Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 22. novembril 2017 [1]

Kohtuasi C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
„Ecoservice projektai“ UAB, enne „Specializuotas transportis“ UAB
menetlusse astujad:
„VSA Vilnius“ UAB,
„Švarinta“ UAB,
„Specialus autotransportas“ UAB,
„Ecoservice“ UAB

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Leedu kõrgeim kohus))

Eelotsusetaotlus – Direktiiv 2004/18 – Ehitustööde, asjade ja teenuste hankemenetlused – Võrdne kohtlemine – Läbipaistvus – Tegelik konkurents pakkujate vahel – Samas hankemenetluses eraldi pakkumusi tegevate pakkujate omavahelised seosed – Seotud pakkujate teavitamiskohustus – Hankija ja liikmesriigi kohtu kohustused

1. Kui kaks või mitu omavahel teatavate seostega pakkujat esitavad pakkumused riigihankemenetlustes, võib tekkida kahtlus, et nad toimivad kooskõlastatult (või koguni kokkumängus), kahjustades läbipaistvust ja muid liidu õiguse eeskirju või põhimõtteid, mis peavad neid menetlusi reguleerima.

2. Selles kontekstis ongi esitanud eelotsuse küsimused Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Leedu kõrgeim kohus), arvestades, et kaks kolmanda äriühingu tütarettevõtjat püüdsid teiste hulgas saada endale jäätmekogumis- ja -veolepingut ühes selle riigi omavalitsusüksuses.

3. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib oma küsimustega lõppkokkuvõttes teada, kas need pakkujad on – isegi kui seda ei ole õigusnormides spetsiaalselt ette nähtud – kohustatud hankijat omavahelistest seostest teavitama ja kuidas peab toimima see hankija, kui need seosed talle teatavaks saavad.

4. Eelotsusetaotlus annab seega Euroopa Kohtule võimaluse täiendada oma doktriini võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete kohta direktiiviga 2004/18/EÜ [2] reguleeritud menetlustes, kui nendes menetlustes osalejad kuuluvad samasse kontserni.

1 Algkeel: hispaania.

2 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132).

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

1. Direktiiv 2004/18

5. Põhjenduses 46 on sätestatud:

„Lepingud tuleks sõlmida objektiivsete kriteeriumide kohaselt, mis tagavad läbipaistvuse, mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise ning pakkumiste hindamise tõelise konkurentsi tingimustes […]“.

6. Vastavalt artiklile 2:

„Ostjad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil.“

7. Vastavalt artikli 45 lõikele 2:

„Lepingus osalemisest võib välja jätta iga ettevõtja:

a) kes on pankrotis või likvideerimisel, kellele kohus on määranud halduri, kes on sõlminud kokkuleppe võlausaldajatega, kes on peatanud äritegevuse või on siseriiklike õigusnormide alusel toimuva samalaadse menetluse tõttu analoogilises olukorras;

b) kelle suhtes on algatatud menetlus pankroti väljakuulutamiseks, sundlikvideerimiseks, halduri määramiseks kohtu poolt või võlausaldajatega kokkuleppe sõlmimiseks või muu samalaadne menetlus siseriiklike õigusnormide alusel;

c) kes on vastavalt asjaomase riigi õigusnormidele *res judicata* jõudu omava kohtuotsusega tema ametialaste käitumisreeglitega seotud süüteos süüdi mõistetud;

d) kes on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, kui ostja suudab seda mis tahes viisil tõestada;

e) kes on täitmata jätnud sotsiaalkindlustusmaksetega seonduvad kohustused, mis tal on vastavalt oma asukohariigi või ostja riigi õigusaktidele;

f) kes on täitmata jätnud maksukohustused, mis tal on vastavalt oma asukohariigi või ostja riigi õigusaktidele;

g) kes on käesoleva jao alusel nõutavate andmete esitamisel süüdi raskes pettuses või jätnud sellised andmed esitamata.“

2. Direktiiv 89/665/EMÜ[3]

8. Artikli 1 lõike 1 kolmandas lõigus on ette nähtud:

„Liikmesriigid võtavad seoses direktiivi 2004/18/EÜ reguleerimisalasse kuuluvate lepingutega vajalikud meetmed, tagamaks, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas käesoleva direktiivi artiklitega 2–2f, kui põhjenduseks on kõnealuste otsuste vastuolu riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega."

9. Artikli 2 lõike 1 punktis b on sätestatud:

„1. Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 määratud läbivaatamise korraga võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

[…]

b) tühistada ebaseaduslikud otsused või tagada nende tühistamine ning kõrvaldada pakkumiskutsest, lepingudokumentidest ning teistest kõnesolevat pakkumismenetlust käsitlevatest dokumentidest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad".

B. Siseriiklik õigus

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Leedu Vabariigi riigihankeseadus)[4]

10. Artikli 3 lõikes 1 on sätestatud:

„Hankija tagab pakkumis- ja riigihankemenetlustes võrdse kohtlemise, diskrimineerimiskeelu, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise."

2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (Leedu Vabariigi konkurentsiseadus)[5]

11. Artikli 3 lõikes 14 on sätestatud:

„„omavahel seotud ettevõtjate rühm[ana]" [mõistetakse] kahte või mitut ettevõtjat, keda seetõttu, et nad on üksteise kontrolli all või vastastikku üksteise omandis ja saavad oma tegevust kooskõlastada, käsitatakse brutosissetuleku ja turuosa arvutamise seisukohast üheainsa ettevõtjana. Kui ei ole tõendatud vastupidist, lähtutakse sellest, et omavahel seotud ettevõtjate rühma moodustavad iga asjaomane ettevõtja ja

[…]

2) ettevõtjad, mida juhitakse temaga ühiselt või kes jagavad temaga oma haldusteenuseid ja kelle nõukogu, juhatuse või muu juht- või järelevalveorgani koosseisu liikmetest vähemalt pooled on samad isikud, kes kuuluvad asjaomase ettevõtja vastavatesse organitesse;

3 Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiv riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1989, L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), redaktsioonis, mida on muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiviga 2007/66/EÜ millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (ELT 2007, L 335, lk 31).

4 13. augusti 1996. aasta seadus (Žin., 1996, nr 84-2000).

5 23. märtsi 1999. aasta seadus (Žin., 1999, nr 30-856).

3) ettevõtjad, kelle kapitalist vähemalt üks kolmandik või kolmandik kõikidest hääleõigustest kuulub asjaomasele ettevõtjale või kes on kohustatud oma majandusotsused temaga kooskõlastama, vastutavad tema ees oma kohustuste täitmise eest kolmandate isikute suhtes, peavad talle üle kandma kogu või osa oma kasumist või on lubanud tal kasutada vähemalt kolmandikku oma varast;

[…]“.

