KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PAOLO MENGOZZI
esitatud 29. juunil 2010[1]

1. Selle liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi raames palutakse Euroopa Kohtul selgitada, mil määral kohaldatakse liidu õigust riigihankele, mille suhtes kohustavad asjakohased direktiivid kohaldama ainult mõningaid minimaalseid õigusnorme. Täpsemalt on siin tegemist tõlketeenuste hankega, mille puhul näeb direktiiv 2004/18/EÜ[2] ette üksnes kohustuse täpsustada teenuse tehnilisi kirjeldusi ja kohustuse avaldada lepingu sõlmimise teade. Komisjon arvab siiski, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt oleks Iirimaa ametiasutus pidanud täitma veel mõningaid kohustusi, mille täitmata jätmise tõttu see hagi esitatigi.

I. Õiguslik raamistik

2. Liidu õigusnormideks, millest tuleb käesolevas kohtuasjas peamiselt lähtuda, on peale aluslepingute veel viidatud direktiivi 2004/18/EÜ (edaspidi ka „direktiiv") sätted.

3. Pooled on ühel meelel selles, et käesolevas kohtuasjas vaadeldavad teenused kujutavad endast direktiivi II B lisas loetletud teenuseid. Tõlketeenused kuuluvad „muude teenustena" nimetatud lisa kategooriasse 27.

4. Direktiivi artiklis 21, mille pealkiri on „II B lisas loetletud teenuste hankelepingud", on nähtud ette:

„Lepingute suhtes, mille objektiks on II B lisas loetletud teenused, kehtivad üksnes artikli 23 ja artikli 35 lõike 4 sätted".

5. Direktiivi artikli 23 osas, mille pealkiri on „Tehnilised kirjeldused", vaidlus puudub ning selle tervikteksti võib seega jätta siin ära toomata. Tegemist on väga pika ja üksikasjaliku õigusnormiga, mis kohustab riigihankeid korraldavaid isikuid määratlema selgelt ja täpselt tellitava teenuse suhtes kehtivad nõuded, et

1 – Algkeel: itaalia.

2 – 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).

vältida ametiasutusega lepingu sõlmimisest huvitatud isikute erinevat kohtlemist.

6. Direktiivi artikli 35 lõikes 4 on seevastu riigihankelepingu sõlminud hankijatele kehtestatud kohustus näha ette teade lepingute sõlmimise menetluse tulemuste kohta. Komisjon ei väida ka seda, et Iirimaa oleks rikkunud nimetatud õigusnormi.

II. Asjaolud ja kohtueelne menetlus

7. 16. mail 2006 avaldati Euroopa Liidu Teataja lisas teade [3] hanke kohta, mille Iirimaa valitsus korraldas kirjaliku ja suulise tõlke teenuste osutamiseks ametile, kelle haldusalasse kuuluvad pagulasküsimused.

8. Teates oli täpsustatud tellitavate teenuste kategooriat ja määratud kindlaks tähtpäev (9. juuni 2006) huvi ilmutamiseks hankes osalemise vastu. Lepingute sõlmimise korra osas oli märgitud, et valitakse välja majanduslikult soodsaim pakkumus järgmise seitsme kriteeriumi alusel:

1) esitatud dokumentide täielikkus;

2) deklareeritud võimsus, mis tagab nõuetele vastavuse;

3) osade [4], teenuste ja keelte arv;

4) kutsekvalifikatsioon, asjaomane kogemus;

5) hind;

6) pakutavate töömeetodite sobivus;

7) asukohad.

9. Teates oli ka täpsustatud, et loetletud lepingu sõlmimise kriteeriumeid ei tule mõista nii, et need on ära toodud tähtsuse järjekorras alates tähtsaimast.

3 – ELT 16, 16.5.2006, S 92. Teate viitenumber on 2006/S 92-098663.

4 – Teate kohaselt jagunes hange mitmeks osaks.

10. Hankes soovis osaleda kaksteist äriühingut, kellest kolm olid asutatud väljaspool Iirimaa territooriumit.

11. Kohe pärast pakkumuste esitamise tähtaja lõppu said hankekomisjoni liikmed skeemi, milles oli näidatud, kui suur osatähtsus tuleb omistada ühele või teisele lepingu sõlmimise kriteeriumile. See osatähtsus varieerus 0%-st (kriteerium nr 1, milleks oli dokumentide täielikkus) kuni 30%-ni (kriteerium nr 4). Mis puudutab teisi kriteeriumeid, siis kriteeriumi nr 2 osatähtsus oli skeemi kohaselt 7%, kriteeriumil nr 3 – 25%, kriteeriumil nr 5 – 20%, kriteeriumil nr 6 – 10% ja kriteeriumil nr 7 – 8%.

12. Järgmistel päevadel vaatasid hankekomisjoni üksikud liikmed erinevad esitatud pakkumused esimest korda läbi ja tegid seda individuaalselt.

