KOHTUJURISTI ETTEPANEK
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
esitatud 27. novembril 2007 [1]

I. Sissejuhatus

1. Itaalia Vabariigi Consiglio di Stato (kõrgeim halduskohus) esitab Euroopa Kohtule EÜ artikli 234 alusel küsimuse, kas nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord [2], artikli 30 lõige 4 läheb direktiivist endast kaugemale ja reguleerib ka direktiivi kohaldamisalast välja jäävate hankelepingute sõlmimist.

2. Seda sätet tõlgendanud 27. novembri 2001. aasta kohtuotsuse Lombardini ja Mantovani [3] punktis 53 peab Euroopa Kohus „põhiliseks", et iga pakkuja, keda kahtlustatakse põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse esitamises, kaitseks oma seisukohta ning esitaks asjakohased tõendid.

3. Käesolevates eelotsusetaotlustes soovitakse teada, kas see positiivse õiguse säte sisaldab ühenduse õiguskorra üldpõhimõtet, mida kohaldatakse riigihangetele sõltumata sellest, kas need alluvad valdkondlikele direktiividele [4] või mitte.

4. Itaalia kõrge kohtu esitatud küsimuse taust on väga eriline: nimelt siseriiklik kord, mis kohustab direktiivis sätestatust madalama maksumusega riigihankelepingute menetlusest sellised pakkumused automaatselt välja jätma, millele lisandub veel tava, et niisugust tüüpi hankelepingute puhul mõjutavad teatavad pakkujad hankemenetluse

1 — Algkeel: hispaania.

2 — EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163.

3 — Liidetud kohtuasjad C-285/99 ja C-286/99, EKL 2001, lk I-9233.

4 — Lisaks direktiivile 93/37, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord, on ka nõukogu 21. detsembri 1976. aasta direktiiv 77/62/EMÜ (EÜT 1977, L 13, lk 1), mida on järgnevalt muudetud nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiviga 93/36/EMÜ (EÜT L 199, lk 1; ELT eriväljaanne 06/02, lk 110), millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord. Teenuste riigihankelepingud ja nende sõlmimise kord on reguleeritud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiviga 92/50/EMÜ (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322). Need eeskirjad (mida muudeti direktiiviga 97/52/EÜ (EÜT L 328, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 3)) kodifitseeriti ja nendest moodustus üks tekst: Euroopa parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132).

tulemusi kavalusega,[5] tehes sarnaste pakkumuste esitamiseks kokkuleppeid, et tingida teatava anomaalia piirmäära kehtestamine ning teised kandidaadid jääksid välja.

5. Eelotsusetaotlustel on seega oluline tähtsus, kuna need viitavad ühenduse õiguse üldpõhimõtetele, unustamata sealjuures seda, et lahendus võib tugineda üksnes Euroopa Liidu õiguskorrale. Itaalia kohtu küsimusele tarviliku vastuse andmiseks peab Euroopa Kohus liikuma mõlemal tasandil.

II. Õiguslik raamistik

A. *Ühenduse õigusnormid*

6. EÜ artiklid 43 ja 49 reguleerivad vastavalt asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust. Nõukogu 26. juuli 1971. aasta direktiivi 71/305/EMÜ[6], millega algatati liikmesriikide õigusaktide ühtlustamine riigihangete osas, põhiline eesmärk vastavalt selle põhjendusele 1 on nende kahe vabaduse üheaegne saavutamine. See direktiiv, mis reguleerib üksnes hankeid maksumusega üks miljon arvestusühikut või rohkem (põhjendus 8), sätestas, et lepingu sõlmimise kriteeriumiks on madalaim hind või majanduslikult soodsaim pakkumine (artikli 29 lõige 1) ning nähes ette, et võib esineda põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi, sätestas võimaluse need pärast pahatahtliku pakkuja ärakuulamist tagasi lükata (artikli 29 lõige 5).

7. Viimast sätet tõlgendades sedastas Euroopa Kohus, et tagasilükkava otsuse saab teha üksnes päras seda, kui ettevõtjale on antud võimalus oma pakkumust selgitada, teiste sõnadega pärast seda, kui on läbi viidud osalejate ärakuulamisega kontrollimenetlus, mis järelikult välistab automaatse väljajätmise.[7]

5 — Sellist laadi kavalust on alati esinenud ja Homerose „Odüsseias" (kreeka keelest tõlkinud August Annist, Tallinn, Varrak, 2006) tuuakse mitmeid näiteid Odüsseuse legendaarsest nutikusest, nagu 9. laulu seikluses, kus kangelane joodab teda vangis hoidva Polyphemose purju ning tutvustab ennast talle nimega Eikeegi; veiniuima ära kasutades torkab Odüsseus kuuma oliivipuust ora Polyphemose ainsasse silma. Kükloobi appikarjeid kuuldes küsivad teised kükloobid, et mis temaga lahti on, kes teda ründab, mille peale Polyphemos vastab: „[…] Eikeegi siin mind täna surmamas nõuga, ei jõuga!", nii et keegi talle appi ei tule (408. värss).

6 — Direktiiv, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 185, lk 5).

7 — Nii sedastas Euroopa Kohus oma 22. juuni 1989. aasta otsuses kohtuasjas 103/88: Fratelli Costanzo (EKL 1989, lk 1839, punktid 16, 18 ja 19), kus ta keelas pakkumuste automaatse mehaanilistel alustel tagasilükkamise (resolutiivosa punkt 1); seda lähenemisviisi korrati 18. juuni 1991. aasta otsuses kohtuasjas C-295/89: Donà Alfonso (EKL 1991, lk I-2967). Sellele eelnes varasem 10. veebruari 1982. aasta otsus kohtuasjas 76/81: Transporoute (EKL 1982, lk 417, punkt 18).

