



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

ATHANASIOS RANTOS

15 päivänä joulukuuta 2022¹

Asia C-545/21

ANAS SpA

vastaan

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Lazio alueellinen hallintotuomioistuin, Italia))

Ennakkoratkaisupyyntö – Rakennerahastot – Euroopan aluekehitysrahasto (EAKR) – Asetus (EY) N:o 1083/2006 – 2 artiklan 7 alakohta – Sääntöjenvastaisuuden käsite – Taloudellista toimijaa hankintamenettelyssä väitetysti suosineet menettelyt – 98 artiklan 1 ja 2 kohta – Jäsenvaltioiden tekemät rahoitusoikaisut – Julkiset rakennusurakat – Direktiivi 2004/18/EY – 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohta – Vapaaehtoiset poissulkemisperusteet – Vakava virhe ammattitoiminnassa

Johdanto

1. Nyt käsiteltävän ennakkoratkaisupyyntö on esittänyt Tribunale amministrativo per il Lazio (Lazio alueellinen hallintotuomioistuin, Italia) asiassa, jonka asianosaisina ovat Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (jäljempänä ANAS) ja Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (infrastruktuuri- ja liikenneministeriö, Italia) ja joka koskee viimeksi mainitun päätöstä periä takaisin Euroopan aluekehitysrahastosta (EAKR) yhteisrahoitusta saaneen urakan toteuttamiseen tähänne hankkeen yhteydessä ANASille maksetut määrät hankintasopimuksen tekemiseen liittyneiden sääntöjenvastaisuuksien vuoksi.

2. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät ennakkoratkaisukysymykset koskevat olennaisilta osin ensinnäkin asetuksessa (EY) N:o 1083/2006² tarkoitetun sääntöjenvastaisuuden käsitteen tulkintaa, kun kyseessä ovat tarjouspyyntölaustakuntaan kohdistuneet lahjontatoimet tai -yritykset unionin talousarviosta rahoitettavien rakennusurakoiden toteuttamisen yhteydessä; toiseksi direktiivin 2004/18/EY³ 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohdan, joka

¹ Alkuperäinen kieli: ranska.

² Euroopan aluekehitysrahastoa, Euroopan sosiaalirahastoa ja koheesiorahastoa koskevista yleisistä säännöksistä sekä asetuksen (EY) N:o 1260/1999 kumoamisesta 11.7.2006 annettu neuvoston asetus (EUVL 2006, L 210, s. 25).

³ 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).

koskee perusteita, joilla tarjoaja voidaan sulkea pois hankintamenettelystä, täytäntöönpanoa Italian oikeudessa ja kolmanneksi sääntöjenvastaisuuden vuoksi tehtävän rahoitusoikaisun määrän laskentaperusteita.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin oikeus

Asetus N:o 1083/2006

3. Asetuksen N:o 1083/2006 1 artiklassa, jonka otsikko on ”Kohde”, säädetään seuraavaa:

”Tässä asetuksessa annetaan [EAKR:ää], Euroopan sosiaalirahastoa (ESR), jäljempänä ’rakennerahastot’, ja koheesiorahastoa koskevat yleiset säännöt, sanotun kuitenkaan rajoittamatta asetuksissa (EY) N:o 1080/2006,⁴ (EY) N:o 1081/2006⁵ ja (EY) N:o 1084/2006⁶ annettujen erityissäännösten soveltamista.

Tässä asetuksessa määritetään tavoitteet, joiden saavuttamiseen rakennerahastoilla ja koheesiorahastolla, jäljempänä ’rahastot’, pyritään vaikuttamaan, sekä perusteet, joilla jäsenvaltiot ja alueet voivat saada tukea näistä rahastoista, käytössä olevat rahoitusvarat ja niiden jakoperusteet.

Tässä asetuksessa määritetään koheesiopolitiikan toimintaympäristö, johon kuuluvat koheesiota koskevien yhteisön strategisten suuntaviivojen hyväksymistä koskeva menetelmä, kansallinen strateginen viitekehys ja tarkasteluprosessi yhteisön tasolla.

Tätä varten tässä asetuksessa säädetään kumppanuutta, ohjelmatyötä, arviointia, hallinnointia, myös varainhoitoa, seuranta ja valvontaa koskevat periaatteet ja säännöt jäsenvaltioiden ja komission välisen tehtäväjaon perusteella.”

4. Kyseisen asetuksen 2 artiklan 7 alakohdassa säädetään seuraavaa:

”Tässä asetuksessa tarkoitetaan seuraavilla käsitteillä seuraavaa:

– –

7) ’sääntöjenvastaisuus’: yhteisön oikeuden säännösten tai määräysten rikkominen, joka johtuu taloudellisen toimijan teosta tai laiminlyönnistä, jonka tuloksena on tai voisi olla vahinko Euroopan unionin yleiselle talousarviolle siihen kohdistuvan perusteettoman menon vuoksi.”

⁴ Euroopan aluekehitysrahastosta ja asetuksen (EY) N:o 1783/1999 kumoamisesta 5.7.2006 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EUVL 2006, L 210, s. 1).

⁵ Euroopan sosiaalirahastosta ja asetuksen (EY) N:o 1784/1999 kumoamisesta 5.7.2006 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (JO 2006, L 210, s. 12).

⁶ Koheesiorahaston perustamisesta ja asetuksen (EY) N:o 1164/94 kumoamisesta 11.7.2006 annettu neuvoston asetus (EUVL 2006, L 210, s. 79).

5. Kyseisen asetuksen 9 artiklan 5 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Rahastoista rahoitettavien toimien on oltava perustamissopimuksen määräysten ja sen nojalla annettujen säädösten mukaisia.”

6. Saman asetuksen 70 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltiot vastaavat toimintaohjelmien hallinnosta ja valvonnasta erityisesti seuraavien toimenpitein:

– –

b) estämällä, toteamalla ja oikaisemalla väärinkäytökset sekä perimällä takaisin aiheettomasti maksetut määrät ja tarvittaessa perimällä viivästyskorkoa. Jäsenvaltioiden on ilmoitettava niistä tapauksista komissiolle ja tiedotettava komissiolle hallinnollisten ja oikeudellisten menettelyjen etenemisestä.”

7. Asetuksen N:o 1083/2006 98 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioilla on ensisijainen vastuu sääntöjenvastaisuuksien tutkimisesta ja tarvittavien toimenpiteiden toteuttamisesta silloin, kun havaitaan toimien tai toimenpideohjelmien luonteeseen tai niiden täytäntöönpano- tai valvontaedellytyksiin vaikuttavia merkittäviä muutoksia, sekä tarvittavien rahoitusoikaisujen tekemisestä.

2. Jäsenvaltion on tehtävä tarpeelliset rahoitusoikaisut, jotka liittyvät toimissa tai toimenpideohjelmissa havaittuihin yksittäisiin tai järjestelmällisiin sääntöjenvastaisuuksiin. Jäsenvaltion tekemät oikaisut käsittävät toimenpideohjelman julkisen rahoitusosuuden peruuttamisen kokonaan tai osittain. Jäsenvaltion on otettava huomioon sääntöjenvastaisuuksien luonne ja vakavuus sekä niistä rahastolle aiheutunut taloudellinen tappio.

– –”

Direktiivi 2004/18

8. Direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintamenettelystä voidaan sulkea pois taloudellinen toimija, joka

– –

d) on ammattitoiminnassaan syylistynyt vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomaiset voivat näyttää toteen”.

