KOHTUJURISTI ETTEPANEK

JÁN MAZÁK

esitatud 22. septembril 2009 [1]

1. EÜ artikli 226 alusel esitatud hagis palub komisjon Euroopa Kohtul tuvastada, et kuna Prantsuse Vabariik võttis vastu ja hoidis jõus code des marchés publics'i [2] artikli 73 ja artikli 74 lõike IV (edaspidi „vaidlustatud sätted") osas, milles need sätted näevad ette nn hankija vajaduste kindlaksmääramise lepingute (*marchés de définition*; edaspidi „vajaduste kindlaksmääramise lepingud") [3] sõlmimise menetluse, mille kohaselt võib hankija sõlmida (ehitustööde, asjade või teenuste riigihanke) hilisema hankelepingu (*marché d'exécution*; edaspidi „täitmisleping") ühega nende isikute seast, kellega on algselt sõlmitud vajaduste kindlaksmääramise lepingud, ilma uut hankemenetlust korraldamata või korraldades selle äärmisel juhul vaid mainitud lepingu sõlminud isikute vahel, siis on Prantsuse Vabariik rikkunud direktiivi 2004/18/EÜ [4] artiklitest 2, 28 ja 31 tulenevaid kohustusi.

I. Õiguslik raamistik

A. *Ühenduse õigusnormid*

2. Direktiivi artiklis 2 „Lepingute sõlmimise põhimõtted" on sätestatud, et „[o]stjad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil".

3. Direktiivi artiklis 28 „Avatud, piiratud ja läbirääkimistega menetluse ning konkurentidega peetavate dialoogide kasutamine" on sätestatud:

„Hankelepingute sõlmimisel kasutavad ostjad siseriiklikke menetlusi, mida kohandatakse käesoleva direktiivi eesmärkidele.

1 – Algkeel: inglise.

2 – Riigihangete seadustik 1. augusti 2006. aasta dekreediga nr 2006-975 (*Journal Officiel de la République française*, nr 179, 4.8.2006, lk 11627) kehtestatud redaktsioonis, mis jõustus 1. septembril 2006 (edaspidi „CMP 2006" või „2006. aasta CMP").

3 – Tegu on riigihankelepingutega, mille eesmärk on kujundada välja ehitustööde, asjade või teenuste riigihankelepingute tingimused, sealhulgas eesmärk, ning millele on viidatud ka kui „ideekonkursile" või „projekti määratlemise lepingutele". Käesolevas asjas on vaidluse all ainult niisugune menetlus, mis puudutab mitut vajaduste kindlaksmääramise lepingut – seda menetlust kohaldatakse siis, kui on täidetud 2006. aasta CMP artikli 73 kolmanda lõigu tingimused –, mitte aga selline menetlus, milles sõlmitakse üksainus vajaduste kindlaksmääramise leping.

4 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132; edaspidi „direktiiv" või „direktiiv 2004/18").

Hankelepingute sõlmimisel kasutavad ostjad avatud või piiratud menetlust. Artiklis 29 selgesõnaliselt sätestatud eriolukordades võivad ostjad lepinguid sõlmida konkurentidega peetavate dialoogide alusel. Artiklites 30 ja 31 selgesõnaliselt nimetatud erijuhtudel ja eriolukordades võivad ostjad kasutada kas väljakuulutamisega või väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust."

4. Liikmesriigid pidid jõustama direktiivi täitmiseks vajalikud õigusnormid hiljemalt 31. jaanuariks 2006.

B. *Siseriiklikud õigusnormid*

5. CMP 2006, mis jõustus 1. septembril 2006, näeb muu hulgas ette järgmist:

„Artikkel 73

Kui hankijal ei ole võimalik täpselt määratleda saavutatavaid eesmärke ja tehtavaid toiminguid, kasutatavaid tehnilisi meetodeid ning vajalikku tööjõudu ja vahendeid, võib ta sõlmida vajaduste kindlaksmääramise lepingud.

Nende lepingute eesmärk on selgitada välja hilisema lepingu sõlmimise võimalused ja tingimused, vajadusel kasutades mudelit või esitlust. Samuti peavad need lepingud võimaldama prognoosida soorituste hinnataset ja selle arvutamise viise ning näha ette soorituste tegemise erinevad etapid.