13. Hankekomisjon tuli esimest korda kokku 22. juunil 2006. Enne nende pakkumuste läbivaatamist otsustas ta muuta kriteeriumide osatähtsust ning vähendas kriteeriumi nr 4 (mis varem oli hinnatud 30%-le) osatähtsust 25%-ni ja suurendas kriteeriumi nr 6 (mis varem oli hinnatud 10%-le) osatähtsust 15%-ni. Teiste kriteeriumide osatähtsus jäi samaks. Hankekomisjon hakkas pakkumusi hindama ja lepingut sõlmima seega uue osatähtsussüsteemi alusel, mis oli alles äsja heaks kiidetud.

14. Komisjon sai ühelt konkurendilt, kes ei osutunud edukaks, kaebuse. Pärast teabevahetust Iirimaaga saatis komisjon talle 23. oktoobril 2007 märgukirja ning pärast Iirimaa valitsuse vastuseid, mis leiti olevat ebarahuldavad, 23. septembril 2008 põhjendatud arvamuse.

III. Menetlus Euroopa Kohtus ja poolte nõuded

15. Et komisjon ei jäänud Iirimaa ametiasutuste vastusega põhjendatud arvamusele rahule, esitas ta 19. juunil 2009 analüüsitava liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi.

16. Komisjon palub Euroopa Kohtul:

– tuvastada, et kuna Iirimaa määras lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsuse kindlaks pärast pakkumuste esitamise tähtaja lõppu ning muutis seda osatähtsust pärast esitatud pakkumuste esmakordset läbivaatamist, on ta rikkunud

kohustusi, mis tulenevad võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest niisugustena, nagu neid on tõlgendanud Euroopa Kohus;

– mõista kohtukulud välja Iirimaalt.

17. Iirimaa palub Euroopa Kohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja komisjonilt.

kuuluvad direktiivi II B lisa kohaldamisalasse. Järelikult olid ainsateks direktiiviga sõnaselgelt kehtestatud kohustusteks need, mis on seotud tehniliste kirjelduste (direktiivi artikkel 23) ja lepingu sõlmimise teatega (artikli 35 lõige 4): selles osas ei heida komisjon Iirimaale siiski midagi ette.

20. On aga teada, et riigihangete suhtes kohaldatav liidu õigus ei koosne ainult seda valdkonda käsitlevates direktiivides toodud konkreetsetest sätetest. Eelkõige Euroopa Kohtu praktikas on alati rõhutatud vajadust mitte jätta selles osas tähelepanuta esmast õigust.

IV. Rikkumine

A. *Vaadeldava hanke õiguslik laad*

18. Enne etteheidetava rikkumise analüüsimist on kõigepealt vaja selgitada välja Iirimaa ametiasutuste korraldatud hanke laad, et määrata kindlaks selle suhtes kohaldatav õiguslik režiim.

21. Tuleb meenutada, et Euroopa Kohtu väljakujunenud juhise kohaselt on riigihankemenetluste liidu tasandil ühtlustamise eesmärk kõrvaldada teenuste ja kaupade vaba liikumise takistused ja seega kaitsta ühes liikmesriigis asutatud ettevõtjate huve, kes soovivad pakkuda kaupu või teenuseid mõnes teises liikmesriigis asutatud hankijatele. [5]

19. Nagu eespool märkisin, on pooled ühel meelel selles, et teenused, mida Iirimaa ametiasutus käesoleva vaidluse raames tellis,

5 – Vt nt 18. juuni 2002. aasta otsus kohtuasjas C-92/00: HI (EKL 2002, lk I-5553, punkt 43) ja 13. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-507/03: komisjon *vs.* Iirimaa (EKL 2007, lk I-9777, punkt 27).

22. Järelikult kui riigihange on piiriülese tähtsusega – kas või ainult potentsiaalselt – tuleb kohaldada aluslepingust tulenevaid õigusnorme. [6] Neid kohaldatakse mõistagi lisaks võimalikele formaalsustele, mis on sõnaselgelt ette nähtud kohaldatavates õigusaktides ja milleks kõnesoleval juhul on näiteks tehniliste kirjelduste ja lepingu sõlmimise teatega seotud kohustused.

23. Esmasest õigusest ning eelkõige asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtetest tuleneb peamiselt kaks kohustust. Esiteks peavad ametiasutused järgima kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu ja võrdse kohtlemise põhimõtteid. Teiseks peab ametiasutus selleks, et saaks kontrollida nende põhimõtete järgimist, täitma läbipaistvuskohustust. [7]

24. Poolte vahel ei näi valitsevat tõelist eriarvamust selles osas, kas eelmistes punktides nimetatud kohustused on olemas, ega ka selles osas, kas vaadeldava hanke puhul esines piiriülene huvi, mille olemasolu näitavad nii otsus anda selle kohta teavet Euroopa Liidu Teataja lisas kui ka asjaolu, et mõned konkurendid olid väljaspool Iirimaad asutatud ettevõtjad. [8] Vaieldakse selle üle, kas käesoleva juhtumi konkreetseid asjaolusid arvestades järgis Iirimaa ametiasutus oma käitumisega äsja ära toodud reegleid.