Italian oikeus

9. Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia palvelu- ja tavarahankintoja koskevista sopimuksista direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY täytäntöönpanemiseksi annetusta koodeksista 12.4.2006 annetun asetuksen nro 163 (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a

lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)⁷
38 §:n 1 momentin c ja f kohdassa säädetään seuraavaa:

”Seuraavat henkilöt on suljettava pois konsessiosopimusten, rakennusurakkasopimusten sekä tavara- ja palveluhankintasopimusten tekomenettelyistä eikä heille voi antaa alihankintasopimuksia eivätkä he voi tehdä konsessiosopimuksia eivätkä näitä hankintoja koskevia sopimuksia:

--

c) henkilöt, jotka on tuomittu lainvoimaisella tuomiolla, rikosasiassa yksinkertaistetussa menettelyssä annettavalla määräyksellä, joka on tullut lopulliseksi, tai rikosprosessilain 444 §:ssä tarkoitetussa rikosasian asianosaisten vaatimuksesta käydyssä seuraamuksen määräämismenettelyssä annetulla tuomiolla vakavasta rikoksesta, jolla on aiheutettu vahinkoa valtiolle tai yhteisölle ja joka vaikuttaa ammatin harjoittamiseen; poissulkemiseen johtaa kuitenkin lainvoimainen tuomio yhdestä tai useammasta rikoksesta, jonka tunnusmerkistönä on osallistuminen rikollisen järjestön toimintaan, lahjominen, petos tai rahanpesu, sellaisina kuin niistä on säädetty direktiivin 2004/18 45 artiklan 1 kohdassa mainituissa yhteisön toimissa,

--

f) henkilöt, jotka ovat hankintaviranomaisen perustellun arvion mukaan syyllistyneet törkeään huolimattomuuteen tai toimineet vilpillisessä mielessä toteuttaessaan hankintailmoituksen julkaisseen hankintaviranomaisen heidän tehtäväkseen antamia suorituksia tai jotka ovat ammattitoiminnassaan syyllistyneet vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomainen on millä tahansa tavalla näyttänyt toteen.”

Pääasia, ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa

10. ANAS sai Euroopan komission hyväksymän, verkkoja ja liikkumista koskevan kansallisen toimenpideohjelman 2007–2013 yhteydessä rahoitusta erään tien kunnostusta koskevan urakan toteuttamiseen.

11. ANAS valitsi hankintaviranomaisena vuonna 2012 kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen kriteeriin perustuneen rajoitetun tarjouspyyntömenettelyn perusteella kyseisen urakan suorittamista koskevan hankintasopimuksen sopimuspuoleksi yritysten väliaikaisen ryhmittymän, johon kuuluivat Aleandri S.p.A. -niminen yritys ja CCC Società Cooperativa -niminen yritys; urakka on saatu tällä välin päätökseen.

12. Kolmeen ANASin toimihenkilöön, joista kaksi oli ollut tarjouspyyntölautakunnan jäseniä, sekä Aleandriin ja tämän lailliseen edustajaan kohdistunutta lahjontaa koskevan vuonna 2020 toteutetun rikostutkinnan⁸ johdosta Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti määräsi

⁷ GURI nro 100, Supplemento ordinario, 2.5.2006, s. 1; jäljempänä asetus nro 163/2006. Kyseistä asetusta sovelletaan pääasiassa, mutta se on kumottu julkisia hankintoja koskevasta koodeksista 18.4.2016 annetulla asetuksella nro 50 (decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici; GURI nro 91, Supplemento ordinario, 19.4.2016).

⁸ Kyseisen tutkinnan yhteydessä eräs ANASin toimihenkilö oli tuomittu lahjuksen ottamisesta syyteneuvottelumenettelyssä (*patteggiamento*), ja nyt käsiteltävän kanteen nostamisen aikaan muiden asianomaisten henkilöiden osalta oli vireillä rikosoikeudelliset menettelyt. Muutamia ANASin toimihenkilöitä syytettiin erityisesti siitä, että nämä olivat ottaneet vastaan maksuja sopimuspuoleksi valitulta yritykseltä edistääkseen sen valintaa sopimuspuoleksi.

perimään takaisin ANASille edellä mainitun hankkeen rahoittamiseksi jo maksetut määrät ja totesi, että vielä maksamatta oleva loppusumma ei erääntyisi maksettavaksi, koska kyseisen hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaan oli liittynyt asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohdassa ja asetuksen (EY, Euratom) N:o 2988/95⁹ 4 ja 5 artiklassa tarkoitettu vilpillinen ”sääntöjenvastaisuus”.

13. ANAS vaatii ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa nostamallaan kanteella kyseisen päätöksen kumoamista ja väittää, ettei sille ole annettu langettavaa tuomiota¹⁰ eikä mitään näyttöä ole esitetty siitä, että Aleandri olisi saanut kyseessä olevan hankintasopimuksen lainvastaisesti, eikä tarjouspyyntölaustakunnan jäsenten virheellinen menettely johdu ANASista. Lisäksi koska kyseessä oleva urakka oli jo toteutettu, väitetyn sääntöjenvastaisuuden tai petoksen ja unionin yleisestä talousarviosta rahoitettujen menojen välillä ei ollut mitään yhteyttä.

14. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että kyseinen urakka oli hyväksytty rahoitettavaksi unionin yleisestä talousarviosta, se oli saatettu sääntöjenmukaisesti päätökseen eikä ole tiedossa, oliko tarjouspyyntömenettely häiriintynyt edellä mainitun rikostutkinnan kohteena olleiden menettelyiden vuoksi. Se pohtii kuitenkin olennaisilta osin asetuksessa N:o 1083/2006 tarkoitettua sääntöjenvastaisuuden käsitettä, tällaisen sääntöjenvastaisuuden johdosta tehtävän rahoitusoikaisun laskentamenetelmiä ja kansallisen lainsäädännön yhteensopivuutta direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohdan kanssa; kyseinen alakohta koskee vakavaan ammatilliseen virheeseen syyllistyneen tarjoajan vapaaehtoista sulkemista pois hankintamenettelystä.

15. Tässä tilanteessa Tribunale amministrativo per il Lazio on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko asetuksen – – N:o 1083/2006 70 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, asetuksen (EY) N:o 1828/2006^[11] 27 artiklan c alakohtaa, [Brysselissä 26.7.1995 allekirjoitetun yhteisöjen taloudellisten etujen suojaamisesta Euroopan unionista tehdyn sopimuksen K.3 artiklan perusteella tehdyn yleissopimuksen^[12] 1 artiklaa, asetuksen – – N:o 2988/95 1 artiklan 2 kohtaa ja direktiivin (EU) 2017/1371^[13] 3 artiklan 2 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että menettelytavat, jotka teoreettisesti ovat omiaan suosimaan yhtä taloudellista toimijaa hankintamenettelyssä, sisältyvät aina käsitteisiin ”sääntöjenvastaisuus” tai ”petos” ja muodostavat siten oikeusperustan rahoitusosuuden peruuttamiselle, vaikka kyseisten menettelytapojen käyttämisestä ei olisikaan täyttää näyttöä tai vaikka ei olisikaan täyttää näyttöä siitä, että menettelytavat olisivat vaikuttaneet ratkaisevasti tuensaajan valintaan?

⁹ Euroopan yhteisöjen taloudellisten etujen suojaamisesta 18.12.1995 annettu neuvoston asetus (EYVL 1995, L 312, s. 1).

¹⁰ ANAS väittää myös, ettei tuomiolla, jolla yksi sen toimihenkilöistä tuomittiin lahjuksen ottamisesta, ole muita kuin rikosoikeudellisia vaikutuksia, sillä se annettiin syyteneuvottelumenettelyssä.

¹¹ Euroopan aluekehitysrahastoa, Euroopan sosiaalirahastoa ja koheesiorahastoa koskevista yleisistä säännöksistä annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1083/2006 ja Euroopan aluekehitysrahastosta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 1080/2006 täytäntöönpanoa koskevista säännöistä 8.12.2006 annettu komission asetus (EUVL 2006, L 371, s. 1 ja oikaisu EUVL 2007, L 45, s. 3).

¹² EYVL 1995, C 316, s. 48 (jäljempänä yleissopimus).

¹³ Unionin taloudellisiin etuihin kohdistuvien petosten torjunnasta rikosoikeudellisin keinoin annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2017, L 198, s. 29).

