Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 24. veebruaril 2022 [1]

Kohtuasi C-669/20

Veridos GmbH
versus
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Varhoven administrativen sad (Bulgaaria kõrgeim halduskohus))

Eelotsusetaotlus – Teatavate ehitustööde, asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord – Direktiiv 2014/24/EL – Direktiiv 2009/81/EÜ – Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse hindamise kriteeriumi kehtestamine – Vähemalt kolme pakkumuse konkurents

1. Liidu õigus lubab hankijal juhul, kui teatavad riigihankelepingud tuleb sõlmida majanduslikult soodsaima või madalaima hinnaga pakkujaga, tagasi lükata „põhjendamatult madala maksumusega pakkumused“, millel ei ole rahuldavat põhjendust.

2. Selles eelotsusetaotluses on esitatud mitu küsimust, mis puudutavad Bulgaaria isikut tõendavate dokumentide väljastamise süsteemi kavandamiseks, arendamiseks ja haldamiseks sõlmitud riigihankelepingut. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib kokkuvõttes teada:

– millistel tingimustel ja millises ulatuses on hankija kohustatud kontrollima, kas esineb direktiivi 2009/81/EÜ [2] ja direktiivi 2014/24/EL [3] tähenduses põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi;

– mis hetkel tuleb kohtulikult kontrollida hankija hinnangut, mille alusel lükatakse põhjendamatult madala maksumusega pakkumus tagasi, ja kas seda hinnangut tuleb põhjendada.

[1] Algkeel: hispaania.

[2] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. juuli 2009. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (ELT 2009, L 216, lk 76).

[3] 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).

A. Liidu õigus

1. Direktiiv 2014/24

3. Põhjenduses 90 on märgitud:

„Lepingud tuleks sõlmida objektiivsete kriteeriumite alusel, mis tagavad kooskõla läbipaistvuse, mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtetega, eesmärgiga tagada pakkumuste suhtelise maksumuse objektiivne hindamine, et teha tõhusa konkurentsi tingimuste kohaselt kindlaks, milline pakkumus on majanduslikult kõige soodsam. […]

Selleks et soodustada riigihangete puhul suundumist parima kvaliteedi poole, peaks liikmesriikidel olema võimalik keelata majanduslikult soodsaima pakkumuse hindamine ainult hinna või kulude alusel või sellist hindamist piirata, kui nad peavad seda asjakohaseks.

Võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise tagamiseks lepingu sõlmimisel peaks avaliku sektori hankijad olema kohustatud tagama vajaliku läbipaistvuse, et kõik pakkujad oleksid mõistlikult teavitatud kriteeriumitest ja korrast, mida lepingu sõlmimise otsuse tegemisel kohaldatakse. Avaliku sektori hankijad peaksid olema seetõttu kohustatud esitama pakkumuste hindamise kriteeriumid ja iga kriteeriumi osakaalu […]“.

4. Põhjenduses 92 on märgitud:

„Parima hinna ja kvaliteedi suhte hindamisel peaksid avaliku sektori hankijad kehtestama lepingu esemega seotud majanduslikud ja kvalitatiivsed kriteeriumid, mida nad sellel eesmärgil kasutama hakkavad. Need kriteeriumid peaksid seega võimaldama võrdlevalt hinnata iga pakkuja pakkumust lepingu eseme täitmise seisukohast, nagu on määratletud tehnilistes nõuetes. Seoses parima hinna ja kvaliteedi suhtega on käesolevas direktiivis esitatud võimalike pakkumuste hindamise kriteeriumite mittetäielik loetelu, mis sisaldab sotsiaalseid ja keskkonnaaspekte. Avaliku sektori hankijaid tuleks ergutada valima pakkumuste hindamise kriteeriumid, mis võimaldavad neil saada kvaliteetseid ehitustöid, asju ja teenuseid, mis vastavad optimaalsel viisil nende vajadustele.

Valitud pakkumuste hindamise kriteeriumid ei tohiks anda avaliku sektori hankijale piiramatut valikuvabadust, kriteeriumid peaksid tagama tõhusa ja ausa konkurentsi võimaluse ning hõlmama korda, mis võimaldab pakkujate esitatud teavet kontrollida.

[…]“.

5. Artiklis 56 („Üldpõhimõtted“) on ette nähtud:

„1. Lepingud sõlmitakse artiklite 67–69 kohaselt sätestatud kriteeriumite alusel, tingimusel et avaliku sektori hankija on vastavalt artiklitele 59–61 kontrollinud, et täidetud on kõik järgmised tingimused:

[…]“.

6. Artiklis 69 („Põhjendamatult madala maksumusega pakkumused“) on sätestatud:

„1. Avaliku sektori hankija palub ettevõtjatel selgitada pakkumuses esitatud hindu või kulusid, kui pakkumused tunduvad olevat asjaomaste ehitustööde, asjade või teenuste kohta põhjendamatult madala maksumusega.

[…]

3. Avaliku sektori hankija hindab esitatud teavet, konsulteerides pakkujaga. Ta võib pakkumuse tagasi lükata üksnes siis, kui esitatud tõendid ei õigusta rahuldaval määral väljapakutud madalat hinda või kulusid […]“.

2. Direktiiv 2009/81

7. Põhjenduses 15 on märgitud:

„Liikmesriikides tuleb […] direktiivis 2004/17/EÜ […] osutatud ostjate ning […] direktiivis 2004/18/EÜ […] osutatud ostjate poolt riigihankelepingute sõlmimisel kohaldada asutamislepingu põhimõtteid, eelkõige kaupade vaba liikumist, asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust ning nendest tulenevaid põhimõtteid, nagu võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõte.

[…]“.