Ühtse menetluse raames mitme sama esemega ja üheaegselt täidetud vajaduste kindlaksmääramise lepingu abil kindlaksmääratud soorituste tegemiseks sõlmitakse leping pärast hankemenetluse läbiviimist üksnes vajaduste kindlaksmääramise lepingute täitjate vahel, vastavalt järgmistele tingimustele:

1) hanketeates määratletakse üheaegselt sõlmitavate vajaduste kindlaksmääramise lepingute ese ja edaspidi sõlmitava täitmislepingu ese;

2) hanketeates määratletakse pakkumuste väljavalimise kriteeriumid. Nendes

kriteeriumides võetakse arvesse taotlejatelt eeldatavat suutlikkust ja pädevust nii vajaduste kindlaksmääramise lepingute kui ka hilisema täitmislepingu osas;

3) hanketeates määratletakse üheaegselt sõlmitavate vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimiseks esitatud pakkumuste väljavalimise kriteeriumid ja edaspidi sõlmitava täitmislepingu sõlmimiseks esitatud pakkumuste väljavalimise kriteeriumid;

4) soorituste maksumus, mida tuleb võrrelda piirmääradega, sisaldab vajaduste kindlaksmääramise maksumust ja täitmislepingu eeldatavat maksumust;

5) kõnealuse menetluse raames üheaegselt sõlmitud vajaduste kindlaksmääramise lepingute arv ei või olla väiksem kui kolm, eeldusel, et taotlejaid on piisav arv.

Hankeleping või raamleping sõlmitakse kohaliku omavalitsuse hankekomisjoni otsusel või pärast riigi, avalik-õiguslike tervishoiuasutuste ja avalik-õiguslike sotsiaalasutuste või meditsiinilis-sotsiaalsete asutuste hankekomitee arvamuse saamist.”

„Artikkel 74

IV. Ühtse menetluse raames võib pärast mitme sama esemega ja üheaegselt täidetud vajaduste kindlaksmääramise lepingule järgneva projekti elluviimise hankelepingu või raamlepingu sõlmida pärast hankemenetluse läbiviimist üksnes vajaduste kindlaksmääramise lepingute täitjate vahel vastavalt artikli 73 kolmandas lõigus sätestatud tingimustele.”

II. Menetlus

6. Komisjon saatis Prantsuse Vabariigile 18. oktoobril 2004 esimese märgukirja ja 12. detsembril 2006 täiendava märgukirja. Kuna komisjon ei olnud rahul Prantsuse Vabariigi vastustega, esitas ta 27. juunil 2007 põhjendatud arvamuse. Kuna komisjon oli seisukohal, et kohustuste täitmata jätmine kestis edasi, ja ei olnud saadud vastustega rahul, otsustas ta esitada käesoleva hagi. Mõlemad pooled esitasid suulised argumendid 10. juunil 2009 peetud kohtuistungil.

III. Hinnang

A. *Poolte peamised argumendid*

7. Komisjon märgib, et Prantsusmaa lubab olukordades, mida ei ole direktiivis ette nähtud, sõlmida hankelepinguid vastastikuse kokkuleppe alusel või piiratud hankemenetluse abil. Komisjoni arvates on juba iseenesest välistatud, et sõlmitava riigihankelepingu ese ja sõlmimise kriteeriumid on täpselt teada hetkel, mil projekt ise on veel määratlemata ja vajaduste kindlaksmääramise lepinguid ei ole veel täidetud. Vajaduste kindlaksmääramise leping ja täitmisleping on kaks täiesti erinevat riigihankelepingu liiki ja nende sõlmimiseks ei tohi korraldada ühtainsat menetlust. Komisjoni sõnul ei ole vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetlus hõlmatud konkurentidega peetava dialoogi mõistega ega raamlepingu mõistega direktiivi artiklite 29 ja 32 tähenduses ning seda ei saa käsitleda kui konkurentidega peetava dialoogi tuletist.

8. Prantsuse valitsus väidab, et vaidlustatud sätted ei ole vastuolus kõnealuse direktiiviga, mis on pelgalt kooskõlastav direktiiv. Prantsuse valitsuse arvates on hiljem sõlmitava täitmislepingu ese ja kriteeriumid tuvastatavad juba vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetluse alguses. Veel märgib Prantsuse valitsus, et direktiivis on ette nähtud kaks menetlust, mille tunnused on analoogsed Prantsusmaal vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetluse omadega: raamleping ja konkurentidega peetav dialoog. Nii on ühenduse seadusandja ise ette näinud kompleksed menetlused, mille puhul hankemenetlus lepingute sõlmimiseks on kaheetapiline, ilma et nende menetluste loetelu oleks siiski ammendav.