12. Artikli 5 lõikes 1 on märgitud:

„1. Kõik kokkulepped, mille eesmärk on piirata konkurentsi või mis piiravad või võivad piirata konkurentsi, on keelatud ja algusest peale tühised, eelkõige:

1) kokkulepped, milles määratakse otseselt või kaudselt kindlaks teatud kaupade hind või muud ostu- või müügitingimused;

[…]“.

II. Faktilised asjaolud

13. Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (Leedu Šiauliai piirkonna jäätmekäitluskeskus; edaspidi „käitluskeskus“) kuulutas 9. juulil 2015 välja hanke Šiauliai omavalitsusasutuse jäätmekogumise ja -veo munitsipaalteenuste osutamiseks.

14. Eelotsusetaotluses esitatud andmete kohaselt oli hanketeates keelatud pakkujatel esitada oma pakkumuse variante.[6]

15. Neli pakkujat esitasid igaüks oma pakkumuse:

A) Specialus autotransportas UAB (edaspidi „pakkuja A“).

B) Specializuotas transportas UAB (edaspidi „pakkuja B“).

C) Ekonovus UAB.

D) Kontsern VSA Vilnius UAB (edaspidi „VSA Vilnius“) ja Švarinta UAB.

16. Pakkujad A ja B on äriühingu Ecoservice UAB (edaspidi „Ecoservice“) tütarettevõtjad.[7]

17. Pakkuja B esitas koos oma pakkumusega[8] spontaanselt vande all antud kinnituse, et ta osaleb hankes iseseisvalt ja sõltumatult mis tahes teistest ettevõtjatest, kes võivad temaga seotud olla, ja palus käitluskeskusel käsitada kõiki ülejäänud isikuid konkurentidena. Ta kinnitas ühtlasi, et ta kohustub nõudmisel esitama temaga seotud ettevõtjate nimekirja.

6 Pakkuja B kirjalikes seisukohtades (punkt 34) on ära toodud hanketingimuste klausel 39, mis sisaldas seda keeldu.

7 Eelotsusetaotluse kohaselt (prantsuskeelse versiooni punkt 10) on emaettevõtjal vastavalt 100-protsendiline ja 98,12-protsendiline osalus pakkujates A ja B, mille juhatuste liikmed on samad isikud.

8 Selles kasutas pakkuja B alltöövõtjat, kes on samuti Ecoservice'i tütarettevõtja ja kelle nõukogus on samad füüsilised isikud, kes kuuluvad pakkujate A ja B nõukokku.

18. Käitluskeskus lükkas pakkuja A pakkumuse tagasi, kuna see ei vastanud ühele hanketingimustest;[9] viimane seda otsust ei vaidlustanud.[10]

19. Leping sõlmiti lõpuks pakkujaga B.

20. VSA Vilnius esitas vaide, väites, et pakkujate A ja B pakkumusi ei olnud hinnatud nõuetekohaselt ning et oli rikutud läbipaistvuse ja seaduse ees võrdsuse põhimõtet.

21. Kui VSA Vilniuse vaie jäeti rahuldamata, esitas ta kaebuse,[11] mille Šiaulių apygardos teismas (Šiauliai piirkondlik kohus, Leedu) põhiosas rahuldas oma 18. jaanuari 2016. aasta kohtuotsusega, mille Lietuvos apeliacinis teismas (apellatsioonikohus, Leedu) jättis 5. aprilli 2016. aasta kohtumäärusega muutmata.

22. Käitluskeskus ja pakkuja B esitasid kassatsioonkaebuse Lietuvos Aukščiausiasis Teismasile (kõrgeim kohus), kes esitab eelotsusetaotluse.

III. Esitatud küsimus

23. Selle sisu on järgmine:

„1. Kas isikute ja teenuste vaba liikumist, mis on sätestatud vastavalt ELTL artiklis 45 ja 56, direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud pakkujate võrdsuse ja hankemenetluse läbipaistvuse põhimõtteid ning eelnimetatud põhimõtetest tulenevat ettevõtjate vaba ja ausa konkurentsi põhimõtet tuleb (koos või eraldi, kuid nimetatud sätete kohaldamist piiramata) mõista ja tõlgendada nii, et:

kui seotud pakkujad, kelle majanduslikud, juhtimisalased, finants- või muud seosed võivad tekitada kahtlusi nende sõltumatuses ja konfidentsiaalse teabe kaitstuses või luua (võimalikud) eeldused nende eelisolukorras olemiseks teiste pakkujatega võrreldes, on otsustanud esitada samas riigihankemenetluses eraldi (sõltumatud) pakkumused, siis on nad igal juhul kohustatud hankijat teavitama kõnealustest omavahelistest seostest, isegi kui hankija seda eraldi ei nõua, olenemata sellest, kas riigihankeid reguleerivad liikmesriigi õigusnormid sätestavad sellise kohustuse või mitte?

2. Kui vastus esimesele küsimusele:

(a) on jaatav (st, et pakkujad peavad igal juhul omavahelistes seostest hankijale teatama), siis kas asjaolust, et seda kohustust konkreetsel juhul ei täidetud või ei täidetud nõuetekohaselt, piisab selleks, et hankija või kontrolliasutus (kohus) võiks tunnistada, et samas riigihankemenetluses eraldi pakkumused esitanud seotud pakkujad ei konkureeri tegelikult teineteisega (ja teesklevad konkureerimist)?

9 Konkreetselt seepärast, et ta ei täitnud nõuet, et teenuse osutamiseks tuleb kasutada erisõidukeid, mille mootor vastab vähemalt standardile Euro 5.

10 Hiljem siiski, kui esimese astme kohus rahuldas ühe sõltumatu pakkuja esitatud kaebuse, esitas pakkuja A selle kohtuotsuse peale apellatsioonkaebuse.

11 Ta väitis selles, et pakkujaid A ja B kui Ecoservice'i tütarettevõtjaid tuleb käsitada omavahel seotud ettevõtjatena konkurentsiseaduse artikli 3 lõike 14 tähenduses ja et nende pakkumusi tuleb pidada alternatiivseteks. Ta lisas, et nimetatud ettevõtjad ei osalenud hankemenetluses tegeliku konkurentsi tingimustes ja mängisid omavahel kokku. Ta leidis, et kuna hanketingimustes olid variandid keelatud, tuli A ja B pakkumused tagasi lükata.

