Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 26. septembril 2024[1]

Kohtuasi C-578/23

Česká republika – Generální finanční ředitelství
versus
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Nejvyšší správní soud (Tšehhi Vabariigi kõrgeim halduskohus))

Eelotsusemenetlus – Riigihanked – Direktiiv 2004/18/EÜ – Artikkel 31 – Väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus – Tingimused – Ainuõiguste kaitse – Avaliku sektori hankija põhjustatud ainuõiguse olukord – Liikmesriigi Euroopa Liiduga ühinemisele eelnev leping – Hetk, millal tuleb hinnata lepingu õiguslikke ja tegelikke asjaolusid

1. Tšehhi rahandusministeerium[2] sõlmis 1992. aastal hankemenetlust korraldamata ühe konkreetse äriühinguga riigihankelepingu,[3] et võtta kasutusele maksuhalduse infosüsteem ADIS. Programmi lähtekoodi autoriõigused kuulusid äriühingule IBM nii, et infosüsteemi kasutamine ja ajakohastamine sõltusid IBMi osalemisest.

2. 2016. aastal otsustas Tšehhi Vabariigi maksuhalduse eest vastutav ametiasutus sõlmida rakenduse ADIS garantiijärgse põhiteenuse lepingu, mis sõlmiti väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses samuti IBMiga.

3. Uue lepingu sõlmimine puudutas kahte Tšehhi Vabariigi ametiasutust: esiteks maksude eest vastutav ametiasutus ja teiseks ametiasutus, kelle pädevuses on riigihankelepingute õiguspärasuse kontrollimine. Viimane leiab, et riigihankelepingu sõlmimine pakkumismenetlust korraldamata on ebaseaduslik.

4. Kohus, kes peab kohtuvaidluses viimase astme kohtuna lahendi tegema, kahtleb, kas uus leping jääb direktiivi 2004/18/EÜ[4] artikli 31 lõike 1 punkti b kohaldamisalasse, mille tõlgendamise kohta ta esitab küsimuse Euroopa Kohtule. Kohus soovib teada, kas mõnda väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kohaldamise tingimust hinnates tuleb hinnata algse lepingu (1992) või uue lepingu (2016) sõlmimise ajal esinenud faktilisi ja õiguslikke asjaolusid.

1 Algkeel: hispaania.

2 Tšehhi Vabariigiks ja Slovaki Vabariigiks jagunemine toimus 1. jaanuaril 1993.

3 IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. 1992. aastal oli nimetatud äriühing äriühingu IBM Česká republika, spol. s r. o. ainuosanik. Edaspidi kasutan nimetatud äriühingu kohta mõisteid „IBM“ ja „tarnija“ võrdväärsetena.

4 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 32).

5. Kohtuasja taustaks on infotehnoloogia kasutamisel ühest tarnijast sõltuvate ametiasutuste *seotuse* laiaulatuslik probleem. Komisjon avaldas 2013. aastal teatise,[5] milles tõi välja raskused, mis sellistel ametiasutustel tarnija vahetamisega seoses tekivad.

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus. Direktiiv 2004/18

6. Artikkel 28 („Avatud, piiratud ja läbirääkimistega menetluse ning konkurentidega peetavate dialoogide kasutamine“) sätestab:

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

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 sõnaselgselt nimetatud erijuhtudel ja eriolukordades võivad ostjad kasutada kas väljakuulutamisega või väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust.“

7. Vastavalt artiklile 31 („Juhud, mille puhul on õigustatud väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamine“):

„Ostjad võivad hankelepinguid sõlmida väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse alusel järgmistel juhtudel:

1) ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute puhul:

   […]

   b) kui tehnilistel või kunstilistel põhjustel või ainuõiguste kaitsega seotud põhjustel saab lepingu sõlmida ainult ühe konkreetse ettevõtjaga;

   c) äärmise vajaduse korral, kui ootamatute sündmuste tagajärjel tekkinud kiireloomulise olukorra tõttu, mida asjaomased ostjad ei saanud ette näha, ei ole võimalik artiklis 30 nimetatud avatud, piiratud või väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluse tähtajast kinni pidada. Kiireloomulise olukorra põhjendamiseks esitatavad asjaolud ei tohi mingil juhul johtuda ostjatest;

[…]“.

[5] Komisjoni 25. juuni 2013. aasta teatis „Klientide sidumise vähendamine: avatud IKT-süsteemide kujundamiseks tuleb avalike hangete raames paremini kasutada standarditel põhinevaid andmeid“ [COM(2013) 455 (final)] (edaspidi „2013. aasta teatis“).

B. Tšehhi õigus. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. § 21 lõike 2 kohaselt võib avaliku sektori hankija sõlmida riigihankelepingu kas avatud menetluses või teatud tingimuste täitmise korral piiratud menetluses, samuti väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses või väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluses.

9. § 23 lõike 4 punkti a kohaselt võib avaliku sektori hankija sõlmida riigihankelepingu väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluses ka juhul, kui tehnilistel või kunstilistel põhjustel, ainuõiguste kaitsega seotud põhjustel või erimäärustest tulenevalt saab lepingut täita ainult üks konkreetne ettevõtja.

