Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
ELEANOR SHARPSTON
esitatud 1. detsembril 2016[1]

**Kohtuasi C-298/15**

**UAB „Borta“**

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

Riigihanked — Kvalitatiivsed valikukriteeriumid — Nõue, mille kohaselt peab edukaks tunnistatud pakkuja tegema „põhitööd“ ise — Kutsealase pädevuse tõendamine — Ettevõtjate rühma esitatud pakkumus — Nõue, et iga osalise panus peab olema proportsionaalne tema panusega kutsealase pädevuse tõendamisel — Riigihankemenetlus — Tehnilise kirjelduse muutmine menetluse käigus — Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted

1. See Lietuvos Aukščiausiasis Teismase (Leedu kõrgeim kohus) eelotsusetaotlus puudutab Klaipeda sadamas (Leedu) kai ehitamiseks sõlmitava ehitustööde riigihankelepingu tehnilist kirjeldust. Kõnealuses tehnilises kirjelduses on sätted, mis puudutavad ühistegevuse partnerite esitatud pakkumusi. Nende kohaselt peab iga partner riigihankelepingu *sõlmimisel täitma* lepingu osa, mis on võrdväärne tema panusega partnerluse kutsealase kogemuse tõendamisse. Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb selles, kas selline nõue on kooskõlas liidu riigihankeõiguse normidega kutsealase pädevuse liitmise kohta. Kuivõrd vaidlustatud tehniline kirjeldus tehti teatavaks mitu nädalat pärast hanketeate avaldamist, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus juhiseid ka selle kohta, kas (ja kui, siis mis tingimustel) võib hankija tehnilist kirjeldust hankemenetluse käigus muuta. Ta esitab omal algatusel ka küsimuse, kas liidu riigihankeõigusega on vastuolus Leedu õiguse säte, mis keelab riigihankelepingute kontekstis „põhitööde“ tegemise alltöövõtuga.

2. Nendele küsimustele vastamisel tekib esialgne raskus seoses Euroopa Kohtu pädevusega. Eelotsusetaotluse esitanud kohus väljendab oma muret direktiivi 2004/17/EÜ kontekstis.[2] On aga selge, et kõnealuse riigihanke hinnanguline väärus ei ületa asjassepuutuvat piirmäära ja seetõttu ei ole see direktiiv põhikohtuasjas kohaldatav. Kas Leedu õigus on muutnud selle direktiivi asjassepuutuvale lepingule otse ja tingimusteta kohaldatavaks? Sellisel juhul on Euroopa Kohtul väljakujunenud kohtupraktikast tulenevalt pädevus selle direktiivi asjassepuutuvaid sätteid tõlgendada. Teise võimalusena, kui kõnealuse lepingu puhul on tegemist selge piiriülese huviga, siis kohaldatakse selle sõlmimisele ELTL põhisätteid ja üldpõhimõtteid (eelkõige ELTL artiklites 49 ja 56 ette nähtud vaba liikumise põhimõtteid) ja Euroopa Kohus on kohustatud andma eelotsusetaotluse esitanud kohtule selles osas kasulikke juhiseid.

1 — Algkeel: inglise.

2 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (EÜT 2004, L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19). Selle direktiivi asjassepuutuv redaktsioon on see, mida on viimati muudetud komisjoni 13. detsembri 2013. aasta määrusega (EL) nr 1336/2013 (ELT 2013, L 335, lk 17).

## Õiguslik taust

*Liidu õigusnormid*

3. Direktiivi 2004/17 põhjenduses 9 on öeldud:

„Et tagada vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate riigihangete avatust konkurentsile, on soovitav koostada sätted, millega ühendus kooskõlastaks selliseid lepinguid, alates lepingute teatavast maksumusest. Selline kooskõlastamine põhineb nõuetel, mida võib tuletada EÜ asutamislepingu artiklitest 14, 28 ja 49 ning EURATOMi asutamislepingu artiklist 97, nimelt võrdse kohtlemise põhimõttel, mille üheks konkreetseks väljenduseks on mittediskrimineerimise põhimõte, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtetel. Arvestades sellisest kooskõlastamisest puudutatud sektorite loomust, peaks kooskõlastamine, tagades nendest põhimõtetest kinnipidamise, moodustama heade äritavade raamistiku ja olema võimalikult paindlik.

[…]“

4. Põhjenduses 43 on öeldud, et on soovitav lisada sätted alltöövõtulepingute kohta, selleks et hoogustada keskmise suurusega ja väikeettevõtete kaasamist riigihangete tellimuste turule.

5. Artiklis 10 on ette nähtud, et „ostjad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning toimivad läbipaistval viisil.“

6. Artikli 11 lõikes 2 on sätestatud:

„Ettevõtjate rühmad võivad esitada pakkumisi või esitada end kandidaatideks. Ostjad ei või nõuda, et need rühmad võtaksid pakkumise või osalemistaotluse esitamiseks mingi konkreetse juriidilise vormi; ent välja valitud rühmalt võidakse seda nõuda, kui temaga on sõlmitud leping, ja sel määral, kuivõrd see vormi muutmine on vajalik lepingu rahuldavaks täitmiseks.“

7. Artikkel 37 („Allhanked“) näeb ette:

„Hankedokumentides võib ostja paluda või liikmesriik nõuda, et ostja paluks näidata pakkujail oma pakkumistes ära lepingu kõik osad, mis nad kavatsevad lasta teha allhankena kolmandatel osapooltel, ja kõik eeldatavad allhangete täitjad. Kõnealuse teabe esitamine ei piira peamise töövõtja vastutust.“

8. Artikli 38 („Lepingute täitmise tingimused“) kohaselt:

„Ostjad võivad kehtestada lepingu täitmisele eritingimusi, kui need on kooskõlas [liidu] õigusega ja on ära toodud hankekuulutusena kasutatud teates või spetsifikatsioonides. Lepingu täitmist reguleerivad tingimused võivad konkreetselt olla määratud sotsiaalsete ja keskkonnakaitseliste kaalutlustega.“

9. Artikkel 53 („Kvalifitseerimissüsteemid“) näeb eelkõige ette:

„1. Ostjad võivad soovi korral seada sisse ettevõtjate kvalifitseerimissüsteemi ja rakendada seda.

[…]

2. Lõikes 1 ette nähtud süsteemil võivad olla erinevad kvalifitseerimisetapid.

Seda rakendatakse objektiivsete kvalifitseerimiskriteeriumide ja -eeskirjade alusel, mille kehtestab ostja.

[…]

5. Kui lõikes 2 viidatud kvalifitseerimiskriteeriumid ja -eeskirjad hõlmavad nõudeid ettevõtja tehnilisele ja/või professionaalsele suutlikkusele, siis võib ettevõtja vajaduse korral viidata teiste ettevõtjate suutlikkusele, milline ka poleks tema ja nende ettevõtete vaheline juriidiline seos. Sel juhul peab ettevõtja ostjale tõendama, et need vahendid on tema käsutuses kogu kvalifitseerimissüsteemi kehtimise jooksul, näiteks kõnealustelt ettevõtetelt saadud kohustuse esitamisel anda vajalikud ressursid ettevõtja käsutusse.

Samadel tingimustel võib artiklis 11 viidatud ettevõtete grupp toetuda sama grupi teiste osaliste või teiste ettevõtete võimetele.

[…]“

*Leedu õigusnormid*

10. Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymase (Leedu Vabariigi riigihangete seadus; edaspidi „riigihangete seadus“) artikli 2 lõikes 29 on tarnija määratletud üldiselt kui mis tahes ettevõtja (füüsiline isik, eraõiguslik juriidiline isik, avalik-õiguslik juriidiline isik, muud organisatsioonid või nende filiaalid või selliste isikute rühm), kes suudab pakkuda või pakub kaupu, teenuseid või ehitustöid.