8. Põhjendus 69 kõlab järgmiselt:

„Riigihankelepingud tuleks sõlmida objektiivsete kriteeriumide kohaselt, mis tagavad läbipaistvuse, mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise ning pakkumiste hindamise tõelise konkurentsi tingimustes. Sellest tulenevalt on asjakohane kasutada ainult kahte lepingu sõlmimise kriteeriumi: „madalaim hind“ ja „majanduslikult soodsaim pakkumine“.“

9. Artiklis 38 („Osalejate sobivuse kontrollimine ja osalejate valimine, riigihankelepingute sõlmimine“) on ette nähtud:

„1. Riigihankelepingud sõlmitakse artiklites 47 ja 49 sätestatud kriteeriumide alusel, võttes arvesse artiklit 19, pärast seda, kui ostja on artiklites 41 kuni 46 osutatud finants- ja majandusliku olukorra, kutsealaste või tehniliste teadmiste või suutlikkuse kriteeriumide kohaselt ning vajaduse korral ning vastavalt käesoleva artikli lõikes 3 nimetatud mittediskrimineerimist käsitlevatele eeskirjadele ja kriteeriumidele kontrollinud nende ettevõtjate sobivust, keda ei ole artiklite 39 ja 40 kohaselt välja jäetud.

[…]“.

10. Artiklis 49 („Ebaharilikult madalate hindadega pakkumised“) on märgitud:

„1. Kui teatava riigihankelepingu puhul tunduvad pakkumiste hinnad kaupade, ehitustööde või teenustega võrreldes ebaharilikult madalad, nõuab ostja enne, kui ta sellised pakkumised tagasi lükkab, kirjalikke täpsustusi pakkumise koostisosade kohta, mida ta peab asjakohaseks.

[…]

2. Ostja kontrollib neid koostisosi, pidades nõu pakkujaga ja võttes arvesse esitatud tõendeid.

[…]“.

11. Artikli 55 („Läbivaatamise korra reguleerimisala ja kättesaadavus“) lõikes 2 on ette nähtud:

„Liikmesriigid võtavad vajalikud meetmed tagamaks, et ostjate tehtud otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ja eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas artiklitega 56 kuni 62, kui põhjenduseks on kõnealuste otsuste vastuolu riigihankeid reguleeriva [liidu] õigusega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.“

B. Bulgaaria õigus

12. Riigihangete seaduse (Zakon za obshtestvenite porachki) artiklis 72 „Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus“ on sätestatud:

„1. Kui hinnatav pakkuja pakkumus on maksumuse või kulude hindamise mõne tingimusega võrreldes teiste pakkujate pakkumuste keskmisest maksumusest üle 20% soodsam, nõuab avaliku sektori hankija asjaomaselt pakkujalt pakkumuse koostamise kohta üksikasjalikku kirjalikku selgitust, mis tuleb esitada viie päeva jooksul alates nõude saamisest.“

II. Faktilised asjaolud, kohtuvaidlus ja eelotsuse küsimused

13. Bulgaaria Vabariigi siseministeerium kui hankija kuulutas välja hankemenetluse, mille ese oli „Bulgaaria Vabariigi isikutunnistuste väljaandmise 2019. aasta põlvkonna süsteemi kavandamine, ülesehitamine ja haldamine“. [4]

14. Pärast vastavat eelvalikut paluti äriühingul Veridos GmbH (edaspidi „Veridos“) ja pakkujate ühenduse Mühlbauer ID Services GmbH-S&T (edaspidi „Mühlbauer“) esitada oma pakkumused.

15. Lõpuks sõlmiti hankeleping Mühlbaueriga. [5]

16. Veridos vaidlustas hankelepingu sõlmimise Komisia za zashtita na konkurentsiatas (konkurentsiamet, Bulgaaria), väites, et edukaks tunnistatud pakkumus oli põhjendamatult madala maksumusega. [6]

17. Konkurentsiamet jättis Veridose kaebuse 25. juuni 2020. aasta otsusega rahuldamata. Tema hinnangul ei ole riigihangete seaduse artikkel 72 kohaldatav, sest kuna esitati ainult kaks pakkumust, ei olnud võimalik välja arvutada selles sättes ette nähtud keskmist maksumust, et teha kindlaks, kas üks neist oli põhjendamatult madala maksumusega.

4 Hanketeade avaldati 15. augusti 2018. aasta otsusega nr 5785 MPR-58.

5 29. aprilli 2020. aasta otsus nr 5785 MPR-35.

6 Eelotsusetaotluse punkti 41 lõpp.

18. Veridos kaebas 25. juuni 2020. aasta otsuse edasi Varhoven administrativen sadile (Bulgaaria kõrgeim halduskohus), kes on esitanud Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiivi [2014/24] artiklit 56 koostoimes selle artikliga 69 ja direktiivi [2009/81] artiklit 38 koostoimes viimati nimetatud direktiivi artikliga 49 tuleb tõlgendada nii, et juhul kui liikmesriigi seaduses põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse hindamiseks sätestatud kriteerium ei ole kohaldatav ja hankija ei ole valinud ega eelnevalt teatavaks teinud mõnda muud kriteeriumi, siis ei ole viimatinimetatu kohustatud kontrollima, kas esitatud pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega?

2. Kas direktiivi 2014/24 artiklit 56 koostoimes selle artikliga 69 ja direktiivi 2009/81 artiklit 38 koostoimes viimati nimetatud direktiivi artikliga 49 tuleb tõlgendada nii, et hankija on kohustatud kontrollima, kas mõni pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega vaid juhul, kui teatud pakkumuse suhtes tekib kahtlus, või on hankija siiski alati kohustatud veenduma esitatud pakkumuste tõsiseltvõetavuses ja esitama selle kohta asjaomased põhjendused?

3. Kas hankija peab kõnealust nõuet täitma ka juhul, kui hankemenetluses on esitatud vaid kaks pakkumust?

4. Kas Euroopa Liidu põhiõiguste harta [(edaspidi „harta“)] artiklit 47 tuleb tõlgendada nii, et hankija hinnang, et puuduvad kahtlused, et mõne pakkumuse maksumus on põhjendamatult madal, või tema veendumus paremusjärjestuses esimesel kohal oleva pakkuja pakkumuse tõsiseltvõetavuses alluvad kohtu kontrollile?

5. Kas juhul, kui eelmisele küsimusele vastatakse jaatavalt, tuleb [harta] artiklit 47 tõlgendada nii, et hankija, kes ei ole riigihankemenetluses kontrollinud, kas mõni pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega, on kohustatud esitama kaalutlused ja põhjendused, millele tuginedes on ta välistanud kahtlused, et mõni pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega, või teisisõnu, et see pakkumus on tõsiseltvõetav?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

19. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtus 8. detsembril 2020.