II. Asjaolud, põhikohtuasi ja eelotsuse küsimus

10. Tšehhi rahandusministeerium sõlmis 29. juunil 1992 IBMiga lepingu maksuhalduse infosüsteemi ADIS integreerimiseks.

11. Alates 2013. aastast võttis maksuhalduse küsimustes rahandusministeeriumi ülesanded üle Česká republika – Generální finanční ředitelství (Tšehhi Vabariigi rahanduse peadirektoraat; edaspidi „peadirektoraat“), kes allub rahandusministeeriumile.

12. Peadirektoraat algatas 1. märtsil 2016 väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse, et sõlmida uus riigihankeleping „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“ (rakenduse ADIS garantiijärgne põhiteenus 2016. aastal), mille ese oli rakendusele ADIS garantiijärgse põhiteenuse pakkumine. [7]

13. Peadirektoraat viitas sellise lepinguvormi kasutamisel tehnilistele põhjustele ja ADISi lähtekoodi tarnija intellektuaalomandi õiguste kaitsele. [8]

14. Peadirektoraat sõlmis 20. mail 2016 IBMiga uue riigihankelepingu.

15. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Tšehhi Vabariigi konkurentsiamet; edaspidi „konkurentsiamet“) otsustas 9. oktoobril 2017, et peadirektoraat rikkus väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust kasutades riigihangete seaduse § 23 lõike 4 punkti a.

16. Konkurentsiamet leiab, et peadirektoraat ei olnud tõendanud, et tehnilistel põhjustel sai hankelepingut täita ainult IBM. Lisaks oli ainuõiguse kaitsmise vajadus tingitud rahandusministeeriumi varasemast tegevusest.

17. Peadirektoraat esitas 9. oktoobri 2017. aasta otsuse peale vaidlustuse konkurentsiameti juhatajale, kes jättis selle rahuldamata. [9]

6 Seadus riigihangete kohta nr 137/2006 (edaspidi „riigihangete seadus“) asjaolude asetleidmise ajal kohaldatavas redaktsioonis.

7 Kuigi eelotsusetaotluse esitanud kohus peab seda kontrollima, tundub, et uus leping hõlmas ADISe hooldamist ja vajaduse korral ka parandamist. Lepingu hind oli 33 294 389 Tšehhi krooni (CZK) ilma käibemaksuta.

8 Eelotsusetaotluses (punkt 2) toodud peadirektoraadi seisukoha kohaselt ei ole moodulitel ilma tuumiku ja teiste moodulitega ühendamiseta võimalik iseseisvalt toimida, neid ei ole võimalik hallata ega arendada; mooduleid ei saa eraldada; hankelepingu ese mõjutab olemasolevate moodulite tööd. Kuna sooritus oli ADISe põhiteenus, mille töötas välja ja mida arendab tarnija, kes on litsentsiõiguste omanik, on tehnilise järjepidevuse tõttu vaja, et selle hooldamise ja arendamisega tegeleks tarnija.

9 Vaidlustust ei rahuldatud, sest ainuõiguse olukorra (mis on määratletud kui vajadus, et hankelepingut saab täita ainult tarnija) eest vastutab peadirektoraadi õiguseellane rahandusministeerium, kuna lubas tarnijal säilitada autoriõiguse.

18. Peadirektoraat esitas konkurentsiameti juhataja otsuse peale kaebuse Krajský soud v Brněle (maakonnakohus Brnos, Tšehhi Vabariik; edaspidi „maakonnakohus“), kes jättis kaebuse rahuldamata, kuna leidis, et riigihangete seaduse § 23 lõike 4 punkti a tingimused ei olnud täidetud, sest

– algse lepingu sõlmimise kuupäeval oli võimalik ette näha, et ADIS on pidevas muutumises valdkonna (maksustamine) jaoks loodud pika elueaga süsteem, mida on vaja pidevalt hooldada;

– tähtsust ei oma asjaolu, et algse lepingu allkirjastamise ajal ei olnud ühtegi õigusnormi, milles oleks sätestatud kohustus valida tarnija hankemenetluses ega seda, mil määral tuleb ADISe autoriõigusi reguleerida. Hilisema lepingu sõlmimise tingimuste hindamisel tuleb lähtuda selle sõlmimise ajal kehtinud õigusaktidest;

– algne avaliku sektori hankija ei pea olema tegutsenud kavatsusega minna hiljem riigihangete seaduse sätetest mööda;

– isegi kui peadirektoraadil õnnestuks tõendada, et ükski teenusepakkuja peale IBMi ei suuda hankelepingut täita, ei muudaks see asjaolu, et ainuõiguse olukord tuleneb rahandusministeeriumi tegevusest. Seetõttu ei ole formaalse eelduse (ehk tehnilised põhjused ja tarnija õiguste kaitsega seotud põhjused) täitmise tõendamisel mõtet, kui täidetud ei ole materiaalne eeldus (ainuõiguse olukorda ei tekita avaliku sektori hankija ise).