11. Riigihangete seaduse artikli 24 lõike 5 kohaselt sisaldavad hankedokumendid nõuet, et kandidaat või pakkuja peab oma pakkumuses täpsustama, milliseid alltöövõtjaid kavatseb ta kasutada ning võivad nõuda, et kandidaat või pakkuja täpsustaks, kui suure osa suhtes lepingu mahust kavatseb ta sõlmida alltöövõtjatega allhankelepingud. Kui aga ehitustööde hankelepingu täitmine kavatsetakse delegeerida alltöövõtjatele, peab hankija määratletud põhitööd tegema tarnija.

12. Riigihangete seaduse artikli 27 lõike 4 kohaselt võib hankija omal algatusel igal ajal enne pakkumuste esitamise tähtpäeva hankedokumente selgitada.

13. Riigihangete seaduse artikli 32 lõige 3 sätestab, et konkreetses hankemenetluses võib tarnija vajaduse korral tugineda teiste ettevõtjate võimalustele olenemata tema õiguslikust suhtest nendega. Sellisel juhul peab tarnija hankijale tõendama, et asjaomaste teiste ettevõtjate ressursid on lepingu täitmiseks kättesaadavad. Samadel tingimustel võib ettevõtete grupp toetuda sama grupi teiste osaliste või teiste ettevõtete võimetele.

## Asjaolud, menetlus ja eelotsuse küsimused

14. Riigi osalusega äriühing Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Klaipėda Riiklik Meresadam, edaspidi „Meresadam“) avaldas 2. aprillil 2014 avatud hankemenetluses hanketeate, millega kuulutati välja hange „Kaide nr 67 ja 68 rekonstrueerimisega seotud ehitustööd. I etapp“. See hanketeade avaldati 5. aprillil 2014 ka Euroopa Liidu Teatajas.[3]

15. Tehnilise kirjelduse punktis 3.2.1 oli järgmine nõue: „Tarnija peab viimase viie aasta jooksul või ajavahemikul alates tarnija asutamise kuupäevast (kui tarnija on tegutsenud vähem kui viis aastat) olema igal aastal teostanud ehitus- ja paigaldustöid (meresadamate ehitamine ja rekonstrueerimine) maksumusega vähemalt 5 000 000 Leedu litti (1 448 100,09 eurot) (käibemaksuta).“

3 — ELT 2014/S 68-117458.

16. Tehnilise kirjelduse punkti 4.2.3 kohaselt tuli igas pakkumuses „määrata kindlaks ühistegevuse kokkuleppe raames tegutsevate partnerite kohustused lepingu täitmisel ja nende kohustuste protsentuaalne osa lepingu mahust ning sätestada, et selline tööde mahtude jaotus kehtib ainult partnerite suhtes ega too kaasa kohustusi kliendile (hankijale).“

17. Tehnilise kirjelduse punkti 4.3 esialgne versioon nägi ette:

„Kui pakkumuse esitab tarnija, kes tegutseb ühistegevuse kokkuleppe raames, peab [punktis 3.2.1] määratletud tingimustele vastama vähemalt üks ühistegevusse kaasatud partner või kõik ühistegevuse kokkuleppe raames tegutsevad partnerid üheskoos. […] Vastavalt [riigihangete seaduse] artikli 24 lõikele 5 märgib [Meresadam], et hanke maksumuse hinnangulise kalkulatsiooni jaotise „Ehitustööd“ punkt 1.2.8 sisaldab põhitööde loetelu, mille peab tegema tarnija ise.“ [4]

18. Meresadam täpsustas 24. aprillil 2014 omal algatusel tehnilise kirjelduse punkti 4.3. Selle uues versioonis, mis avaldati Euroopa Liidu Teatajas, oli eelkõige ette nähtud, et kui pakkumuse esitab tarnija, kes tegutseb ühistegevuse kokkuleppe raames, peab iga ühistegevuse kokkuleppe osaline täitma vähemalt 50% punkti 3.2.1 nõuetest. Selle muudatuse tõttu pikendas Meresadam pakkumuste esitamise tähtaega.

19. Leedu õiguse alusel asutatud piiratud vastutusega äriühing UAB Borta esitas 3. mail 2014 selle ümbersõnastamise kohta Meresadamale vaidlustuse. Selle tulemusel muutis Meresadam 9. mai 2014. aasta otsusega hankedokumentide punkti 4.3 teist korda. [5] Selle punkti uus (ja lõplik) sõnastus oli järgmine:

„Kui pakkumuse esitab tarnija, kes tegutseb ühistegevuse kokkuleppe raames, peab [punktis 3.2.1] […] määratletud tingimustele vastama vähemalt üks ühistegevusse kaasatud partner või kõik ühistegevuse kokkuleppe raames tegutsevad partnerid üheskoos. Ühistegevuse kokkuleppe raames tegutseva partneri osa (tema poolt tehtavate tööde maht) peab olema proportsionaalne tema osaga […] punktis 3.2.1 määratletud tingimuste täitmises ja tööde mahus, mida ta pakkumuse edukaks tunnistamise (hankelepingu täitmise) korral tegelikult teeb.[6] […] Vastavalt [riigihangete seaduse] artikli 24 lõikele 5 teatab [Meresadam], et hanke maksumuse hinnangulise kalkulatsiooni jaotise „Ehitustööd“ punkt 1.2.8 sisaldab põhitööde loetelu, mille peab tegema tarnija ise.“

20. Selle viimase muudatuse tulemusel, mis avaldati Euroopa Liidu Teatajas, pikendati pakkumuste esitamise tähtaega teist korda ja tähtpäevaks määrati 12. juuni 2014.

21. Borta esitas pakkumuse 12. juunil 2014, tehes selles ettepaneku, et teostab need tööd 4 761 460 euro eest Leedu littidesse arvutatuna. Tegemist oli kõige kallima pakkumusega. [7]

22. Borta aga esitas tehnilise kirjelduse punkti 4.3 viimase versiooni kohta Meresadamale vaidlustuse ja pärast selle rahuldamata jätmist kaebuse Klaipėdos apygardos teismasele (Klaipėda ringkonnakohus). Klaipėdos apygardos teismas (Klaipėda ringkonnakohus) jättis selle kaebuse 18. augustil 2014 rahuldamata. Borta esitas selle otsuse peale apellatsioonkaebuse Lietuvos apeliacinis teismasele (Leedu apellatsioonikohus), mis jättis 13. novembril 2014 apellatsioonkaebuse rahuldamata. Sisuliselt leidsid mõlemad kohtud, et vaidlustatud tehnilise kirjelduse punkt oli õigustatud tulenevalt hankelepingu eseme eriomasusest ja selle tähtsusest üldise huvi seisukohalt ning ühistegevuse partnerite solidaarne

4 — Eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitab, et need põhitööd seisnevad muu hulgas valtsterasest seina ehitamises, mida toetavad talad.

5 — Samal ajal muutis hankija omal algatusel pisut tehnilise kirjelduse punkti 4.2.3. Seda tehnilise kirjelduse muudatust põhikohtuasjas aga ei käsitleta.

6 — Viimati nimetatud nõudele viitan kui „vastavusnõudele“. „Tööde mahtu“ mõõdetakse oletatavasti rahaliselt.

7 — Edukaks tunnistatud pakkuja pakkumuse suurus oli umbes 3 168 400 eurot Leedu littidesse arvutatuna.

vastutus hankija ees ei taganud iseenesest riigihankelepingu edukat täitmist. Samuti ei nõustunud nad väitega, mille kohaselt olid tehnilise kirjelduse järjestikused muudatused õigusvastased, kuivõrd riigihangete seaduse artikli 27 lõige 4 andis Meresadamale sõnaselgelt õiguse tehnilist kirjeldust selgitada.