(b) on eitav (st, et pakkujatel ei ole mingit lisakohustust – mida ei ole õigusaktides või hanketingimustes sätestatud – omavahelistest seostest teatada), siis kas seotud ettevõtjate osalemisega kaasnevat riski ja sellest tingitud tagajärgede riski peab kandma hankija, juhul kui hankija ei märkinud riigihanke dokumentides, et pakkujatel on selline teatamiskohustus?

3. Kas esimeses küsimuses osutatud õigusnorme ning direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 kolmandat lõiku ja artikli 2 lõike 1 punkti b tuleb (koos või eraldi, kuid nende sätete kohaldamist piiramata), olenemata vastusest esimesele küsimusele ja võttes arvesse 12. märtsi 2015. aasta Euroopa Kohtu otsust eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), mõista ja tõlgendada nii, et:

(a) kui hankijale saab riigihankemenetluse käigus mis tahes viisil teatavaks, et teatud pakkujate vahel on olulised seosed (sidemed), peab see hankija, olenemata oma enda hinnangust sellele asjaolule või muudele asjaoludele (näiteks pakkujate tehtud pakkumuste vormilised ja sisulised erinevused, pakkuja avalik kohustumine konkureerida ausalt teiste pakkujatega jms), eraldi pöörduma seotud pakkujate poole ja paluma neil selgitada, kas ja kuidas on nende isiklik olukord kooskõlas pakkujatevahelise vaba ja ausa konkurentsi põhimõttega?

(b) kui hankijal on see kohustus, aga ta seda ei täida, kas siis on see rikkumine piisav alus selleks, et kohus tunnistaks nimetatud hankija toimimisviisi õigusvastaseks, kuna ta ei ole taganud menetluse läbipaistvust ja objektiivsust ega nõudnud pakkujalt tõendeid või kuna ta ei võtnud omal algatusel vastu otsust võimaliku mõju kohta, mida seotud isikute isiklik olukord võib avaldada hankemenetluse tulemusele?

4. Kas kolmandas küsimuses osutatud õigusnorme ja ELTL artikli 101 lõiget 1 tuleb Euroopa Kohtu 12. märtsi 2015. aasta kohtuotsust eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166); 21. jaanuari 2016. aasta kohtuotsust Eturas jt (C-74/14, EU:C:2016:42) ja 21. juuli 2016. aasta kohtuotsust VM Remonts jt (C-542/14, EU:C:2016:578) arvesse võttes (koos või eraldi, kuid nende sätete kohaldamist piiramata) mõista ja tõlgendada nii, et:

(a) kui pakkuja (kaebuse esitaja) sai teada, et kahest seotud pakkujast ühe (pakkuja A) poolt riigihankemenetluses esitatud majanduslikult kõige soodsam pakkumus on tagasi lükatud ja et teine pakkuja (pakkuja B) on tunnistatud edukaks, ning võttes arvesse ka muid nimetatud pakkujatega ja nende hankes osalemisega seotud asjaolusid – asjaolu, et pakkujatel A ja B on sama juhatus; et neil on sama emaettevõtja, kes hankes ei osalenud; et pakkujad A ja B ei teatanud omavahelistest seostest hankijale ega andnud selle kohta eraldi lisaselgitusi, muu hulgas põhjusel, et seda neilt ei palutud; et pakkuja A andis oma pakkumuses vastuolulist teavet kavandatud transpordivahendite (prügiveoautod) vastavuse kohta hanke Euro 5 tingimusele; et nimetatud pakkuja, kes tegi majanduslikult kõige soodsama pakkumuse, mis lükati tagasi selles tuvastatud puuduste tõttu, algul hankija otsust ei vaidlustanud ja pärast esitas esimese astme kohtu otsuse peale apellatsioonkaebuse, milles ta konkreetselt (pidas küsitavaks) tema pakkumuse tagasilükkamise õiguspärasust; jne –, ilma et hankija oleks kõikide nende asjaolude suhtes mingeid meetmeid võtnud, on see teave iseenesest piisav selleks, et põhjendada väidet, et kontrolliasutus peab tunnistama hankija toimimisviisi õigusvastaseks, kuna viimane ei taganud menetluse läbipaistvust ja objektiivsust ega nõudnud kaebuse esitajalt konkreetseid tõendeid selle kohta, et pakkujad A ja B toimisid ebaausalt?

(b) pakkuja B pelk vabatahtlik tegeliku osalemise kinnitus, selle pakkuja poolt hankes osalemiseks kvaliteedijuhtimise standardite kohaldamine ning lisaks pakkujate A ja B esitatud pakkumuste vormilised ja sisulised erinevused ei ole piisavad tõendid, et näidata hankijale, et need pakkujad osalevad riigihankemenetluses tegelikult ja ausalt?

5. Kas selliste omavahel seotud ettevõtjate (kes on mõlemad sama ettevõtja tütarettevõtjad) tegevust, kes osalevad eraldi samas hankemenetluses, mille väärtus ulatub rahvusvahelise hanke väärtuseni, võib juhul, kui hankemenetluse välja kuulutanud hankija asukoht ja hangitavate teenuste osutamise

koht ei ole eriti kaugel teisest liikmesriigist (Läti Vabariigist), saab põhimõtteliselt hinnata – võttes muu hulgas arvesse ühe nimetatud ettevõtja esitatud vabatahtlikku kinnitust konkureerida ausalt – ELTL artikli 101 ja selle sätteid tõlgendava Euroopa Kohtu praktika alusel?“

IV. Menetlus Euroopa Kohtus ja poolte seisukohad

24. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtus 18. oktoobril 2016.

25. Käitluskeskus, VSA Vilnius, Ecoservice projektai UAB (varem pakkuja B), Leedu ja Tšehhi valitsus ning komisjon esitasid kirjalikud seisukohad. Kohtuistungi pidamist ei peetud vajalikuks.

26. Käitluskeskus eelotsusetaotluse esitanud kohtu kõigi viie küsimuse kohta konkreetselt seisukohti ei avaldanud, vaid piirdus ainult kinnitusega, et ta teadis pakkujatevahelistest seostest, kuna need olid avalikult teada, ja et teda ei viidud mingil hetkel tema otsuste tegemisel eksitusse.

27. Käitluskeskuse sõnul on lisaks seosele pakkujate vahel, mis iseenesest ei tähenda konkurentsi puudumist, käesoleval juhul hulk objektiivseid elemente, millest tal oli võimalik järeldada, et nad konkureerisid omavahel.