B. *Hinnang*

1. Üldised märkused

9. Komisjon väidab, et eristades vajaduste kindlaksmääramise lepinguid ja täitmislepinguid ning lubades teatavatel asjaoludel sõlmida täitmislepinguid ühega isikute hulgast, kellega on algselt sõlmitud vajaduste kindlaksmääramise lepingud, korraldamata nende sõlmimiseks uut hankemenetlust või vähemalt korraldamata uut hankemenetlust isikute vahel, kellega on sõlmitud vajaduste kindlaksmääramise leping, eiravad Prantsusmaa õigusnormid kõnealuse direktiivi aluspõhimõtteid – võrdsuse põhimõtet ja läbipaistvuse põhimõtet. Tuleb märkida, et argument, mis puudutab vajaduste kindlaksmääramise lepingute puhul hankemenetluse korraldamata jätmist, on ilmselt seotud 2004. aasta CMP sõnastusega.[5] Sellepärast käsitlen komisjoni argumenti selles osas, mis puudutab vaidlustatud sätteid – nimelt 2006. aasta CMP alusel, mille eesmärk oli võtta direktiiv üle siseriiklikusse õigusesse –, mille kohaselt olukordades, mida ei ole direktiivis sätestatud, piiratakse hankemenetlust täitmislepingute sõlmimiseks üksnes nende isikute ringiga, kellega on algselt sõlmitud vajaduste kindlaksmääramise lepingud.

5 – Riigihangete seadustik 7. jaanuari 2004. aasta dekreediga nr 2004-15 (*Journal Officiel de la République française*, nr 6, 8.1.2004, lk 703; edaspidi „2004. aasta CMP") kehtestatud redaktsioonis, mis on nüüdseks asendatud 2006. aasta CMP-ga.

2. Direktiivi artikli 28 ammendavus

10. Sellega seoses on pooled oma märkustes pikalt arutlenud, kas direktiivi artiklis 28 sisalduv riigihankemenetluste loetelu on ammendav või mitte, sest on selge, et vajaduste kindlaksmääramise lepinguid seal ette nähtud ei ole.

11. Prantsuse valitsuse väitel saab direktiivi põhjendusest 3 ja artiklist 28 järeldada, et direktiiv ei näe ette kõikide siseriiklike erimenetluste kaotamist. Viidates Euroopa Kohtu otsusele kohtuasjas CEI jt,[6] mis puudutab nõukogu direktiivi 71/305/EMÜ,[7] märgib Prantsuse valitsus, et „liikmesriikidel [on] […] vabadus säilitada või kehtestada riigi-[hanke]alaseid materiaalõigus- ja menetlusnorme tingimusel, et järgitakse kõiki asjaomaseid ühenduse õiguse sätteid ja eelkõige keelde, mis tulenevad asutamislepinguga asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse valdkonnas kehtestatud põhimõtetest”.[8]

12. Direktiivi pealkirjast ning põhjendustest 2 ja 3 selgub tõepoolest, et direktiivi eesmärk on kooskõlastada siseriiklikke riigihankemenetlusi. Sellepärast ei ole seal sätestatud ühtset ja ammendavat selleteemalist ühenduse õigusnormide kogu. Nii on liikmesriikidel selles direktiivis sisalduvate ühiste reeglite raames vabadus säilitada või kehtestada riigihankelepingute suhtes materiaalõigus- ja menetlusnorme tingimusel, et need vastavad kõikidele asjakohastele ühenduse õigusnormidele. See, et direktiiv ei too kaasa riigihankemenetluste eeskirjade täielikku ühtlustamist, ei tähenda siiski, et mõningaid selle direktiivi sätteid ei tuleks käsitada kui selliseid, mis reguleerivad teatavaid küsimusi ammendavalt.