19. Peadirektoraat esitas esimese astme kohtuotsuse peale Nejvyšší správní soudile (Tšehhi Vabariigi kõrgeim halduskohus) kassatsioonkaebuse, milles väitis sisuliselt järgmist:

– algse lepingu sõlmimise kuupäeval oli tarnija ainus, kes oli võimeline tagama nõutava soorituse (tarnima oma operatsioonisüsteemiga serverid ning tagama hoolduse ja kaugjärelevalve). Tehnilistel põhjustel ei olnud võimalik teist tarnijat leida;

– rahandusministeeriumil ei olnud võimalik mõistlikult ette näha, et tulevikus tekib ADISe toimivuse jätkuvaks tagamiseks vajadus lisatoiminguteks;

– algses lepingus määrati autoriõigused kindlaks nõuetekohaselt. Toona ei olnud võimalik saavutada nimetatud õiguste täielikku üleandmist, sest tarnija ja tema partnerid kasutasid selle teatavaid komponente ärieesmärgil üle kogu maailma. Seega järgiti sel ajal kehtinud õigusnorme. Kui rahandusministeeriumil ei olnud võimalik teada, milliseid tulevasi õigusnorme tema tegevus rikub, ei tohi õiguskindluse põhimõttest tulenevalt asuda seisukohale, et on toime pandud rikkumine, mille võib üle kanda peadirektoraadile;

– rahandusministeeriumil ei olnud algse lepingu sõlmimise ajal samuti võimalik teada, kuidas maksusüsteem areneb. Seega ei teadnud ta, kas ADISit tuleb muuta ja kas ta jätkab selle kasutamist. Tal ei olnud mingit põhjust reguleerida autoriõigusi, et olla tarnijast täiesti sõltumatu;

– kui peadirektoraat korraldataks nüüd uue riigihankemenetluse uue infosüsteemi hankimiseks, läheksid peadirektoraadil ADISesse investeeritud vahendid raisku ning tegemist oleks ebaökonoomse ja ebaratsionaalse haldamisega;

– peadirektoraat püüdis 2015. aastal saada tarnijast ADISi autoriõiguste omandamise teel sõltumatuks. Tarnija keeldus sel ajal ja järgneval kolmel aastal nende üleandmisest, mistõttu ei

olnud peadirektoraadil muud võimalust, kui kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust. Vastupidisel juhul oleks ADIS muutunud kasutuskõlbmatuks ja maksuhalduril ei oleks olnud võimalik oma ülesandeid täita;

– kokkuvõttes oli peadirektoraat enne uue hankelepingu menetluse algatamist võtnud kõik vajalikud meetmed, et järgida nõuetekohaselt riigihangete seaduse § 23 lõike 4 punkti a, mida kinnitab mitu eksperdi-, tehnilist ja õiguslikku arvamust.

20. Konkurentsiamet märkis vastuses kassatsioonkaebusele, et

– peadirektoraat oli arendanud 1992. aastal sõlmitud algse lepingu eksklusiivsusele tuginedes ADISe välja ainult väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluste raames vähemalt kuni 2019. aasta lõpuni;

– hindaja ekspertiis ei tõenda, et valitud käitaja on tehnilistel põhjustel ainus võimalik tarnija. Autoriõiguste kaitsega põhjendatava ainuõiguse olukorra esinemine ei ole tõendatud;

– soorituse ese oli maksuhaldussüsteemi juurutamine kolmes etapis, millest algne leping käsitles ainult esimest. Peadirektoraat teadis, et algsele lepingule järgneb veel lepinguid;

– ADISe kirjeldus ja eesmärk näitavad, et tegemist on töökindla süsteemiga, mis peab toimima pikka aega. Seega oli ilmne, et vaja on vähemalt tehnilist tuge;

– ei rahandusministeerium ega hiljem peadirektoraat ei reageerinud õigusnormide arengule, vaid tõlgendasid lepingut ja riigihangete seadust viisil, mis lubas säilitada süsteemi hanke väljakuulutamiseta.

21. Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb, kas on täidetud üks *materiaalsetest* eeldustest (nimelt see, et ainuõiguse olukorda ei ole tekitanud avaliku sektori hankija), mis lubab kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust. Kohus soovib teada, kas sel eesmärgil tuleb hinnata algse lepingu sõlmimise ajal esinenud faktilisi ja õiguslikke asjaolusid.

22. Selles kontekstis esitab Nejvyšší správní soud (kõrgeim halduskohus) Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas hinnates väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kohaldamise materiaalse eelduse täidetust ehk seda, kas avaliku sektori hankija on oma süülise käitumisega põhjustanud ainuõiguse olukorra [direktiivi 2004/18] artikli 31 lõike 1 punkti b tähenduses, tuleb võtta arvesse, millistel õiguslikel ja faktilistel asjaoludel sõlmiti algse soorituse leping, mille tagajärjeks on järgmised riigihanked?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

23. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtus 19. septembril 2023.

24. Kirjalikud seisukohad esitasid Tšehhi ja Slovakkia valitsus ning Euroopa Komisjon.

25. Euroopa Kohus ei pidanud kohtuistungi pidamist tingimata vajalikuks.

IV. Õiguslik hinnang

26. Vaidluse, mille eelotsusetaotluse esitanud kohus lahendama peab, aluseks on IT-teenuste osutamise leping, mis sõlmiti pakkumismenetluseta 1992. aastal enne seda, kui Tšehhi Vabariik ühines Euroopa Liiduga, ajal, mil selline teguviis oli riigisisese õiguse kohaselt õiguspärane.

27. Nimetatud algses lepingus anti tarnijale õigused, mis pani tarnija juurutatava infosüsteemi arendamisel ja selle hooldamisel ainuõiguse olukorda.

28. Peadirektoraat leiab, et pärast seda, kui Tšehhi Vabariik ühines Euroopa Liiduga, õigustasid tarnija ainuautoriõigused seda, et 2016. aastal kasutati garantiijärgse põhiteenuse uue lepingu [10] sõlmimiseks väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust, mis on ette nähtud direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punktis b.

A. Kohaldatav direktiiv

29. Asja arutav kohus palub tõlgendada direktiivi 2004/18, mitte direktiivi 2014/24/EL, [11] millega see kehtetuks tunnistatakse.