28. Esimesele küsimusele pakuvad kõik pooled peale VSA Vilniuse eitavat vastust. Nad väidavad kokkuvõttes, et ELi toimimise leping ega direktiiv 2004/18 ei takista seotud pakkujatel pakkumusi teha ega välista, et üks pakkuja võiks esitada mitu pakkumust. Samuti ei ole liidu õigusnormidega ette nähtud mingit menetlust ettevõtjate teavitamiseks teistest pakkujatest, mis võimaldaks neil kontrollida võimalikku omavahelist seotust ja teavitada sellest hankijat. Mis puutub läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtetesse, siis ei saa tema sõnul neil tõlgendada nii, et pakkujad on kohustatud omal algatusel oma vastastikuseid seoseid deklareerima, ilma et see piiraks nende kohustust anda teavet, mida hankija võib neilt nõuda.

29. VSA Vilnius teeb seevastu ettepaneku vastata esimesele küsimusele jaatavalt, millest tulenevalt ta arutleb teises küsimuses pakutud esimese võimaluse üle. Tema arvates oleks ebaproportsionaalne, kui pakkujad ei saaks ümber lükata kooskõlastatud tegevuse eeldust, mis põhineb asjaolul, et nad omavahelistest seostest ei teatanud. Nende passiivsust või seose kohta teabe esitamata jätmist aga võiks ühendatult teiste näitajate või teiste täiendavate tõenditega tõlgendada nii, et need tõendavad toimimist muudel kui konkurentsitingimustel.

30. Teise küsimuse teise võimaluse suhtes pooldavad Ecoservice projektai ja Leedu valitsus jaatavat vastust, rõhutades hankija kohustust tagada direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud põhimõtete sisuline, mitte kitsalt vormiline järgimine.

31. VSA Vilnius väidab, et hankija peab kandma seotud pakkujate osalemisest tingitud riski ainult siis, kui ta sellest seosest muude kanalite kaudu teada saades ei võta meetmeid nimetatud pakkujate osalemise asjaolude kontrollimiseks.

32. Komisjon leiab, et kui hankija ei suuda komisjonile tõendada pakkuja rasket kutsealast rikkumist, ei saa ta viimasel takistada menetluses osaleda.

33. Pooled analüüsisid kolmandat, neljandat ja viiendat küsimust koos.

34. Ecoservice projektai väidab, et hankija peab pakkujatelt teavet nõudma ainult siis, kui tal on alust kahelda, et nad osalevad menetluses konkurentsitingimustel, ning neljandas küsimuses nimetatud asjaolud ei ole piisavad selleks, et tunnistada hankija toimimisviis õigusvastaseks. Tema arvates ei õigusta ELTL artikkel 101 menetluses eraldi osalevate seotud pakkujate tegude kontrollimist.

35. VSA Vilnius avaldab vastupidist arvamust. Ta väidab konkreetselt, et kooskõlas Euroopa Kohtu seisukohaga peavad hankijad täitma riigihankeid reguleerivate põhimõtete rakendamisel aktiivset rolli. See kohustus eeldab, et nad küsivad seotud pakkujatelt teavet nende menetluses osalemise vormi kohta, sest muul juhul lasuks tõendamiskoormis nende ebaausa teguviisi suhtes põhjendamatult ülejäänud pakkujatel. Tema arvates on kohustus tõendada, et tõepoolest toimub tegelik konkurents, seotud pakkujatel, ilma et see piiraks hankija kohustust nõuda neilt, et nad hajutaksid võimalikke kahtlusi nende menetluses osalemise iseloomu suhtes.

36. Leedu valitsus on seisukohal, et hankija on kohustatud aktiivselt kontrollima, kas menetlus toimub läbipaistvalt. Seotud pakkujate puhul peab ta kontrollima, kas see seos mõjutab nende vastavate pakkumuste sisu. Kui esineb objektiivseid asjaolusid, mis võivad seada menetluse läbipaistvuse kahtluse alla, peaks hankija analüüsima kõiki asjakohaseid asjaolusid ja sobival hetkel paluma pooltelt teavet.

37. See valitsus leiab ühtlasi, et kui hankija ei võta meetmeid läbipaistvuse tagamiseks, on tema toimimisviis õigusvastane kahel juhul: kui ta, teades või võides teada, et võib osaleda kaks seotud pakkujat, ei võtnud meetmeid selleks, et tagada, et nende vastavad pakkumused on iseseisvad, ja kui ta vaatamata sellele, et ta võttis need meetmed, tuvastab pärast, et tema meetmed ei olnud piisavad.

38. Lõpuks väidab Leedu valitsus, et vaidlusaluse juhtumi asjaoludest nähtub, et seotud pakkujad on üks „majandusüksus“, mistõttu ELTL artikkel 101 ei ole tema arvates kohaldatav.

39. Tšehhi valitsuse arvates ei piisa ainult sellest, et pakkujate vahel on seosed, selleks et oleks alust nad menetlusest kõrvaldada. Määrav on, kas need seosed võivad menetluse tulemust mõjutada, ning see kohustab hankijat analüüsima pakkujate konkreetset olukorda. Kuna riigihangete raames on konkurentsi kaitse tagatud teisese õigusega, ei ole vaja tõstatada küsimust seoses ELTL artikliga 101.

40. Komisjon kinnitab, et teabe hulgas, mida hankija võib vastavalt direktiivile 2004/18 pakkujatelt nõuda, ei ole teiste pakkujatega seostest teatamist, kuigi hankija on kohustatud kontrollima, et ei esine kõrvaldamisaluseid. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu kolmandas ja neljandas küsimuses viidatud Euroopa Kohtu praktika kohta leiab komisjon, et see ei ole esitatud küsimustele vastamiseks asjassepuutuv.

41. ELTL artikli 101 kohta väidab komisjon, et see ei ole emaettevõtja ja tema tütarettevõtjate või sama kontserni tütarettevõtjate vahel kooskõlastatud lepingute või praktika või oma tütarettevõtjatele otsustavat mõju avaldava emaettevõtja suhtes kohaldatav. Selle kohtuvaidluse asjaoludel on – sõltuvalt sellest, mida otsustab eelotsusetaotluse esitanud kohus – pakkujad A ja B üks majandusüksus, mis välistab nimetatud õigusnormi kohaldamise.

V. Õiguslik hinnang

42. Lietuvos Aukščiausiasis Teismasi (kõrgeim kohus) küsimused võib rühmitada selliselt, nagu ma juba ette märkisin käesoleva ettepaneku alguses:

– Ühelt poolt (esimene ja teine küsimus) tuleb lahendada küsimus, kas omavahel seotud pakkujad, kes teevad eraldi pakkumused, on igal juhul kohustatud sellest asjaolust hankijale teatama, ja kui on, siis millised on tagajärjed, kui seda ei tehta.