- 2) Onko [direktiivin 2004/18] 45 artiklan 2 kohdan [ensimmäisen alakohdan] d alakohta esteenä asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohdan kaltaiselle säännökselle, jonka mukaan hankintamenettelystä ei voida sulkea pois taloudellista toimijaa, joka on yrittänyt vaikuttaa hankintaviranomaisen päätöksentekomenettelyyn, erityisesti silloin, kun se on yrittänyt lahjoa joitakin tarjouspyyntölautakunnan jäseniä?
- 3) Jos jompaankumpaan tai molempiin edellisiin kysymyksiin vastataan myöntävästi, kysytään, onko edellä mainittuja säännöksiä tulkittava siten, että niissä edellytetään aina, että jäsenvaltio peruuttaa rahoitusosuuden ja että komissio tekee 100 prosentin rahoitusoikaisun, vaikka nämä rahoitusosuudet olisi kuitenkin käytetty tarkoitukseen, jota varten ne oli tarkoitettu, ja sellaiseen urakkaan, jolle voidaan myöntää Euroopan unionin rahoitusta ja joka on tosiasiallisesti toteutettu?
- 4) Jos kohdan 3 kysymykseen vastataan kielteisesti eli rahoitusosuuden peruuttaminen tai 100 prosentin rahoitusoikaisu ei ole pakollinen, kysytään, sallivatko kohdassa 1 mainitut säännökset ja suhteellisuusperiaatteen noudattaminen rahoitusosuuden peruuttamisesta ja rahoitusoikaisusta määräämisen ottaen huomioon Euroopan unionin yleiselle talousarviolle todellisesti koituneen taloudellisen vahingon: erityisesti kysytään, voidaanko nyt kyseessä olevan tilanteen kaltaisessa tilanteessa asetuksen (EU) 1083/2006 [99¹⁴] artiklan 3 kohdan mukaiset ”taloudelliset vaikutukset” määritellä kiinteästi soveltamalla [suuntaviivojen vahvistamisesta ja hyväksymisestä niiden rahoitusoikaisujen määrittämisen osalta, jotka komissio tekee julkisia hankintoja koskevien sääntöjen noudattamatta jättämisen vuoksi, yhteistyössä jäsenvaltioiden kanssa hallinnoituihin, unionin rahoittamiin menoihin 19.12.2013 annetun komission päätöksen C(2013) 9527 (jäljempänä vuoden 2013 suuntaviivat)¹⁵ liitteessä olevassa] 2 kohdassa olevassa taulukossa määritelyjä kriteerejä?”

16. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet ANAS, Italian hallitus ja komissio. Unionin tuomioistuin päätti ratkaista asian järjestämättä istuntoa asianosaisten kuulemiseksi työjärjestyksensä 76 artiklan 2 kohdan mukaisesti.

Asian tarkastelu

Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

17. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustele ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään lähinnä, onko asetuksen N:o 1083/2006 70 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, asetuksen N:o 1828/2006 27 artiklan c alakohtaa, yleissopimuksen 1 artiklaa ja direktiivin 2017/1371 3 artiklan 2 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että menettelytavat, jotka ovat omiaan suosimaan taloudellista toimijaa hankintamenettelyssä, sisältyvät käsitteisiin ”sääntöjenvastaisuus” tai ”petos” ja muodostavat siten oikeusperustan rahoitusosuuden peruuttamiselle, vaikka kyseisten menettelytapojen käyttämisestä tai niiden vaikutuksista valintamenettelyyn ei olisi täyttä näyttöä.

¹⁴ Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa virheellisesti kyseisen asetuksen 98 artiklan 3 kohtaan. Ks. myös tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 41.

¹⁵ Päätös suuntaviivojen vahvistamisesta ja hyväksymisestä niiden rahoitusoikaisujen määrittämisen osalta, jotka komissio tekee julkisia hankintoja koskevien sääntöjen noudattamatta jättämisen vuoksi, yhteistyössä jäsenvaltioiden kanssa hallinnoituihin, unionin rahoittamiin menoihin.

18. Vaikka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ottaa esille sääntöjenvastaisuuden ja petoksen käsitteet, huomautan kuitenkin aluksi katsovani komission tavoin, että kysymyksen tarkastelussa olisi keskityttävä siihen, sisältyvätkö kyseiset menettelytavat sääntöjenvastaisuuden käsitteeseen, joka sisältää sitä suppeamman petoksen käsitteen.¹⁶ Ensimmäistä ennakkoratkaisukysymystä on tarkasteltava lisäksi paitsi ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esille ottamien, asetuksen N:o 1083/2006 70 artiklan 1 kohdan b alakohdan ja asetuksen N:o 2988/95 1 artiklan 2 kohdan perusteella, myös ja ennen kaikkea sääntöjenvastaisuuden käsitettä koskevan, kyseisen asetuksen 2 artiklan 7 alakohdan perusteella.¹⁷

19. Tämän jälkeen muistutan, että asetuksen N:o 1083/2006 1 artiklan mukaan kyseisessä asetuksessa vahvistetaan hallinnointia, seurantaa ja valvontaa koskevat säännöt rahastoista taloudellista tukea saaville toimille jäsenvaltioiden ja komission välisen tehtävänjaon perusteella.¹⁸ Lisäksi kyseisen asetuksen 70 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan jäsenvaltiot vastaavat muun muassa toimenpideohjelmien hallinnosta ja valvonnasta erityisesti estämällä, toteamalla ja oikaisemalla sääntöjenvastaisuudet sekä perimällä takaisin aiheuttomasti maksetut määrät.

20. Kyseisen asetuksen 2 artiklan 7 alakohdan mukaisesti sääntöjenvastaisuudella tarkoitetaan tällöin erityisesti EAKR:n yhteydessä unionin oikeuden säännösten tai määräysten rikkomista, joka johtuu taloudellisen toimijan teosta tai laiminlyönnistä, jonka tuloksena on tai voisi olla vahinko unionin yleiselle talousarviolle siihen kohdistuvan perusteettoman menon vuoksi.¹⁹ Unionin tuomioistuin on täsmentänyt erityisesti, että tällaisen sääntöjenvastaisuuden olemassaolo edellyttää kolmen seikan olemassaoloa eli ensinnäkin unionin oikeuden rikkomista; toiseksi sitä, että kyseinen rikkominen perustuu taloudellisen toimijan toimeen tai laiminlyöntiin, ja kolmanneksi unionin talousarvioon kohdistuvan tosiasiallisen tai mahdollisen vahingon olemassaoloa.²⁰

21. Tässä yhteydessä on todettava ensinnäkin *unionin oikeuden rikkomisen* olemassaolon osalta, että asetuksen N:o 1083/2006 9 artiklan 5 kohdan perusteella unionin tehtävänä on rahoittaa rahastojensa kautta vain toimia, jotka toteutetaan täysin unionin oikeuden, mukaan lukien

¹⁶ Minusta vaikuttaa nimittäin siltä, että sääntöjenvastaisuuden käsite pitää sisällään kaikenlaiset unionin sääntöjen ja kansallisten sääntöjen rikkomiset (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 21 kohta), myös petoksen käsitteeseen sisältyvät rikkomiset. Lisäksi petoksen käsite edellyttää teon tai laiminlyönnin tahallisuutta ja sen rikosoikeudellista toteamista tuomioistuimessa, eivätkä nämä ilmene käsiteltävän asian tosiseikoista, sellaisina kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tosiseikat esittää.

¹⁷ Sen sijaan muut ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esille ottamat säännökset eli asetuksen N:o 1828/2006 27 artiklan c alakohta, yleissopimuksen 1 artikla ja direktiivin 2017/1371 3 artiklan 2 kohdan b alakohta eivät ole tältä osin merkityksellisiä, sillä ne koskevat ainoastaan petoksen käsitettä.

¹⁸ Ks. tästä tuomio 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, 46 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Asetuksen N:o 1083/2006 johdanto-osan 65 perustelukappaleessa todetaan, että vastuun tukitoimien täytäntöönpanosta ja valvonnasta olisi kuuluttava toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen mukaisesti ensisijaisesti jäsenvaltioille.

