeksin yhteistä toimintaa koskevien säännösten välisen suhteen vuoksi. Asianosaisten väitteet kansallisten säännösten tulkinnasta ja soveltamisesta sisältävät läheisesti toisiinsa liittyviä oikeudellisia kysymyksiä ja ovat herättäneet tuomioistuimessa epäilyjä siitä, ovatko julkisia hankintoja koskevan lain säännökset unionin oikeuden mukaisia, siltä osin kuin on kyse a) siitä, onko toimittajien merkitseminen epäluotettavien toimittajien luetteloon hankintaviranomaisen päätös, joka voidaan saattaa laillisuusvalvonnan kohteeksi, ja b) siitä, että jos tällainen päätös voidaan riitauttaa, sen tekemisen ja laillisuuden arvioinnin perusteista.
- 18 Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ja muutoksenhakutuomioistuin ovat todenneet ja kuten ensimmäisen oikeusasteen vastaaja väittää, Liettuan lainsäädännön (julkisia hankintoja koskevan lain 91 §) mukaan hankintaviranomaisilla ei ole harkintavaltaa päättää, merkitäänkö asianomainen talouden toimija epäluotettavien toimittajien luetteloon, jos kyseinen talouden toimija on olennaisesti rikkonut hankintasopimusta ja tämä rikkominen on johtanut siihen, että hankintaviranomainen on yksipuolisesti irtisanonut kyseisen sopimuksen. Hankintaviranomaisten toimien ehdottomuutta kuvastaa niiden lakisääteinen velvollisuus merkitä kaikki monijäsenisen toimittajan muodostavat yksiköt – yhteisen toiminnan kumppanit – kyseiseen luetteloon.
- 19 Itse asiassa julkisia hankintoja koskevan lain 91 §:n sisältö viittaa siihen, että talouden toimijoiden merkitseminen epäluotettavien toimittajien luetteloon ei ole sisällöltään eikä muodoltaan autonomista. Liettuan oikeussääntöjen mukaan tällainen luetteloon merkitseminen ei ole erillinen päätös, vaan oikeudellinen

seuraamus toisesta päätöksestä, jolla hankintasopimus irtisanotaan yksipuolisesti: jos talouden toimija ei lainkaan kiistä sopimuksen irtisanomista olennaisen rikkomuksen vuoksi tai jos tuomioistuin toteaa tällaisen päätöksen lailliseksi, kyseinen talouden toimija, joka on täyttänyt sopimuksen yksin tai kumppaneiden kanssa, merkitään väistämättä epäluotettavien toimittajien luetteloon.