– Teiselt poolt (kolmas, neljas ja viies küsimus) tuleb täpsustada, kuidas peab toimima hankija – ja lõpuks kohus, kes tema tegevust kontrollib – juhul, kui talle on teada, et teatavate pakkujate vahel on olulised seosed.

A. Pakkujate kohustus teatada hankijale oma seostest teiste pakkujatega (esimene ja teine küsimus)

43. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib esiteks teada, kas omavahel seotud pakkujad, kes osalevad riigihankemenetluses, on kohustatud sellest teatama, „isegi kui hankija seda eraldi ei nõua, [ja] olenemata sellest, kas riigihankeid reguleerivad liikmesriigi õigusnormid sätestavad sellise kohustuse või mitte“.[12]

44. Nagu on loogiline, sisaldub küsimuses – ja poolte seisukohtades üldiselt– vaikimisi eeldus, et omavahel seotud pakkujatel ei või lihtsalt sellepärast keelata seda tüüpi menetluses esitada omaenda pakkumusi. Nii otsustas Euroopa Kohus kohtuotsuses Assitur,[13] ilma et selle eelduse üle oleks vaieldud.

45. Sellest eeldusest lähtuvalt ei ole nendest seostest teatamist direktiivis 2004/18 (ega ka Leedu riigihankeseaduses) ette nähtud, milles on ka kõik pooled üksmeelsed.

46. Ainult VSA Vilnius on seisukohal, et see kohustus on kaudselt või vaikimisi pandud vajaduse tõttu välistada eeldus, et pakkujatevahelised seosed võivad nendest tingitud iseseisvuse puudumise tõttu ohustada hankemenetluse läbipaistvust ja moonutada konkurentsi.

47. VSA Vilniuse teesile tekib aga algusest peale tõsine takistus, sest Euroopa Kohus on just märkinud, et „iga riigihanke korraldamist reguleerivad läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted nõuavad, et menetluse põhitingimused, mis puudutavad hankes osalemist, peavad olema enne selgelt määratletud ja avalikustatud, et pakkujatele oleksid menetluse nõuded täpselt teada ning nad oleksid kindlad selles, et samad nõuded kehtivad kõikide konkurentide kohta“.[14]

48. *Nõue* (väidetav kohustus teatada äriühingutevahelistest seostest), mida ei ole märgitud hanketingimustes, mis ei ole ette nähtud liikmesriigi seaduses ega sätestatud direktiivis 2004/18, ei läbiks Euroopa Kohtu nimetatud läbipaistvustesti. Esimesele eelotsuse küsimusele tuleb seega vastata, et kui seda ei ole (liidu õiguse või liikmesriigi õiguse) õigusnormides sõnaselgelt ette nähtud, ei ole seotud pakkujad kohustatud hankijale omavahelistest seostest teatama.

49. Kas on võimalik väita nagu VSA Vilnius,[15] et kuigi seda kohustust ei ole sõnaselgelt ette nähtud, tuleneb see riigihankeid käsitlevast Euroopa Kohtu praktikast?

50. Mina nii ei arva, kuna selles kohtupraktikas on tunnistatud, et kontserni kuuluvatel ettevõtjatel võib olla „nende kaubanduspoliitika ja majandustegevuse planeerimisel teatav autonoomia, eelkõige mis puutub riigihangetes osalemise valdkonda“ ja neid võivad „reguleerida erisätted, näiteks lepingulised, mille eesmärk on tagada nii sõltumatus kui ka konfidentsiaalsus pakkumuste koostamisel, mille asjaomased ettevõtjad samal ajal samas hankemenetluses esitavad.“[16]

51. Nendest kinnitustest järeldub minu arvates, et kuna selleks kohustavat sõnaselget õigusnormi ei ole, siis ei pea seotud ettevõtjad, kes peavad oma pakkumusi eraldiseisvateks, oma äriühingutevahelistest seostest hankijat tingimata teavitama.

12 Esimese küsimuse teine lõik, *in fine*.

13 Kohtuotsus, 19.5.2009, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 28: „ tõhusa kohaldamisega oleks siiski vastuolus see, kui sidusettevõtjatelt võetaks süstemaatiliselt ära õigus ühes ja samas riigihankemenetluses osaleda. Selline lahendus piiraks märgatavalt konkurentsi ühenduse tasemel“.

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

15 Tema kirjalike seisukohtade punkt 18.

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

52. Veelgi enam, kui – teoreetiliselt – nõustuda VSA Vilniuse käsitusviisiga, ei vastaks see kohustus hanketingimustes „*selgelt* kindlaksmääratud nõude“ vormile, mida nõuab Euroopa Kohus. See oleks sel juhul rohkemal või vähemal määral liidu õiguse tõlgendamisest järeldatav kohustus, mille mitteteadmine on seega tavalise ettevõtja puhul vabandatav. [17]

53. Probleemi võiks ehk vaadelda teisest vaatenurgast, arvestades, et käesolevas asjas oli hanketingimustes konkreetselt keelatud [18] samal pakkujal esitada alternatiivseid pakkumusi ehk „variante“. [19]

54. Kas sellest keelust saaks järeldada, et pakkujad A ja B pidid hankijale omavahelistest seostest teatama? Veelgi enam, kas nad oleksid pidanud tõendama, et nende seotusele vaatamata olid kaks pakkumust iseseisvad ja neid ei saanud pidada alternatiivseteks? [20]

55. Tegelikult lähtub see hanketingimuste klausel direktiivi 2004/18 artikli 24 lõikest 2, mis on kohaldatav teenuste riigihankelepingutele ja mis näeb ette, et „[o]stjad märgivad hanketeates, kas nad lubavad esitada pakkumiste variante. Selle teabe puudumisel ei ole pakkumiste variante lubatud esitada“. [21] Seda tuleks seega mõista nii, et alternatiivsed pakkumused või variandid on üldjuhul välistatud, [22] kui just teatavates lepingutes hankija neid ei luba.

56. Mul on siiski raske nõustuda, et variantide esitamise keelust, nii juhul, kui see on hanketingimustes sätestatud (nagu käesoleval juhul), kui ka siis, kui ei ole, võiks järeldada vaikimisi ette nähtud kohustust, et seotud pakkujad peavad tingimata hankijat oma äriühingutevahelistest seostest teavitama.