8. Direktiivi 71/305 on mitmel korral oluliselt muudetud [8] ning selle konsolideerimine direktiivis 93/37 oli asjakohane ka asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse kaitsmiseks (põhjendus 2). Direktiivi 93/37, mida eespool nimetatud lepingute sõlmimise kriteeriumidele kindlaks jäädes (artikli 30 lõige 1) kohaldatakse hankelepingutele, mille maksumus on vähemalt 5 000 000 eküüd (artikli 6 lõige 1), artikli 30 lõige 4 kordab väikeste muudatustega varasema artikli 29 lõike 5 sõnastust:

„Kui teatava lepingu puhul tunduvad pakkumiste hinnad teostatavate töödega võrreldes ebaharilikult madalad, nõuab tellija enne, kui võib sellised pakkumised tagasi lükata, kirjalikke täpsustusi pakkumise koostisosade kohta, mida ta asjakohaseks peab, ning kontrollib neid, esitatud selgitusi arvesse võttes.

Tellija võib arvesse võtta objektiivselt põhjendatud selgitusi seoses ehitusviisi säästlikkusega, valitud tehniliste lahendustega või erandlikult soodsate tingimustega, mis pakkujal töö teostamiseks on, või pakutava töö originaalsusega.

Kui lepinguga seotud dokumentides nähakse ette lepingu sõlmimine madalaima hinna pakkujaga, peab tellija komisjonile edastama tema arvates liiga madala hinnaga pakkumiste tagasilükkamise otsuse.

[…]”.

9. Direktiiv 2004/18, mille liikmesriigid pidid üle võtma hiljemalt 31. jaanuariks 2006 (artikli 80 lõige 1), tunnistas alates 31. märtsist 2004 kehtetuks direktiivi 97/37 (artiklid 82 ja 83). Sõlmides ehitustööde hankelepinguid, mille maksumus on vähemalt 5 278 000 eurot (artikli 7 punkt c) [9], võib ostja põhjendamatult madala maksumusega pakkumused pärast osalejate ärakuulamisega kontrollimenetlust tagasi lükata (artikli 55 lõiked 1 ja 2).

B. *Itaalia õigusnormid*

10. Direktiivi 93/37 artikli 30 lõige 4 võeti Itaalia õigusesse üle riiklike ehitustööde

8 — Üks nendest muudatustest puudutas artikli 29 lõiget 5, mille sõnastust uuendati 18. juuli 1989. aasta direktiiviga 89/440/EMÜ (EÜT L 210, lk 1).

9 — Vastavalt komisjoni 19. detsembri 2005. aasta määruse (EÜ) nr 2083/2005 (ELT L 333, lk 28) sõnastusele.

11. veebruari 1994. aasta raamseaduse nr 109/1994 [10] artikli 21 lõikega 1a, mis lisati seaduse algsesse versiooni 2. juuni 1995. aasta seaduse nr 216/1995 [11] artikliga 7. See säte on sõnastatud järgmiselt:

„Juhul kui ehitustööde hankelepingud, mille maksumus on vähemalt 5 000 000 eküüd, sõlmitakse lõikes 1 mainitud madalaima hinna kriteeriumist lähtuvalt, peab hankija kontrollima seda, kas pakkumus on ebaharilik nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ artikli 30 tähenduses, kõikide pakkumuste puhul, mis on esialgsest hinnast madalamad summa võrra, mis on võrdne või suurem kõigi vastavaks tunnistatud pakkumuste — välja arvatud suurema täisarvuni ümardatud 10% vastavalt kõige kõrgemate ja kõige madalamate allahindlusega pakkumustest — allahindlusprotsentide aritmeetilisest keskmisest, mida on suurendatud nimetatud keskmist ületavate allahindlusprotsentide ja nimetatud keskmise vahede aritmeetilise keskmise võrra.

Hankija võib pakkumuste esitamisest alates 60 päeva jooksul arvesse võtta üksnes selgitusi seoses ehitusviisi säästlikkusega, valitud tehniliste lahendustega või erandlikult soodsate tingimustega, mis pakkujal töö teostamiseks on, jättes igal juhul arvestamata selgitustega nende tegurite kohta, mille minimaalne maksumus on sätestatud õigus- või haldusnormidega, või mille maksumus on märgitud ametlikes andmetes.

Pakkumustele lisatakse selgitused hanketeates või pakkumiskutses kõige tähtsamate mainitud hinnakomponentide kohta, mille kogumaksumus ei tohi olla vähem kui 75% hanke baasmaksumusest.

Üksnes ühenduse piirmäärast väiksema maksumusega ehitustööde riigihangete puhul jätab asjaomane ametiasutus menetlusest automaatselt välja need pakkumused, mille allahindlusprotsent on võrdne või suurem käesoleva lõike esimeses lõigus nimetatud summast. Seda automaatse väljajätmise korda ei kohaldata juhul, kui nõuetele vastavaid pakkumusi on vähem kui viis.” [12]

10 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (edaspidi „*GURI*”) nr 41, 19.2.1994, lk 5.

11 — *GURI* nr 127, 2.6.1995, lk 3. See õigusakt on 3. aprilli 1995. aasta dekreetseaduse nr 101/1995 ehitustööde riigihankeid puudutavate kiireloomuliste eeskirjade kohta koos muudatustega seaduseks muutmise tulemus (*GURI* nr 78, 3.4.1995, lk 8).