30. Põhimõtteliselt on asjakohane kohaldada direktiivi, mis kehtib kuupäeval, mil avaliku sektori hankija valib kohaldatava menetluse. [12]

31. Eelotsusetaotluses märgitakse, et peadirektoraat algatas uue lepingu sõlmimise menetluse 1. märtsil 2016. See kuupäev eelneb direktiivi 2014/24 ülevõtmise tähtpäevale, milleks oli direktiivi artikli 90 lõike 1 kohaselt 18. aprill 2016.

32. Seega tuleb *ratione temporis* kohaldada direktiivi 2004/18. See asjaolu ei takista aga võtmast arvesse direktiivis 2014/24 kehtestatud korda, et kasutada seda direktiivi 2004/18 reeglite tõlgendamisel vastanduva või kinnitava elemendina.

B. Direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punkt b ja avaliku sektori hankija põhjustatud ainuõiguse olukord

33. Direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punkti b kohaselt peab pakkumismenetlust korraldamata lepingu sõlmimiseks olema täidetud kaks kumulatiivset tingimust: a) tehnilised või kunstilised põhjused või mis tahes muud ainuõiguste kaitsega seotud põhjused ja b) nimetatud põhjustel on tingimata vajalik sõlmida leping ühe konkreetse äriühinguga.

[10] Tegemist ei olnud pelgalt algse lepingu pikendamise ega muutmisega.

[11] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65).

[12] 14. jaanuari 2021. aasta kohtuotsus RTS infra ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punkt 23).

34. Sellele artiklile sarnast sõnastust kasutati juba varem teistes riigihankeid käsitlevates direktiivides, mis eelnesid direktiivile 2004/18.[13] Euroopa Kohus oli neid tõlgendanud liikmesriigi kohustuste rikkumise hagide lahendamisel, mille komisjon oli esitanud liikmesriikide üksikute õigusaktide peale seoses direktiivi 71/305[14] või direktiivi 93/37[15] kohaldamisalasse jäävate lepingutega, mis sõlmiti väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses.

35. Kahe nimetatud direktiivi ja hilisemate direktiivide tõlgendamisel sõnastatud kohtupraktikas on korduvalt toonitatud, et väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlustega seotud sätteid tuleb tõlgendada kitsalt ning erandit õigustavate erakorraliste asjaolude tõendamise kohustus lasub avaliku sektori hankijal.[16]

36. Eelotsusetaotluse esitanud kohus eristab „formaalseid eeldusi“ ja „materiaalseid eeldusi“, mida nõutakse väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamiseks. Tema hinnangul:

– peab formaalsete eelduste kohaselt esinema ainuõiguste kaitsega seotud põhjus ja sel põhjusel on võimalik leping sõlmida ainult ühe konkreetse ettevõtjaga;

– nõutakse materiaalsete eelduste puhul, et avaliku sektori hankijal ei olnud võimalik formaalseid eeldusi ette näha ja need ei ole temast tingitud.

37. Tegelikult langevad eeldused, mille eelotsusetaotluse esitanud kohus liigitab *formaalseteks eeldusteks*, kokku direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punkti b sõnastusega. Eeldused, mille eelotsusetaotluse esitanud kohus liigitab *materiaalseteks eeldusteks*, on laiemad, sest viitavad tingimustele, mida selles sättes sõnaselgelt ei käsitleta.

38. Arutelu on keskendunud *materiaalsele eeldusele*, et ainuõiguse olukorda ei ole põhjustanud avaliku sektori hankija. Eelotsusemenetluses osalenute seisukohad lähevad lahku:

– Tšehhi valitsus leiab, et direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punktiga b lubatud erand on kohaldatav ainult juhul, kui on täidetud tema nimetatud objektiivsed tingimused;[17]

– komisjon ja Slovakkia valitsus leiavad, et erandi tegemiseks on lisaks nõutud, et ainuõiguse olukorda ei ole põhjustanud avaliku sektori hankija.

[13] Nõukogu 26. juuli 1971. aasta direktiiv 71/305/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1971, L 185, lk 5), ja nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1993, L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163).

[14] 18. mai 1995. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia (C-57/94, EU:C:1995:150), punkt 23.

[15] 14. septembri 2004. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia (C-385/02, EU:C:2004:522), punktid 19 ja 20.

[16] Vt kõigi kohta 14. septembri 2004. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia (C-385/02, EU:C:2004:522), punkt 19: „Direktiivi [93/37] artikli 7 lõiget 3, mis võimaldab kõrvale kalduda reeglitest, mille eesmärk on tagada EÜ asutamislepingus ettenähtud õiguste tõhusus riiklike ehitustöölepingutega seotud valdkonnas, tuleb tõlgendada kitsalt ning isikul, kes soovib nendele sätetele tugineda, lasub tõendamiskoormus, et erandit õigustavad erakorralised asjaolud ka tegelikult esinevad.“ Samasuguse tõlgenduse näidetena viidatakse 18. mai 1995. aasta kohtuotsusele komisjon *vs*. Itaalia (C-57/94, EU:C:1995:150), punkt 23, ja 28. märtsi 1996. aasta kohtuotsusele komisjon *vs*. Saksamaa (C-318/94, EU:C:1996:149), punkt 13.

[17] Valitsus märgib seda esimeses kuuest argumentide rühmast, mille ta on Euroopa Kohtule esitatud kirjalikes seisukohtades välja toonud.