23. Borta esitas selle Lietuvos apeliacinis teismase (Leedu apellatsioonikohus) kohtuotsuse peale kassatsioonkaebuse Lietuvos Aukščiausiasis Teismasele (Leedu kõrgeim kohus), mis peatas menetluse ja taotles eelotsust järgmistes küsimustes:

„1. Kas direktiivi 2004/17 artikleid 37, 38, 53 ja 54 tuleb tõlgendada koos või eraldi (kuid nimetatud sätete kohaldamist piiramata) nii, et:

(a) nendega on vastuolus siseriiklikud õigusnormid, mis näevad ette, et kui ehitustööde riigihankelepingu täitmisel on kavas kasutada alltöövõtjaid, peab hankija määratletud põhitööd tegema tarnija (peatöövõtja)?[8]

(b) nendega on vastuolus hankedokumentides ette nähtud tarnijate kutsealase pädevuse liitmise kava – nagu hankija on ette näinud käesolevas asjas vaidlustatud hankedokumentides –, mille kohaselt peab asjaomase ettevõtja (ühistegevuse partneri) kutsealane pädevus vastama selle konkreetse töö mahule, mida ta riigihankelepingu alusel tegelikult teeb?

2. Kas direktiivi 2004/17 artikleid 10, 46 ja 47 tuleb tõlgendada koos või eraldi (kuid nimetatud sätete kohaldamist piiramata) nii, et:

(a) tarnijate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid ei ole rikutud, kui hankija:

— näeb esmalt hankedokumentides ette üldise võimaluse tarnijate kutsealase pädevuse liitmiseks, kuid ei kehtesta selle võimaluse rakendamise kava;

— seejärel täpsustab hankemenetluse käigus tarnijate kvalifitseerimise tingimusi, kehtestades tarnijate kutsealase pädevuse liitmisele teatud piirangud;

— kvalifitseerimistingimuste täpsustamise tõttu pikendab pakkumuste esitamise tähtaega ja avaldab tähtaja pikendamise teate [*Euroopa Liidu] Teatajas*?

(b) tarnijate pädevuse liitmise piirangut ei ole vaja eelnevalt selgelt välja tuua, kui hankija tegevuse laadi ja riigihankelepingu erisuste tõttu on selline piirang ennustatav ja õigustatud?“

24. Meresadam, Leedu valitsus ja Euroopa Komisjon esitasid kirjalikud seisukohad. Need pooled ja Borta esitasid 1. juuni 2016. aasta istungil oma seisukohad ka suuliselt.

8 — Eelotsusetaotlusest ilmneb, et selle küsimuse on kohus esitanud „omal algatusel“, et kaitsta avalikku huvi.

## Hinnang

*Sissejuhatavad märkused*

25. Leedu valitsus väitis kohtuistungil, et riigihangete seaduse artikli 24 lõikega 5 võeti enne selle direktiivi ülevõtmistähtaja lõppemist üle direktiivi 2014/25/EL[9] artikli 79 lõikega 3 uus allhangete reegel ja seega peaks Euroopa Kohus käsitlema käesolevat eelotsusetaotlust üksnes sellest direktiivist lähtudes.[10] Meresadam asus sarnasele seisukohale. Seevastu komisjon väitis, et direktiivi 2014/25 ei saa arvesse võtta. Esmalt kehtestati riigihangete seaduse artikli 24 lõige 5 enne selle direktiivi vastuvõtmist. Teiseks ei olnud Leedu teavitanud komisjoni meetmetest, millega võetakse Leedu õigusesse üle direktiiv 2014/25.

26. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt kuulub reeglina kohaldamisele direktiiv, mis kehtib hetkel, mil hankija valib selle menetluse liigi, mida ta kavatseb järgida, ning lahendab lõplikult küsimuse, kas riigihankelepingu sõlmimiseks on nõutav eelnev väljakuulutamisega hankemenetluse korraldamine. Samas ei ole kohaldatav direktiiv, mille ülevõtmise tähtaeg lõppes pärast seda kuupäeva.[11]

27. Direktiiviga 2014/25 tunnistati direktiiv 2004/17 kehtetuks alates 18. aprillist 2016. Seega ei ole see kohaldatav põhikohtuasjas, kus hanketeade avaldati 2. aprillil 2014. Euroopa Kohus on hiljuti seoses direktiiviga 2014/24 leidnud, et kui kohaldada seda direktiivi enne selle ülevõtmise tähtaja lõppu, siis takistataks liikmesriikidel, aga ka hankijatel ja ettevõtjatel kasutamast piisavat tähtaega, et kohaneda viimati nimetatud direktiiviga kehtestatud uute sätetega.[12] Minu hinnangul oleks selline teguviis vastuolus ka õiguskindluse põhimõttega.[13] Sama on analoogia alusel kohaldatav ka direktiivile 2014/25.

28. Lisaks ei ole poolte vahel vaidlust selle üle, et kõnealuse lepingu väärtus (mida saab oletatavasti hinnata viitega kõige kallimale esitatud pakkumusele, seega 4 761 459,72 eurole Leedu littidesse arvutatuna) on väiksem kui direktiivi 2004/17 artikli 16 punktis b kohtuasja asjaolude ajal kehtinud redaktsioonis ehitustöölepingutele ette nähtud piirmäär 5 186 000 eurot. Nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, jääb asjassepuutuv riigihange seega direktiivi 2004/17 kohaldamisalast välja.

29. Sellegipoolest leiab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Euroopa Kohtul on pädevus vastata esitatud eelotsuse küsimustele. Esmalt soovis Meresadam selgelt, et hankemenetlusel oleks rahvusvaheline mõõde, kuivõrd ta avaldas selle ja tehnilise kirjelduse hilisemad muudatused *Euroopa Liidu Teatajas*. Seda kinnitab asjaolu, et pakkumuse esitas ka kaks välisriigi ettevõtjat. Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab sisuliselt ka sellele, et direktiivi 2004/17 ülevõtmisel riigihangete seadusesse otsustas Leedu seadusandja kohaldada selle direktiivi teatud reegleid ka neile hankemenetlustele, mis jäävad direktiivi kohaldamisalast välja.

9 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ (ELT 2014, L 94, lk 243). Selle sätte kohaselt võib „seoses ehitustööde ja teenuste hankelepingutega ning asjade kohaletoomise ja paigaldamistöödega asjade hankelepingute puhul […] võrgustiku sektori hankija nõuda, et teatavaid olulisi ülesandeid teostaks pakkuja ise või kui pakkumuse esitab artikli 37 lõike 2 kohane ettevõtjate rühm, siis selle rühma liige“. Sarnane reegel on ette nähtud ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65) artikli 63 lõikes 2.

10 — Leedu valitsuse kirjalikest seisukohtadest nähtub, et kohtuasja asjaolude asetleidmise ajal ei olnud direktiiv 2014/25 veel Leedu õigusesse täiesti üle võetud.

11 — Kohtuotsused, 10.7.2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 31 ja seal viidatud kohtupraktika, ja 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 83.

12 — Kohtuotsus, 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 86.

13 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 15.10.2009, *Hochtief ja Linde-Kca-Dresden*, C-138/08, EU:C:2009:627, punkt 29 ja seal viidatud kohtupraktika. Vt ka kohtuotsus, 5.10.2000, *komisjon vs. Prantsusmaa*, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 40.

30. Kohtuistungil lisas Leedu valitsus, et Leedu õigusnormide kohaselt peavad hankijad tegema menetlusliku valiku, kui nad korraldavad hankemenetluse lepingu suhtes, mille hinnanguline väärtus on asjassepuutuvast piirmäärast väiksem. Nad võivad selliste lepingute jaoks valida liikmesriigi õiguse alusel lihtsustatud menetluse või menetluse, mida kohaldatakse piirmäära ületavatele riigihankelepingutele. Viimati nimetatud juhul ja kohaldades kohtuasja asjaolude asetleidmise ajal kehtinud EL õigusnorme, muutunuks hankijale olenevalt riigihankelepingu esemest siduvaks kas direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18/EÜ [14] sätted. Ka liikmesriigi kohtud olnuks kohustatud neid kohaldama.