20. Euroopa Kohtu president otsustas 1. veebruaril 2021 kiirendatud menetluse taotlust mitte rahuldada.

21. Kirjalikud seisukohad on esitanud Veridos, Mühlbauer, Austria, Bulgaaria, Tšehhi ja Prantsuse valitsus ning Euroopa Komisjon.

22. Avalikku kohtuistungit ei peetud tingimata vajalikuks.

IV. Õiguslik analüüs

A. Sissejuhatavad märkused

23. Selles kohtuasjas on kohaldatav direktiiv 2009/81, kuna tegemist on riigihankega selliste isikut tõendavate dokumentide väljastamiseks, mis vastavad „kaitse- ja julgeolekuvaldkondadele“.[7] Nagu nähtub eelotsusetaotlusest, kuulutas hankija välja riigihanke üheainsa lepingu sõlmimiseks just selle direktiivi alusel.[8]

24. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul on siiski tekkinud küsimused direktiivi 2009/81 ja direktiivi 2014/24 asjakohaste artiklite kohta. Ta tugineb oma toimimisviisi põhjendamiseks „mõlema direktiivi asjaomaste sätete identsele sisule ja analoogsele ülesandele“.[9] Selles ei ole midagi imelikku, sest nende kahe direktiivi sätted, mille tõlgendamist taotletakse, langevad sisuliselt kokku, nii et Euroopa Kohtu vastus kehtib ühtemoodi nende kõigi kohta.[10]

25. Samamoodi on Euroopa Kohtu praktika selles valdkonnas, isegi kui see viitab muude riigihankedirektiivide analoogsetele sätetele kui need kaks eespool viidatud direktiivi, ülekantav käesolevale juhtumile, nagu ma allpool selgitan.

26. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimused võib sisu poolest rühmitada kahte rühma:

– kolmes esimeses üritatakse kindlaks teha, kas ja millistel tingimustel ja millises ulatuses on hankija kohustatud kontrollima, kas on põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi;

– neljas ja viies küsimus käsitlevad selle põhjendamise kohustust hankija poolt, et põhjendamatult madala maksumusega pakkumust ei ole, ja kohtulikku kontrolli selle hinnangu üle.

7 Bulgaaria valitsus kinnitab (tema seisukohtade punkt 9), et isikut tõendavate dokumentide jaoks kasutatav tehnoloogia ja materjal nõuab või sisaldab salastatud teavet ning kuulub seega direktiivi 2009/81 artikli 2 punktides b ja c nimetatud „tundliku varustuse“ hulka.

8 Eelotsusetaotluse kohaselt (punkt 22) tegi hankija „otsuse ja kuulutas välja ühtse riigihanke vastavalt direktiivile 2009/81“, arvestades selle direktiivi põhjendust 24, selle asemel et kasutada direktiivi 2014/24 põhjenduses 13 ette nähtud võimalust. Selle direktiivi artikli 16 lõike 2 punktis b on märgitud, et segalepingute puhul, „kui asjaomase lepingu osa on hõlmatud direktiiviga 2009/81/EÜ, võib lepingu sõlmida kooskõlas nimetatud direktiiviga, tingimusel et ühtse lepingu sõlmimine on objektiivselt põhjendatud“.

9 Eelotsusetaotluse punkt 22.

10 Viited õigusnormides põhjendamatult madala maksumusega pakkumustele on olnud ja on riigihankeid käsitlevas liidu õiguses läbiv joon alates nõukogu 26. juuli 1971. aasta direktiivist 71/305/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1971, L 185, lk 1; artikli 29 lõige 5). See leidus nõukogu 21. detsembri 1976. aasta direktiivis 77/62/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord (EÜT 1977, L 13, lk 1; artikli 25 lõige 5); nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivis 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord (EÜT 1992, L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322; artikkel 37); nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivis 93/36/EÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1993, L 199, lk 12; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163; artikkel 27); nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivis 93/37/EÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1993, L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163; artikli 30 lõige 4) ja nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivis 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT 1993, L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194; artikkel 34). Neid sõnastusi on korratud selle õigusloome järgnevates põlvkondades, nagu Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT 2004, L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19; artikkel 57); Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132; artikkel 55) ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv 2014/25/EL, 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; artikkel 84).

B. Kohustus kontrollida põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste olemasolu (esimene, teine ja kolmas eelotsuse küsimus)

27. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu väitel piirdub vaidlus üksnes pädevusega, mida teostas liikmesriigi seadusandja, reguleerides riigihangete seaduse artikli 72 lõikes 1 põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste hindamise kriteeriumi. [11]

28. Kui ma eelotsusetaotluse esitanud kohtu argumente õigesti mõistan, näib tema poolt riigisisese õigusnormi tõlgendamisest tulenevat, et pakkumuse „põhjendamatult madala maksumusega" pakkumuseks kvalifitseerimise *ainus* kriteerium on, et selle maksumus on ülejäänud pakkujate esitatud pakkumuste keskmisest 20% madalam. Kui see kriteerium osutub kohaldamatuks, sest pakkumusi on ainult kaks, ei saaks hankija kummagi põhjendamatult madalat maksumust hinnata. [12]

29. Enne kui ma käsitlen küsimust, kas selliselt tõlgendatud [13] riigisisene õigusnorm on kooskõlas direktiividega 2009/81 ja 2014/24 (eelkõige esimese direktiivi artikliga 49 ja teise artikliga 69), tuletan meelde, et:

– direktiivi 2009/81 artikkel 49 kehtestab hankijale kohustuse jälgida ja kontrollida, kas pakkumused on tõsiseltvõetavad; kui ta leiab, et mõni neist on teenuse kohta põhjendamatult madala maksumusega, nõuab ta pakkumuse koostisosade kohta kirjalikke täpsustusi, mida ta peab asjakohaseks;

– direktiivi 2014/24 artikli 69 kohaselt palub hankija „ettevõtjatel selgitada pakkumuses esitatud hindu või kulusid, kui pakkumused tunduvad olevat asjaomaste ehitustööde, asjade või teenuste kohta põhjendamatult madala maksumusega".