39. Kui vaidluse lahendamisel tuleks lähtuda direktiivis 2014/24 sätestatud korrast, oleks kahtlemata ülimuslik komisjoni ja Slovakkia valitsuse seisukoht. Nii nimetatud direktiivi põhjenduses 50 kui ka selle artikli 32 lõike 2 punktis b on ette nähtud, et eksklusiivsust ei ole tekitanud avaliku sektori hankija ise:

– direktiivi 2014/24 põhjenduses 50 on sedastatud: „[…] üksnes olukorras, kus ainuõiguse kasutamine on objektiivselt põhjendatud, saab õigustada väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamist, kui eksklusiivsust ei ole tekitanud tulevast hankemenetlust silmas pidades avaliku sektori hankija ise. […]“;[18]

– direktiivi 2014/24 artikli 32 lõike 2 punkti b alapunktis iii on sätestatud, et väljakuulutamata läbirääkimistega hankemenetlust võib kasutada, kui ehitusöid, asju või teenuseid saab pakkuda ainult teatav ettevõtja, kuna vajalik on „ainuõiguste, sealhulgas intellektuaalomandi õiguste kaitsmine“. Seda erandit saab aga kohaldada ainult „juhul, kui puudub mõistlik alternatiiv ning konkurentsi puudumine ei tulene hankekriteeriumide kunstlikust kitsendamisest“.

40. Direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punktis b ei viidatud aga sõnaselgelt mõjule, mida võib avaldada eksklusiivsuse johtumine avaliku sektori hankijast.[19] Ent vaikimine ei tähenda, et avaliku sektori hankijal oleks vaba voli luua ise ainuõiguse olukord.

41. Nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus õigustatult rõhutab, on direktiivis 2014/24 lihtsalt sedastatud sõnaselgelt reegel, mis oli selle valdkonna varasemates direktiivides juba kaudselt olemas.[20] Seega nõutakse tema hinnangul: „[…] liidu õiguses […], et põhjus, miks on vajalik hankelepingu sõlmimine just konkreetse äriühinguga direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punkti b tähenduses, *ei tuleneks avaliku sektori hankija süülisest tegevusest*. […]“.[21]

42. Võtan lähtekohaks sama eelduse, millest lähtub eelotsusetaotluse esitanud kohus avaliku sektori hankija poolt ainuõiguse olukorda määravatesse asjaoludesse sekkumise puhul. Seda seisukohta toetavad minu meelest mitmed põhjused.

43. Esiteks, selgitamaks tausta, on liidu riigihankealaste õigusnormide üldine eesmärk „tagada teenuste vaba liikumine ning avatus moonutusteta konkurentsile kõikides liikmesriikides“.[22] Väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamine on just selline avaliku sektori hankija teguviis, mis rikub riigihangete konkurentsile avamist kõige tõsisemalt.

44. Teiseks on selle eesmärgiga vastuolus see, kui avaliku sektori hankijad tingivad ise asjaolud, mis esitatakse, et kasutada lepingupartnerite valimise menetlusi, milles ei lubata konkurentidel osaleda.

[18] Sellele sedastusele eelnevad järgmised põhjendused: „Et vältida kahjuliku mõju avaldumist konkurentsile, tuleks väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust kasutada ainult väga erandlikes olukordades. Sellise erandi kohaldamine peaks piirduma ainult juhtudega, kus väljakuulutamine ei ole võimalik äärmiselt kiireloomulise olukorra tõttu, mis on põhjustatud avaliku sektori hankijale ettenägematutest ja temast sõltumatutest asjaoludest, või kui algusest peale on selge, et väljakuulutamine ei aitaks konkurentsi suurendada või saavutada paremat hanketulemust, eelkõige seetõttu, et objektiivsetel asjaoludel leidub ainult üks ettevõtja, kes suudab lepingut täita. […] Eksklusiivsus saab tekkida ka muudel põhjustel […]“.

[19] Väljajätt vastandub direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punktis c sätestatule: väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus on lubatud kiireloomulise olukorra tõttu tingimusel, et selle põhjendamiseks esitatavad asjaolud ei tohi mingil juhul *johtuda ostjatest*.

[20] Eelotsusetaotluse punkt 22.

[21] Eelotsusetaotluse punkt 23 (kohjuristi kursiiv). Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et „liidu õiguse tõlgendamine selles kontekstis on *acte clair*'i iseloomuga“, mis on minu meelest liialdav väide.

[22] 7. detsembri 2023. aasta kohtuotsus Obshtina Razgrad (C-441/22 ja C-443/22, EU:C:2023:970), punkt 61.

45. Kolmandaks, nagu juba märkisin, tuleb väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusi lubavaid erakorralisi asjaolusid tõlgendada kitsalt, tuginedes piiravatele kriteeriumidele. [23]

46. Neljandaks läheks selle tunnistamine, et avaliku sektori hankija võib tugineda enda loodud ainuõiguse olukorrale, vastuollu direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punkti b loogikaga. Selle loogika kohaselt ei olene asjaolud, mis põhjendavad, miks ei saa (väljakuulutamisega) tavamenetlust kasutada, avaliku sektori hankijast ega ole temast tingitud.