31. Teatud konkreetsetel tingimustel ei takista asjassepuutuva olukorra puhtalt riigisisene olemus Euroopa Kohut vastamast ELTL artikli 267 alusel esitatud küsimusele. [15] Nii võib see olla eelkõige juhul, kui liikmesriigi õigus kohustab eelotsusetaotluse esitanud kohut tagama selle kodanikule samad õigused, mis tulenevad muu liikmesriigi kodanikule samasuguses olukorras liidu õigusest või kui eelotsusetaotlus puudutab niisuguseid liidu õigusnorme, millele liikmesriigi õigus viitab selleks, et teha kindlaks, milliseid norme tuleb puhtalt siseriiklikule olukorrale kohaldada. [16]

32. Mis puudutab viimati nimetatud olukorda, siis on Euroopa Kohtu pädevuses küsimused, mis puudutavad liidu õigusnormide tõlgendamist olukordades, kus põhikohtuasja asjaolud ei kuulu liidu õiguse kohaldamisalasse, kuid on muudetud siseriiklike õigusnormidega *vahetult* ja *tingimusteta* kohaldatavaks eesmärgiga tagada riigisiseste olukordade ja liidu õiguse kohaldamisalasse kuuluvate olukordade samasugune kohtlemine. [17] Nimelt on liidul kindel huvi selle vastu, et lahknevate tõlgenduste vältimiseks tulevikus tõlgendataks liidu õiguse sätteid või mõisteid ühetaoliselt juhul, kui siseriiklik õigusakt järgib liidu asjaomase akti kohaldamisalast väljapoole jäävate olukordade reguleerimisel liidu õiguses sätestatut, et tagada siseriiklike ja liidu õigusega reguleeritud olukordade ühesugune käsitlemine olenemata sellest, millistel asjaoludel liidu õigusest ülevõetud sätteid või mõisteid kohaldatakse. [18]

33. Käesoleval juhul aga ei ole piisavalt täpseid viiteid, mis annaks aluse eeldada, et viidatud liidu õigusnormid on „muudetud siseriiklike õigusnormidega vahetult ja tingimusteta kohaldatavaks“ eesmärgiga tagada riigisisestele olukordadele ja liidu õiguse kohaldamisalasse kuuluvatele olukordadele samade reeglite kohaldamine. [19] Eelkõige ei ole ei eelotsusetaotluse esitanud kohus ega ka Leedu valitsus näidanud Euroopa Kohtule ühtki konkreetset Leedu õigusnormi, mis muudaks direktiivi 2004/17 vahetult ja tingimusteta kohaldatavaks riigihangete suhtes, mille maksumus jääb alla selle direktiivi artiklis 16 ette nähtud asjakohast piirmäära. [20] Seetõttu teen järelduse, et Euroopa Kohtul puudub käesoleva menetluse kontekstis pädevus tõlgendada direktiivi 2004/17.

34. Eelotsuse küsimustega palutakse juhiseid üksnes direktiivi 2004/17 tõlgendamiseks. Sellegipoolest võib Euroopa Kohus eelotsuse küsimuse esitanud kohtule tarviliku vastuse andmiseks arvestada ka selliseid liidu õigusnorme, millele liikmesriigi kohus ei ole oma eelotsusetaotluses viidanud. [21]

14 — 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).

15 — Vt muu hulgas kohtumäärus, 3.7.2014, *Tudoran*, C-92/14, EU:C:2014:2051, punkt 38.

16 — Vt muu hulgas kohtumäärused, 3.7.2014, *Tudoran*, C-92/14, EU:C:2014:2051, punkt 39 ja seal viidatud kohtupraktika, ja 12.5.2016, *Security Service jt*, C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, punkt 27.

17 — Kohtuotsused, 22.12.2008, *Les Vergers du Vieux Tauves*, C-48/07, EU:C:2008:758, punkt 21 ja seal viidatud kohtupraktika, ja 18.12.2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 23.

18 — Kohtuotsus, 7.11.2013, *Romeo*, C-313/12, EU:C:2013:718, punkt 22 ja seal viidatud kohtupraktika.

19 — Vt muu hulgas kohtuotsus, 18.10.2012, *Nolan*, C-583/10, EU:C:2012:638, punkt 51. Oma 14. jaanuari 2016. aasta kohtuotsuses *Ostas celtnieks* (C-234/14, EU:C:2016:6, punktid 19–21) oli Euroopa Kohus nõus tõlgendama direktiivi 2004/18, arvestades eelkõige Läti valitsuse seisukohta, et Läti ehitustööde riigihankelepingute seadus oli kohaldatav ehitustööde riigihankelepingutele, mille väärtus oli direktiivis 2004/18 ette nähtud piirmäärast väiksem. Euroopa Kohus leidis siiski, et tal on pädevus vastata esitatud eelotsuse küsimusele üksnes „tingimusel, et eelotsusetaotluse esitanud kohus kontrollib asjaolusid“.

20 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 18.12.2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 25.

21 — Vt muu hulgas kohtuotsused, 10.10.2013, *Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 24 ja seal viidatud kohtupraktika, ja 16.4.2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 17 ja seal viidatud kohtupraktika.

35. Seetõttu on vajalik teha kindlaks, kas Euroopa Kohtul on pädevus vastata eelotsuse küsimustele, tuginedes ELTL üldpõhimõtetele, eelkõige võrdse kohtlemise põhimõttele ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelule ning neist tulenevale läbipaistvuse tagamise kohustusele. See eeldab väljakujunenud kohtupraktikast tulenevalt seda, et asjassepuutuval riigihankel on selge piiriülene huvi, arvestades eelkõige selle tähtsust ja täitmise kohta.[22] Sellise piiriülese huvi olemasolu tuleb hinnata kõikide asjakohaste kriteeriumide alusel, need on näiteks hankelepingu majanduslik tähtsus, selle täitmise koht või tehnilised aspektid, võttes arvesse asjaomase hankelepingu eriomaseid tunnuseid.[23]

36. Euroopa Kohus on leidnud, et piiriülest huvi saab eelkõige kindlaks teha, arvestades asjaomase riigihanke võrdlemisi suurt maksumust koostoimes tööde teostamise kohaga või ka hanke tehnilisi tingimusi.[24] Seega võib ehitustööde hankeleping äratada piiriülest huvi oma hinnangulise maksumuse tõttu seoses tema tehnilise keerukusega või tööde paiknemisega asukohas, mis tõenäoliselt äratab välismaiste ettevõtjate huvi.[25]

37. Mõnikord jätab Euroopa Kohus piiriülese huvi olemasolu kindlakstegemise liikmesriigi kohtu hooleks.[26] Käesoleval juhul on aga Euroopa Kohtule kättesaadav piisav hulk teavet, millele tuginedes järeldada, et asjassepuutuva riigihanke puhul on tõepoolest tegemist sellise piiriülese huviga. Esmalt on märkimisväärne selle lepingu hinnanguline väärtus.[27] Lisaks sellele on Klaipeda meresadam üks Läänemere olulisimaid sadamaid. Sellise meresadama kai ehitus, nagu on ette nähtud asjassepuutuvas riigihankes, nõuab lisaks ka ulatuslikke tehnilisi oskusi, mida oletatavasti valdab vaid piiratud hulk äriühinguid. Viimaks, riigihankelepingu atraktiivsust välisettevõtjate jaoks kinnitab asjaolu, et pakkumuse esitas ka kaks välisriigi ettevõtjat[28], kellest ühega sõlmiti leping.

38. Seetõttu tuleb esitatud eelotsuse küsimusi uurida, lähtudes ELTL artiklitest 49 ja 56 tulenevatest läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetest, mida tuleb riigihankelepingute sõlmimisel järgida.[29] Arvestades seda, et ELTL artiklid 49 ja 56 on kohaldatavad sellisele lepingule, nagu on kõne all põhikohtuasjas, peab Meresadam järgima kodakondsusel põhineva diskrimineerimise keeldu ja läbipaistvuse tagamise kohustust, mille need sätted ette näevad.[30]

*Riigihangete seaduse artikli 24 lõikes 5 ette nähtud alltöövõtu piirang (esimese küsimuse punkt a)*

39. Esimese küsimuse punktiga a soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas liidu õigusega on vastuolus selline säte nagu riigihangete seaduse artikli 24 lõige 5, mille kohaselt peab pakkuja ehitustööde riigihankelepingute puhul tegema hankija määratletud „põhitööd“ ise.

22 — Vt muu hulgas kohtuotsused, 19.12.2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt*, C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 23, 10.7.2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 24, ja 18.12.2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 27.