12 — 18. novembri 1998. aasta seaduse nr 415/1998 (*GURI* nr 284 regulaarne lisa, 4.12.1998, lk 5) artikliga 7 kehtestatud redaktsioonis.

11. Direktiiv 2004/18 võeti siseriiklikku õigusesse üle 12. aprilli 2006. aasta seadusandliku dekreediga nr 163. [13] Seaduse nr 109/94 artikli 21 lõike 1a viimane lõik on põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi puudutavatest sätetest (artiklid 86–88) kadunud.

III. Põhikohtuasi

12. Torino linnavolikogu tegi 28. jaanuaril 2003 otsuse jätta edaspidi seaduse nr 109/94 artikli 21 lõige 1a kohaldamata, et vältida põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste automaatset väljajätmist, nii et sõlmides munitsipaalehitustööde hankelepinguid — sealhulgas neid, mille maksumus on ühenduse piirmäärast väiksem — kontrollitakse selliseid pakkumusi vastavalt direktiivis 93/37 sätestatud osalejate ärakuulamisega kontrollimenetlusele.

13. Itaalia äriühingud SECAP SpA (kohtuasi C-147/06) ja Santorso Soc. Coop. arl (kohtuasi C-148/06) osalesid kumbki riigihangetes, mille Torino linnavolikogu oli välja kuulutanud teatud tööde teostamiseks, [14] mille maksumus ei ületanud ühenduse piirmäära. Hanketeated kinnitasid madalaima hinna kriteeriumi, nähes ette, et anomaalseid pakkumusi eelnevalt uuritakse, jätmata vastavalt 28. jaanuari 2003. aasta otsusele põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi automaatselt välja. Nende pakkumused osutusid „korrektsete" pakkumuste hulgas kõige madalama maksumusega pakkumusteks, kuid enne otsuse langetamist tuvastas linnavolikogu, et anomaalsetena tundunud pakkumused olid tegelikult kehtivad ning sõlmis lepingud teiste pakkujatega.

14. Mõlemad ettevõtted pöördusid kaebustega Tribunale amministrativo regionale del Piemonte (Piemonte maakonna halduskohus) poole ja väitsid, et seaduse nr 109/94 artikli 21 lõige 1a jätab anomaalsed pakkumused mehaaniliselt kõrvale, keelates seeläbi hankijatel asjaomaste pakkujate selgitusi ära kuulamast ning neid pakkumusi enne tagasi lükkamist uurimast. Halduskohus ei võtnud seda argumenti vastu ning jättis kaebused rahuldamata, kuna tema arvates selle sätte alusel võib, kuid ei pea põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi automaatselt välja jätma, mistõttu ei takista hankijat miski pakkujaid ära kuulamast ja nende pakkumusi hindamast.

15. Kaebuse esitajate apellatsioonkaebuseid menetlev Consiglio di Stato toetab nende väiteid ning arvustab maakonnakohtu tõlgendust, kuid on siiski teadlik ühenduse õiguse nõuetest, millele Torino linnavolikogu

13 — *GURI* nr 100, 2.5.2006.

14 — Vastavalt, vana palee ümberkujundamine noorte öömajaks (4 699 999 eurot) ning Piazza Statuto ja Piazza Bernini vahele jääva Corso Francia tänavaosa korrastustööd (5 172 579 eurot).

tugines, mistõttu esitab ta EÜ artikli 234 alusel Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiivi 93/37/EMÜ artikli 30 lõikes 4 kehtestatud kord või direktiivi 2004/18/EÜ (juhul, kui see loetakse asjakohaseks) artikli 55 lõigetes 1 ja 2 sisalduv analoogne kord, mille kohaselt juhul, kui pakkumuste maksumus tundub teostatavate töödega võrreldes põhjendamatult madal, on hankijal kohustus nõuda enne, kui võib sellised pakkumused tagasi lükata, kirjalikke täpsustusi pakkumuse koostisosade kohta, mida ta asjakohaseks peab, ning kontrollib neid, esitatud selgitusi arvesse võttes, kujutab endast ühenduse õiguse aluspõhimõtet?

2. Kui vastus eelmisele küsimusele on eitav, siis kas direktiivi 93/37/EMÜ artikli 30 lõikes 4 kehtestatud kord või direktiivi 2004/18/EÜ (juhul, kui see loetakse asjakohaseks) artikli 55 lõigetes 1 ja 2 sisalduv analoogne kord, mille kohaselt juhul, kui pakkumuste maksumus tundub teostatavate töödega võrreldes põhjendamatult madal, on hankijal kohustus nõuda enne, kui ta võib sellised pakkumused tagasi lükata, kirjalikke täpsustusi pakkumuse koostisosade kohta, mida ta asjakohaseks peab, ning kontrollib neid, võttes arvesse esitatud selgitusi, mis ei oma ühenduse õiguse aluspõhimõttele omaseid tunnusjooni, kujutab endast konkurentsipõhimõtte — koostoimes halduse läbipaistvuse ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetega — kaudset tuletist või teisest põhimõtet, ning kas seda tuleb seetõttu pidada vahetult siduvaks ja ülimuslikuks liikmesriikide poolt ühenduse õiguse vahetust kohaldamisalast välja jäetud ehitustööde hankelepingute reguleerimiseks võetud siseriiklike õigusnormide suhtes, mis võivad ühenduse õigusega olla vastuolus?”

IV. Menetlus Euroopa Kohtus

16. Euroopa Kohtu presidendi 10. mai 2006. aasta määrusega liideti need kaks kohtuasja, arvestades nende objektiivset seotust.