57. Äärmisel juhul kohustaks see keeld seotud pakkujaid märkima, et nende pakkumus ei ole pelgalt teise konkurendi pakkumuse variant või alternatiiv. Seega ei oleks tegu üldise oma seotud ettevõtja staatusest teavitamise kohustuse täitmisega, sest seda tüüpi kohustust liidu õiguses ei ole. Direktiiv 2004/18 ei takista seotud ettevõtjate samas hankemenetluses osalemist põhimõtteliselt, vaid ainult siis, kui „nende puhul [esineb] tegelikult […] niisuguste tegude oht[…], mis võivad kahjustada läbipaistvust ja moonutada konkurentsi“. [23]

58. Sellest loogikast lähtudes kaasneks hanketingimustes sätestatud variantide keelu klausliga ainult nendel äärmuslikel juhtudel vajadus, et pakkujad teataksid selle ohu vältimiseks hankijale omavahelistest seostest.

59. Direktiivi 2004/18 sellisest tõlgendusviisist saab aga praktikas teha vähe järeldusi kohtuasja lahendamiseks ning seda kahel põhjusel.

17 Piisavalt asjatundliku ja tavapärast hoolt ilmutava pakkuja kriteeriumi on Euroopa Kohus nimetanud näiteks kohtuotsuses, 4.12.2003, EVN ja Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, punkt 57).

18 Vt käesoleva ettepaneku punkt 14. Asja arutav kohus viitab sellele keelule eelotsusetaotluse punktis 18 (selle dokumendi prantsuskeelse versiooni järgi).

19 Vt alternatiivsete pakkumuste või variantide kohta muu hulgas Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, kd 1, Sweet & Maxwell, London, 3. trükk, 2014, 7-246–7-251.

20 Nagu väidab Sánchez Graells, A.: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2. trükk, 2015, lk 341, oleks põhireegel selles valdkonnas ühe ainsa üksuse poolt mitme ettepaneku esitamise keeld. Üks selle reegli järelm oleks, et see keeld laieneb samasse kontserni kuuluvatele üksustele.

21 Sama artikli lõike 1 kohaselt võib variante esitada ainult siis, kui lepingu sõlmimise kriteeriumiks on majanduslikult soodsaim pakkumine.

22 Vt Arrowsmith, S. *The Law of Public Utilities Procurement*, *cit.* 7-247.

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

60. Esiteks kinnitas pakkuja B oma vabatahtlikus avalduses, et ta osaleb iseseisvalt ja sõltumatult ühestki teisest temaga seotud olla võivast ettevõtjast ning palus käitluskeskusel kohelda kõiki ülejäänud pakkujaid konkurentidena. Asjaolu, et selles avalduses pakkujat A otseselt ei nimetatud, ei oma praegu olulises küsimuses tähtsust, sest – nagu käitluskeskus kinnitab [24] – nende kahe äriühingu seotus oli avalikult teada (üldtuntud). Oluline on minu arvates see, et võib mõista, et sellega, et pakkuja B tegi teatavaks, et tema pakkumus on iseseisev, püüdis ta täita hanketingimuste klauslit, mis välistas alternatiivsete pakkumuste esitamise.

61. Teiseks teatas ta sellest käitluskeskusele selleks, et viimane oleks pakkujate puhul esinevatest äriühingutevahelistest seostest teadlik, et kontrollida nende pakkumusi tähelepanelikumalt ja tuvastada võimalikku kooskõlastatud tegevust. Kui, nagu juba öeldud, käitluskeskus ise tunnistab, et talle olid käesoleval juhul need seosed teada, kuna need olid üldtuntud, ja ta hindas ilma probleemideta, et oma (sisult erinevate) pakkumustega need kaks ettevõtjat konkureerisid tegelikult, [25] oli sellest teatamine ülearune.

62. Arvan, et see direktiivi 2004/18 tõlgendus nendest konkreetsetest faktiliste asjaoludega tihedalt seotud asjaoludest kaugemaleulatuvalt läheks käesoleval juhul olulise küsimuse seisukohast juba liiga üksikasjalikuks, nii et see ei vastaks Euroopa Kohtu praktikas esile toodud nõudele, et riigihankemenetlustes osalemise sisulised ja vorminõuded peavad olema selgelt kindlaks määratud. [26]

63. Seepärast pakun vastuseks esimesele eelotsuse küsimusele, et ELTL artikleid 45 ja 56 ning direktiivi 2004/18 artiklit 2 tuleb tõlgendada nii, et sõnaselge õigusnormi või hankemenetlust reguleerivates tingimustes spetsiaalse sätte puudumise korral ei ole seotud pakkujad, kes esitavad eraldi pakkumused, kohustatud hankijat omavahelistest seostest teavitama.

64. Teise küsimuse vastus järeldub esimesest. Samal juhul (sõnaselge õigusnormi või hankemenetlust reguleerivates tingimustes spetsiaalse sätte puudumine) peab – nagu kinnitab eelotsusetaotluse esitanud kohus – „seotud ettevõtjate osalemisega kaasnevat riski ja sellest tingitud tagajärgede riski“ kandma hankija ise.

65. Ma ei räägiks siiski hankija *riski võtmisest*, vaid tema kohustusest tagada pakkujate võrdne kohtlemine ja menetluse läbipaistvus. Selle kohustuse täitmisel peab ta vältima, et seotud pakkujate osalemine kahjustab teisi, moonutades kohustuslikku konkurentsi kõikide vahel. See aga – nagu ta ise väljendab – käesoleval juhul juhtus.

B. Hankija kohustused pakkujatevahelise seotuse korral (kolmas, neljas ja viies küsimus)

66. Nõustun komisjoniga, et kolmandale, neljandale ja viiendale küsimusele saab vastata koos, kuigi minu pakutud ümbersõnastus ei lange tema omaga täpselt kokku. [27]

67. Minu arvates soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus nende küsimustega teada, kas niisugustel asjaoludel nagu põhikohtuasjas on hankija kohustatud nõudma seotud pakkujatelt, et nad tõendaksid, et nende olukord ei ole vastuolus konkurentsi põhimõttega. Kahtlus laieneb sellele, kas hankija tegevusetus on piisav selleks, et tunnistada tema toimimisviis menetluses õigusvastaseks.

24 Tema kirjalike seisukohtade teine lõik.

25 Tema kirjalike seisukohtade neljas lõik.

26 Viitan taas kohtuotsusele, 2.6.2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 37).

27 Komisjon soovitab need kolm küsimust ümber sõnastada nii, et „liikmesriigi kohus püüab kindlaks määrata, kas ELTL artikkel 101 on selles kohtuasjas kohaldatav ja kas ELTL artiklit 101 (kui see on kohaldatav), direktiivide 89/665/EÜ ja 2004/18/EÜ sätteid ning kohtupraktikat, konkreetselt kohtuotsuseid eVigilo, Eturas ja VM Remonts, tuleb tõlgendada nii, et liikmesriigi kohtu menetluses olevas kohtuasjas peab hankija edasi analüüsima, kas kahe pakkuja vahel on seosed“ (komisjoni kirjalike seisukohtade punkt 42).