23 — Vt hiljutine kohtuotsus, 14.7.2016, *Promoimpresa jt*, C-458/14 ja C-67/15, EU:C:2016:558, punkt 66 ja seal viidatud kohtupraktika. Vt ka minu ettepanek kohtuasjas *komisjon* vs. *Soome*, C-195/04, EU:C:2007:28, punkt 55.

24 — Kohtuotsus, 16.4.2015, *SC Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 20.

25 — Vt kohtuotsused, 15.5.2008, *SECAP ja Santorso*, C-147/06 ja C-148/06, EU:C:2008:277, punkt 24, ja 17.11.2015, *RegioPost*, C-115/14, EU:C:2015:760, punkt 51.

26 — Vt muu hulgas kohtuotsused, 23.12.2009, *Serrantoni ja Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 25, ja 14.11.2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punkt 30 ja seal viidatud kohtupraktika.

27 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 16.4.2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 20.

28 — Vt kohtuotsused, 15.5.2008, *SECAP ja Santorso*, C-147/06 ja C-148/06, EU:C:2008:277, punkt 24, ja 17.11.2015, *RegioPost*, C-115/14, EU:C:2015:760, punkt 51.

29 — Vt muu hulgas kohtuotsused, 13.11.2007, *komisjon* vs. *Iirimaa*, C-507/03, EU:C:2007:676, punkt 26, ja 10.7.2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 27. Euroopa Kohus on mitmel korral leidnud, et liidu tasandil riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise eesmärk on kõrvaldada kaupade ja teenuste vaba liikumise takistused ja seega kaitsta ühes liikmesriigis asutatud ettevõtjate huve, kes soovivad pakkuda kaupu või teenuseid mõne teise liikmesriigi hankijatele (vt nt kohtuotsused 3.10.2000, *University of Cambridge*, C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 16, 18.10.2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 32, ja 24.1.2008, *Lianakis jt*, C-532/06, EU:C:2008:40, punkt 39).

30 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 18.12.2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 32 ja seal viidatud kohtupraktika.

40. Borta ei vaidlustanud selle alltöövõtu piirangu õiguspärasust oma kassatsioonkaebuses eelotsusetaotluse esitanud kohtule. See kohus esitas selle küsimuse avalikes huvides „omal algatusel“. Ei ole tõepoolest kohe selge, kas põhikohtuasja asjaolud hõlmavad alltöövõttu. Ühistegevuse kokkuleppe raames esitatud pakkumus võib viidata sellele, et pakkumuse edukuse korral saavad kõigist partneritest hankijaga sõlmitava riigihankelepingu lepinguosalised. Sellises olukorras ei ole tegemist alltöövõtuga, mis leiab aset üksnes siis, kui lepingu (või selle osa) täidavad lepingu mõistes kolmandad isikud.[31] Ühistegevuse kokkulepe hõlmaks aga alltöövõttu, kui vaid üks partneritest oleks ametlikult pakkuja, kuid lepingut täidaksid kõik osalised, või kui nad asutaksid ühisettevõte, mis partnerite asemel lepingule alla kirjutab. Borta esitatud pakkumuse kohta on kättesaadav üksnes piiratud teave ja selle tuvastamine, kas see pakkumus hõlmas tegelikult või potentsiaalselt alltöövõttu, ei ole Euroopa Kohtu ülesanne.

41. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei saa Euroopa Kohus otsustada siseriikliku kohtu esitatud küsimuse üle, kui on ilmne, et siseriikliku kohtu palutud liidu õigusnormi tõlgendamisel või kehtivuse hindamisel puudub igasugune seos põhikohtuasja faktiliste asjaolude või esemega.[32] Praegusel juhul see aga nii ei ole. Tehnilise kirjelduse punkt 4.3, mis on põhikohtuasja vaidluse keskmes, sisaldab sõnaselget viidet riigihangete seaduse artikli 24 lõikele 5. Sellest tulenevalt ei saa öelda, et esimese küsimuse punktil a puudub ilmselgelt igasugune seos põhikohtuasja faktiliste asjaolude või esemega ja seetõttu on see küsimus vastuvõetav.[33]

42. Pöördun nüüd sisuliste küsimuste poole.

43. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on ELTL artiklitega 49 ja 56 vastuolus iga siseriiklik meede, mis on küll kohaldatav ilma kodakondsusel põhineva diskrimineerimiseta, kuid võib keelata, takistada või muuta nende sätetega tagatud asutamise ja teenuste osutamise vabaduse teostamise Euroopa Liidu kodanikele vähem atraktiivseks.[34]

44. Mis puudutab riigihankelepinguid ning asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust, siis on liidu eesmärk tagada võimalikult paljude pakkujate osavõtt hankemenetlusest, isegi kui riigihankedirektiivid ei ole kohaldatavad.[35] See on ka asjaomase hankija enda huvides, kellel on seeläbi laiem võimalus valida soodsaim ning oma vajadustele kõige paremini vastav pakkumus.[36] Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte ning sellest tuleneva läbipaistvuse tagamise kohustuse üks peamisi eesmärke on seega tagada teenuste vaba liikumine ning avatud ja aus konkurents kõikides liikmesriikides.[37]

45. Allhanked aitavad neile eesmärkidele kaasa, sest soodustavad tõenäoliselt väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate kaasamist riigihankelepingute turule ja suurendavad seega võimalike riigihankelepingu sõlmimise kandidaatide arvu.[38]

31 — Vt selle vaheteo kohta kohtujuristi ettepanek, Niilo Jääskinen, kohtuasi *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2015:558, punkt 22.

32 — Vt muu hulgas kohtuotsus, 12.5.2011, *Runevič-Vardyn ja Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291, punkt 33.

33 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 12.5.2011, *Runevič-Vardyn ja Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291, punkt 34.

34 — Kohtuotsused, 23.12.2009, *Serrantoni ja Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 41, ja 10.7.2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 28 ja seal viidatud kohtupraktika.

35 — Vt kohtuotsused, 23.12.2009, *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37, 10.7.2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 29, ja 11.12.2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' jt*, C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 51 ja seal viidatud kohtupraktika.

36 — Kohtuotsus, 23.12.2009, *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika.

37 — Kohtuotsus, 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 28.

38 — Vt analoogia alusel kohtuotsused, 10.10.2013, *Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 34, ja 14.1.2016, *Ostas celtnieks*, C-234/14, EU:C:2016:6, punkt 24. Vt ka minu ettepanek kohtuasjas *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2015:761, punkt 30.

46. Käesoleval juhul piirab selline säte nagu riigihangete seaduse artikli 24 lõige 5 selgelt teistes liikmesriikides asutatud äriühingute võimalust teostada ELTL artiklitest 49 ja 56 neile tulenevaid õigusi, sest ei võimalda neil pakkumuse tegemise korral teha „põhitööd“ või selle osa alltöövõtuga või pakkuda selle lepingu osa suhtes alltöövõtjatena oma teenuseid. Nagu komisjon õigesti väidab, piirab riigihangete seaduse artikli 24 lõige 5 seega teenuste osutamise vabadust ja asutamisvabadust.

47. Sellegipoolest võib niisugune piirang siiski olla õigustatud juhul, kui see järgib üldisest huvist kantud õiguspärast eesmärki ja proportsionaalsuse põhimõtet, olles eesmärgi saavutamiseks sobiv ja minemata kaugemale, kui on selle eesmärgi saavutamiseks vaja.[39]

48. Leedu valitsus selgitab, et kõnealune alltöövõtu piirang kehtestati selleks, et võimaldada hankijatel lihtsamini oma huve kaitsta ning tagada alltöövõtuga teostatavate tööde nõuetekohane teostamine. Piirangu eesmärk oli eelkõige reageerida levinud olukorrale, kus ettevõtjad osalesid riigihankemenetluses sooviga edu korral teostada lepingu põhiosa alltöövõtuga. Sageli oli selle tulemuseks madalam töökvaliteet või raskused tööde teostamisel. Lisaks sellele väidab Leedu valitsus, et riigihangete seaduse artikli 24 lõige 5 on kooskõlas ühise seisukohaga, milleni nõukogus sarnastes küsimustes jõuti ja mille tulemuseks on eelkõige reegel, mis sisaldub nüüd direktiivi 2014/25 artikli 79 lõikes 3.[40] Kohtuistungil väitis Meresadam sisuliselt seda, et tal oli õigustatud huvi tagada, et sellised riigi julgeoleku jaoks strateegiliselt olulised ehitustööd nagu on kõne all põhikohtuasjas, teostatakse nõuetekohaselt.