- 20 Tällaiset oikeussäännöt lähtevät siitä, että ensinnäkin tilanteet, joissa hankintaviranomainen voisi laillisesti irtisanoa sopimuksen sen olennaisen rikkomisen perusteella, mutta toimittajaa ei yksittäistapauksen olosuhteiden vuoksi merkitä epäluotettavien toimittajien luetteloon, eivät ole oikeudellisesti mahdollisia, ja toiseksi toimittaja voi lähtökohtaisesti riitauttaa ainoastaan hankintasopimuksen yksipuolisen irtisanomisen.
- 21 Kyseiset kansalliset oikeussäännöt eivät sinänsä näytä olevan ristiriidassa toimittajien oikeuksien tehokkaan puolustamisen kanssa, koska, kuten nyt esillä olevassa asiassa, talouden toimija voi tehokkaasti riitauttaa hankintasopimuksen yksipuolisen irtisanomisen väittämällä, ettei se ole syyllistynyt olennaiseen rikkomukseen, että myös hankintaviranomainen on osittain vastuussa siitä, että sopimuksen tavoitteita ei ole saavutettu, ja niin edelleen. Tältä osin on kuitenkin huomattava, että Liettuan oikeussääntöjen mukaan on niin, että kun sopimus irtisanotaan olennaisen rikkomuksen perusteella, sopimuksen rikkoneen osapuolen toiminnan subjektiivista ulottuvuutta ei lähtökohtaisesti oteta huomioon.
- 22 Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella voidaan päätellä, että sopimusrikkomukseen johtaneet syyt, rikkomuksen luonne ja muut olosuhteet ovat oikeudellisesti merkityksellisiä päätettäessä toimittajien muihin hankintamenettelyihin osallistumista koskevan oikeuden rajoittamisesta. Unionin tuomioistuin totesi 19.6.2019 antamassaan tuomiossa Meca (C-41/18), että direktiivin 2014/24 57 artiklan 5 kohdan mukaan hankintaviranomaisille on annettava mahdollisuus tehdä oma arvionsa talouden toimijan ennen hankintamenettelyä tai sen aikana toteuttamista tai toteuttamatta jättämistä toimista kyseisen direktiivin 57 artiklan 4 kohdassa tarkoitetuissa tilanteissa; tämän perusteella hankintaviranomaisia ei voi sitoa rikkomista koskeva aiempi tutkinta, koska se ei olisi suhteellisuusperiaatteen mukaista, sillä tämä periaate merkitsee muun muassa sitä, että on arvioitava rikkomuksen luonne eli sen vähäisyys tai olennaisuus ja toistuminen.
- 23 Kuten edellä on todettu, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ja muutoksenhakutuomioistuin sekä ensimmäisen oikeusasteen vastaaja nojautuvat pääosin edellä mainittuun oikeudelliseen tulkintasääntöön katsoessaan, että riita-asian tässä vaiheessa ei ole mahdollista eikä tarpeen arvioida ensimmäisen oikeusasteen kantajien toimien luonnetta, koska ne voivat saada luotettavuutensa palautetuksi toteuttamalla korjaavia toimenpiteitä osallistuessaan muihin hankintamenettelyihin. Tämä kansallisista säännöksistä johtuva malli vastaa asiassa Meca (C-41/18) annetun tuomion perusteluja erityisesti siksi, että myöhemmissä hankintamenettelyissä asianomaisen hankintaviranomaisen ei tarvitse olla sidottu toisen hankintaviranomaisen tekemään arvioon, mikä ei

kuitenkaan koske tuomioistuimen tekemää päätöstä. Jos tuomioistuin pitäisi talouden toimijan merkitsemistä epäluotettavien toimittajien luetteloon lainmukaisena, on kyseenalaista, voisiko asianomainen hankintaviranomainen hakea muutosta tällaiseen päätökseen muussa kuin tuomioistuimenmenettelyssä.