30. Neid sätteid tuleb tõlgendada, lähtudes Euroopa Kohtu praktikast, nagu on märgitud eespool, kuna liidu seadusandja ei ole nendes määratlenud põhjendamatult madala pakkumuse mõistet ega näinud ette konkreetset meetodit *kõrvalekalde* määra arvutamiseks. [14] Rõhutan seega, et oluline on tõlgendada kohtupraktikat, mis on selles valdkonnas olnud aja jooksul märkimisväärselt järjepidev. [15]

[11] Eelotsusetaotluse esitamise määruse punkt 23. Olles selle sätte ära toonud, kinnitab asja menetlev kohus, et kriteerium, mille järgi loetakse põhjendamatult madalaks pakkumust, mis on ülejäänud pakkujate pakkumuste keskmisest maksumusest rohkem kui 20% madalama maksumusega, „nõuab kaudselt, et esitatud oleks vähemalt kolm pakkumust, kusjuures pakkumuse maksumust hinnatakse ülejäänud kahe pakkumuse maksumuste keskmise alusel".

[12] Bulgaaria valitsus (tema seisukohtade punkt 34) on samal arvamusel: kui on ainult kaks pakkumust, siis ei ole objektiivset identifitseerimiskriteeriumi, selleks et kvalifitseerida pakkumusi põhjendamatult madalaks, nii et hankijal on võimatu oletada, et üks neist on selline.

[13] Kuigi liikmesriigi õiguse tõlgendamine on loogiliselt eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne, võib tekkida küsimus, kas Bulgaaria õigusnormides on tegelikult ainsa näitajana põhjedamatuse hindamiseks ette nähtud pakkumuse maksumuse võrdlemine ülejäänud pakkumuste keskmise väärtusega. Seda silmas pidades võiks hankija kasutada muid teiseseid kriteeriume, mis – isegi kui neid ei ole kõnealustes õigusnormides täpsustatud – võimaldaksid tal saada aimu pakkumuse põhjendmatusest kui sellisest.

[14] Seda rõhutab komisjon oma suunistes kolmandate riikide pakkujate ja kaupade osalemise kohta ELi hanketurul, 24. juuli 2019. aasta teatis, C(2019) 5494 (final), punkt 2.1.

[15] See järjepidevus on tuntav eriti 22. juuni 1989. aasta kohtuotsuses Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256; edaspidi „kohtuotsus Fratelli Costanzo"); 27. novembri 2001. aasta kohtuotsuses Lombardini ja Mantovani (C-285/99 ja C-286/99, EU:C:2001:640; edaspidi „kohtuotsus Lombardini ja Mantovani"); 29. märtsi 2012. aasta kohtuotsuses SAG ELV Slovensko jt (C-599/10, EU:C:2012:191); 18. detsembri 2014. aasta kohtuotsuses Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466); 19. oktoobri 2017. aasta kohtuotsuses Agriconsulting Europe *vs*. komisjon (C-198/16 P, EU:C:2017:784) ja 10. septembri 2020. aasta kohtuotsuses Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685; edaspidi „kohtuotsus Tax-Fin-Lex").

31. Euroopa Kohus on tuvastanud järgmist:

– direktiivi 92/50 kohta, et „[l]iikmesriikide ja täpsemalt hankijate ülesanne on kindlaks määrata „põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse“ kõrvalekalde määra arvutusmeetod […]“;[16]

– direktiivi 93/37 kohta, et hankija ei saa vabaneda kohustusest „tuvastada kahtlased pakkumused“ ja vajaduse korral kasutada vastavat (ärakuulamisega) kontrollimenetlust;[17]

– direktiivi 2004/18[18] kohta, et „liidu seadusandja tahtis panna *hankijale kohustuse kontrollida* põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste koostisosi ning nõuda selleks taotlejatelt, et nad esitaksid vajalikud tõendid nende pakkumuste tõsiseltvõetavuse kohta“.[19]

32. Direktiivi 2014/24 artikli 69 kohta on Euroopa Kohus kinnitanud, et:

– kui pakkumus näib põhjendamatult madala maksumusega, *nõuab* hankija pakkujalt, et ta selgitaks pakkumuses pakutud hinda või kulusid, kusjuures need selgitused võivad muu hulgas puudutada nimetatud artikli lõikes 2 nimetatud asjaolusid;[20]

– hankija peab pakkujaga konsulteerimisel saadud teavet hindama ja võib pakkumuse tagasi lükata üksnes siis, kui esitatud tõendid ei õigusta rahuldaval määral väljapakutud madalat hinda või maksumust.[21]

33. Kokkuvõttes kehtestavad liidu õigusnormid hankijatele igal juhul kohustuse kontrollida, kas mõni esitatud pakkumustest näib *esmapilgul* põhjendamatult madala maksumusega.

34. Selles osas ei ole oluline, et „liikmesriigi seaduses põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse hindamiseks sätestatud kriteerium ei ole kohaldatav“ ja et hankija valitud teist kriteeriumi ei ole enne avalikustatud. Ma kordan, et hankija ei saa jätta kontrollimata, kas pakkumuse (kõikide pakkumuste) puhul võib oletada hoolimatust.

35. Samuti ei oma tähtsust asjaolu, et hankemenetluses osales ainult kaks kandidaati: hankija peab kontrollima mõlemat nendest kahest pakkumusest, hinnates, kas need võivad olla kahtlased.

36. Nagu juba selgitatud, on põhimõtteliselt liikmesriikide ja hankijate ülesanne kindlaks määrata „põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse“ kõrvalekalde määra arvutusmeetod. Liidu õiguses on igal juhul olemas juhised, mis võimaldavad kindlaks määrata, milliseid täpsustusi tuleb kahtlase pakkumuse esitajalt nõuda.[22]

16 18. detsembri 2014. aasta kohtuotsus Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, punkt 49).

17 Kohtuotsus Lombardini ja Mantovani (punkt 55).

18 Mille artikli 55 lõige 1 vastab direktiivi 2009/81 artikli 49 lõikele 1.

19 29. märtsi 2012. aasta kohtuotsus SAG ELV Slovensko jt (C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 28). Originaalis kursiivita.

20 Kohtuotsus Tax-Fin-Lex (punkt 32).

21 *Ibidem*, punkt 33.