¹⁹ Asetuksen N:o 2988/95 1 artiklan 2 kohdassa säädetään vastaavasti, että väärinkäytösten tunnusmerkit toteuttaa jokainen unionin oikeuden säännöksen tai määräyksen rikkominen, joka johtuu taloudellisen toimijan teosta tai laiminlyönnistä ja jonka tuloksena on tai voisi olla vahinko unionin yleiselle talousarviolle tai unionin hoidossa oleville talousarvioille, joko suoraan unionin puolesta kannettujen omien varojen vähenemisen tai lakkaamisen taikka perusteettoman menon takia. On täsmennettävä, että kuten unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, asetuksessa N:o 2988/95 ainoastaan vahvistetaan tarkastuksia ja seuraamuksia koskevat yleiset säännöt unionin taloudellisten etujen suojaamiseksi, ja väärin käytettyjen varojen takaisinperintä on suoritettava alakohtaisten säännösten perusteella (ks. vastaavasti tuomio 26.5.2016, Județul Neamț ja Județul Bacău, C-260/14 ja C-261/14, EU:C:2016:360, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). On kuitenkin niin, että vaikka asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohdassa tarkoitettua käsitettä ”sääntöjenvastaisuus” ja asetuksen N:o 2988/95 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua käsitettä ”väärinkäytös” on tulkittava yhtenäisellä tavalla ja vaikka kyseiset kaksi asetusta kuuluvat samaan järjestelyyn, jolla taataan unionin moitteeton varainhoito ja unionin taloudellisten etujen suojaaminen (ks. vastaavasti tuomio 26.5.2016, Județul Neamț ja Județul Bacău, C-260/14 ja C-261/14, EU:C:2016:360, 34 kohta), kyseistä käsitettä on tulkittava käsiteltävässä asiassa lähinnä asetuksen N:o 1083/2006 valossa.

²⁰ Ks. tuomio 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, 51 kohta).

julkisia hankintoja koskevat säännöt, mukaisesti.²¹ Unionin tuomioistuin on todennut lisäksi, että asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohta ei koske ainoastaan unionin oikeuden säännöksen tai määräyksen rikkomista vaan myös niiden kansallisen oikeuden säännösten rikkomista, joita sovelletaan rakennerahastoista tuettuihin toimiin ja joilla näin myötävaikutetaan kyseisistä rahastoista rahoitettujen hankkeiden hallintoa koskevan unionin oikeuden asianmukaisen soveltamisen varmistamiseen.²²

22. Rikottujen säännösten yksilöinnissä on muistettava tältä osin ensinnäkin, että direktiivin 2004/18 2 artiklan ja sitä vastaavien kansallisten säännösten mukaan hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti sekä toimittava avoimesti. Lisäksi unionin tuomioistuimen julkisia hankintoja koskevasta vakiintuneesta oikeuskäytännöstä käy ilmi, että hankintaviranomainen on velvollinen noudattamaan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.²³

23. Kuten komissio huomauttaa, vaikuttaa siltä, että menettelytapa, jollaisesta ANASin muutamia toimihenkilöitä arvostellaan ja joka muodostuu maksujen vastaanottamisesta sopimuspuoleksi valitulta yritykseltä, jotta he edesauttaisivat kyseisen yrityksen valintaa sopimuspuoleksi, on vähintäänkin yhdenvertaista kohtelua hankintamenettelyssä koskevien periaatteiden vastaista,²⁴ riippumatta siitä, onko tällainen menettelytapa tosiasiallisesti häirinnyt asianomaista tarjouspyyntömenettelyä.²⁵

24. Lisäksi direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohdassa annetaan hankintaviranomaiselle mahdollisuus sulkea hankintamenettelystä pois taloudellinen toimija, joka on syyllistynyt ammattitoiminnassaan vakavaan virheeseen. Myös tällaisen vapaaehtoisen poissulkemisperusteen, josta on säädetty Italian lainsäädännössä asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohdassa, olemassaolo – jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin vahvistaa sen – katsotaan mielestäni tämän ratkaisuehdotuksen 21 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitetuksi rikkomiseksi.²⁶

25. Toiseksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ilmoittaa olevansa epävarma siitä, miten paljon näyttöä rikkomisen ja siten sääntöjenvastaisuuden olemassaolon osoittamiseksi edellytetään, ja se korostaa, että käsiteltävässä asiassa riidanalaista menettelytapaa ja sen vaikutusta hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaan ei ole näytetty täysin toteen.

²¹ Ks. tuomio 6.12.2017, *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere* (C-408/16, EU:C:2017:940, 57 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

²² Ks. tuomio 1.10.2020, *Elme Messer Metalurgs* (C-743/18, EU:C:2020:767, 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

²³ Ks. tuomio 29.4.2004, komissio v. *CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, 108 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

²⁴ Ks. direktiivin 2004/18 2 artikla, jonka otsikko on ”Julkisessa hankintasopimuksessa noudatettavat periaatteet” ja jonka mukaan hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti, sekä oikeuskäytäntö, jonka mukaan hankintaviranomainen on velvollinen noudattamaan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta (ks. erityisesti tuomio 29.4.2004, komissio v. *CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, 108 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

²⁵ Totean lisäksi jo näin etukäteen, ettei asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohdassa tarkoitetun sääntöjenvastaisuuden olemassaolon osoittaminen edellytä tuensaajan tahallisuuden tai huolimattomuuden osoittamista, sillä ANASilla voidaan katsoa olevan ”objektiivinen” vastuu, joka perustuu sen toimihenkilöiden vastuuseen, kuten selitän jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 30 kohdassa sekä alaviitteessä 32.

²⁶ Edellyttäen, että asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohtaa sovelletaan käsiteltävässä asiassa, mikä ei ole nähdäkseni ilmeistä (ks. tältä osin toisen ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu).

26. Tältä osin on riittävää todeta, että unionin säännösten puuttuessa jäsenvaltioiden on säädettävä sisäisessä oikeusjärjestyksessään menettelysäännöistä sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla turvataan yksityisillä unionin oikeuden perusteella olevat oikeudet, mukaan lukien sääntöjenvastaisuuden osoittamiseksi vaadittavan näytön määrä, edellyttäen että nämä menettelysäännöt ovat vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen mukaisia.²⁷

27. Tämä näkemys, joka on jo omaksuttu tämän ratkaisuehdotuksen 22 kohdassa mainittujen yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden osalta, vahvistetaan nimenomaisesti direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohdassa, jossa – olettaen, että se on merkityksellinen nyt käsiteltävässä asiassa –²⁸ annetaan hankintaviranomaiselle mahdollisuus sulkea pois hankintamenettelystä taloudellinen toimija, joka on syylistynyt ammattitoiminnassaan vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomaiset voivat näyttää toteen.²⁹

28. Huomautan tässä tapauksessa ainoastaan, että kuten komissio tuo aiheellisesti esille, ammattitoiminnassa tehdystä vakavasta virheestä johtuvan poissulkemisen on perustuttava siihen, että hankintaviranomainen toteaa riippumattomalla tavalla tällaisen epäammattimaisen menettelyn olemassaolon jonkin todisteen perusteella ja käyttäen tarvittaessa rikosoikeudellisesta menettelystä saatavia todisteita, muttei kuitenkaan automaattisesti. Unionin tuomioistuin on täsmentänyt tämän osalta, että tuomiovaltaa käyttäen annettu ratkaisu, vaikka se ei olisi vielä lainvoimainen, voi aina tämän päätöksen kohteen mukaan antaa hankintaviranomaiselle asianmukaisen keinon näyttää toteen ammattitoiminnassa tehdyn vakavan virheen, ja hankintaviranomaisen päätökseen voidaan joka tapauksessa hakea muutosta tuomioistuimessa.³⁰ Samat näkökohdat koskevat nähdäkseni edellä tämän ratkaisuehdotuksen 22 kohdassa mainittuja yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita.

29. Toiseksi käsiteltävässä asiassa ei ole kyseenalaistettu sitä, että tällaisen, asiassa sovellettavan unionin oikeuden tai kansallisen lainsäädännön rikkomisen on johduttava *taloudellisen toimijan toiminnasta tai laiminlyönnistä*.