- 24 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen mukaan tämä tuomioistuinten ja ensimmäisen oikeusasteen vastaajan omaksuma kanta johtaa kuitenkin itse asiassa paradoksaaliseen tilanteeseen.
- 25 Ensinnäkin, jotta asianomaisen talouden toimijan toimien luonne voidaan ottaa huomioon, tämä toimija on ensin merkittävä epäluotettavien toimittajien luetteloon; sopimuksen toteuttamiseen liittyvät olosuhteet tulevat siten merkityksellisiksi, kun päätetään, että toimija poistetaan ad hoc kyseisestä luettelosta, eikä silloin, kun päätetään toimijan merkitsemisestä luetteloon. Tässä yhteydessä muun muassa sellaisen talouden toimijan aiempia toimia, joka on voimassa olevan lainsäädännön mukaisesti sisällytetty epäluotettavien toimittajien luetteloon kolmen vuoden ajaksi, voidaan käsitellä eri tavalla. Se, että yksi hankintaviranomainen pitää tällaisen talouden toimijan tekemää rikkomusta vähäisenä, ei sinänsä tarkoita, että toinen hankintaviranomainen tekee saman päätelmän.
- 26 Toiseksi tällaisessa mallissa talouden toimijan toimien sisältöä koskevaa päätöstä ei tekisi se hankintaviranomainen, jolla on parhaat tiedot rikkomuksesta, vaan sen tekisivät muut hankintaviranomaiset, jotka lähtökohtaisesti tukeutuvat asianomaisen toimittajan antamiin selvityksiin. Joka tapauksessa mahdollisuutta arvioida sopimuksen rikkomiseen liittyviä olosuhteita vain sellaisten talouden toimijoiden osalta, jotka on jo merkitty epäluotettavien toimittajien luetteloon, ei voida perustella oikeutetulla tavoitteella tai hyvällä käytännöllä.
- 27 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin ei yhdy ensimmäisen oikeusasteen vastaajan näkemukseen siitä, että julkisia hankintoja koskevan lain 91 §:n erilainen tulkinta eli ensimmäisen oikeusasteen kantajien toiminnasta rakennusurakkasopimuksen toteuttamisessa tehty yksilöllinen arviointi voi olla ristiriidassa yhteisen toiminnan kumppanien yhteisvastuun kanssa. Kysymys yhteisvastuun merkityksestä arvioitaessa direktiivin 2014/24 57 artiklan nojalla yhteisen toiminnan kumppaneiden luotettavuutta on jo otettu esille ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa edellä mainitussa asiassa Klaipeđos regiono atliekų tvarkymo centras; kuten unionin tuomioistuin kuitenkin selitti, hankintaviranomaisen on arvioitava jokaisen talouden toimijan (kumppanin) toimia yksilöllisesti. Kuten ”Mitnija” UAB perustellusti väittää, julkisia hankintoja koskevan lain 91 §:n 1 momentissa säädetään nimenomaisesti, että myös muut talouden toimijat, joiden voimavaroja toimittaja on käyttänyt hyväkseen ja jotka ovat kyseisen lain 49 §:n 5 momentin nojalla yhteisvastuussa toimittajan kanssa sopimuksen täyttämistä, on merkittävä epäluotettavien toimittajien luetteloon, jos sopimusrikkomus koskee sitä sopimuksen osaa, joka on annettu alihankintana niille. On selvää, että yhteisen toiminnan kumppani ja taloudellisten tai rahoituksellisten voimavarojen tarjoaja, joka toimii lähinnä

rahoitustakuun antajana, eivät ole identtisiä yksiköitä; jos ne ovat kuitenkin yhteisvastuussa (edellinen siviilikoodeksin ja jälkimmäinen julkisia hankintoja koskevan lain perusteella), niiden toimien erilainen arviointi ei ole perusteltua.

- 28 Julkisia hankintoja koskevan lain 91 §:ssä (direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan g alakohta) tarkoitettu yhteisen toiminnan kumppaneiden yhteisvastuu on kuitenkin yleisesti ottaen toissijainen seikka, jos hyväksytään kanta, jonka mukaan epäluotettavien toimittajien luetteloon on merkittävä vain sellaiset talouden toimijat, joiden toimien yksilöllinen arviointi johtaa siihen, että niitä pidetään epäluotettavina (epärehellisinä). Siinä tapauksessa hankintasopimuksen irtisanominen olennaisen sopimusrikkomuksen perusteella ei sinänsä merkitsisi niiden merkitsemistä epäluotettavien toimittajien luetteloon (esimerkiksi maksukyvyttömyys, muista yksiköistä johtuvat syyt, ylivoimainen este jne.); näin ollen ei olisi (ei pitäisi olla) eroa sen mukaan, toimiiko hankintasopimuksen täyttämättä jättänyt urakoitsija yksin vai itsenäisten talouden toimijoiden ryhmittymänä (yhteistä toimintaa koskevan sopimuksen nojalla). Muutoin monijäseniset toimittajat joutuisivat perusteettomasti epäedulliseen asemaan.
- 29 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on myös epävarma talouden toimijan merkitsemistä epäluotettavien toimittajien luetteloon tehdyn hankintaviranomaisen päätöksen luokittelusta. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan käsitettä ”hankintaviranomaisten päätökset” on tulkittava laajasti siten, että se kattaa käytännössä kaikki hankintaviranomaisten päätökset erottelematta näitä päätöksiä niiden sisällön tai tekemisajankohdan perusteella; direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa ei rajoiteta siinä tarkoitettujen päätösten luonnetta tai sisältöä (tuomio 11.1.2005, Stadt Halle ja RLP Lochau, C-26/03, 28 ja 30 kohta).
- 30 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kiinnittää lisäksi huomiota direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan neljännen alakohdan sanamuotoon, joka ei ole sama eri kieliversioissa. Liettuankielisessä versiossa käytetään ilmaisua ”su sutartimis – – susiję – – sprendimai” [”sopimukseen liittyvät päätökset”] ja englanninkielisessä versiossa ilmaisua ”contracts – – decisions”, kun taas ranskankielisessä versiossa käytetään ilmaisua ”les procédures de passation des marchés”. Ranskankielinen sanamuoto ei näytä olevan niin laaja, koska se koskee nimenomaan sopimusten tekomenettelyjä eikä näiden sopimusten irtisanomisen seurauksia. Käsitettä ”hankintasopimuksen tekomenettely” käytetään myös direktiivin 89/665 1 artiklan 2 kohdassa. Lisäksi direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdassa säädetään muun muassa, että henkilön, joka voi aloittaa muutoksenhakumenettelyn, olisi ainakin tavoiteltava tiettyä sopimusta ja hankintaviranomaisen virheellisen menettelyn olisi pitänyt loukata sitä.
- 31 On selvää, että tämä riita-asia ei ole syntynyt hankintaviranomaisen päätöksistä, joilla myönnettiin oikeus tulla valituksi tietyn hankintasopimuksen sopimuspuoleksi (tai tehdä kyseinen sopimus) tai rajoitettiin kyseistä oikeutta, koska rakennusurakkasopimus tehtiin ensimmäisen oikeusasteen kantajien kanssa; lisäksi kantajien toimet johtivat siihen, että ensimmäisen oikeusasteen vastaaja