17. Põhikohtuasjades apellantideks olevad ettevõtted, Torino linnavolikogu, Itaalia, Saksamaa, Austria, Slovakkia, Prantsusmaa, Leedu ja Madalmaade valitsus nagu ka komisjon on esitanud oma kirjalikud märkused, mis oma lähenemisviisilt on küll erinevad, kuid mida siiski võib liigitada

kahte kategooriasse: Torino linnavolikogu seisukohta toetavad märkused, sealhulgas Leedu, Slovakkia [15] ja komisjoni märkused, ning eitavaid vastuseid eelotsuse küsimustele pooldavate kõikide ülejäänud menetluses osalejate märkused. 25. oktoobril 2007 toimunud kohtuistungil osalesid suuliste märkuste esitamiseks Santorso Soc. coop. arl ning Torino linnavolikogu, Itaalia, Saksamaa ja Leedu valitsuse ning komisjoni esindajad.

V. Eelotsuse küsimuste analüüs

18. Consiglio di Stato kaks küsimust taanduvad tegelikult üheks küsimuseks: kas direktiivi 93/37 artikli 30 lõige 4, mis näeb ette, et põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste puhul peab osalejad ära kuulama, enne kui tehakse otsus võimaliku väljajätmise kohta, reguleerib direktiivi kohaldamisalast välja jäetud hankelepinguid; teiste sõnadega: kas sellist tüüpi hankelepingute puhul on nimetatud sättega vastuolus see, kui liikmesriigid otsustavad sellist tüüpi pakkumused automaatselt välja jätta.

15 — Slovakkia valitsuse seisukohal on Leedu ja Torino linnavolikogu seisukohtadega võrreldes teatavad nüansid, kuivõrd toetades esimese eelotsuseküsimuse tagasilükkamist, ei nõustu ta direktiivi 93/37 artikli 30 lõike 4 sätteid asutamislepingus kehtestatud põhimõtetest eraldama, ühtides seeläbi linnavolikogu otsusega.

19. Niisiis tuleb uurida selle sätte olemust, et teha kindlaks, kas see kuulub ühenduse esmase õiguse hulka ja läheb kaugemale direktiivist 93/37.

A. *Lähtepunkt*

20. Analüüs tugineb kindlale alusele, mis on tugevalt ankurdatud kohtupraktikas, mida ma juba uurinud olen [16]; erinevatel (kvantitatiivsetel või kontseptuaalsetel) põhjustel valdkondlike direktiivide kohaldamisalast välja jäävate hankelepingute sõlmimine ei jää siiski Euroopa Liidu õiguskorra piirest välja, mistõttu selle aluspõhimõtted ja eriti liikumist puudutavad põhivabadused muutuvad ületamatuks takistuseks.

21. See mõte, mis on talletatud direktiivi 2004/18 põhjendusse 2, [17] on saanud

16 — 8. novembri 2006. aasta ettepanek kohtuasjas C-412/04: komisjon *vs.* Itaalia, milles ei ole veel otsust tehtud (ettepaneku punktid 44–47).

17 — „Liikmesriikides tuleb lepingute sõlmimisel riigi nimel või piirkondlike või kohalike omavalitsuste või avalik-õiguslike isikute nimel kohaldada asutamislepingu põhimõtteid, eelkõige kaupade vaba liikumise põhimõtet, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtet ning nendest tulenevaid põhimõtteid, nagu võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõte. […]”

Euroopa Kohtu annaalides [18] piisavalt kajastust. 7. detsembri 2000. aasta kohtuotsuses Telaustria ja Telefonadress [19] sedastas Euroopa Kohus, et valdkondlike direktiivide kohaldamisalast välja jäävate hankelepingute sõlmisel peavad hankija üksused järgima asutamislepingu eeskirju (punkt 60), [20] ning seda lähenemisviisi korrati 18. juuni 2002. aasta kohtuotsuses HI (punkt 47) [21] ja hilisemal ajal üsna loomulikul moel ning eelnevatele kohtuasjadele viitamata ka 21. juuli 2005. aasta kohtuotsuses Coname. [22]

22. 3. detsembri 2001. aasta määruses Vestergaard [23] rõhutas Euroopa Kohus omakorda, et pelgalt asjaolu, et direktiivides ette nähtud erilist ja ranget menetlust on peetud madalama maksumusega hankelepingute osas asjakohatuks, ei tähenda, et viimased jääksid ühenduse õiguse kohaldamisalast välja, kuna nad peavad olema kooskõlas asutamislepingu sätetega (punktid 19–21), [24] kui teistes liikmesriikides asuvad ettevõtjad neist huvituvad. [25] Seda lähenemisviisi kinnitab ka 20. oktoobri 2005. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Prantsusmaa [26] (punkt 33).

23. Riigihankedirektiivide kohaldamisele majandusliku piirmäära kehtestamise aluseks on eeldus, et madala maksumusega hanked ei ärata riigipiirist väljaspool asutatud ettevõtjate huvi ning seeläbi puudub neil hankelepingutel ühenduse mõõde. Seda *iuris tantum* eeldust saab siiski kummutada, mistõttu — nagu ka komisjoni oma kirjalikes märkustes väidab — tuleb silmas pidada, et madala maksumusega hankeleping võib välismaistele ettevõtjatele huvi pakkuda näiteks nende riigile lähedal asuva tööde teostamise koha tõttu või sellepärast, et hankeleping on nende äristrateegiale kasulik.

18 — Ja ka komisjoni omades, täpsemalt komisjoni tõlgendavas teatises, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega (ELT 2006, C 179, lk 2, eriti lk 5 ja 6).

19 — Kohtuasi C-324/98, EKL 2000, lk I-10745.