68. Nagu ma juba selgitasin, puudub vaidlus mitte ainult selle üle, et pakkujad A ja B olid omavahel seotud juriidilised isikud, vaid ka selle üle, et käitluskeskuse jaoks oli see seotus avalikult teada (see oli ka põhjus, miks ta ei pidanud vajalikuks nõuda neilt sellekohast avaldust).

69. Veelgi enam, kõik näib viitavat sellele, et need kaks pakkujat, A ja B, on seetõttu, et nad on ühe ja sama emaettevõtja tütarettevõtjad asjaoludel, mis lubab eeldada, et emaettevõtja avaldab neile mõlemale otsustavat mõju, üks majandusüksus.[28] Kui see on nii, siis on see piisav selleks – nagu märkis enamik pooli –, et järeldada, et ELTL artikkel 101 ei ole sellele kohtuasjale kohaldatav.

70. Nimelt on teada, et vastavalt Euroopa Kohtu praktikale seda artiklit ei kohaldata siis, kui selles keelatud kokkulepped sõlmitakse või tegevus toimub ettevõtjate vahel, mis moodustavad ühe majandusüksuse.[29]

71. Konkurents, mille kaitset tahetakse hankemenetlustes tagada, ei ole niivõrd (üldine) siseturu konkurents sõltumatute ettevõtjate vahel kui just (konkreetsem) konkurents, mis peab valitsema riigihankemenetlustes.[30] Viimati nimetatud perspektiivis on tegelikult oluline, kas vastavad pakkumused on *tegelikult* eraldiseisvad ja erinevad (mis võimaldavad hankijal valida avalike huvide jaoks kõige soodsamat), olgu ettevõtjad siis sõltumatud või omavahel seotud osalejad. Siit tulenevalt – nagu märgib Tšehhi valitsus[31] – tuleb konkurentsi kaitset hankemenetluste raames otsida ennekõike teisesest õigusest, käesoleval juhul direktiivist 2004/18.[32]

72. Asjaolu, et ELTL artikkel 101 ei ole kohtuasja suhtes kohaldatav, ei tähenda aga, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu kolmandas ja neljandas eelotsuse küsimuses viidatud kohtupraktika oleks asjassepuutumatu.

73. Kuigi nimelt kohtuasi eVigilo[33] puudutas huvide konflikti hankija ja esitatud pakkumusi hinnanud ekspertide vahel, kinnitas Euroopa Kohus selles põhimõttelist seisukohta, mida saab kohaldada käesolevale asjale. Ta tuvastas, arvestades objektiivseid asjaolusid, mis seadsid kahtluse alla eksperdi erapooletuse, et „hankija [peab] hindama kõiki asjaolusid, mille alusel tehti edukaks tunnistamise otsus, et ennetada ja tuvastada huvide konflikti ning see heastada; see hõlmab vajaduse korral pooltelt vajaliku teabe ja tõendite nõudmist.“[34]

74. Euroopa Kohus tuletas meelde, et see kohustus tuleneb hankijale määratud „aktiivsest rollist“ riigihankemenetluse põhimõtete kohaldamiseks just nimelt võrdse kohtlemise ja läbipaistvalt toimimise kohustuse tõttu, nagu nõuab direktiivi 2004/18 artikkel 2.[35] Euroopa Kohtu sõnul on see kohustus, mis vastab „riigihankealaste direktiivide olemusele […] (vt kohtuotsus, [16.12.2008] Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45)“.[36]

28 Vt muu hulgas kohtuotsus, 16.6.2016, Evonik Degussa ja AlzChem *vs.* komisjon (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punkt 28).

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

30 Nagu on loogiline, võib kooskõlastatud tegevust esineda ettevõtjate vahel, kes ei ole omavahel seotud ja kes püüavad just riigihankemenetlustes konkurentsi moonutada, kooskõlastades oma tegevuse, et mitte osaleda või teha seda omavahel õigusvastaselt kokkulepitud tingimustel.

31 Tema kirjalike seisukohtade punkt 10.

32 Direktiiv, mis – nagu ma juba meelde tuletasin – põhimõtteliselt ei takista omavahel seotud pakkujate osalemist.

33 Kohtuotsus, 12.3.2015, C-538/13, EU:C:2015:166.

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

35 *Ibidem*, punkt 42.

36 *Ibidem*, punkt 43.

75. Kohtuotsused Eturas jt [37] ning VM Remonts jt [38] puudutavad, nagu komisjon õigesti märgib, [39] sõltumatute ettevõtjate vahelisi hinnakokkuleppeid ja pakkuja vastutust talle teenuseid osutanud sõltumatu teenuseosutaja tegude eest. Sellegipoolest võivad mõned nendes kohtuotsustes kinnitatud seisukohtadest kooskõlastatud tegevuse tõendamise kohta käesolevas kohtuasjas tarvilikud olla.

76. Näiteks on esimeses märgitud, et „tõhususe põhimõtte kohaselt [on] nõutav, et liidu konkurentsiõiguse rikkumist tõendataks mitte üksnes otseste tõenditega, vaid ka kaudsete tõendite abil, eeldusel et need on objektiivsed ja üksteisega kooskõlas“. [40] Ja teises, et kuna tõendamist käsitlevaid liidu õigusnorme ei ole, kehtib „õigusnorm[ide suhtes], mis käsitlevad tõendite hindamist ja nõutavat tõendamisastet, […] liikmesriikide menetluslik autonoomia“. [41]

77. Sellest doktriinist tuleneb põhikohtuasjas arutatavatele asjaoludele ülekantult, et kui hankija täheldab, et menetluses osalevad omavahel seotud ettevõtjad, peaks ta lähtuvalt oma „aktiivsest rollist“, mida temalt kui tegeliku pakkujatevahelise konkurentsi tagajalt oodatakse, püüdma kindlaks teha, kas nende pakkumused on iseseisvad. [42]

78. See ettevaatusabinõu oleks kokkuvõttes ainult üks meetmetest, et „hin[nata] kõiki […] asjaolusid […] et ennetada ja tuvastada huvide konflikti ning see heastada; see hõlmab vajaduse korral pooltelt vajaliku teabe ja tõendite nõudmist.“ [43]

79. Hankija võib aga niisugustel juhtudel mitte pöörduda seotud pakkujate poole selleks, et paluda neil eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnastuse kohaselt „selgitada, kas ja kuidas on nende isiklik olukord kooskõlas pakkujatevahelise vaba ja ausa konkurentsi põhimõttega“. Kasutada „vajaduse korral pooltelt vajaliku teabe ja tõendite nõudmist“ võib mõistagi olla asjakohane, kui teabest ja tõenditest, mis hankijal on, ei piisa selleks, et otsustada ohu üle, et pakkumused ei ole iseseisvad ja moonutavad konkurentsi.