13. Esiteks piisab märkimisest, et Prantsuse valitsus ei saa tugineda kohtuasjast CEI jt tulenevale kohtupraktikale, sest direktiivi 2004/18 artikkel 28 erineb oluliselt direktiivi 71/305 artiklist 2: ühenduse seadusandja on täiendanud direktiivi 2004/18 artiklit 28 täiesti uue, teise lõiguga, mis on käesolevas asjas määravalt oluline.

14. Teiseks on olemas teatavad tegurid, mis osutavad veenvalt sellele, et direktiivi artiklis 28 sisalduvat menetluste loetelu tuleb pidada ammendavaks. Üldiselt ei ilmuta kõnealune lõik mingeid tunnuseid, mille põhjal tuleks seda pidada mitteammendavaks loeteluks. Vastupidi, selles lõigus on loetletud mitte ainult kaks standardset, vaid ka kaks

6 – 8. juuli 1987. aasta otsus liidetud kohtuasjades 27/86-29/86 (EKL 1987, lk 3347).

7 – 26. juuli 1971. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1971, L 185, lk 5).

8 – Eespool 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus CEI jt, punkt 15. Vt samuti 20. septembri 1987. aasta otsus kohtuasjas 31/87: Beentjes (EKL 1988, lk 4635, punkt 20). Prantsuse valitsus märgib, et kõnealuse kohtupraktika saab üle kanda direktiivile 2004/18, eriti sellepärast, et direktiivi 71/305 põhjendusest 2 on saanud direktiivi 2004/18 põhjendus 3 ja direktiivi 71/305 artiklist 2 on saanud direktiivi 2004/18 artikkel 28.

erandlikku menetlust, seega ei ole menetluste loetelus jäetud ruumi tõlgendamisel põhinevateks täiendusteks. Samuti ei ole direktiivis tervikuna ühtegi sätet, mis sellist täiendamist võimaldaks.

15. Nagu edaspidi selgitan, on selge, et vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetlus erineb direktiivis ette nähtud menetlustest ning seda menetlust ei saa seostada ühegi direktiivi sättega. Tegelikult möönis ka Prantsuse valitsus kostja vastuses ja vasturepliigis sõnaselgelt, et vajaduste kindlaksmääramise lepinguid ei ole direktiivis ette nähtud.

16. Direktiivis ette nähtud menetlused on järgmised. Nagu nähtub direktiivi artikli 28 teisest lõigust, on ühenduse seadusandja näinud üldreeglina ette kaks menetlust, mida hankijad peavad järgima. Nendeks on avatud ja piiratud menetlus ning nendele võidakse viidata kui standardsetele ehk tavalistele menetlustele. Konkurentidega peetavat dialoogi võib pidada eri- või erandlikuks menetluseks, mille rakendamine ja tingimused on täpsustatud direktiivi artiklis 29. [9] Samuti võib laadilt eriliseks või erandlikuks pidada väljakuulutamisega või väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust, mille tingimused on sätestatud direktiivi artiklites 30 ja 31. [10]

17. Prantsuse valitsus märgib siiski, et tegelikult on direktiivi V peatükis „Menetlused" ette nähtud teatavad hankelepingute sõlmimise erimenetlused, mida ei ole direktiivi artiklis 28 mainitud. Prantsuse valitsus viitab raamlepingutele, dünaamilistele ostusüsteemidele ja ehitustööde riigihankelepingutele selles osas, mis puudutab subsideeritud elamuehitusprojektidega seotud erieeskirju. Need on sätestatud vastavalt direktiivi artiklites 32, 33 ja 34.

18. Esiteks kujutavad raamlepingud ja dünaamilised ostusüsteemid endast lepingute erivorme või olemasolevate menetluste variante. Need ei ole hankemenetluste eraldiseisvad uued vormid, mis sellistena on ette nähtud direktiivi artiklis 28. Lisaks on hankijad direktiivi artikli 32 lõike 2 ja artikli 33 lõike 2 sõnastusest tulenevalt kohustatud järgima eeskirju direktiivi artiklis 28 nimetatud menetluste kohta. Teiseks nähtub subsideeritud elamuehitusprojekte käsitlevate eeskirjade osas artikli 34 pealkirjast selgelt, et see artikkel käsitleb „erieeskirju", mitte menetluseeskirju kui selliseid. Tegu on

9 – Vt Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2nd edition, Oxford 2007, lk 427, joonealune märkus 187.