20 — Selles kohtuasjas nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiviga 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194), mis asendati Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiviga 2004/17/EÜ (ELT L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19).

21 — Kohtuasi C-92/00 (EKL 2002, lk I-5553). Tegelikult puudutas see kohtuotsus mitte niivõrd direktiivi kohaldamisalast välja jäetud hankelepingut, kui just menetlust, mida õigusnormis mainitud ei ole: asutamislepingus eeldati, et hankemenetluse lõpetamise otsuse peab saama edasi kaevata, kuid seda nõuet ei ole sätestatud nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivis 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), direktiiviga 92/50 muudetud versioonis.

22 — Kohtuasi C-231/03 (EKL 2005, lk I-7287). Nimetatud kohtuotsuse punktis 16 tuletatakse meelde, et sellise kontsessiooni (gaasiga varustamise avaliku teenuse haldamise andmine peamiselt riikliku osalusega äriühingule) andmist ei reguleeri ükski neist direktiividest, millega reguleeritakse riigihangete valdkonda. Sellise regulatsiooni puudumisel tuleb ühenduse õigusest sellist laadi kontsessiooni andmisele tulenevaid tagajärgi uurida esmase õiguse ja eriti asutamislepingus sätestatud põhivabaduste valguses. Sama tõdeti ka 13. oktoobri 2005. aasta kohtuotsuses C-458/03: Parkíng Brixen (EKL 2005, lk I-8585, punkt 46), ja 6. aprilli 2006. aasta kohtuotsuses C-410/04: ANAV (EKL 2006, lk I-3303, punkt 18).

23 — Kohtuasi C-59/00, EKL 2001, lk I-9505.

24 — Nimetatud määruses tuvastati, et EÜ artikliga 28 on vastuolus see, kui madala maksumusega ehitustööde hankedokumentidesse lisatakse klausel, mis täiendavate selgitusteta nõuab teatavat marki toodete kasutamist.

25 — Kohtuotsus Coname, punkt 20, *a contrario sensu*.

26 — Kohtuasi C-264/03, EKL 2005, lk I-8831.

24. Järelikult ei saa eitada selle kvantitatiivse piirangu kokkuleppelist iseloomu, mistõttu ei takista miski madala maksumusega hankelepingu vastu teistes liikmesriikides tähelepanu äratamast, millega kaasneb ühenduse õigust ja selle eesmärke mängu toov tegur. Seetõttu peavad selliste lepingute, mis piiratud huvile vaatamata omavad ühenduse mõõdet, hankemenetlused järgima asutamislepingus sätestatud põhimõtteid, piiramata siiski seda, et direktiivides määratud summadest kõrgema maksumusega hankelepingutele kohaldataks rangemaid kooskõlastavaid sätteid. [27]

B. *Vähem kui aluspõhimõte...*

26. Mõistetel „aluspõhimõte" või „alusnorm", mida minu osundatud kohtupraktikas kasutatakse, on väga täpne tähendus. Need ei viita varjatud aksioloogilistele elementidele asutamislepingus ega ka selle eesmärkide saavutamiseks võetud meetmetele, vaid asetuvad esmase õiguse sõnastuses just nende kahe äärmuse vahele, kuhu ühenduse „asutaja" paigutas püstitatud eesmärgid ja põhilised vahendid nende täitmiseks. EÜ artiklite 2 ja 3 pealiskaudne uurimine näitab, et seal viidatakse isikute, kaupade, teenuste ja kapitali takistamatule liikumisele, mis on tagatud vastavate liikumisvabadustega (EÜ artiklid 23, 43 ja 49), millele paljude riikide lõimumisprojektidele omase läbiva väärtusena lisandub kodakondsuse alusel igasuguse diskrimineerimise keeld (EÜ artikkel 12).

25. Üks nendest sätetest, nimelt direktiivi 93/37 artikli 30 lõige 4, mida *ratione temporis* kohaldatakse põhikohtuasjades ja mida korratakse direktiivi 2004/18 artikli 55 lõigetes 1 ja 2, keelab põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste automaatse väljajätmise. Consiglio di Stato soovib siiski teada, kas see keeld on ühenduse õiguse alusnorm või vastab see vähemalt konkurentsipõhimõtte, koostoimes halduse läbipaistvuse ning kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetega, kaudsele tuletisele, mida nimetatud direktiivide kohaldamisalast välja jäetud hankemenetluste puhul peab järgima.

27. Selline väide, mis meenutab direktiivi 2004/18 põhjendust 2, on aimatav ka eespool viidatud kohtuotsustes. Kohtuotsuses Telaustria ja Telefonadress tugineti erinevate liikmesriikide kodanike võrdse kohtlemise põhimõttele (punkt 60); kohtuotsuses HI viidati omakorda asutamisvabadusele ja teenuste osutamise vabadusele (punktid 42

27 — Siinkohal tasub meenutada direktiivi 2004/18 põhjenduse 2 teist osa.

ja 47); kohtumääruse Vestergaard *ratio decidendi* oli üks teine liikumisvabadus, ehk kaupade liikumisvabadus (punkt 21); kohtuotsuses Coname viidati taas EÜ artiklitele 43 ja 49, et tõrjuda kaudset kodakondsuse alusel diskrimineerimist.

28. Tähelepanelikul vaatlemisel ilmneb, et asutamislepingu „aluspõhimõtteid", mis võivad piirata liikmesriikide pädevust valdkondlike direktiivide kohaldamisalast välja jäävate hankelepingute sõlmimise menetluses, vastavad samade direktiivide põhjendustes toodud põhimõtetele, millele Euroopa Kohus on tähelepanu juhtinud.