80. Oluline ei ole seega mitte niivõrd see, et hankija pöörduks seotud pakkujate poole, et nõuda neilt teavet nende seoste kohta ja huvituda nende arvamusest pakkujatevahelise konkurentsi põhimõtte kaitse kohta. Määrav on pigem see, et hankija saaks välistada, et nende omavahel seotud ettevõtjate samaaegne osalemine ohustab konkurentsi. Ta saaks muidugi sellele järeldusele jõuda, küsides neilt sellist teavet või arvamust, aga ka kasutades menetluses juba olemasolevaid andmeid, ilma et tal oleks seega vaja pakkujate poole pöörduda.

81. Euroopa Kohtu doktriin on samuti, et see, „kas kõnealune kontrollisuhe on avaldanud asjaomaste ettevõtjate poolt samas riigihankemenetluses esitatud vastavate pakkumuste sisule mõju, eeldab selles kontekstis uurimist ja asjaolude hindamist, mille peavad läbi viima hankijad“. [44]

37 Kohtuotsus, 21.1.2016, C-74/14, EU:C:2016:42.

38 Kohtuotsus, 21.7.2016, C-542/14, EU:C:2016:578.

39 Tema kirjalike seisukohtade punktid 46 ja 47.

40 Kohtuotsus, 21.1.2016, Eturas jt (C-74/14, EU:C:2016:42, punkt 37).

41 Kohtuotsus, 21.7.2016, VM Remonts jt (C-542/14, EU:C:2016:578, punkt 21).

42 Pakkumuste mitmekesisus suurendab konkurentsisurvet pakkujate vahel, nii et igaühega neist ülejäänud tõepoolest „võistlevad“ (kui kasutada konkurentsiõigusele omast väljendit) ja leping sõlmitakse sellega, kes seda oma enda saavutuste eest väärib.

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

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

82. Seega, nagu käitluskeskus oma kirjalikes seisukohtades avaldas, teatab ta faktiliste asjaolude analüüsimise ja hindamise põhjal, mille ta läbi viis, et ta võis – kusjuures ta teadis, et pakkujad A ja B olid omavahel seotud, kuna see oli üldteada – välistada, et nende vastavad pakkumused ei olnud konkureerivad, lähtudes hulgast objektiivsetest asjaoludest:

– asjaolu, et üks seotud pakkujatest oli vabatahtlikult avaldusega kinnitanud, et tema pakkumus on sõltumatu, kehastas „ausat ja“ siseriiklike „õigusnormidega kooskõlas olevat teguviisi“;

– seotud pakkujate pakkumused olid nii sisult kui ka vormilt erinevad;

– pakkuja A pakkumus lükati tagasi „tema tahtest täiesti olenematult, st hankija algatusel“. [45]

83. Käitluskeskus leidis tema käsutuses olevate andmete põhjal, et pakkujate A ja B vahel konkurentsi moonutamise ohtu ei olnud. Ta lisas, et kui ta oleks täheldanud, et nad „käituvad viisil, mis näitaks, et nad ei soovi hankelepingut sõlmida“, oleks võinud see asjaolu „olla näitaja, mille tõttu ta oleks asunud nende seoseid uurima ja oleks pidanud nende toimimisviisi hankemenetluse ajal võimaliku kooskõlastatud tegevusena“. [46]

84. Võiks vaielda, kas teabest, mis käitluskeskusel oli, piisas selleks, et välistada võimalik oht pakkujatevahelisele konkurentsile, aga see on igal juhul tema hinnata, ning seda hinnangut kontrollib siseriiklik kohus, kes peab tema otsused läbi vaatama, kui temalt seda teha palutakse.

85. Minu arvates ei peaks Euroopa Kohus sekkuma vaidlusse küsimuses, kas eelotsusetaotluse esitanud kohtu neljanda küsimuse punktides a ja b loetletud näitajatele tuleb omistada suuremat või väiksemat tõendusjõudu. See on faktiliste asjaolude üle otsustamine ja veendumuse hindamine menetluses, mille peab lahendama ainult asja arutav kohus vastavalt mõistliku kriitika eeskirjadele ja kohaldades oma asutusesiseseid tõendamise eeskirju. [47]

86. Tulles tagasi küsimuse juurde, kas hankija on mõõdapääsmatult kohustatud pöörduma juba kirjeldatud viisil seotud ettevõtjate poole, arvan, et sellele tuleks vastata eitavalt, nii üleüldiselt kui ka konkreetses asjas. Kõik sõltub sellest, kas kättesaadav tõendusmaterjal on piisav või ebapiisav, ja seega hankija otsuse objektiivsest järjekindlusest, kes peab võimaldama seotud pakkujatel hankes osaleda, ning selle üle peab viimases astmes otsustama kohus.

VI. Ettepanek

87. Esitatut arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Lietuvos Aukščiausiasis Teismasile (Leedu kõrgeim kohus) järgmiselt:

ELTL artikleid 45 ja 56 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artiklit 2 tuleb tõlgendada nii, et niisugustel asjaoludel nagu põhikohtuasjas:

1. Sõnaselge õigusnormi või teenuslepingu sõlmimise hankemenetlust reguleerivates tingimustes spetsiaalse sätte puudumise korral ei ole seotud pakkujad, kes esitavad samas menetluses eraldi pakkumused, tingimata kohustatud hankijat omavahelistest seostest teavitama.

45 Käitluskeskus kirjalike seisukohtade neljas lõik.

46 Hankija kirjalike seisukohtade kuues lõik. Samas lõigus lisab ta, et kooskõlastatud tegevus on võimalik mitte ainult omavahel seotud ettevõtjate vahel, vaid ka nende vahel, kes vormiliselt konkureerivad, aga teevad konkurentsiõigusega keelatud kokkuleppeid.

47 Viitan kohtuotsusele, 21.7.2016, VM Remonts jt (C-542/14, EU:C:2016:578), mis on ära toodud punktis 76.

2. Hankija on kohustatud küsima nendelt pakkujatelt teavet, mida ta peab vajalikuks, kui tal on nimetatud menetluses esinevaid hindamiselemente arvestades kahtlusi ohu suhtes, et nende samaaegne osalemine kahjustab läbipaistvust ja moonutab konkurentsi nende vahel, kes soovivad hakata teenust osutama.