teki lainmukaisen päätöksen irtisanoa kyseinen sopimus. Toisaalta kyseisten talouden toimijoiden merkitseminen epäluotettavien toimittajien luetteloon rajoittaa niiden oikeutta tehdä muita hankintasopimuksia direktiivin 2014/24 57 artiklan 4 kohdan g alakohdassa säädetyn poissulkemisperusteen nojalla. Näin ollen unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön yleisen suuntauksen – jonka mukaan käsitettä ”hankintaviranomaisen päätös” on tulkittava laajasti – perusteella olisi lähtökohtaisesti perusteltua luokitella nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva ensimmäisen oikeusasteen vastaajan päätös direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan neljännessä alakohdassa tarkoitetuksi päätökseksi.

- 32 Jos hankintaviranomaisen päätös, josta on kyse osassa kansallista menettelyä, kuuluu direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan neljännen alakohdan soveltamisalaan, on tärkeää vahvistaa tällaisen päätöksen laillisuuden arvioimisen perusteet. Ensimmäisen oikeusasteen kantajat painottavat eniten seuraavia seikkoja, joiden perusteella niiden luotettavuutta olisi arvioitava siitä huolimatta, että urakkasopimus on irtisanottu: urakoitsijoiden sopimusvelvoitteiden osuus (panokset) hankintasopimuksen täyttämisestä; se, että ennen urakkasopimuksen irtisanomista ainoastaan pääkumppani oli suorittanut kaikki työt, toisin sanoen ensimmäisen oikeusasteen kantajat eivät olleet vielä aloittaneet sopimuksen mukaisten töiden suorittamista; pääkumppania vastaan aloitettu maksukyvyttömyysmenettely; tietyt ensimmäisen oikeusasteen vastaajan toimet, jotka ovat saattaneet johtaa urakkasopimuksen virheelliseen täyttämiseen, ja muut olosuhteet.
- 33 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan edellä mainituilla seikoilla voi olla merkitystä arvioitaessa rakennusurakkasopimusta toteuttaneiden talouden toimijoiden luotettavuutta niiden epäluotettavien toimittajien luetteloon merkitsemisen osalta. Jos tuomion Meca (C-41/18) mukaisesti hankintaviranomaisten, jotka ovat julkaisseet uusia hankintamenettelyjä koskevan ilmoituksen, on suoritettava tällainen luotettavuuden arviointi, ei olisi kohtuutonta vaatia, että myös se hankintaviranomainen, joka teki irtisanotun hankintasopimuksen, toisin sanoen ensimmäisen oikeusasteen vastaaja, suorittaa tällaisen arvioinnin.