29. Pealegi ei tohiks niisugune asjaolu kedagi üllatada, kuna ka nagu direktiivi 2004/18 põhjendusest 2 selgub, tulenevad sealsed sätted nimetatud põhimõtetest; asjaomased direktiivid on suunatud piiratud vahetule eesmärgile, ehk eespool mainitud menetluse kooskõlastamisele, et Euroopa lõimumise peamiste vabaduste tagamise nimel luua riigihangete sektoris tegelik konkurents.[28] Täpsem eesmärk on kõrvaldada liikumisvabaduse takistused ja kaitsta liikmesriigi nende ettevõtjate huve, kes soovivad oma kaupu või teenuseid müüa teiste liikmesriikide hankijatele.[29]

30. Selle pildi teine külg laseb aimata, et püüe on kahesuunaline: soovitakse välistada ohtu, et soositaks riigisiseseid pakkujaid *(buy national)* ning et lepingute sõlmimiseks pädev asutus laseks end mõjutada muudest kui majanduslikest kaalutlustest[30] (seega on lepingute sõlmimise põhiliseks kriteeriumiks alati madalaim hind või majanduslikult soodsaim pakkumus).

31. Selles kontekstis saab esimesele eelotsuse küsimusele vastata ainult eitavalt, kuna ehitustööde riigihankelepingute sõlmimise menetluses põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste automaatne väljajätmine ei ole vastuolus ühegi asutamislepingu aluspõhimõttega; nimetatud põhivabadused

28 — Kohtuotsus Fratelli Costanzo, punkt 18.

29 — 10. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-360/96: BFI Holding (EKL 1998, lk I-6821, punkt 41); 3. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-380/98: University of Cambridge (EKL 2000, lk I-8035, punkt 16) ja 1. veebruari 2001. aasta otsus kohtuasjas C-237/99: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2001, lk I-939, punkt 41).

30 — 15. jaanuari 1998. aasta otsus kohtuasjas C-44/96: Mannesmann Anlagenbau Austria jt (EKL 1998, lk I-73, punkt 33); eespool viidatud kohtuotsused BFI Holding, punkt 42, University of Cambridge, punkt 17, ja komisjon *vs.* Prantsusmaa (C-237/99), punkt 42.

ja diskrimineerimise keeld ei nõua tegelikult seda, et niisuguse pakkumuse esitaja peaks igas olukorras ja alati ära kuulama, enne kui tema pakkumuse osas otsus langetatakse.

32. Muu hulgas ka seetõttu, et tõhususe põhimõte, mida kohaldatakse ka riigihankeid puudutavas ühenduse õiguses, sunnib selleks oma loogika kohaselt. Lõpetuseks, avalikes huvides tegutsemine nõuab niisugust tõhusust, mis vahetevahel ei ühti tagatistest tulvil valikumenetluse tempoga. [31]

C. ...kuid enam kui lihtsalt üks positiivse õiguse norm

1. Kaudsed põhimõtted

33. Direktiivi 93/37 artikli 30 lõige 4 ei ole ka seadusandja kaalutlusõigusest — võibolla isegi kapriisist — lähtuv ühegi välise seoseta säte, mis võiks sama hästi ka olemata olla.

34. Olen juba märkinud, et kohtuotsuses Lombardini ja Mantovani loeti selles õigusnormis sätestatud ärakuulamismenetlus „põhiliseks". [32] Kasutatud omadussõna taga peitub veendumus, et põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste osalejate ärakuulamisega kontrollimine on hädavajalik, et saavutada tegelik konkurents riigihangetes ning tagada liikumisvabadused, mis — nagu ma nendes kahes kohtuasjas tehtud ettepanekus ütlesin — eeldab, et pakkujad osalevad võrdsetel alustel, ilma igasuguse diskrimineerimiseta (punkt 24).

35. Igasuguse, ja eelkõige kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeld nõuab läbipaistvust, mis tagaks piisava teabe jõudmise iga potentsiaalse pakkujani, et avada turg konkurentsile ja kontrollida lepingu sõlmimise menetluste erapooletust, nagu tuleneb 18. novembri 1999. aasta otsusest Unitron Scandinavia ja 3-S (punktid 61 ja 62). [33]

31 — Minu 5. juuni 2001. aasta ettepanek kohtuasjas, milles tehti otsus Lombardini ja Mantovani; ettepaneku punkt 30.

32 — Nimetatud kohtuotsuses endas rõhutati, et vastavalt nimetatud sättele peab hankija üksus kahtlased pakkumused välja selgitama, andma asjaomastele ettevõtetele võimaluse näidata oma tõsidust, hindama esitatud teabe asjakohasust ja tegema otsuse nende tagasilükkamise või vastuvõtmise kohta (punkt 55).

33 — Kohtuasi C-275/98 (EKL 1999, lk I-8291). Sama lähenemisviisi kohta vaata eespool viidatud kohtuotsused Telaustria ja Telefonadress (punktid 61 ja 62) ja Parking Brixen (punkt 49).

36. Selles kontekstis näib põhjendatuna küsida Consiglio di Stato eeskujul, kas direktiivi 93/37 artikli 30 lõige 4, kuivõrd see ei väljenda Euroopa Liidu õiguse aluspõhimõtet, sisaldab endas üht selle lahutamatut kaudset tuletist, mida alati kohaldatakse halduslepingutele sõltumata sellest, kas need alluvad direktiividele või mitte, kui need puudutavad ühenduse huve.

37. Teiste sõnadega, kui anomaalsete pakkumuste automaatne väljajätmine rikub neid kaudseid tuletisi, kas siis sellisel juhul tuleb vaidlusalust normi kohaldada riigihangetele, mis ei kuulu direktiivi 93/37 kohaldamisalasse?