10 – See käsitus leiab kinnituse direktiivi ettevalmistavates materjalides. Direktiivi ettepanekus põhjendati direktiivi artikli 28 sõnastust sellega, et „on lisatud uus lõige 2, mis sätestab sõnaselgelt põhimõtte, et avatud menetlus ja piiratud menetlus on standardsed menetlused. Uus lõige 3 [mis lõpuks liideti lõikega 2] kirjeldab erandit, mis seisneb selles, et ostja võib kasutada läbirääkimistega menetlust ainult erijuhtudel ja eritingimustel, mis on loetletud artiklites 29, 30 ja 31".

pigem erandiga üldmenetlust käsitlevatest sätetest. Tegelikult viitab juba direktiivi artikli 34 ja selles sätestatud erieeskirjade olemasolu ise sellele, et direktiivi V peatükis sisalduvat hankemenetluste loetelu tuleks pidada ammendavaks.

19. Selles kontekstis võib möödaminnes märkida, et oma märkustes tugineb Prantsuse valitsus ka vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetluse eelistele ja *raison d'être*'ile (eesmärk), eriti seoses keerukate lepingutega, mille puhul „hankijatel ei ole võimalik täpsustada lepingu eesmärke ja täitmise tingimusi, kasutatavaid meetodeid ja […] nõutavaid ressursse". [11] Direktiivi ettevalmistavatest materjalidest ilmneb, et ühenduse seadusandja oli niisugustest muredest teadlik. [12] Sellepärast lisas ta riigihankelepingute sõlmimise menetluste hulka uue menetlusena konkurentidega peetava dialoogi, kuid ei otsustanud lisada vajaduste kindlaksmääramise lepingu menetlust. [13]

20. Lisaks püüab Prantsuse valitsus oma seisukohti põhjendada ka sellega, et vajaduste kindlaksmääramise lepinguid tuleks pidada analoogseks kahe direktiivis ette nähtud menetlusega: raamlepingu menetlusega ja konkurentidega peetava dialoogiga. Esmalt nimetatud menetluse osas võib hankemenetluse korraldamise jagada kahte etappi, millest viimases saavad konkureerida need, kes on edukalt täitnud esimese lepingu, ja see võimaldab täpsemalt kindlaks määrata teise lepingu tingimused. Selles osas, mis puudutab teist nimetatud menetlust, võimaldab vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetlus hankijal koostada tingimused lepingule, mille suhtes on valikukriteeriumid kinnitatud. Prantsuse valitsuse sõnul kehtestas ühenduse seadusandja seega kompleksed menetlused, mille puhul konkureeritakse lepingute sõlmimiseks kahes etapis, kuid mille loetelu ei ole siiski ammendav.

21. Nende argumentidega ei saa nõustuda. Piisab märkimisest, et Prantsuse valitsus ei ole vaidlustanud seda, et ei konkurentidega peetav dialoog ega raamlepingu menetlus hõlma vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetlust direktiivi artiklite 29 ja 32 tähenduses. Konkurentidega peetav dialoog ja raamlepingud on erisätetega reguleeritud lepingu sõlmimise vormid, mille suhtes kehtivad erisätted. Nende spetsiifilisust tunnustades nägi ühenduse seadusandja ette eeskirjad, millega on tagatud direktiivi artiklis 2 sätestatud põhimõtete järgimine.

22. Prantsuse valitsus pakub alternatiivse lahendusena võimalust, et kui direktiivi artiklis 28 sisalduv loetelu loetaks ammendavaks, tuleks vajaduste kindlaksmääramise lepingute

11 – Vt 2006. aasta CMP artikkel 73.

12 – Direktiivi ettepanekus, lk 6, on märgitud, et „eriti keerukate lepingute puhul […] on hankijad teadlikud oma vajadustest, kuid nad ei tea ette, milline [on] […] parim tehniline lahendus nende vajaduste rahuldamiseks. Sellepärast on niisugustel juhtudel vaja lepingu arutelu ja dialoogi ostjate ja pakkujate vahel. Paraku jätavad avaliku sektori direktiivides sätestatud standardmenetlused […] väga vähe ruumi aruteludeks lepingute sõlmimise menetluse ajal ning sellepärast peetakse neid sedalaadi olukordades liiga vähe paindlikuks".