22 Vastavalt direktiivi 2009/81 artiklile 49 võivad need täpsustused olla seotud: 1) ehitusprotsesside ning kaupade tootmise või teenuste osutamise protsesside korraldamisega; 2) valitud tehniliste lahendustega ja/või erakordselt soodsate tingimustega, mis on pakkujale ehitustööde teostamiseks, kaupade tarnimiseks või teenuste osutamiseks kättesaadavad; 3) pakkuja väljapakutud ehitustöö, tarnete või teenuste originaalsusega; 4) ehitustöö teostamise, teenuse pakkumise või tarnimiskohas kehtivate töökaitset ja töötingimusi käsitlevate sätete täitmisega; 5) pakkuja võimalusega saada riigiabi. Direktiivi 2014/24 artikli 69 tingimused on sisuliselt identsed.

37. Bulgaaria valitsus väidab, et põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste tuvastamine saab põhineda ainult aritmeetilisel arvutusel, nagu on ette nähtud riigisisestes õigusnormides. Tema hinnangul tagab selline lahendus objektiivsuse, milles ei saa olla kindel, kui kahtlaste pakkumuste tuvastamine põhineb hankija subjektiivsel hinnangul. [23]

38. Ma ei nõustu selle argumendiga. Hankija peab kindlaks tegema esmapilgul kahtlased pakkumused (mille tõttu neile kohaldatakse ärakuulamisega kontrollimenetlust), võttes arvesse kõiki hankemenetluse eseme tunnuseid. Erinevus teistest esitatud pakkumustest, isegi kui seda saab mõnel juhul mõne kõrvalekalde tuvastamiseks kasutada, ei saa olla *ainus* kriteerium, mida hankija kasutab. Kõikide pakkumuse asjaolude hindamine iseenesest võimaldab tal kindlaks teha, kas vaatamata näivusele ja sellele, et hinnad jäävad hankemenetluse teiste kandidaatide omadest kaugele, [24] on kahtlane pakkumus piisavalt tõsiseltvõetav.

39. Lisaks on Euroopa Kohus juba otsustanud, et üksnes matemaatilise kriteeriumi kasutamine võib olla vastuolus tõhusa konkurentsi arenguga riigihangete valdkonnas. Nii oli see kohtuasjades, milles tehti kohtuotsused Fratelli Costanzo ning Lombardini ja Mantovani:

– esimeses neist peeti Itaalia õigusnormides ebatavaliseks ja jäeti hankemenetlusest välja „pakkumused, mis sisaldavad hinnavähendit protsendi võrra, mis on suurem kui vastuvõetavaks tunnistatud pakkumuste keskmine protsentuaalne erinevus, millele lisandub hanketeates märgitud protsent“. Viimati nimetatud kohtuotsuse kohaselt jäeti hankemenetlusest automaatselt välja pakkumused, mis ei ületanud hinnangulist maksumust vähemalt 9,48% võrra; [25]

– teises oli selle protsendimäära suuruseks, mis oli määrav selleks, et hankija oleks kohustatud viima läbi põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kontrollimise menetluse, kehtestatud „määr, mis võrdus kõigi vastuvõetavaks tunnistatud pakkumuste protsentuaalsete hinnavähendite aritmeetilise keskmisega, millele lisandus sellest keskmisest suuremate protsentuaalsete hinnavähendite aritmeetiline keskmine erinevus“. [26]

40. Euroopa Kohus tuvastas, et „matemaatiline kriteerium, mille alusel loetakse põhjendamatult madala maksumusega pakkumusteks ja jäetakse seega hankest välja pakkumused, mis on kõigi vastuvõetuks tunnistatud pakkumuste eeldatava projektimaksumuse keskmisest hinnalisandist 10% väiksemad, võtab eriti madala maksumusega pakkumusi esitanud pakkujatelt võimaluse tõendada pakkumuste tõsiseltvõetavust, nii et sellise kriteeriumi kohaldamine on vastuolus direktiivi 71/305 eesmärgiga, milleks on soodustada riigihangete valdkonnas tõhusat konkurentsi“. [27]

41. Nendest eeldustest võib järeldada, et liidu õigusega ei ole kooskõlas riigisisene õigusnorm, mille alusel on *ainus* kriteerium, mille alusel hinnata, kas pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega, see, et selle maksumus on teiste pakkujate esitatud pakkumuste keskmisest maksumusest 20% madalam.

[23] Bulgaaria valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 18.

[24] Kohtuotsuses Tax-Fin-Lex ei välistanud Euroopa Kohus, et teatud asjaoludel võib isegi nullhinnaga pakkumus olla vastuvõetav (st mitte põhjendamatult madala maksumusega), olgugi et see erineb oluliselt ülejäänud pakkumustest.

[25] Kohtuotsus Fratelli Costanzo (punktid 6–10).

[26] Kohtuotsus Lombardini ja Mantovani (punkt 8).

[27] Kohtuotsus Lombardini ja Mantovani (punkt 47, milles on osundatud kohtuotsuse Fratelli Costanzo punkti 18). Selles viimases kinnitatakse, et sellistel riigihankealastel liidu õigusnormidel nagu käesolevas asjas on oma sisu, tingimusetuse ja täpsuse tõttu vahetu õigusmõju.

42. Kohustus kontrollida *kõikide* konkureerivate pakkumuste tõsiseltvõetavust on mõeldud selleks, et tagada, et järgitakse läbipaistvuse, diskrimineerimiskeelu ja võrdse kohtlemise põhimõtteid, millele riigihankelepingute sõlmimine peab vastama.[28]

43. See eesmärk satuks ohtu, kui riigisisestes õigusnormides piirduksid juhud, kus pakkumuse võib kvalifitseerida „põhjendamatult madalaks“, üksnes protsentuaalsete parameetritega (võrreldes teiste konkurentidega), moonutades nii direktiivi 2009/81 artikli 49 ja direktiivi 2014/24 artikli 69 sätteid.

C. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse võimaliku esinemise kohta hankija antud hinnangu põhjendus ja kohtulik kontroll (neljas ja viies eelotsuse küsimus)

44. Direktiivi 2009/81 artikli 55 lõikes 2 on sätestatud hankija otsuste peale edasikaebamise õigus.[29] See õigusnorm on kooskõlas direktiivis 89/665/EÜ[30] sätestatud korraga ja, nagu rõhutab komisjon, tagab harta artiklis 47 sätestatud õiguste järgimise.[31]

45. Üldiselt ja vastavalt direktiivi 2009/81 artikli 55 lõikele 4 on liikmesriigid kohustatud tagama korra, mis „oleks kättesaadav mis tahes isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riigihankelepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada“.

46. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste puhul tuleb teise rühma küsimustele vastata kahest aspektist:

– esiteks sellest, kas hankija otsus ühe konkureeriva pakkumuse tõsiseltvõetavuse kohta on sõnaselge või kaudne;

– teiseks hankija hinnangu kohtuliku kontrolli aspektist.

1. Hankija otsuse laad (ja võimalik põhjendamine)

47. Viidates põhjendamatult madala maksumusega pakkumustele, ei kehtesta direktiivi 2009/81 artikkel 49 hankijale valimatut kohustust *võtta sõnaselgelt seisukoht* vastava pakkumuse sellise laadi kohta.

48. See kohustus tekib seevastu siis, kui hankija leiab „teatava riigihankelepingu puhul“, et mõne pakkumuse maksumus tundub „teenustega võrreldes“ põhjendamatult madal.

[28] Direktiivis 2009/81 kajastab seda põhjendus 69.

[29] „Liikmesriigid võtavad vajalikud meetmed tagamaks, et ostjate tehtud otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ja eelkõige võimalikult kiiresti […], kui põhjenduseks on kõnealuste otsuste vastuolu riigihankeid reguleeriva [liidu] õigusega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.“

[30] Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiv riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1989, L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246). Direktiivi 2009/81 artikli 55 lõige 2 kordab direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 neljanda lõigu sõnastust, mis võimaldab kohaldada analoogia alusel Euroopa Kohtu otsuseid viimati nimetatud sätte kohta.

[31] Komisjon viitab Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiivi 2007/66/EÜ, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (ELT 2007, L 335, lk 31), põhjendusele 36. Selle põhjenduse kohaselt on eesmärk „tagada, et harta artikli 47 esimeses ja teises lõigus sätestatud õigusest tõhusale õiguskaitsevahendile ja õiglasele kohtulikule arutamisele peetakse täielikult kinni“.

49. Nagu ma eespool märkisin, on „hankijal esiteks kohustus teha kindlaks kahtlased pakkumused“, [32] arvestades kõiki hanke eseme tunnuseid ja vajaduse korral iga pakkumuse suhet teiste pakkumustega.

50. Kui hankija leiab, et ükski selliselt hinnatud pakkumustest ei ole põhjendamatult madala maksumusega, ei ole ta kohustatud tegema selle kohta *ad hoc* avaldust. Nõustun selles osas Mühlbaueri ja Prantsuse valitsusega: ainuüksi asjaolu, et hankija võtab pakkumuse vastu, annab kaudselt tunnistust tema veendumusest, et pakkumus ei tundu olevat põhjendamatult madala maksumusega.

51. *Ad hoc* seisukoha võtmine on tingimata vajalik vaid siis, kui hankija on hoiatanud võimalusest, et pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega, ja andnud (vastavalt direktiivi 2009/81 artikli 49 lõikele 1) pakkumuse tegijale võimaluse tõendada pakkumuse tõsiseltvõetavust, küsides temalt vajalikke selgitusi.

52. Ärakuulamisega menetluse etapi lõpus peab hankija vastavalt Euroopa Kohtu praktikale kindlaks tegema „huvitatud isikute antud selgituste asjakohasuse“, et teha algul kahtlaste „[…] pakkumuste vastuvõtmise või tagasilükkamise otsus“. [33] Otsus peab loogiliselt olema piisavalt põhjendatud.

53. Kui hankijal on kahtlus, et pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega, peab ta ärakuulamisega kontrollimenetluse tulemusel *otsustama*, kas ta võtab sellise pakkumuse vastu või lükkab tagasi. Selliselt toimides tuleb tal asjaomase isiku õiguste austamiseks vormistada oma otsus põhjendatud otsuses. [34]

54. See tuleneb direktiivi 2009/81 artiklist 35, mille kohaselt hankija on kohustatud teavitama „kandidaate ja pakkujaid võimalikult kiiresti riigihankelepingu või raamlepingu sõlmimise kohta tehtud otsusest“.

55. Seevastu juhul, kui hankija leiab *prima facie*, et ükski pakkumus ei saa olla põhjendamatult madala maksumusega, siis ärakuulamisega kontrollimenetlust ei korraldata ja selle kohta ei ole sõnaselget otsust vaja teha.

56. Selles kontekstis sisaldab hankemenetluse lõpetamise otsus vaikimisi otsust mitte pidada esitatud pakkumusi põhjendamatult madala maksumusega pakkumusteks. Sellise otsuse põhjenduseks on vaid see, et ei ole kaudseid tõendeid, mis oleks konkreetselt tinginud vajaduse kahtlast pakkumust kontrollida.

[32] Kohtuotsus Lombardini ja Mantovani (punkt 55).

[33] Kohtuotsus Lombardini ja Mantovani (punkt 55).

[34] Nagu Euroopa Kohus 14. veebruari 2019. aasta kohtumääruses Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118, punkt 33) meelde tuletas, on väljakujunenud kohtupraktika kohaselt „harta artikliga 47 tagatud kohtuliku kontrolli tõhususe eelduseks, et asjasse puutuv isik saab tutvuda tema suhtes tehtud otsuse põhjendustega, lugedes kas otsust ennast või saades oma sellekohase taotluse põhjal teada selle põhjendused, et võimaldada sellel isikul kaitsta oma õigusi parimates võimalikes tingimustes ja otsustada täielikult informeerituna, kas on tarvis pädevasse kohtusse pöörduda, kui ka täielikult võimaldada viimati nimetatul kontrollida käsitletava riigisisese otsuse seaduslikkust“.

2. Pakkumuse põhjendamatult madala maksumuse kohta tehtud otsuse kohtulik kontroll

57. Selleks et teha kindlaks, kuidas teha tingimata vajalikku kohtulikku kontrolli hankija otsuse üle, tuleb eristada kahte eespool nimetatud võimalust: kas hankija on sõnaselgelt avaldanud kahtlust konkreetse pakkumuse kohta või teinud seda vaikimisi, tehes lõpuks hankemenetluses otsuse, avaldamata mingit kahtlust ühe või teise pakkumuse suhtes.