2. Pakkujad ja põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse mõiste

38. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse mõiste ei ole oma olemuselt abstraktne; vastupidi, seda määratletakse vastavalt sõlmitavale hankele ja sellega seotud sooritusele. [34] Niisiis on see *a priori* ebatäpne, kuid lepingu eseme eripärast lähtuvalt etteaimatav määratlemata õigusmõiste.

34 — Lombardini ja Mantovani kohtuasjas esitatud ettepanek, punkt 32.

39. Seda aspekti on rohkem rõhutatud Itaalia süsteemis, mis lepingu sisu ja erinevate pakkumuste hinda arvesse võttes täpsustab selle mõistet anomaalia piirmäära kehtestava matemaatilise mehhanismi kaudu.

40. Konkurendid, kes tänu teavitamisele on teadlikud sooritusest ja selle olemusest, koostavad oma pakkumused salaja, nii et igaüks teab vaid enda pakkumuse üksikasju. Võttes üldiselt arvesse, et süsteem eelistab madalaima hinnaga või majanduslikult soodsaimat pakkumust, on pakkumused väga täpsed, otsides madalaimat hinda isegi ettevõtte kasumiga riskides.

41. Seega on kõigil osalejatel ühesugune risk, et ümbrike avades jääb nende pakkumus anomaalsete pakkumuste hulka.

42. Siiski rikutakse seda tasakaalu siis, kui üks või rohkem pakkujat omavad vajalikku teavet selleks, et mõjutada kehtestatavat anomaalia piirmäära, rikkudes seega hädavajalikku võrdsust.

3. Kooskõlastatud tegevus pakkumuste esitamisel

43. Consiglio di Stato, kes Torino linnavolikogu esitatud faktilisi asjaolusid hinnates loob raamistiku, mida Euroopa Kohus ei saa tähelepanuta jätta ja mille kohaselt põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste automaatne väljajätmine, mis seaduse nr 109/1994 artikli 21 lõike 1a viimase lõigu kohaselt on möödapääsmatu, kutsub esile kooskõlastatud tegevusi ettevõtete vahel, et *ex ante* mõjutada valikuprotsessi tulemust.

44. Ühenduse õigus ei jää niisuguses olukorras kõrvaltvaatajaks.

45. On selge, et viidatud sätte esimese lõigu kohaselt põhjendamatult madala maksumusega näivate pakkumuste mehaaniline väljajätmine ei ole oma objektiivsust arvestades iseenesest diskrimineeriv. Kohtuasjas Lombardini ja Mantovani esitatud ettepanekus ma selgitasin, et Itaalia õiguses kohaldatakse aritmeetilist ja automaatset meetodit anomaalia piirmäära kehtestamiseks, mis on täiesti kooskõlas direktiivi 93/37 eesmärgiga, et turg kinnitab iga hankelepingu puhul piirmäära, millest alates võib pakkumust käsitleda normist kõrvalekalduvana. Kõik osalejad osalevad võrdsetel alustel, ilma et keegi oleks oma pakkumuse esitamisel soodustatud olukorras (punktid 33 ja 35). Järelikult, ebaharilike pakkujate otsene kõrvalejätmine ilma neile selgitamisvõimalust andmata ei diskrimineeri kedagi.

46. Siiski on olukord erinev, kui ebaseaduslike kokkulepete tulemusena grupp ettevõtjaid — tavaliselt need, kes tegutsevad hankelepinguga seotud kohalikul turul — koondub, et esitada peaaegu identseid, vaid väikeste erisustega pakkumusi, nii et nendest kokkulepetest väljaspool asetsevate konkurentide esitatud pakkumused tunduvad põhjendamatult madala maksumusega, ilma et neil oleks võimalust ennast kaitsta või oma valiku kvaliteeti tõendada.

47. Niisugune tegevus kahjustab läbipaistvust ja ausat konkurentsi, mis on ühenduse õiguse põhimõtted riigihankesektoris, kuna olukorras, kus ebaõnnestunud pakkujad on asutatud teistes liikmesriikides, peab neil olema võimalus oma seisukohti kaitsta, kui tahetakse vältida asutamislepingus keelatud diskrimineerimist. Torino linnavolikogu tõi käesolevas eelotsusemenetluses toimunud kohtuistungil esile, et pärast otsust siseriikliku õigusnormi kohaldamata jätmise kohta vähenes oluliselt nende pakkumuste arv, mis esitati eesmärgiga vaba konkurentsi kahjustada.

48. Kokkuvõttes eeldavad eespool viidatud põhimõtted, et ühenduse huve puudutavate

hankelepingute sõlmimisel peab hankija võtma osalejate ärakuulamise käigus arvesse nende ettevõtjate väiteid, kelle pakkumused kvalifitseeriti põhjendamatult madala maksumusega pakkumusteks. Sellest tulenevalt on nende põhimõtetega vastuolus siseriiklik õigusnorm, mis valdkondlikes direktiivides kehtestatud piirmäärast väiksema maksumusega hankelepingute puhul nõuab nende pakkumuste automaatset väljajätmist ilma osalejaid ära kuulamata.

4. Õigus heale haldusele

49. Sellele objektiivsele ja abstraktsele vaatenurgale, mis läheb kaugemale valikumenetluses osalevate ettevõtjate individuaalsetest huvidest, lisandub veel üks subjektiivne, kus nende õigused, ja eelkõige keeld neid haldusmenetluse käigus nende kaitseõigustest ilma jätta, on eriti olulised.