13 – Selle üks põhjus võis olla see, et vajaduse kindlaksmääramise lepingute lisamist ei peetud tarvilikuks, sest oma laadi poolest sarnaneb nende sõlmimise menetlus uue konkurentidega peetava dialoogiga, mis võeti Prantsuse õigusesse üle 2006. aasta CMP artikliga 67 kui täiesti iseseisev menetlus, mis on ette nähtud samasuguste probleemide lahendamiseks.

sõlmimise menetlust käsitleda kui konkurentidega peetava dialoogi tuletist. Prantsuse valitsus esitas selle alternatiivse argumendi esmakordselt kostja vastuses Euroopa Kohtule. Enne seda oli nimetatud valitsus kaitsnud vastupidist teesi, mille kohaselt vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetlus ei ole hõlmatud konkurentidega peetava dialoogiga ega ole direktiivis ette nähtud. Just need märkused on toonud esile mitmeid erinevusi kõnealuse kahe menetluse vahel. Igal juhul olen seisukohal, et see argument Prantsuse valitsust ei aita. Piisab märkimisest, et kõnealused kaks menetlust on olulistes aspektides erinevad muu hulgas sellel olulisel põhjusel, et konkurentidega peetav dialoog on menetlus üheainsa lepingu sõlmimiseks, vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetluse eesmärk on aga kahe lepingu sõlmimine, kusjuures teine leping sõlmitakse pärast hankemenetluse korraldamist, milles osalejate ring piirdub isikutega, kellega on sõlmitud esimene leping.

3. Ettevõtjate võrdne, mittediskrimineeriv ja läbipaistev kohtlemine

23. Igal juhul – isegi siis, kui nõustuda seisukohaga, et direktiivi artiklis 28 loetletud menetlusi võib teatavatel tingimustel kohandada, pidades silmas vajaduste kindlaksmääramise lepingute menetlemise olemust ja toimimist – tuleb märkida, et selle menetluse liigitamine direktiivi artikli 28 alla ei ole mitte ainult võimatu, vaid ka vastuolus põhimõtetega, millele on viidatud direktiivi põhjenduses 2 ja artiklis 2. [14]

24. Olen seisukohal, et vastupidi Prantsuse valitsuse väidetele on komisjonil õigus, et riigihankelepingu (täitmislepingu) eset ja sõlmimise kriteeriume on hetkel, mil projekt on veel määratlemata ja vajaduste kindlaksmääramise lepinguid ei ole veel täidetud, iseenesest võimatu täpselt teada. Vajaduste kindlaksmääramise lepingud ja täitmisleping on kaks täiesti erinevat riigihankelepingu liiki, ja seda ei ole Prantsuse valitsus vaidlustanud. Kummalgi nimetatud liiki lepingul on oma ese ja sõlmimise tingimused ning sellest tulenevalt peavad mõlemad lepingud vastama direktiivi sätetele ja neid ei tohi sõlmida üheainsa menetluse teel. Teisisõnu, kuna täitmislepingul on omaenda ese ja sõlmimise tingimused, peaks selle sõlmimine toimuma hankemenetluse kaudu, mitte olema reserveeritud vaid isikutele, kellega on algselt sõlmitud vajaduste kindlaksmääramise leping.

14 – Prantsusmaa õigusdoktriin toetab minu seisukohta. Vt kõige hiljutisem näide: Monjal, P.-Y., „Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude", *Revue du Droit de l'Union européenne*, nr 4, 2008, lk 729-738. Vajaduste kindlaksmääramise lepinguid käsitlenud kohtupraktika kohta vt nt Prantsuse Conseil d'État' 3. märtsi 2004. aasta otsus nr 258 272: Société Mak System.

25. Kohtuasjas komisjon *vs.* Prantsusmaa [15] märkis Euroopa Kohus: „Prantsuse valitsus leiab, et […] teates mainitud võimalus – sõlmida ideekonkursi võitjaga teise etapi osas leping – vabastas hankija kohustusest avaldada enne lepingu sõlmimist uus teade." Seejärel märkis Euroopa Kohus, et „[s]ellist väidet ei saa aktsepteerida. Tegelikult *nõuavad* […] teenuseosutajate võrdse kohtlemise põhimõte ning viimasest tulenev läbipaistvuse põhimõte […] *et iga lepingu ese ja sõlmimise tingimused peavad olema selgelt määratletud*". [16]

26. Samas otsuses jätkas Euroopa Kohus nii: „[s]elline kohustus kehtib, kui lepingu ese ja sõlmimise tingimused on määravad elemendid otsustamaks, millist direktiivis sätestatud menetlust kohaldada, ning hindamaks, kas selle menetluse reegleid on järgitud." Nii järeldas Euroopa Kohus, et „antud juhul ei vasta teist etappi puudutava lepingu sõlmimise võimalus tingimuste kohaselt, mis on seatud esimese etapi lepingule, direktiivis kehtestatud lepingu sõlmimise reeglitele".