47. Lõpetuseks keelab põhimõte *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* võimaluse, et üks pool saab oma õigusvastasest käitumisest majanduslikku kasu. [24]

C. Eksklusiivsuse hindamine seoses kohtuvaidlusega

1. Algne leping (1992)

48. Eelotsusetaotluses esitatud peadirektoraadi väite kohaselt ei reguleeritud algse lepingu sõlmimise ajal (1992) autoriõigusi ega riigihankeid ühegi õigusnormiga. Seetõttu ei olnud võimalik ette näha, millist õiguskorda selles valdkonnas tulevikus kohaldatakse ning kuidas liikmesriigi kohtupraktika areneb. Samuti polnud võimalik ette näha, „et ADISele lubade andmise tingimuste kindlaksmääramine toob hiljem kaasa küsitava olukorra […]“. [25]

49. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on sisuliselt samal seisukohal, välja arvatud mõned nüansid. Kohus nõustub, et 1992. aastal ei olnud riigihangete valdkonnas ühtegi riigisisest õigusnormi [26] ja see võimaldas rahandusministeeriumil sõlmida ADISe lepingu tol ajal kokku lepitud tingimustel. Kohus lisab, et avaliku sektori hankija isegi „võis põhimõtteliselt eeldada, et algsele lepingule järgnevad lepingud võidakse sõlmida sama tarnijaga ilma vajaduseta pakkuda teistele võimalust esitada vajaliku teenuse osutamiseks hankepakkumus.“ [27]

50. Mul ei ole omalt poolt öelda midagi vastukaaluks nimetatud väidetele, mis käsitlevad ajahetke, kui liidu, mille liige Tšehhi Vabariik veel ei olnud, õigus lihtsalt ei olnud asjakohane. Selle, millistel asjaoludel ja millises õiguslikus raamistikus algne leping sõlmiti, peab määrama kindlaks eelotsusetaotluse esitanud kohus.

51. Neil asjaoludel pole oluline, kas eksklusiivsus, mille põhjal sõlmiti 1992. aastal algne leping, on avaliku sektori hankijast tingitud või mitte.

[23] 11. septembri 2014. aasta kohtuotsus Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), punkt 49: „[…] läbirääkimistega menetlust võib kasutada üksnes juhtudel, mis on ammendavalt loetletud direktiivi 2004/18 artiklites 30 ja 31, ning […] see menetlus on avatud ja piiratud menetlustega võrreldes erandliku iseloomuga“.

[24] Euroopa Kohus peab oluliseks rikkumisele endale ebasoodsate tagajärgede omistamist. Vt 15. juuni 2023. aasta kohtuotsus Bank M. (lepingu tühistamise tagajärjed) (C-520/21, EU:C:2023:478), punkt 81.

[25] Eelotsusetaotluse punkt 17.

[26] Eelotsusetaotluse esitanud kohus kirjeldab riigisisese õiguskorra arengut, mis väljendub autoriõiguse seaduse vastuvõtmises (arvutiprogrammidele kohaldatav seadus) 1965. aastal ja riigihangete seaduse vastuvõtmises 1994. aastal.

[27] Eelotsusetaotluse punkt 29.

2. Uus leping (2016)

52. Perspektiiv on teine, kui võtta arvesse, et Tšehhi maksuhalduri lepinguline suhe [28] tarnijaga kestis mitu aastat (meid huvitavas osas vahemikus 1992–2016).

53. Selles ajavahemikus muudeti õigusraamistikku, eelkõige alates sellest, kui Tšehhi Vabariik ühines 2004. aastal liiduga. Alates ühinemisest oli riigihankeid käsitlevate direktiivide järgimine kohustuslik „vastavalt liidu õiguse sätete uutes liikmesriikides viivitamatu ja tervikuna kohaldamise põhimõttele". [29]

54. Eelotsusetaotluse esitanud kohus rõhutab, kui oluline on uus raamistik ja avaliku sektori hankija kohustuste muutumine: ta toob välja, et kui peadirektoraat sõlmis 2016. aastal lepingu, kehtisid riigihangete seadus ja direktiiv 2004/18. Seetõttu oli peadirektoraadil kohustus oma tegevusega mitte luua ainuõiguse olukordasid, et väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamine oleks õiguspärane.

55. Asja lahendav kohus sedastab sellele tuginedes ja pärast kahe vastanduva seisukoha analüüsimist eelotsusetaotluse punktis 32 järgmist:

– „[…] Aastatel 1992–2016 võis [peadirektoraat] (või tema õiguseellane) kas koostada varalisi autoriõigusi puudutavaid uusi lepingutingimusi nii, et ta saaks sõlmida ADISt käsitleva riigihankelepingu mõnes avatumas riigihankemenetluses, või algatada uue infosüsteemi hankemenetluse isegi ajutiselt suurenenud kulutuste arvelt, mis pikemas perspektiivis võinuks tuua kokkuhoidu;

– seega ei saa viidata algse lepingu sõlmimise ajal kehtinud faktilisele olukorrale, kui ainuõiguse olukord kestis edasi ka pärast Tšehhi Vabariigis riigihangete alaste asjaomaste õigusnormide vastuvõtmist. Selleks, et otsustada, kas on võimalik kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust, tuleb võtta arvesse selle menetluse kohaselt lepingu sõlmimise otsuse tegemise hetke […]". [30]

56. Kohtuasja jaoks otsustavate faktide ja riigisisese õigusliku olukorra hindamise osas pole Euroopa Kohtul asja lahendava kohtu kaalutlustele ühtegi vastuväidet. Leian eelotsusetaotluse punkti 32 lõpus osutatud sedastuste osas, mida äsja osundasin, et neis tõlgendatakse direktiivi 2004/18 õigesti.