50. Nende kaitseõigustest ilma jätmise keeld on sõnaselgelt sedastatud kõikide Euroopa Liidu liikmesriikide õiguskorras ja see moodustab osa õigusest heale haldusele, mida Euroopa Liidu põhiõiguste harta [35] kodakondsusele pühendatud V jaotise artiklis 41 kuulutab. Selle artikli lõige 2 sätestab igaühe õiguse, et teda kuulatakse ära enne seda, kui tema suhtes kohaldatakse üksikmeedet.

51. Harta, mille tähtsust on Euroopa Kohus rõhutanud oma hiljutistes otsustes, eelkõige 27. juuni 2006. aasta otsuses kohtuasjas parlament *vs*. nõukogu [36] ja 8. mai 2007. aasta otsuses kohtuasjas Advocaten voor de Wereld [37], nõuab, et pakkuja saaks enne väljajätmist oma arvamust avaldada, et veenda hankijat oma pakkumuse õigsuses.

52. Ma nõustun komisjoniga selles osas, et nimetatud õigus eraldivõetuna ei nõua, et väidetavalt ebaharilik ettevõtja oleks alati ära kuulatud, võttes arvesse, et põhimõtteliselt on ta juba kaitstud pakkumuste erapooletu hindamisega eelnevalt kindlaksmääratud, objektiivsete ja mittediskrimineerivate kriteeriumide kohaselt. Pakkuja, kes teiste osalejate kooskõlastatud tegevuse tõttu riskib väljajäämisega, on siiski ebasoodsamas olukorras, seda enam, kui ta pealegi ei saa anda selgitusi.

35 — EÜT 2000, C 364, lk 1.

36 — Kohtuotsus C-540/03 (EKL 2006, lk I-5769).

37 — Kohtuotsus C-303/05 (EKL 2007, lk I-3633). Harta olemuse kohta vaata minu ettepanek nimetatud kohtuasjas, punktid 76–79.

53. Niisiis, õigus olla haldusorgani poolt ära kuulatud on vastuargument põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste automaatsele väljajätmisele, sest nagu ma olen märkinud, on põhjendamatult madal maksumus määratlemata õigusmõiste, mis igal üksikjuhtumil tuleb sisustada lähtuvalt pakkujate omapärast.

54. Järelikult, õigus heale haldusele laidab maha selle, kui enne pakkumuste asjakohasuse osas otsuse langetamist jäetakse ära osalejate ärakuulamisega kontrollimenetlus, ja seda isegi nende hankelepingute puhul, mis jäävad valdkondlike direktiivide kohaldamisalast välja, kuna niisugune menetlus nõrgendaks tagatisi, mis on sätestatud nn edasikaebamisdirektiivides. [38]

5. Liikmesriikide kaalutlusruum

55. Kõigest eeltoodust järeldub, et ühenduse õigusega on vastuolus niisugused siseriiklikud õigusnormid, mis nõuavad, et hankijad jätaksid automaatselt välja põhjendamatult madala maksumusega pakkumused nendele hankelepingutele, mis jäävad riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamist käsitlevate direktiivide kohaldamisalast välja; hankijatele on vastupidi soovitatav anda võimalus iga üksikjuhtumi asjaoludest sõltuvalt hinnata, kas pakkujate ärakuulamine on asjakohane, et osalejate ärakuulamisega kontrollimenetluses uurida nende pakkumuste sisu. [39]

56. Igal juhul vabastab liikmesriikide autonoomia nad kohustusest järgida suunda, mille annab direktiivi 93/37 artikli 30 lõige 4, ning võimaldab neil määratleda vahendid, millega kaitsta ühenduse õiguskorras kodanikele antud õigusi, ilma muude piiranguteta kui need, mis tulenevad samaväärsuse ja tõhususe põhimõtetest, nimelt: menetlused ei saa olla vähem soodsad kui need, mis on ette nähtud siseriiklike õiguste kaitseks, ja neid tuleb läbi viia nii, et selle tulemusena ei oleks tegelikkuses keeruline või peaaegu võimatu kavandatud eesmärki saavutada. [40]

38 — Eespool viidatud direktiiv 89/665 ja nõukogu 25. veebruari 1992. aasta direktiiv 92/13/EMÜ veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 76, lk 14; ELT eriväljaanne 06/01, lk 315).

39 — 7. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-247/02: Sintesi (EKL 2004, lk I-9215) tühistas siseriikliku õigusnormi, mis kehtestas hankijatele ehitustööde riigihankelepingute sõlmimiseks ühe ainsa kriteeriumi, jättes nad seeläbi ilma võimalusest arvestada selliste lepingute olemust ja eripärasusi, valides neist igaühe jaoks vaba konkurentsi kõige sobivamalt tagava kriteeriumi ja kindlustades seeläbi parima pakkumise vastuvõtmise (punkt 40).

40 — Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale, mida esmakordselt väljendati 16. detsembri 1976. aasta otsuses kohtuasjas 33/76: Rewe (EKL 1976, lk 1989).

VI. Ettepanek

57. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Itaalia Vabariigi Consiglio di Stato eelotsuse küsimustele järgmiselt:

Vaba konkurentsi, haldusliku läbipaistvuse ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetega, mis suunavad riigihankeid käsitlevaid ühenduse õigusnorme, samuti nagu õigusega heale haldusele, on vastuolus need siseriiklikud õigusnormid, mis asjaomaste direktiivide kohaldamisalast välja jäetud hankelepingute sõlmisel kohustavad hankijaid põhjendamatult madala maksumusega pakkumused automaatselt tagasi lükkama, ilma mingi võimaluseta osapoolte ärakuulamisega kontrollimenetluse läbiviimiseks.