30. Tuon joka tapauksessa esille, että ANAS on tosiaan ”taloudellinen toimija”³¹ ja että toimen tai laiminlyönnin käsite ei edellytä subjektiivista osatekijää. Unionin tuomioistuin on näet täsmentänyt, että vaikka asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohdassa olevassa sääntöjenvastaisuuden käsitteen määritelmässä ei täsmennetä mitenkään asianomaisen

²⁷ Ks. analogisesti tuomio 22.11.2012, Cuadrench Moré (C-139/11, EU:C:2012:741, 25 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

²⁸ Kuten olen näet tuonut esille tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 26, epäilen, ettei kyseistä säännöstä (tai varsinaisesti kansallisen lainsäädännön osaksi saattamisesta annettua säännöstä eli asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohtaa) sovelleta käsiteltävässä asiassa.

²⁹ Unionin tuomioistuin on täsmentänyt tältä osin, ettei direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohdassa tarkoitettua ammattitoiminnassa tehdyn vakavan virheen toteaminen edellytä tuomiota, joka on tullut lainvoimaiseksi (ks. vastaavasti tuomio 13.12.2012, Forposta ja ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, 28 kohta) ja tuomio 20.12.2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, 44 kohta)).

³⁰ Ks. tuomio 20.12.2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, 47 kohta).

³¹ Asetuksen N:o 1828/2006 27 artiklan a alakohdassa annetun määritelmän mukaan taloudellisella toimijalla tarkoitetaan kaikkia rahastosta myönnettävän tuen toteuttamiseen osallistuvia luonnollisia henkilöitä, oikeushenkilöitä tai muita yksiköjä, lukuun ottamatta jäsenvaltioita niiden käyttäessä julkista valtaa.

edunsaajan toiminnan tahallisuutta tai tuottamuksellisuutta, tällaista ominaisuutta ei voida pitää välttämättömänä seikkana, jotta kyseisessä säännöksessä tarkoitettu sääntöjenvastaisuus voitaisiin todeta.³²

31. Kolmanneksi tällaisesta laiminlyönnistä *unionin talousarviolle aiheutuneen vahingon* osalta on todettava, että asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohdasta ilmenee, että rahastoista tuettuihin toimiin sovellettavan unionin oikeuden tai kansallisen oikeuden rikkominen on kyseisessä säännöksessä tarkoitettu sääntöjenvastaisuus, jos sen tuloksena on tai voisi olla vahinko unionin yleiselle talousarviolle siihen kohdistuvan perusteettoman menon vuoksi.

32. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin korostaa, että käsiteltävässä asiassa ei ole osoitettu, että unionin talousarviolle olisi aiheutunut vahinkoa.

33. Unionin tuomioistuin on kuitenkin tulkinnut kyseistä säännöstä siten, että hankintamenettelyä koskevien sääntöjen noudattamatta jättäminen on kyseisessä säännöksessä tarkoitettu sääntöjenvastaisuus siltä osin kuin sen mahdollisuutta, että kyseisellä noudattamatta jättämisellä on ollut vaikutusta asianomaisen rahaston talousarvioon, ei voida sulkea pois, mutta täsmällisen taloudellisen vaikutuksen olemassaolon osoittamista ei vaadita.³³

34. Asetun nyt käsiteltävässä asiassa sille kannalle, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esille ottaman kaltainen menettelytapa, joka loukkaa vähintäänkin yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita, on voinut häiritä sääntöjenvastaisesti asianomaista tarjouspyyntömenettelyä suosimalla sopimuspuoleksi valittua yritystä. Todellisen taloudellisen vahingon olemassaoloa ei tarvitse osoittaa, kun on mahdollista, että ilman tällaista menettelytapaa hankintasopimuksen sopimuspuoleksi olisi voitu valita toinen tarjoaja tai kyseisen sopimuksen ehdot olisivat voineet olla unionin talousarvion kannalta suotuisimmat, mikä sisältää edellisessä kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti edellä tämän ratkaisuehdotuksen 20 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä esitetyn kolmannen edellytyksen.

35. Ehdotan siis, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan niin, että asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohdasta ja 70 artiklan 1 kohdan b alakohdasta on tulkittava siten, että menettelytapa, joka voi toimivaltaisten viranomaisten tekemän arvioinnin mukaan suosia taloudellista toimijaa hankintamenettelyn aikana, sisältyy käsitteeseen ”sääntöjenvastaisuus” ja johtaa yleensä perusteettomasti saadun edun peruuttamiseen, jollei kyseisen menettelytavan mahdollista vaikutusta asianomaisen rahaston talousarvioon voida sulkea pois.

³² Ks. vastaavasti tuomio 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767), jossa unionin tuomioistuin totesi yhtäältä asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohdan kontekstuaalisen tulkinnan (59–62 kohta) ja toisaalta kyseisen asetuksen teleologisen tulkinnan (63 kohta) perusteella sekä täsmennettyään, että sääntöjenvastaisuudella perusteettomasti saadun edun palauttamisvelvollisuus ei ole seuraamus vaan pelkkä seuraus sen toteamisesta, ettei unionin lainsäädännössä säädetyn edun saannille asetettuja edellytyksiä ole noudatettu, mikä aiheuttaa saadun edun perusteettomuuden (64 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen), ettei tuensaajan jonkinlaisen tahallisuuden tai huolimattomuuden osoittaminen ole välttämätöntä asetuksen N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohdassa tarkoitettujen sääntöjenvastaisuuden olemassaolon kannalta (65 kohta). ANASille mahdollisesti kuuluvan, sen toimihenkilöiden vastuuseen perustuvan ”objektiivisen” vastuun osalta on todettava lisäksi, että unionin tuomioistuin on täsmentänyt niin ikään, että unionin oikeudessa lähdetään siitä oletuksesta, että oikeushenkilöt toimivat edustajiensa välityksellä ja että muiden muassa viimeksi mainittujen ammattietiikan vastainen toiminta voi olla merkityksellinen seikka arvioitaessa yrityksen toiminnan eettisyyttä (ks. tuomio 20.12.2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, 34 kohta).

³³ Ks. vastaavasti tuomio 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, 44 ja 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen); tuomio 6.12.2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, 60 ja 61 kohta) ja tuomio 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, 67 kohta).

Toinen ennakkoratkaisukysymys

36. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelelee toisella ennakkoratkaisukysymyksellään, onko direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohta esteenä asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohdan kaltaiselle säännökselle, jonka perusteella hankintamenettelystä ei voida sulkea pois taloudellista toimijaa, joka on yrittänyt vaikuttaa hankintaviranomaisen päätöksentekomenettelyyn, erityisesti kun vaikuttamisyrityksenä on käytetty tarjouspyyntölautakunnan jäsenten lahjomista.

37. Direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohta koskee perusteita, joiden nojalla tarjoaja voidaan sulkea pois hankintamenettelystä, ja siinä säädetään, että hankintamenettelystä voidaan sulkea pois taloudellinen toimija, joka on ammattitoiminnassaan syylistynyt vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomaiset voivat näyttää toteen.

38. Asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohdassa, jolla kyseinen säännös on saatettu osaksi Italian oikeusjärjestystä, säädetään erityisesti, että konsessiosopimusten, rakennusurakkasopimusten sekä tavara- ja palveluhankintasopimusten tekomenettelyistä on suljettava pois henkilöt, jotka ovat ammattitoiminnassaan syylistyneet vakavaan virheeseen, jonka hankintayksikkö on millä tahansa tavalla näyttänyt toteen.