58. Kuigi vahetult kohaldatav on direktiiv 2009/81, viitan Euroopa Kohtu praktikale direktiivi 89/665[35] kohta, sest – nagu ma juba enne märkisin – see direktiiv sisaldab vaildustamise suhtes nimetatud direktiiviga sarnast korda.

59. Direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 viimases lõigus sätestatud üldklausliga ette nähtud kontroll laieneb kõigile hankija otsustele, millega rakendatakse liidu õigust selles valdkonnas.[36]

60. Hankija otsuste hulka, mida on võimalik uuesti läbi vaadata, kuuluvad loogiliselt need otsused, milles otsustatakse lepingu sõlmimine, valides välja ühe pakkumuse, kuid ka teistsugused otsused, mis mõjutavad huvitatud isikute õiguslikku olukorda.[37]

61. Direktiiv 89/665 „ei näe otseselt ette ajahetke, millest alates võib artikli 1 lõikes 1 ette nähtud kaebeõigust teostada“.[38] Euroopa Kohus soovitab tagada, et hankijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ja võimalikult kiiresti.[39]

62. Liidu seadusandja on jätnud hankijate otsuste läbivaatamise menetluste „üksikasjalike eeskirjade“ täpsustamise liikmesriikide ülesandeks (direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 3).[40]

63. Liikmesriigid võivad seega põhimõtteliselt reguleerida hankija otsuste vaidlustamist, nähes ette vaidlustamise nii koos kui ka eraldi (põhivaidlusest). Direktiiv 89/665 ei kehtesta ega välista kumbagi neist kahest mehhanismist.

64. Kui liikmesriigid otsustavad oma menetlusautonoomia teostamisel koos vaidlustamise kasuks, ei tohi nad seda teha vastuolus direktiivi 89/665 tingimata vajalike tõhususe ja kiiruse eesmärkidega. Lisaks peavad nad arvesse võtma:

– et direktiiviga ei ole liikmesriikidel lubatud „seada vaidlustamisvõimalust sõltuvusse sellest, et asjaomane riigihankemenetlus oleks ametlikult jõudnud kindlaksmääratud etappi“;[41]

[35] Järgmistes punktides (59–64) esitatud mõttekäigud kordavad kohtuasjas Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295) esitatud ettepaneku arutluskäiku.

[36] 5. aprilli 2017. aasta kohtuotsus Marina del Mediterráneo jt (C-391/15, EU:C:2017:268, edaspidi „kohtuotsus Marina de Mediterráneo“), punkt 26: „[…] kasutades väljendit „seoses [riigihankelepingute sõlmimise] menetlustega“, eeldab direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 sõnastus, et hankija kõik otsused, mis on seotud riigihankeid käsitlevate liidu õiguse sätetega ja võivad neid rikkuda, alluksid direktiivi artikli 2 lõike 1 punktides a ja b ette nähtud õiguslikule kontrollile“.

[37] *Ibidem*, punkt 27. Euroopa Kohus toetab seega „mõiste hankija „otsus“ laia tõlgendust[, mida kinnitab] ka asjaolu, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 1 ei näe […] selles viidatud otsuste laadi ja sisu osas ette ühtegi piirangut“.

[38] *Ibidem*, punkt 31.

[39] 12. detsembri 2002. aasta kohtuotsus Universale-Bau jt (C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 74).

[40] Kohtuotsus Marina del Mediterráneo (punkt 32): „Kui puuduvad liidu õigusnormid, mis määraksid kindlaks, mis hetkest alates peab vaidlustamine olema võimalik, siis on igal liikmesriigil kohustus kehtestada kohtumenetlusnormid, mille eesmärk on tagada isikutele liidu õigusest tulenevate õiguste kaitse“, tõhususe põhimõttest ja samaväärsuse põhimõttest tulenevate piirangutega.

[41] *Ibidem*, punkt 31.

– et riigisisesed õigusnormid, mis nende tunnustest olenevalt „nõuavad, et pakkuja peab igal juhul ära ootama edukaks tunnistamise otsuse, enne kui ta saab vaidlustada teise pakkuja pakkumuse vastavaks tunnistamise otsuse, on vastuolus direktiivi 89/665 sätetega“. [42]

65. Ei tohi siiski unustada, et õiguskindluse põhimõtte kaitse oleks „ohustatud, kui taotlejatel ja pakkujatel oleks lubatud igas hankemenetluse etapis viidata riigihankeid käsitlevate õigusnormide rikkumisele, kohustades hankijat rikkumiste parandamiseks kogu menetlust uuesti alustama“. [43]

66. Viimati nimetatud kohtuotsuse õigusteooria seondub Euroopa Kohtu praktikaga ELTL artiklis 263 ette nähtud tühistamishagi kontekstis.

67. Nagu tuletas meelde Prantsuse valitsus, on aktid või otsused, mille peale saab esitada tühistamishagi, üksnes meetmed, mis tekitavad siduvaid õiguslikke tagajärgi hageja huve puudutaval viisil, tuues kaasa selge muutuse tema õiguslikus seisundis. [44]

68. Nende aktide või otsuste puhul, mis tehakse eri etappides, on vaidlustatavad meetmed, mis väljendavad otsuseid tegeva organi lõplikku seisukohta „haldusmenetluse lõppedes […] ja tekitavad siduvaid õiguslikke tagajärgi […], välja arvatud selliseid tagajärgi mitte tekitavad vahemeetmed, mille eesmärk on valmistada ette lõplik otsus […]“. [45]

69. Euroopa Kohus on seisukohal, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 neljanda lõigu tähenduses tuleb mõistet „avaliku sektori hankijate tehtud otsused“ tõlgendada laialt, sest selle sätte sõnastus – mis „viitab seega üldiselt hankija otsustele, tegemata nende otsuste vahel vahet nende sisu või vastuvõtmise aja alusel ega näe seoses viidatud otsuste laadi ja sisuga ette ühtegi piirangut“ – eeldab, „et hankija kõik otsused, mis on seotud riigihankeid käsitlevate liidu õiguse sätetega ja võivad neid rikkuda, alluksid […] õiguslikule kontrollile“. [46]

70. Euroopa Kohus järeldas vaidlustatavate otsuste sellise tõlgenduse tulemusel, et niisuguseks otsuseks tuleb pidada otsust, millega lubatakse ettevõtjal osaleda hankemenetluses. [47]

71. Selline *helde* tõlgendus [48] piirdub siiski igal juhul positiivsete otsustega, mille hankija on *tegelikult* teinud. See tähendab otsuseid, mis sisaldavad tahteavaldust, millega hankija võtab seisukoha, kui norm kohustab teda otsustama.