49. Hankijal on õiguspärane huvi tagada ehitustöölepingu tõhus ja nõuetekohane täitmine.[41] See kehtib eelkõige juhul, kui kõnealused tööd on vajalikud riigi julgeoleku tagamiseks, mis on ELL artikli 4 lõike 2 kohaselt üks riigi põhifunktsioone, mida Euroopa Liit peab austama.[42] Seega võib pakkujat kohustada tõendama, et ta võib tegelikult kasutada neid vahendeid, mis kuuluvad üksustele või ettevõtjatele, kellele ta tugineb, ja mis päriselt talle ei kuulu ja on vajalikud hankelepingu täitmiseks.[43] Seega on hankijal õigus keelata hanke oluliste osade puhul selliste allhankijate kasutamine, kelle suutlikkust ei ole nad saanud kontrollida pakkumuste hindamise käigus ja hankelepingu täitja väljaselgitamisel.[44]

50. Riigihangete seaduse artikli 24 lõikega 5 teenuste osutamise vabadusele ja asutamisvabadusele seatud piirang ei näi aga olevat selle eesmärgiga proportsionaalne.

51. Esmalt on see piirang kohaldatav isegi siis, kui hankijal on tegelikult võimalik riigihankemenetluse käigus kontrollida allhankijate tehnilist ja majanduslikku suutlikkust. Üks selle piirangu alternatiive võinuks (näiteks) olla nõudmine, et peatöövõtja märgib pakkumuse esitamisel ära alltöövõtjad ja tõendab nii seda, et ta võib tegelikult kasutada neid alltöövõtjatele kuuluvaid vahendeid, mis on vajalikud hankelepingu täitmiseks, kui ka seda, et need alltöövõtjad sobivad täitma ülesandeid, mida ta soovib nende hooleks usaldada.

39 — Vt muu hulgas kohtuotsused, 27.10.2005, *Contse jt*, C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 25, ja 10.7.2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 31. Proportsionaalsuse põhimõtte liidu üldpõhimõttena kohaldamise kohta direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 kohaldamisalast välja jäävate riigihankemenetluste kontekstis vt ka kohtuotsus, 22.10.2015, *Impresa Edilux ja SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 29.

40 — Direktiivis 2004/17 ei sisaldu selle sättega võrreldavat reeglit.

41 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 14.7.2016, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, punkt 34 ja seal viidatud kohtupraktika. Vt ka minu ettepanek samas kohtuasjas, EU:C:2015:761, punkt 32 ja seal viidatud kohtupraktika.

42 — See, kas riigi julgeoleku kaalutlused võivad olla sellised, mis õigustavad käesolevas menetluses asjakohaste aluslepingu põhimõtete piiramist, on eraldi küsimus, mida ei ole tarvis siin käsitleda.

43 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika.

44 — Vt analoogia alusel kohtuotsused, 18.3.2004, *Siemens ja ARGE Telekom*, C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 45, ja 14.7.2016, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, punkt 34.

52. Teiseks on artikli 24 lõige 5 proportsionaalsuse kriteeriumile vastamiseks *liiga jäik* ja *ebamäärane*. Kuigi näib, et hankijad naudivad paindlikkust, et saavad iga lepingu puhul määratleda, mis on „põhitööd“, on sellest sättest tulenev alltöövõtu piirang määratletud eriti avaralt. See on kohaldatav sõltumata ehitustööde riigihankelepingu esemest ja seob hankijaid igasuguse ehitustööde riigihankelepingu sõlmimisel, isegi siis, kui nende hinnangul puudub ilmne põhjus, et seda piirangut üldse kohaldada.

53. Nagu komisjon väidab, erineb riigihangete seaduse artikli 24 lõikes 5 ette nähtud alltöövõtu piirang selles osas direktiivi 2014/25 artikli 79 lõikest 3. See säte üksnes *võimaldab* hankijal eelkõige nõuda, et teatud *olulisi* ülesandeid teostaks pakkuja ise. Seega võivad hankijad asjaoludest tulenevalt hinnata, kas selline piirang on kohane. Sellest tuleneb, et isegi kui leida, et riigihangete seaduse artikli 24 lõige 5 võtab Leedu õigusesse üle direktiivi 2014/25 artikli 79 lõike 3, nagu on väitnud Leedu valitsus [45], ei oleks see ülevõtmine korrektne.

54. Neil põhjustel leian, et sellise riigihankelepingu puhul, mis ei kuulu direktiivi 2004/17 ega direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse, kuid millel on selge piiriülene huvi, on ELTL artiklitest 49 ja 56 tuleneva kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse tagamise kohustusega vastuolus selline liikmesriigi õigusnorm nagu riigihangete seaduse artikli 24 lõige 5, mille kohaselt peab hankija määratletud „põhitööd“ tegema tarnija, ilma et tal oleks võimalik lepingu selles osas kasutada alltöövõttu.

*Tehnilise kirjelduse punkti 4.3 õiguspärasus (esimese küsimuse punkt b)*

55. Esimese küsimuse punktis b esitatakse küsimus, kas liidu õigusega on vastuolus tehniline kirjeldus, mille kohaselt juhul, kui partnerid teevad ühist pakkumust esitades ettepaneku oma kutsealase pädevuse liitmiseks, peab iga ühistegevuse partneri täidetav lepinguosa olema aritmeetilises vastavuses tema panusega kutsealase kogemuse tingimuste täitmises.

56. Liikmesriigi kohtu menetletavas kohtuasjas on tehnilise kirjelduse punkt 4.3 seotud riigihankelepingu sõlmimisega. Seda tuleb tõlgendada koosmõjus tehnilise kirjelduse punktiga 4.2.3, mille kohaselt peavad ühistegevuse partnerite esitatud pakkumuses olema näidatud kohustused (tööd või teenused), mida igaüks neist täidab ja nende kohustuste protsentuaalne osa lepingu mahust. Seega saab hankija pakkumuste läbivaatamisel ja eduka pakkumuse valimisel kontrollida, et iga partner vastutab töö või teenuse osa eest, mis on vastavuses tema panusega tehnilise kirjelduse punktis 3.2.1 esitatud kutsealase kogemuse tingimuste täitmises.

57. Põhimõtted, mille ma eespool seoses alltöövõtuga välja olen toonud, on samavõrd asjakohased ka ühistegevuse partnerite pädevuste liitmise puhul. [46]

58. Minu arvates võib selline tingimus nagu tehnilise kirjelduse punkt 4.3 piirata ühistegevuse partnerite paindlikkust. See ei mõjuta üksnes seda, kuidas nad otsustavad jagada vastutust ühispakkumuse tegemise ajal, vaid takistab neid ka hilisemas etapis muutmast iga partneri panust lepingusse, kui leping sõlmitakse nendega.

45 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 25.

46 — Vt käesoleva ettepaneku punktid 43–45, 47 ja 49.

59. Seega võib tehnilise kirjelduse punkti 4.3 nõue mõjuda teistes liikmesriikides asutatud majandustegevuses osalejatele eemalepeletavalt. See mõjutab neid ettevõtjaid, kes soovivad asjaomases liikmesriigis asuda tegutsema konsortsiumina, mis võib koosneda nii selle riigi kui teiste riikide ettevõtjatest. Samuti mõjutab see neid ettevõtjaid, kes soovivad pakkuda oma teenuseid, ühinedes mõne sellise juba asutatud konsortsiumiga, et kergemini selle liikmesriigi hankijate korraldatud riigihangetes osaleda.[47] Seetõttu on sellise tingimuse näol tegemist piiranguga ELTL artiklite 49 ja 56 tähenduses.