27. Käesolevas kohtuasjas on Prantsuse valitsus kostja vastuses ise tunnistanud, et eespool tsiteeritud otsuses „tegi Euroopa Kohus keelduva otsuse menetluse suhtes, mis on analoogne [vajaduste kindlaksmääramise lepingu sõlmimise menetlusega]". Minu arvates on selge, et vajaduste kindlaksmääramise leping ei võimalda harilikult teise lepingu (s.o täitmislepingu) eset, valikukriteeriume ega sõlmimist algusest peale kindlaks määrata sellise täpsusega, millest piisaks eespool nimetatud kohtuotsuses seatud nõuete täitmiseks. See on tingitud sellest, et esialgse vajaduste kindlaksmääramise lepingu eesmärk on just nimelt määratleda hiljem sõlmitava täitmislepingu ese ja seda puudutavates hankedokumentides esitatud tingimused.

28. Sellepärast on vaidlustatud sätete kohane vajaduste kindlaksmääramise lepingu sõlmimise menetlus vastuolus läbipaistvuse põhimõttega, mis on sätestatud direktiivi artiklis 2. Kõnealusest menetlusest tekib sellest tekkida võivate kohtuvaidluste tõttu õiguslikult ebakindel olukord nii hankijate kui ka ettevõtjate jaoks.

29. Prantsuse valitsus vaidlustab käesoleva ettepaneku punktis 27 sõnastatud argumendi ja märgib, et vajaduste kindlaksmääramise lepingute eesmärk on ainult määratleda hiljem sõlmitava lepingu kogu tehniline kirjeldus, mitte aga selle ese. Siiski piisab märkimisest, et 2006. aasta CMP artikli 73 sõnastus ise seda väidet ei toeta: nimetatud

15 – 14. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-340/02, millele on viidatud ka kui nn La Chauvinière'i kohtuasjale (EKL 2004, lk I-9845, punktid 33-36 ja seal viidatud kohtupraktika).

16 – Kohtujuristi kursiiv.

artikli teises lõigus on sätestatud, et „[n]ende lepingute eesmärk on selgitada välja hilisema lepingu sõlmimise võimalused ja tingimused, vajadusel kasutades mudelit või esitlust". Liiati – ehkki teatavates olukordades võidakse vajaduste kindlaksmääramise lepingute abil tõesti määratleda pelgalt tehniline kirjeldus – võimaldab kõnealune menetlus tegelikult kindlasti täitmislepingut puudutavates hankedokumentides esitatud tingimusi täiendada või isegi täies ulatuses koostada.

30. Peale selle toonitab Prantsuse valitsus, et lõpuks sõlmitava täitmislepingu eseme ja kriteeriumid saab kindlaks määrata juba vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetluse alguses. Väidetavalt on palju juhtumeid, kus vajaduste kindlaksmääramise lepingute puhul on taotlejate valiku kriteeriumid piisavalt sõltumatud täitmislepingute omadest, mistõttu neid saab kindlaks määrata juba vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetluse alguses. Euroopa Kohtule esitatud märkustes on Prantsuse valitsus esitanud kolm näidet selliste juhtumite kohta.