39. Vaikka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tulkitsee tätä säännöstä siten, ettei hankintamenettelystä voida sulkea sen perusteella pois taloudellista toimijaa, joka on yrittänyt vaikuttaa hankintaviranomaisen päätöksentekomenettelyyn erityisesti lahjontayrityksillä, Italian hallitus ja komissio vaikuttavat olevan sitä mieltä, että Italian oikeus- ja hallintokäytännön mukaan on päinvastoin niin, että kyseisen säännöksen perusteella vakavan virheen käsitteeseen voidaan sisällyttää pyrkimykset vaikuttaa hankintaviranomaisen päätöksentekomenettelyyn.³⁴

40. Muistutan tältä osin yhtäältä, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä jätetään kansalliselle lainsäätäjälle liikkumavaraa sen suhteen, miten direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohta saatetaan osaksi kansallista lainsäädäntöä.³⁵

41. Toisaalta vaikuttaa siltä, että asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohdan sanamuoto on laadittu direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohtaan tavoin hyvin väljästi ja ilmaus ”ammattitoiminnassaan syylistynyt vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomaiset voivat näyttää toteen” on välitetty siinä olennaisin osin vastaavalla ilmaisulla ”ammattitoiminnassaan syylistyneet vakavaan virheeseen, jonka

³⁴ Komission näkemyksen mukaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitseman Consiglio di Staton (ylin hallintotuomioistuin, Italia) tuomion (4.12.2017 annettu tuomio nro 5704) perusteella ei voida päätyä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämään johtopäätökseen. Italian hallitus mainitsee tulkintansa tueksi toisen Consiglio di Staton antaman tuomion (20.11.2015 annettu tuomio nro 5299) sekä korruption torjunnasta vastaavan kansallisen viranomaisen päätöksen ja suuntaviivat, jotka ovat sen mukaan ristiriidassa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämän tulkinnan kanssa.

³⁵ Asianomaisen oikeuskäytännön mukaan on näet niin, ettei direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohtaan tavoitteena ole siinä mainittujen poissulkemisperusteiden yhtenäinen soveltaminen unionissa, koska jäsenvaltioilla on oikeus olla soveltamatta näitä poissulkemisperusteita tai sisällyttää ne kansalliseen lainsäädäntöön tiukkuudella, joka voi vaihdella tapauskohtaisesti aina sen mukaan, minkälaisia oikeudellisia, taloudellisia taikka sosiaalisia syitä kansallisella tasolla pidetään tärkeinä (ks. tuomio 14.12.2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, 29 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

hankintaviranomainen on millä tahansa tavalla näyttänyt toteen”,³⁶ minkä lisäksi – kuten komissio tuo esille – asianomaista kansallista säännöstä on sen väljän sanamuodon ansiosta helppoa tulkita sen säännöksen mukaisesti, joka sillä on saatettu osaksi kansallista lainsäädäntöä.³⁷

42. Puuttumatta ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toimivaltaan tulkita kansallista lainsäädäntöä totean, että kansallisen lainsäädännön osaksi saattamista koskevan säännöksen teksti on mielestäni kansallisen lainsäädännön osaksi saatetun säännöksen mukainen.³⁸

43. Myöskään ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämän kysymyksen merkityksellisyys ei ole ilmeinen, sillä unionin tuomioistuimelle toimitetusta asiakirja-aineistosta ei käy selvästi ilmi, että toimivaltaisten viranomaisten tässä tapauksessa havaitsema sääntöjenvastaisuus liittyisi direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohdan rikkomiseen, sellaisena kuin kyseinen alakohta on saatettu osaksi kansallista lainsäädäntöä asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohdalla, niin että hankintaviranomaisen olisi pitänyt tämän perusteella sulkea hankintamenettelystä pois tarjoaja, joka valittiin myöhemmin asianomaisen hankintasopimuksen sopimuspuoleksi.³⁹ Kuten komissio korostaa, käsiteltävässä asiassa on nimittäin hankala nähdä, että kyseessä olisi sääntöjenvastaisuus, johon ANAS olisi syyllistynyt siksi, ettei se ole sulkenut kyseistä tarjoajaa pois hankintamenettelystä sillä perusteella, että tämä on syyllistynyt hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen havaittuun vakavaan virheeseen ammattitoiminnassaan.

44. Muistutan kuitenkin, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan olettamana on, että kansallisen tuomioistuimen niiden oikeudellisten seikkojen ja tosiseikkojen perusteella, joiden määrittämisestä se vastaa ja joiden paikkansapitävyyden selvittäminen ei ole unionin tuomioistuimen tehtävä, esittämällä unionin oikeuden tulkintaan liittyvillä kysymyksillä on merkitystä asian ratkaisun kannalta⁴⁰ ja että käsiteltävässä asiassa ei ole ilmeistä, että kyseisestä unionin oikeuden säännöksestä pyydetyllä tulkinnalla ei olisi yhteyttä pääasian tosiseikkoihin tai kohteeseen.

45. Ehdotan siis, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan niin, että direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohtaa on tulkittava siten, että kun huomioon otetaan velvollisuus tulkita kansallista oikeutta kyseisen säännöksen tavoitteiden mukaisesti, se ei ole lähtökohtaisesti esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan

³⁶ Huomautan, että asetuksen nro 163/2006 38 §:n 1 momentin f kohdassa toistetaan sama ilmaus (”vakava virhe”) kuin direktiivin 2004/18 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohdan italiankielisessä toisinnossa, kun taas osassa muista kielitoisinnosta käytetään toista ilmausta, joka viittaa pikemmin tekemättä tai noudattamatta jättämisestä muodostuvaan virheeseen (esimerkiksi ”faute grave” ranskankielisessä toisinnossa ja ”grave professional misconduct” englanninkielisessä toisinnossa).

³⁷ Vaatimus tulkita kansallista oikeutta unionin oikeuden mukaisesti, joka ei voi olla perustana kansallisen oikeuden contra legem -tulkinnalle (ks. vastaavasti erityisesti tuomio 28.4.2022, Phoenix Contact, C-44/21, EU:C:2022:309, 50 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen), sisältää nimittäin kansallisia tuomioistuinta koskevan velvollisuuden muuttaa tarvittaessa vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jos se perustuu sellaiseen kansallisen oikeuden tulkintaan, joka ei sovi yhteen direktiivin tavoitteiden kanssa (ks. vastaavasti tuomio 28.4.2022, Phoenix Contact, C-44/21, EU:C:2022:309, 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

³⁸ Tämä näkemys ei vaikuta periaatteeseen, jonka mukaan kansalliseen oikeuteen kuuluvan säännöksen ulottuvuutta määritettäessä on otettava huomioon tulkinta, joka sille annetaan kansallisissa tuomioistuimissa (ks. vastaavasti erityisesti tuomio 12.11.2009, komissio v. Espanja, C-154/08, ei julkaistu, EU:C:2009:695, 125 kohta) ja joka ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tarkistettava edellisessä alakohdassa mainittu oikeuskäytäntö huomioon ottaen. Unionin tuomioistuin on kuitenkin täsmentänyt tästä olennaisin osin, ettei huomioon pidä ottaa yksittäisiä tai selvästi vähemmistöissä olevia tuomioistuinten ratkaisuja, jos oikeuskäytännössä on vallalla muunlainen suuntaus, kuten ei myöskään tulkintaa, jonka kansallinen ylimmän oikeusasteen tuomioistuin on kumonnut, mutta huomioon on otettava kansallisten tuomioistuinten antama merkittävä tulkinta, jota ylimmän oikeusasteen tuomioistuin ei ole kumonnut vaan jonka se on jopa vahvistanut (ks. vastaavasti tuomio 9.12.2003, komissio v. Italia, C-129/00, EU:C:2003:656, 31 ja 32 kohta).

³⁹ Vaikuttaa päinvastoin siltä, että kyseinen sääntöjenvastaisuus koskee pikemmin yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden loukkaamista (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 21–24 kohta).

⁴⁰ Ks. erityisesti tuomio 1.8.2022, Vyriausioji tarnybinės etikos komisija (C-184/20, EU:C:2022:601, 48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

konsessiosopimusten, rakennusurakkasopimusten sekä tavara- ja palveluhankintasopimusten tekomenettelyistä on suljettava pois henkilöt, jotka ovat ammattitoiminnassaan syyllistyneet vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomainen on millä tahansa tavalla näyttänyt toteen.