57. Eeltoodust tuleneb eelotsuse küsimusele vastus, et meid huvitavas osas ei ole oluline, et algne leping on sõlmitud enne seda, kui Tšehhi Vabariik liiduga ühines. Otsustav on hoopis avaliku sektori hankija tegevus vahemikus 2004–2016. Loogiliselt võttes on sellest tegevusest kõige olulisem uue lepingu sõlmimine 2016. aastal.

[28] Eeldan, et hankeüksuste õigusjärglus (1992. aastal rahandusministeerium ja 2016. aastal peadirektoraat) on pelgalt formaalne: mõlemad kuuluvad sama valitsusstruktuuri alla ja teine sõltub esimesest. Peadirektoraat astus lepingutes rahandusministeeriumi asemele.

[29] 6. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România (C-408/16, EU:C:2017:940), punkt 37.

[30] Eelotsusetaotluse esitanud kohus tsiteerib selle väite toetamiseks 5. oktoobri 2000. aasta kohtuotsust komisjon *vs*. Prantsusmaa (C-337/98, EU:C:2000:543), punkt 37.

58. Ent Tšehhi valitsus püüab välistada oma vastutust ainuõiguse olukorra loomisel, tuginedes asjaolule, et hindamisel tuleb võtta arvesse algse lepingu sõlmimise aega. Kui tema tegevusele ei olnud sel ajal õiguslikke vastuväiteid, ei saa avaliku sektori hankijale süüks panna tahtlikku tegutsemist.

59. Ma ei nõustu selle seisukohaga:

– nagu juba märkisin, tekib liikmesriigil kohustus viia oma tegevus liidu õigusega kooskõlla siis, kui ta liiduga ühineb. Sellest hetkest alates võttis avaliku sektori hankija kui riigiasutus endale kohustuse tagada riigihankeid käsitlevate liidu õigusnormide järgimine, sealhulgas direktiivi 2004/18 järgimine. Selles kontekstis ei ole oluline, kas liikmesriigi maksuhalduri rikkumine tuleneb tegevusest või tegevusetusest; [31]

– avaliku sektori hankija käitumise hindamiseks ei pea esinema *otsest kavatsust* luua ainuõiguse olukord. [32] Piisab sellest, et kuna avaliku sektori hankija eirab uue lepingu sõlmimise ajal kohustust kõrvaldada olemasolev eksklusiivsus (mille on tinginud tema ise või tema õiguseellane), takistab ta sellele juurdepääsu, samamoodi nagu algse lepingu puhul.

60. Teisest küljest tunnistab Tšehhi valitsus küll, et sellistes olukordades, nagu on kõne all käesolevas kohtuasjas, tuleb teha otsuseid, mis võimaldavad saada konkreetsest tarnijast sõltumatuks, aga soovitab samas nõustuda *mõistliku lahendusega*, mille all ta mõtleb kõige ökonoomsemat lahendust, mis tagab ametiasutuse kriitilise tähtsusega infosüsteemide stabiilse toimivuse. Tema hinnangul õigustaksid nimetatud tegurid käesolevas asjas väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamist. [33]

61. Ma ei ole ka selle argumendiga nõus, kuigi mõistan probleeme, mis avaliku sektori hankijal 2016. aastal *de facto* tekkisid. Nagu ka ülejäänud riigiasutused, ei saa maksuhaldurid tugineda direktiivis ette nähtud kohustuste täitmata jätmise õigustamiseks praktilistele, haldusalastele ega majanduslikele raskustele, [34] sest liikmesriikide ülesanne on raskused ületada, võttes selleks asjakohased meetmed. [35]

62. Teine Tšehhi valitsuse argument, mis toetab avaliku sektori hankija tegevust, on väide, et avaliku sektori hankija püüdis saada tarnijast sõltumatuks autoriõiguste omandamise abil, aga tal ei õnnestunud seda teha, kuna tarnija oli sellele vastu. [36]

[31] Tšehhi valitsus viitab oma kirjalikes seisukohtades korduvalt avaliku sektori hankija *positiivsetele meetmetele* (käitumine, tegevus, loodud olukord, põhjustatud eksklusiivsus, uue lepingu tingimuste määratlemine seoses algse lepinguga). Valitsus ei osuta aga hankija *tegevusetusele*, et sõlmida uusi lepinguid, mis on liidu õigusega kooskõlas.

[32] Tšehhi valitsus rõhutab korduvalt, et avaliku sektori hankija käitumine seoses ainuõiguse olukorraga peab olema *tahtlik* (tema kirjalike seisukohtade punktid 11, 12, 14, 15, 16, 17 ja 18).

[33] Tšehhi valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 30.

[34] Takistused, mille Tšehhi valitsus esile toob, on peamiselt majanduslikud (tema kirjalike seisukohtade punktid 26 ja 27). Eelotsusetaotluse esitanud kohus väidab aga, et kulude võimaliku vahetu suurenemise kompenseerib pikaajaline sääst, mis tuleneb pakkujate vahel konkurentsi tekitamisest. Komisjon viitab 2013. aasta teatises ebamugavustele, mis tulenevad sellest, kui infotehnoloogiliste lahenduste puhul sõltutakse ühest ainsast tarnijast. Komisjon toonitab, et lisaks muude probleemide (on olemas oht, et tarnija võib otsustada süsteemi või selle teatavate osade toetamise lõpetada) tekitamisele, võib eksklusiivsus mõjutada ka innovatsiooni ja põhjustada liiga kõrgeid hindu, mida ei mõjuta teiste sektoris tegutsevate käitajate konkurentsisurve.