60. Meresadam ja Leedu valitsus väidavad sisuliselt seda, et tehnilise kirjelduse punkti 4.3 eesmärk on üksnes tagada, et igal ühistegevuse kokkuleppe osalisel on kutsealane pädevus teostada seda osa riigihankelepingust, mille eest ta vastutab.

61. Olen juba viidanud sellele, et riigihankelepingu nõuetekohase täitmise tagamine võib õigustada teenuste osutamise vabaduse ja asutamisvabaduse (mittediskrimineerivat) piiramist.[48] Ühistegevuse kokkuleppe raames tegutsevad partnerid võivad hankija poolt ette nähtud kutsealase pädevusega (sh kutsealase kogemusega) seotud nõude(d) täita *kollektiivselt*, kui nad esitavad pakkumuse. See aga ei taga seda, et igale partnerile usaldataks just need konkreetsed ülesanded, millega seoses on enne lepingu sõlmimist tõendatud tema kutsealane pädevus. Seega ei takista ELTL artiklid 49 ja 56 põhimõtteliselt hankijat ühistegevuse kokkulepete raames esitatud pakkumuste puhul nõudmast, et oleks täpsustatud, kuidas konkreetsed ülesanded partnerite vahel jagunevad, kontrollimast iga partneri pädevust teostada ülesandeid, mille eest ta vastutab, ega lepingu sõlmimise järel jälgimast, et iga partner täidab nõuetekohaselt neid ülesandeid, mille kohta on tõendatud tema kutsealast pädevust.[49]

62. Asjassepuutuv tehnilise kirjelduse punkt 4.3 ei ole aga selle eesmärgi saavutamiseks sobiv.

63. Selle punkti kohaselt peab iga partneri panus punktis 3.2.1 nõutud kutsealase kogemuse nõude täitmisel aritmeetiliselt vastama selle partneri poolt tegelikult teostatud ülesannete „mahule“ (või rahalisele väärtusele) lepingu täitmisel.

64. Nagu komisjon õigesti välja toob, ei ole *see nõue* seotud konkreetsete tööde *või* teenustega, mis on vajalikud selleks, et asjassepuutuvat riigihankelepingut nõuetekohaselt täita. Näiteks võib iga ühistegevuse kokkuleppe osaline olla võimeline tõendama, et ta on viimase viie aasta jooksul omandanud kogemusi meresadama kai ehituse või rekonstrueerimise vallas. Koos täidavad need partnerid seega tehnilise kirjelduse punktis 3.2.1 ette nähtud kutsealase kogemuse nõude. Igaüks neist võib aga olla spetsialiseerunud meresadama kai ehituse erinevale tahule, näiteks sadamabasseini süvendamisele, vundamenditööde tegemisele, valtsterasest seina ehitamisele või meresadama kai seadmete tarnimisele ja paigaldamisele. Punktis 4.3 sätestatud nõudega ei ole vastuolus, kui üks partneritest teostab konkreetseid ülesandeid, mille jaoks tal tegelikult vajalikku kogemust ei ole (kuigi matemaatiliselt võivad need ülesanded olla vastavuses tema panusega tehnilise kirjelduse punkti 3.2.1 nõuete täitmisse ja seega olla kooskõlas punktiga 4.3).

65. Seega leian, et eesmärk tagada riigihankelepingu kohane täitmine ei saa põhikohtuasjas kirjeldatud olukorras õigustada tehnilise kirjelduse punktist 4.3 tulenevat teenuste osutamise vabaduse ja asutamisvabaduse piiramist. Eriti on see nii seetõttu, et tööd, mis moodustavad lepingu koguväärtusest vaid väikese osa, võivad olla selle kohaseks täitmiseks keskse tähtsusega.[50]

47 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 23.12.2009, *Serrantoni ja Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 42.

48 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 49.

49 — Aluspõhimõtted on samad kui alltöövõtu puhul. Vt käesoleva ettepaneku punkt 49 ja analoogia alusel 43 ja 44. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

50 — Näiteks taristu hüdroisolatsiooni paigaldamine.

66. Meresadam väidab, et pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse järgimiseks tuleb üksikute ühistegevuse kokkuleppe osaliste kutsealase pädevuse hindamisel arvesse võtta üksnes neid kutsealaseid pädevusi, mida riigihankelepingu täitmisel tegelikult kasutatakse.

67. Kuigi need eesmärgid on legitiimsed [51], ei saa sellest väitest lähtuda. Vastates istungil kohtu küsimusele, selgitas Meresadam, et tehnilise kirjeldusega ei ole vastuolus see, kui ühistegevuse kokkuleppe raames pakkumuse teinud partnerid kasutavad sarnaselt teiste pakkujatega riigihankelepingu täitmisel alltöövõttu (välja arvatud „põhitöö“ erand) ja sel juhul *ei ole* ühispakkumuse esitamisel tarvis näidata alltöövõtjate kutsealast kogemust. Seega vastupidi Meresadama esitatud väitele ei taganud põhikohtuasja tehniline kirjeldus tegelikult seda, et kutsealast pädevust, mille olemasolu olid partnerid ühispakkumuse esitamisel kinnitanud ja hankija kontrollinud, oleks tegelikult asjassepuutuva riigihankelepingu täitmisel kasutatud.

68. Seega teen järelduse, et riigihankelepingu puhul, mille väärtus jääb allapoole direktiivides 2004/17 või 2004/18 ette nähtud piirmäära, kuid mille puhul on selge piiriülene huvi, on ELTL artiklitest 49 ja 56 tuleneva kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse tagamise kohustusega vastuolus selline tehniline kirjeldus nagu kõnealuse tehnilise kirjelduse punkt 4.3, mille kohaselt juhul, kui partnerid teevad ühist pakkumust esitades ettepaneku oma kutsealase pädevuse liitmiseks, peab iga ühistegevuse partneri täidetav lepinguosa olema aritmeetilises vastavuses tema panusega kutsealase kogemuse tingimuste täitmises.

*Riigihankemenetluse käigus tehnilise kirjelduse punkti 4.3 muutmise õiguspärasus (teine küsimus)*

69. Kas ELTL artiklitest 49 ja 56 tulenevate võrdse kohtlemise põhimõtte ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu ning neist tuleneva läbipaistvuse tagamise kohustusega on vastuolus see, et Meresadam muutis tehnilise kirjelduse punkti 4.3?

70. Euroopa Kohtu praktika direktiivi 2004/18 artikli 2 tõlgendamise kohta annab sellele küsimusele vastamiseks kasulikke juhiseid. Selle sätte järgi „kohtlevad ostjad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning toimivad läbipaistval viisil“. Seega tugineb see säte ELTL-st tulenevatele võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtetele ning läbipaistvuse tagamise kohustusele. [52]

71. Seega on Euroopa Kohus leidnud, et nii võrdse kohtlemise põhimõte kui ka viimasest tulenev läbipaistvuse põhimõte nõuavad, et iga hankelepingu ese ja selle sõlmimise tingimused peavad olema menetluse algusest saadik selgelt määratletud. [53] Võrdse kohtlemise põhimõte nõuab, et pakkujatel oleksid pakkumuste koostamisel võrdsed võimalused. See eeldab, et need pakkumused esitatakse kõigi pakkujate jaoks samadel tingimustel. [54] Lisaks sellele on läbipaistvuskohustuse eesmärk tagada, et puuduks oht hankija eelistusteks ja meelevaldsuseks. See tähendab, et kõik hankemenetluse tingimused ja menetluse kord oleks nii hanketeates kui ka tehnilistes tingimustes sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, võimaldamaks ühelt poolt kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ja nendest ühtemoodi aru saada ning teiselt poolt võimaldaks hankijal kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad tegelikult kõnealuse hankemenetluse tingimustele. [55]

51 — Vt selle kohta kohtuotsused, 23.12.2009, *Serrantoni ja Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punktid 31 ja 32 ning seal viidatud kohtupraktika, ja 22.10.2015, *Impresa Edilux ja SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 36.