[42] *Ibidem*, punkt 34.

[43] 12. märtsi 2015. aasta kohtuotsus eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 51 ja seal viidatud kohtupraktika). Õiguskindluse põhimõtet ei saa siiski lahutada riigihankedirektiivide tõhususenõudest.

[44] Vt selle kohta paljudest 26. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Internationaler Hilfsfonds *vs*. komisjon (C-362/08 P, EU:C:2010:40, punkt 51).

[45] Kõikide hulgast 17. juuli 2008. aasta kohtuotsus Athinaïki Techniki *vs*. komisjon (C-521/06 P, EU:C:2008:422, punkt 42).

[46] 7. septembri 2021. aasta kohtuotsus Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 105).

[47] *Ibidem*, punkt 106, milles on osundatud kohtuotsuse Marina del Mediterráneo punkti 28. Vaidlustatavaks loetakse ka otsust, „millega hankija keeldub avaldamast ettevõtjale mõne taotleja või pakkuja esitatud konfidentsiaalseks peetavat teavet“.

[48] Isegi kui esmapilgul võib näida vastupidi, ei leia ma, et see nii avatud tõlgendus oleks vastuolus kohtupraktikaga, mis õiguskindluse huvides välistab selle, et pakkujad võiksid igal ajal väita, et on rikutud riigihankealaseid õigusnorme. Need kaks kohtupraktika suunda annavad tunnistust sellest, et kaalutakse ühelt poolt õiguskindlust ja teiselt poolt seaduslikkuse kohtulikku kontrolli. Tegemist on tasakaalu leidmisega hankija järjestikuste otsuste sisu poolest suhtelise sõltumatuse kriteeriumiga. Nii näiteks välistati edasikaebamise võimalus „toimingu[te puhul], mis kujutavad endast vaid turu-uuringut või on ettevalmistava loomuga ja mille puhul on tegemist tellija sisekaalutlustega enne riigihankelepingu sõlmimist“, nagu nähtub 11. jaanuari 2005. aasta kohtuotsusest Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 35). Kuna kõik menetluse aktid on lõpliku hankelepingu sõlmimise *ettevalmistamise* aktid, ei ole need kõik sama *sisutihedad*, nii et vaidlustamise õigus on jäetud ainult nende jaoks, mis sisaldavad piisaval määral otsuseid, et see muudab need teatud määral iseseisvaks.

72. Nagu ma juba märkisin, tuleb eristada:

– otsuseid, milles hankija võtab sõnaselgelt seisukoha võimalike kahtluste kohta konkreetse pakkumuse osas, lõpetades ärakuulamisega kontrollimenetluse, mille eesmärk on teha kindlaks, kas pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega või mitte. Minu arvates mõjutab see otsus kummaski selle kahest võimalikust muutujast pakkujate huve, eelkõige selle isiku huve, kelle pakkumus on põhjendamatult madala maksumuse tõttu tagasi lükatud. Tema olukorra muutumine konkursil koos hankija otsuse aluseks oleva menetluse autonoomiaga räägivad selle poolt, et kvalifitseerida see otsus lõplikuks otsuseks, mida saab kohtulikult kontrollida alates selle otsuse tegemisest;

– hankija vaikimisi tehtud otsuseid, mis tehakse juhul, kui puuduvad kahtlused pakkumuste tõsiseltvõetavuse osas, lepingu sõlmimise otsuse lahutamatu osana. Nende kohtulik vaidlustamine tuleb vormistada vastava kaebusena selle lõpliku otsuse peale.

73. Mis puutub käesolevasse vaidlusse, siis ilmneb olemasolevast teabest, et hankijal ei olnud kahtlusi, mis paneks teda oletama, et pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega. Seega ei olnud ta kohustatud algatama vastavat kontrollimenetlust.

74. Nii toimides ei teinud hankija ühtegi *otsust*, mille peale näeks direktiiv 2009/81 ette võimaluse esitada sel hetkel ja eraldi vaidlustust. Rõhutan, et selle direktiivi artikkel 49 ei kohusta hankijat otsustama kõikide pakkumuste kohta sõnaselgelt, kas need on põhjendamatult madala maksumusega, vaid üksnes järgima teatavat menetlust enne, kui ta lükkab tagasi pakkumuse, mis on tema arvates põhjendamatult madala maksumusega.

75. See artikkel ja samal ajal direktiivi 2014/24 artikkel 69 koostoimes harta artikliga 47 tähendavad üksnes – nagu väidab Prantsuse valitsus –, et edutu pakkuja võib hankelepingu sõlmimise otsuse vaidlustada, tuginedes vaidlustamise põhjenduseks eduka pakkumuse põhjendamatult madalale maksumusele.[49]

V. Ettepanek

76. Eespool esitatut arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Varhoven administrativen sadile (Bulgaaria kõrgeim halduskohus) järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. juuli 2009. aasta direktiivi 2009/81/EÜ, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ, artikleid 38 ja 49 tuleb tõlgendada nii, et hankija on kohustatud igal juhul kontrollima, kas esineb põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi. Selles osas ei oma tähtsust nende pakkumuste arv või asjaolu, et liikmesriigi õiguse alusel ei ole võimalik kohaldada selles osas kehtestatud kriteeriume, ning sel juhul peavad hankijad direktiivi 2009/81/EÜ vahetu õigusmõju tõttu lähtuma selle direktiivi artiklist 49.

[49] Eelotsusetaotluse kohaselt oli see käesolevas asjas nii, kuna Veridos võis hankelepingu sõlmimise vaidlustada, tuginedes sellele, et Mühlbaueri pakkumus oli põhjendamatult madala maksumusega.

2. Direktiivi 2009/81/EÜ artikli 55 lõiget 2 koostoimes Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikliga 47 tuleb tõlgendada nii, et kui hankijal ei ole põhjust alustada pakkumuse tõsiseltvõetavuse kontrollimise menetlust, siis saab tema hinnangut kohtulikult kontrollida hankelepingu sõlmimise lõpliku otsuse vaidlustamise käigus.