31. Igal juhul tuleks märkida esmalt seda, et Prantsuse valitsus on kohtuistungil nõustunud, et tegelikult tekivad probleemid: on selge, et esineb juhtumeid, kui vajaduste kindlaksmääramise lepingute eesmärk ei ole pelgalt tehnilise kirjelduse määratlemine, vaid neid lepinguid kasutatakse täitmislepinguid puudutavates hankedokumentides esitatud tingimuste lõplikuks kindlaksmääramiseks või koostamiseks. Komisjon esitas Euroopa Kohtule selliste juhtumite kohta kolm näidet. Minu arvates ei ole Prantsuse valitsus tõendanud, et vaidlustatud sätted võimaldavad kõikidel juhtudel ja alati tagada läbipaistvuse ja piisava selguse nii, et „iga [täitmislepingu] ese ja sõlmimise tingimused [on] selgelt määratletud". [17] Igal juhul on täiesti kindel, et pelgalt üldine määratlus, nagu „linnaehitus linnaosas X" – mis, nagu ilmneb, on väga sageli ainus võimalik määratlus, mille saab vajaduste kindlaksmääramise lepingute hanketeadete etapis anda –, ei vasta sellele standardile, mida nõudis Euroopa Kohus oma otsuses kohtuasjas komisjon *vs.* Prantsusmaa (nn Le Mans'i kohtuasi). [18]

32. Lõpuks ei pea ma sugugi kõige tähtsusetumaks sedagi, et vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetlus põhineb teatavate ettevõtjate eelistamisel. Samal ajal kui kogu direktiiv on suunatud üldiselt sellele, et kaitsta tuleb ettevõtjatevahelise konkurentsi edendamist, on vajaduste kindlaksmääramise lepingud suunatud ainult teatavat liiki ettevõtjatele: nendele, kellel on võimalused nii projekteerimiseks kui ka ehitamiseks. Vajaduste kindlaksmääramise lepingute sõlmimise menetlus teeb juba oma olemuse tõttu sellise eelvaliku kõikide võimalike ettevõtjate vahel. Pean seda riigihangete valdkonnas kehtivate ühenduse normide mõtte vastaseks.

17 – Viidatud eespool 15. joonealuses märkuses, punkt 34.

18 – Eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuasi. Vt Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, lk 448: „kehtivad direktiivid […] ei sisalda ühtegi otsest nõuet avatud või piiratud menetlusi puudutavate täpsete kirjelduste kohta. Niisugune nõue võib siiski tuleneda läbipaistvuse põhimõttest. Näiteks ei ole tõenäoliselt vastuvõetav see, kui „kooli" jaoks mõeldud hankemenetluses esitatakse nõudeid, andmata selget teavet näiteks õpilaste arvu või nõutavate rajatiste põhitüübi kohta. Mõistlikud täpsustused tuleb kindlaks määrata hiljemalt hanketeadete esitamise ajaks."

On selge, et olenemata sellest, kuidas vajaduste kindlaksmääramise lepingud konkreetsetel juhtudel välja kujunevad, on kõnealuse menetluse tulemuseks alati piiratud laadi pakkumine.

33. Eespool esitatud kaalutlustest tuleneb, et vaidlustatud sätted võimaldavad piiratud konkurentsi tingimustes lepinguid sõlmida olukordades, mis ei ole direktiiviga ette nähtud, ning neid sätteid ei saa õigustada ühegi direktiivis sätestatud erandiga.

IV. Kohtukulud

34. Euroopa Kohtu kodukorra artikli 69 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna Prantsuse valitsus on kohtuvaidluse kaotanud ja komisjon on kohtukulude hüvitamist nõudnud, tuleb kohtukulud välja mõista Prantsuse valitsuselt.

V. Ettepanek

35. Eespool esitatud kaalutlusi arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

1) tuvastada, et kuna Prantsuse Vabariik võttis vastu ja hoidis jõus 1. augusti 2006. aasta dekreediga nr 2006-975 kehtestatud Code des marchés publics'i (riigihankeseadustik) artikli 73 ja artikli 74 lõike IV selles osas, milles need sätted näevad ette nn vajaduste kindlaksmääramise lepingute (*marchés de definition* ehk riigihankelepingud, millega määratletakse ehitustööde, asjade või teenuste riigihankelepingute tingimused, sealhulgas eesmärk) sõlmimise menetluse, mille

kohaselt võib hankija sõlmida ehitustööde, asjade või teenuste riigihankelepingu ühega nende isikute seast, kellega on algselt sõlmitud vajaduste kindlaksmääramise lepingud, korraldades nendega piirduva hankemenetluse, siis on Prantsuse Vabariik rikkunud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artiklitest 2, 28 ja 31 tulenevaid kohustusi;

2) mõista kohtukulud välja Prantsuse Vabariigilt.