Kolmas ja neljäs ennakkoratkaisukysymys

46. Kolmannella ja neljännellä ennakkoratkaisukysymyksellään, jotka on käsiteltävä yhdessä, kansallinen tuomioistuin tiedustele lähinnä, onko ensimmäisessä ja toisessa kysymyksessä tarkoitettuja säännöksiä tulkittava sääntöjenvastaisuuden ollessa kyseessä siten, että niiden mukaan jäsenvaltion on sovellettava aina 100 prosentin rahoitusoikaisua, ja jos vastaus on kieltävä, mitkä ovat ne perusteet, joilla kyseinen rahoitusoikaisu määritetään, kun huomioon otetaan kyseiset säännökset sekä suhteellisuusperiaate.

47. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on epävarma erityisesti siitä, onko 100 prosentin rahoitusoikaisun soveltaminen edellä mainittujen säännösten ja periaatteiden mukaista, kun kyseiset rahoitusosuudet on käytetty urakkaan, jolle voidaan myöntää unionin rahoitusta ja joka on jo toteutettu. Se pohtii, eikö kyseinen rahoitusoikaisu pitäisi määrittää pikemmin ottaen huomioon unionin yleiselle talousarviolle aiheutunut taloudellinen vahinko ja voidaanko todettujen puutteiden taloudelliset vaikutukset⁴¹ määrittää kiinteämääräisesti soveltamalla vuoden 2013 suuntaviivojen 2 kohdassa olevassa taulukossa mainittuja perusteita.⁴²

48. Asetuksen N:o 1083/2006 98 artiklan 1 ja 2 kohdan mukaisesti sääntöjenvastaisuuden havaitsemisen jälkeen jäsenvaltioilla on vastuu tehdä tarvittavat rahoitusoikaisu, jotka käsittävät toimenpideohjelman julkisen rahoitusosuuden peruuttamisen kokonaan tai osittain, ja niiden on määritettävä tehtävän rahoitusoikaisun määrä ottamalla huomioon kolme perustetta eli todetun sääntöjenvastaisuuden luonne ja vakavuus sekä siitä asianomaiselle rahastolle aiheutunut taloudellinen tappio. Lisäksi unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä täsmennetään, että kun kyseessä on yksittäinen eikä systemaattinen sääntöjenvastaisuus, viimeksi mainittu vaatimus edellyttää välttämättä tapauskohtaista tarkastelua, jossa otetaan huomioon kulloisenkin tapauksen kaikki olosuhteet näiden kolmen perusteen osalta.⁴³

49. Ensinnäkin kysymykseen siitä, onko kaikkien sääntöjenvastaisuuksien perusteella tehtävä 100 prosentin rahoitusoikaisu, totean pitäväni tällaista tulkintaa selkeästi edellisessä kohdassa mainittujen periaatteiden ja oikeuskäytännön vastaisena, sillä niiden mukaisesti jäsenvaltioiden on, kun ne tekevät rahoitusoikaisun sääntöjenvastaisuuden perusteella, otettava huomioon kaikki tapaukseen liittyvät olosuhteet, mukaan lukien sääntöjenvastaisuudesta aiheutuneet seuraukset rahoitusosuuksien käyttämiselle ja sen urakan toteuttamiselle, jolle voidaan myöntää unionin rahoitusta.⁴⁴

⁴¹ Huomautan täsmällisyyden vuoksi, että vaikka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin mainitsee asetuksen N:o 1083/2006 98 artiklan, joka koskee jäsenvaltioiden tekemiä rahoitusoikaisuja, se viittaa samalla kyseisen asetuksen 99 artiklan, joka koskee komission tekemiä rahoitusoikaisuja, 3 kohdassa mainittuihin ”kyseisessä toimenpideohjelmassa havaittujen puutteiden johdosta aiheutuviin taloudellisiin vaikutuksiin”, kun taas edellä mainitussa 98 artiklan 2 kohdassa mainitaan ”rahastolle aiheutunut taloudellinen tappio”.

⁴² Kuten päätöksen C(2013) 9527 1 artiklassa säädetään, kyseisen päätöksen liitteessä esitetään suuntaviivat julkisia hankintoja koskevien sääntöjen noudattamatta jättämisen vuoksi tehtävien rahoitusoikaisujen määrittämiseksi yhteistyössä jäsenvaltioiden kanssa hallinnoituviin, unionin rahoittamiin menoihin ohjelmakausilla 2007–2013 ja 2014–2020. Sen 2 artiklassa lisätään, että komissio soveltaa kyseisiä suuntaviivoja, joilla korvataan ohjelmakausilla 2000–2006 ja 2007–2013 sovelletut aiemmat suuntaviivat, tehdessään rahoitusoikaisuja kyseisen päätöksen antamispäivän jälkeen havaittujen sääntöjenvastaisuuksien osalta.

⁴³ Ks. vastaavasti tuomio 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, 48 kohta).

⁴⁴ Lisäksi tällainen velvollisuus peruuttaa ”automaattisesti” koko rahoitusosuus toimisi tosiasiallisesti seuraamuksena, mikä on vastoin tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 32 mainittua oikeuskäytäntöä, jonka mukaan velvollisuus palauttaa sääntöjenvastaisuuden johdosta perusteettomasti saatu etu ei ole seuraamus.

50. Tämä päätelmä ei kuitenkaan sisällä nähdäkseni velvollisuutta rajata rahoitusoikaisu kaikissa olosuhteissa asianomaiselle rahastolle aiheutuneen taloudellisen tappion mukaan. On näet tilanteita, joissa sillä riskillä, että sääntöjenvastaisuuksien toteamisen vuoksi aiheutuu pieni menetys, joka rajoittuu siihen osuuteen, johon sääntöjenvastaisuus liittyy, ei ole varoittavaa vaikutusta. Tällöin rahoituksen peruuttaminen kokonaan voisi olla oikeasuhteista riippumatta siitä, voidaanko asianomaiselle rahastolle aiheutunut tappio näyttää toteen,⁴⁵ eikä sillä, onko tukea saanut hanke lopulta toteutettu, ole tältä osin ratkaisevaa merkitystä.⁴⁶

51. Olen tässä tapauksessa sitä mieltä, että tarjouspyyntölautakunnan jäseniin kohdistuva lahjonta tai lahjontayritykset voidaan katsoa erityisen vakavaksi ja moitittavaksi rikkomiseksi⁴⁷ riippumatta siitä, voidaanko niiden taloudelliset vaikutukset unionin talousarvioon näyttää toteen, joten tällainen menettely voi lähtökohtaisesti johtaa 100 prosentin rahoitusoikaisuun, mikä kansallisen toimivaltaisen hallintoviranomaisen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen valvonnassa arvioitava ja perusteltava käsiteltävään asiaan liittyvien olosuhteiden perusteella ja suhteellisuusperiaatetta noudattaen.

52. Muistutan toiseksi rahoitusoikaisun määrän laskennasta, että siltä osin kuin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esille ottamissa vuoden 2013 suuntaviivoissa määritetään rahoitusoikaisut, joita komissio tekee yhteistyössä jäsenvaltioiden kanssa hallinnoituihin unionin rahoittamiin menoihin julkisia hankintoja koskevien sääntöjen noudattamatta jättämisen vuoksi, kyseiset suuntaviivat voivat antaa jäsenvaltioille niin ikään osviittaa näiden oikaistessa itse sääntöjenvastaisuuksia, mutta suuntaviivat eivät sido niitä.⁴⁸ Erityisesti kyseisten suuntaviivojen 1.3 kohdassa, joka koskee rahoitusoikaisun määrän vahvistamista koskevia perusteita, mainitaan sen ensimmäisessä kappaleessa erilaiset oikaismäärät (5, 10, 25 ja 100 prosenttia), joita voidaan soveltaa hankintasopimukseen liittyviin menoihin ottamalla huomioon sääntöjenvastaisuuden vakavuus ja suhteellisuusperiaate, kun sääntöjenvastaisuuden taloudellisia vaikutuksia asianomaisen hankintasopimuksen osalta ei ole mahdollista määrittää tarkasti. Kyseisen kohdan toisessa kappaleessa täsmennetään, että sääntöjenvastaisuuden vakavuutta ja unionin talousarvioon kohdistuvia taloudellisia vaikutuksia arvioitaessa otetaan huomioon kilpailun taso, avoimuus ja tasapuolinen kohtelu ja että sääntöjenvastaisuutta pidetään vakavana, kun kyseessä olevalla sääntöjen noudattamatta jättämisellä on varoittava vaikutus potentiaalisiin tarjoajiin tai kun sääntöjen noudattamatta jättäminen johtaa eri tarjoajan valintaan sopimuspuoleksi kuin oli tarkoitus. Jäljempänä samassa kohdassa todetaan, ettei rahoitusoikaisuja tehdä, kun sääntöjenvastaisuus on luonteeltaan ainoastaan muodollinen ilman todellisia tai potentiaalisia taloudellisia vaikutuksia (kolmas kappale), ja että 100 prosentin rahoitusoikaisua voidaan soveltaa