[35] 18. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Ühendkuningriik (C-301/10, EU:C:2012:633), punkt 66.

[36] Tšehhi valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 31, milles viidatakse peadirektoraadi väidetele kassatsioonikohtus, mis on toodud eelotsusetaotluse punktis 10.

63. Selline väide ei saa olla asjakohane, kui võtta arvesse, et avaliku sektori hankijal oli alates 2004. aastast piisavalt aega (kuni 2016. aastani), et IBMi keeldumine ületada. Aastakümneid kulgenud ainuõiguse olukorras oleks ta pidanud võtma meetmed, mis aitavad tal saada tarnijast sõltumatuks, otsides selleks pakkumisi teistelt käitajatelt, mida tundub, et ta teinud ei ole. Nii kinnitab eelotsusetaotluse esitanud kohus,[37] kellega olen ka selles küsimuses samal seisukohal.

64. Lisaks ei selgu eelotsusetaotlusest, et avaliku sektori hankija oleks *tõsiselt* püüdnud leida uusi tarnijaid, kes võimaldaksid tal esinenud sõltuvussuhtest vabaneda. Euroopa Kohtu praktika kohaselt peab avaliku sektori hankija „tõsiselt uurima“, kas Euroopa tasandil on olemas ettevõtjaid, kes on võimelised teatavat arvutiprogrammi pakkuma (või vajaduse korral seda asendama).[38]

65. Komisjon soovitab avaliku sektori hankijatele infosüsteemide *seotuse* probleemi käsitledes teatavaid alternatiive,[39] et ületada konkurentsipiirangud sellistel riigihangetel, nagu käesolevas kohtuasjas analüüsitakse.

66. Kuigi Tšehhi ametivõimud kinnitavad[40], et kehtestasid 2013. aasta teatises osutatud seotuse probleemiga võitlemiseks eelkontrollimenetlused, kinnitas käesoleva eelotsusetaotluse esemeks olev leping varem esinenud ainuõiguse olukorra seda muutmata. Seega võib panna avaliku sektori hankijale tegevuse või tegevusetuse tõttu süüks, et ta lasi 2016. aastal jätkuda ainuõiguse olukorral, mille oli loonud tema õiguseellane, mis oleks pidanud takistama tal kasutamast väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetlust.

67. Lõpetuseks tuleb meenutada, et Euroopa Kohus on juba väljendanud oma seisukohta seoses sellega, et käesolevas asjas vaidlusalusele lepingule sarnased lepingud tuleb konkurentsile avada, eeldades, et neile kohaldatakse halduslepingute üldreegleid: „[…] kui avaliku sektori hankija kavatseb korraldada riigihankemenetluse, et tagada ettevõtjalt ostetud tarkvara hooldus, kohandamine või arendamine, peab ta tagama, et potentsiaalsetele taotlejatele ja pakkujatele edastataks piisavalt teavet, et võimaldada tõhusat konkurentsi nimetatud tarkvara hoolduse, kohandamise või arendamise järelturul“.[41]

V. Ettepanek

68. Eeltoodut arvestades teen ettepaneku vastata Nejvyšší správní soudile (Tšehhi Vabariigi kõrgeim halduskohus) järgmiselt:

„Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artikli 31 lõike 1 punkti b

[37] Eelotsusetaotluse punkt 32, mis on esitatud käesoleva kohtujuristi ettepaneku punktis 55.

[38] Vt 15. oktoobri 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa (C-275/08, EU:C:2009:632), punkt 63. Selles kohtuasjas käsitleti mootorsõidukite registreerimise tsentraliseeritud arvutiprogrammi.

[39] Komisjoni 2013. aasta teatise punktis 3 on kinnitatud, et „[s]tandarditel põhinevate IKT-süsteemide kasutamine omandusliku tehnoloogia asemel aitab hankemenetluse piirangud kaotada, sest standarditega tehakse oluline teave konkreetse süsteemi kohta kõigile kättesaadavaks ja võimaldatakse seega ka teistel potentsiaalsetel tarnijatel süsteemi hallata või edasi arendada, tagades neile paremad konkurentsitingimused.“

[40] Tšehhi valitsus väidab seda eelkõige oma kirjalike seisukohtades punktides 32–35, milles kinnitab, et lõi infoteenuste lepingute puhul sõltuvusega võitlemiseks eriasutuse ja töörühma. Ta lisab, et neid „süstemaatilisi meetmeid“ rakendati 2016. aasta lepingu sõlmimisel.

[41] 28. mai 2020. aasta kohtuotsus Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395), punkt 74.

tuleb tõlgendada nii, et

avaliku sektori hankija ei saa oma käitumisega tekitada ainuõiguse olukorda, millega ta püüab põhjendada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamist.

Kui avaliku sektori hankija sõlmib uue lepingu, millele kohaldatakse direktiivi 2004/18, ei ole asjakohane, et ainuõiguse olukord tuleneb algsest lepingust, mille liikmesriigi ametiasutused allkirjastasid enne seda, kui riik Euroopa Liiduga ühines. Selleks, et hinnata avaliku sektori hankija käitumist seoses uue lepinguga, tuleb arvesse võtta uue lepingu sõlmimise ajal esinenud faktilist ja õiguslikku konteksti.