52 — Kohtuotsus, 7.9.2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 34.

53 — Kohtuotsused, 10.12.2009, *komisjon* vs. *Prantsusmaa*, C-299/08, EU:C:2009:769, punkt 41, ja 10.5.2012, *komisjon vs. Madalmaad*, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 56.

54 — Kohtuotsus, 6.11.2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44.

55 — Vt muu hulgas kohtuotsus, 6.11.2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44 ja seal viidatud kohtupraktika; vt ka kohtuotsus, 10.5.2012, komisjon *vs.* Madalmaad, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 88.

72. Seega ei saa hankija muuta ega ka parandada olulisi hanketingimusi, nii nagu olid esitatud hankedokumentides, millest huvitatud ettevõtjad on õiguspäraselt lähtunud otsustades, kas valmistuda pakkumuse esitamiseks või vastupidi, loobuda asjaomases hankemenetluses osalemisest.[56]

73. Samad põhimõtted on kohaldatavad ka juhul, kui direktiivi 2004/18 kohaldamisalast välja jääval lepingul on selge piiriülene huvi. Kohtuotsuses *Enterprise Focused Solutions*[57] leidis Euroopa Kohus, et hankija ei tohi pärast hanketeate avaldamist muuta ühe hankeobjekti tehnilist kirjeldust võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtet ning läbipaistvuse kohustust rikkudes.[58] See on kooskõlas teiste kohtuotsustega, kus Euroopa Kohus on selgitanud, et võrdse kohtlemise põhimõttest ja läbipaistvuse kohustusest tulenevalt ei tohi pakkumust pärast selle esitamist põhimõtteliselt muuta ei hankija ega pakkuja algatusel, välja arvatud juhul, kui muudatusega parandatakse ilmne tehniline viga või selgitatakse pakkumuse üksikasja.[59]

74. Käesolevas asjas rikkus Meresadam neid põhimõtteid, kui muutis kahel korral tehnilise kirjelduse punkti 4.3.

75. Esmalt, nagu komisjon väidab, ei saa neid muudatusi pidada selle punkti väheolulisteks selgitusteks või kirjavea parandamiseks. Punkti 4.3 esialgse versiooni kohaselt oli selgelt lubatud see, et tehnilise kirjelduse punktis 3.2.1 ette nähtud kutsealase pädevuse tingimuse täidab vähemalt üks ühistegevusse kaasatud partner *või* kõik partnerid üheskoos. Mõlemad muudatused (24. aprillil ja 9. mail 2014) kehtestasid ühistegevuse kokkuleppe puhul piiranguid seoses kutsealase pädevuse tõendamisega. Need piirangud aga ei olnud osa selle punkti esialgsest versioonist. Vastupidi, nad muutsid sisuliselt tehnilise kirjelduse punkti 4.3, millest huvitatud ettevõtjad on õiguspäraselt lähtunud otsustades, kas valmistuda pakkumuse esitamiseks või vastupidi, loobuda hankemenetluses osalemisest. Sel põhjusel ei nõustu ma Meresadama väitega, mille kohaselt võisid piisavalt informeeritud pakkujad kõnealuseid muudatusi ette näha.

76. Lisaks sellele ei ole Meresadam esitanud ühtegi objektiivset õigustust, et selgitada, miks ta muutis pärast riigihanke esialgset väljakuulutamist kahel korral sisuliselt tehnilise kirjelduse punkti 4.3. Seega, kuigi seda peab lõpuks hindama eelotsusetaotluse esitanud kohus kui ainus faktide üle otsustaja, ei viita miski Euroopa Kohtule kättesaadavatest materjalidest sellele, et need muutused osutusid vajalikuks seetõttu, et pärast riigihanke väljakuulutamist oleks oluliselt muutunud asjaolud, millest lähtudes tuli sõlmida asjassepuutuv riigihankeleping.

77. On võimalik kujutada ette olukorda, milles leiab aset selline oluline muutus ja mille puhul seisab hankija silmitsi valikuga alustada hankemenetlust uuesti ab initio või muuta tehnilist kirjeldust. Mõlema valikuga kaasneksid negatiivsed asjaolud seoses esialgsesse menetlusse kaasatud isikute asjatute kuludega; samuti tekiksid ilmsed probleemid eelkõige seoses kuritarvituste või manipulatsioonide ohuga, vajadusega läbipaistvuse ja (potentsiaalsete) pakkujate võrdse kohtlemise järele ning (osa) asjatute kulude (võimaliku) hüvitamisega. Õnneks ei pea Euroopa Kohus ühtki neist ebamugavast küsimusest praegu lahendama ja ma ei arva, et neid peaks täiendavalt analüüsima.

78. Käesoleva asja asjaolude puhul teen seetõttu järelduse, et ELTL artiklitest 49 ja 56 tuleneva kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse tagamise kohustusega on vastuolus sellised tehnilise kirjelduse muudatused nagu põhikohtuasjas, millega nähakse ette sellised piirangud seoses kutsealase pädevuse tõendamisega ühistegevuse partnerite puhul, mida hankedokumentide esialgses versioonis lihtsalt ei olnud.

56 — Kohtuotsus, 10.5.2012, *komisjon* vs. *Madalmaad*, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 55.

57 — Kohtuotsus, 16.4.2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228.

58 — Kohtuotsus, 16.4.2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 29.

59 — Vt muu hulgas kohtuotsus, 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, punktid 31 ja 32.

79. Seda järeldust ei sea kahtluse alla ei asjaolu, et muudatused toimusid enne, kui tehti mõni pakkumus, ega ka asjaolu, et Meresadam avaldas muudatused *Euroopa Liidu Teatajas* ning pikendas pakkumuste esitamise tähtaega. Nagu ma olen juba selgitanud, muutis Meresadam tehnilise kirjelduse punkti 4.3 järjestikuste muudatustega sisuliselt tingimusi, mille alusel said ühistegevuse partnerid esitada pakkumuse, milleks ei olnud objektiivset õigustust.[60]

80. Viimaks rõhutaksin seda, et siin välja toodud analüüs põhineb põhikohtuasja konkreetsel olukorral. Seega ei mõjuta see mingil viisil ELTL-st tuleneva võrdse kohtlemise põhimõtte ja diskrimineerimise keelu ega läbipaistvuse tagamise kohustuse kohaldamist teistsuguste asjaolude puhul.

## Ettepanek

81. Eelnevast tulenevalt teen ettepaneku, et Euroopa Kohus vastaks Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Leedu kõrgeim kohus) esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Sellise riigihankelepingu puhul, mis ei kuulu Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, ega Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta kohaldamisalasse, kuid millel on selge piiriülene huvi, tuleb ELTL artiklitest 49 ja 56 tulenevat kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeldu ja läbipaistvuse tagamise kohustust tõlgendada nii, et sellega on vastuolus selline liikmesriigi õigusnorm nagu Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymase (riigihangete seadus) artikli 24 lõige 5, mille kohaselt peab hankija määratletud „põhitööd“ tegema tarnija, ilma et tal oleks võimalik lepingu selles osas kasutada alltöövõttu.

2. Samas kontekstis on ELTL artiklitest 49 ja 56 tuleneva kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse tagamise kohustusega vastuolus selline tehniline kirjeldus nagu kõnealuse tehnilise kirjelduse punkt 4.3, mille kohaselt juhul, kui partnerid teevad ühist pakkumust esitades ettepaneku oma kutsealase pädevuse liitmiseks, peab iga ühistegevuse partneri täidetav lepinguosa olema aritmeetilises vastavuses tema panusega kutsealase kogemuse tingimuste täitmises.

3. ELTL artiklitest 49 ja 56 tuleneva kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse tagamise kohustusega on vastuolus sellised tehnilise kirjelduse muudatused nagu põhikohtuasjas, millega nähakse ilma objektiivse põhjenduseta ette sellised piirangud seoses kutsealase pädevuse tõendamisega ühistegevuse partnerite puhul, mida hankedokumentide esialgses versioonis lihtsalt ei olnud.

60 — Vt käesoleva ettepaneku punktid 75 ja 76.