⁴⁵ Esimerkiksi asiassa, jossa oli kyse erään investoinnin rahoittamisesta Euroopan maatalouden ohjaus- ja tukirahastosta (EMOTR) ja jossa väärin tietojen antamisesta johtuva sääntöjenvastaisuus koski vain osaa (28 prosenttia) investoinnin määrästä, unionin tuomioistuin totesi, että vain sillä, että sääntöjenvastaisuuksien seurauksena voi olla tuen poistaminen kokonaan, eikä vain tuen alentaminen tällaisia sääntöjenvastaisuuksia vastaavalla määrällä, voidaan toteuttaa EMOTR:n varojen hyvän hallinnan edellyttämä varoittava vaikutus (ks. tuomio 24.1.2002, Conserve Italia v. komissio, C-500/99 P, EU:C:2002:45, 101 kohta). Julkisasiames täsmensi samassa asiassa, että jos lainvastaisesti toimineet tuensaajat menettäisivät ainoastaan sen osan tuesta, jota sääntöjenvastaisuudet koskevat, tämä houkuttelisi väärinkäytöksiin (julkisasiamies Alberin ratkaisuehdotus Conserve Italia v. komissio, C-500/99 P, EU:C:2001:415, 94 ja 97 kohta).

⁴⁶ Kuten unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, se, ettei rahoituksen saaja noudata kaikkia velvoitteitaan, riittää yleisesti perusteeksi tarkistaa unionin rahoitusosuutta, ilman että pelkästään se seikka, että hanke on toteutettu, riittäisi oikeuttamaan kyseisen rahoitusosuuden maksamisen (ks. tältä osin tuomio 13.7.2011, Kreikka v. komissio, T-81/09, ei julkaistu, EU:T:2011:366, 68 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen, joka on pysytetty 10.10.2012 annetulla määräyksellä Kreikka v. komissio, C-497/11 P, ei julkaistu, EU:C:2012:625).

⁴⁷ Se, että perusteettoman edun saanut taloudellinen toimija on saanut ja käyttänyt unionin varoja, vahingoittaa vakavasti unionin taloudellisia etuja, sillä se vaarantaa vapaan kilpailun ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteet hankintasopimuksen sopimuspuolen valinnassa.

⁴⁸ Vuoden 2013 suuntaviivojen 1.1 kohdan viimeisessä kappaleessa suositellaan, että jäsenvaltioiden toimivaltaiset viranomaiset käyttävät samoja perusteita ja määriä oikaistessaan omien yksikköjensä havaitsemia sääntöjenvastaisuuksia, elleivät ne sovelta tiukempia vaatimuksia.

vakavimmissa tapauksissa silloin, kun sääntöjenvastaisuus tuo etua yhdelle tai useammalle tarjoajalle tai ehdokkaalle tai kun se liittyy petokseen, jonka toimivaltainen oikeus- tai hallintoviranomainen on todennut (kuudes kappale).

53. Näissä suuntaviivoissa annetaan siis ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle asianmukaiset perusteet, joita se voi käyttää määrittäessään rahoitusoikaisun määrän ottaen huomioon asetuksen N:o 1083/2006 98 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun unionin yleiselle talousarviolle aiheutuneen taloudellisen tappion.⁴⁹

54. Ehdotan siis, että kolmanteen ja neljänteen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan niin, että asetuksen N:o 1083/2006 98 artiklaa on tulkittava siten, että jos kyseisen asetuksen 2 artiklan 7 alakohdassa tarkoitetun sääntöjenvastaisuuden olemassaolo velvoittaa järjestelmällisesti toimivaltaiset viranomaiset tekemään rahoitusoikaisun, sovellettavan oikaisun määrä on määritettävä suhteellisuusperiaatetta noudattaen ottaen huomioon kaikki asiaan liittyvät konkreettiset olosuhteet eli havaitun sääntöjenvastaisuuden vakavuus ja luonne sekä asianomaiselle rahastolle aiheutunut tappio, mutta kyseiset viranomaiset eivät kuitenkaan ole velvollisia rajaamaan kaikissa olosuhteissa rahoitusoikaisua rahastolle aiheutuneen taloudellisen tappion mukaan, vaan erityisen vakava ja moitittava rikkomisen voi lähtökohtaisesti johtaa 100 prosentin rahoitusoikaisuun riippumatta siitä, voidaanko unionin talousarvioon kohdistuvat taloudelliset vaikutukset näyttää toteen.

Ratkaisuehdotus

55. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Tribunale amministrativo per il Lazio esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

- 1) Euroopan aluekehitysrahastoa, Euroopan sosiaalirahastoa ja koheesiorahastoa koskevista yleisistä säännöksistä sekä asetuksen (EY) N:o 1260/1999 kumoamisesta 11.7.2006 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1083/2006 2 artiklan 7 alakohtaa ja 70 artiklan 1 kohdan b alakohtaa

on tulkittava siten, että

menettelytapa, joka voi toimivaltaisten viranomaisten tekemän arvioinnin mukaan suosia taloudellista toimijaa hankintamenettelyn aikana, sisältyy käsitteeseen ”sääntöjenvastaisuus” ja johtaa yleensä perusteettomasti saadun edun peruuttamiseen, jollei kyseisen menettelytavan mahdollista vaikutusta asianomaisen rahaston talousarvioon voida sulkea pois.

- 2) Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 45 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan d alakohtaa

on tulkittava siten, että

⁴⁹ Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa virheellisesti kyseisen asetuksen 98 artiklan 3 kohtaan.

kun huomioon otetaan velvollisuus tulkita kansallista oikeutta kyseisen säännöksen tavoitteiden mukaisesti, se ei ole lähtökohtaisesti esteenä kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan konsessiosopimusten, rakennusurakkasopimusten sekä tavara- ja palveluhankintasopimusten tekomenettelyistä on suljettava pois henkilöt, jotka ovat ammattitoiminnassaan syylistyneet vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomainen on millä tahansa tavalla näyttänyt toteen.

3) Asetuksen N:o 1083/2006 98 artiklaa

on tulkittava siten, että

jos kyseisen asetuksen 2 artiklan 7 alakohdassa tarkoitetun sääntöjenvastaisuuden olemassaolo velvoittaa järjestelmällisesti toimivaltaiset viranomaiset tekemään rahoitusoikaisun, sovellettavan oikaisun määrä on määritettävä suhteellisuusperiaatetta noudattaen ottaen huomioon kaikki asiaan liittyvät konkreettiset olosuhteet eli havaitun sääntöjenvastaisuuden vakavuus ja luonne sekä asianomaiselle rahastolle aiheutunut tappio, mutta kyseiset viranomaiset eivät kuitenkaan ole velvollisia rajaamaan kaikissa olosuhteissa rahoitusoikaisua rahastolle aiheutuneen taloudellisen tappion mukaan, vaan erityisen vakava ja moitittava rikkomisen voi lähtökohtaisesti johtaa 100 prosentin rahoitusoikaisuun riippumatta siitä, voidaanko unionin talousarvioon kohdistuvat taloudelliset vaikutukset näyttää toteen.