B. *Poolte argumendid*

25. Komisjon väidab oma lühikeses hagis, et Iirimaa ametiasutus jättis talle liidu õigusega kehtestatud kohustused täitmata kahest selgesti eristatavast vaatevinklist, rikkudes mõlemal juhul võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse

6 – Seda, et peab olema piiriülene huvi, ei ole alati selgelt kinnitatud Euroopa Kohtu praktikas, milles leidub mõnikord väiteid, mis lasevad arvata, et aluslepingust tulenevaid põhimõtteid peab kohaldama tingimusteta: vt nt 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-324/98: Telaustria ja Telefonadress (EKL 2000, lk I-10745, punkt 60) ja 3. detsembri 2001. aasta määrus kohtuasjas C-59/00: Vestergaard (EKL 2001, lk I-9505, punkt 20). Teistes kohtuotsustes on see nõue siiski selgelt ära toodud: vt nt kontsessioonide valdkonnas 21. juuli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-231/03: Coname (EKL 2005, lk I-7287, punkt 20) ja 13. aprilli 2010. aasta otsus kohtuasjas C-91/08: Wall (EKL 2010, lk I-2815, punkt 34). Konkreetselt mitteprioriteetset huvi esindavate teenuste kohta (teiste sõnadega nende kohta, mida on nimetatud direktiivi 2004/18 II B lisas) vt eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Iirimaa (punkt 29). Ka komisjon ise on tunnistanud piiriülese huvi olemasolu vajadust oma tõlgendavas teatises, milles käsitletakse ühenduse õigust lepingute sõlmimisel, mis ei ole või on ainult osaliselt reguleeritud riigihankedirektiividega (ELT 1.8.2006, C 179, lk 2, punkt 1.3).

7 – Kohtupraktika selles küsimuses on välja kujunenud: vt nt 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen (EKL 2005, lk I-8585, punktid 47–49).

8 – Komisjon esitas pealegi üsna laialdased argumendid, et näidata, et vaadeldava hanke puhul oli olemas piiriülene huvi: seda mõistagi selleks, et järgida põhimõtet, mille kohaselt on tõendamiskoormis selles küsimuses temal. Vt eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Iirimaa (punkt 32).

põhimõtteid, mida on kinnitatud Euroopa Kohtu praktikas.

26. Esiteks on Iirimaa ametiasutuste käitumine õigusvastane seetõttu, et lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsus määrati kindlaks alles pärast pakkumuste esitamise tähtaja lõppu.

27. Teiseks oli õigusvastane ka see, et nende osatähtsust muudeti pärast esitatud pakkumuste esmakordset läbivaatamist.

28. Komisjon märkis lisaks, et pärast Euroopa Liidu Teatajas avaldatud teadet ettevõtjatele saadetud üleskutses teha oma pakkumine ei olnud enam märgitud, et lepingu sõlmimise kriteeriumid ei ole esitatud tähtsuse järjekorras alates tähtsaimast, nii et hankes osalejad võisid mõistlikult eeldada, et kriteeriumid on ära toodud just nii. Et aga osatähtsuse kindlaksmääramisel ei omistatud kriteeriumidele osatähtsust vastavalt nende paiknemisele loetelus, eksitasid Iirimaa ametiasutused konkurente. Repliigis täpsustas komisjon siiski, et see, kuidas kriteeriumid loetelus ära toodud olid, ei kujuta endast põhjust, miks ta hagi esitas, nii et hagi põhineb kahel näidatud aspektil: kriteeriumide osatähtsuse kindlaksmääramine pärast pakkumuste esitamise tähtaja lõppu ja selle osatähtsuse muutmine pärast seda, kui hankekomisjoni üksikud liikmed olid pakkumused individuaalselt läbi vaadanud.

29. Iirimaa omakorda võtab asjaolud niisugusena, nagu komisjon on need tuvastanud, sisuliselt omaks, [9] kuid eitab, et need kujutavad endast liidu õiguse rikkumist.

30. Iirimaa valitsus rõhutab eelkõige, et 22. juunil kriteeriumides tehtud muudatus oli väga väike (kriteeriumile nr 4 määratud osatähtsust vähendati 5% võrra ja kriteeriumile nr 6 määratud osatähtsust suurendati vastavalt 5% võrra), täiesti ebapiisav selleks, et oleks võinud asetada mõne konkurendi soodsamasse või ebasoodsamasse olukorda võrreldes mõne teisega. Tagantjärele analüüsimine näitab, et eduka pakkujaga oleks sõlmitud leping ka esialgse osatähtsusega kriteeriumide põhjal.

31. Et ei ole olnud seega mingit konkurentide võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist, ei ole vaja analüüsida ka läbipaistvuse põhimõtte

9 – See, et eriti rõhutab Iirimaa valitsus asjaolu, et kriteeriumide kaalu muudeti *enne* seda, kui hankekomisjon hakkas pakkumusi läbi vaatama, ei muuda siiski tõsiasja, et nimetatud komisjoni üksikud liikmed olid need pakkumused vahepeal juba *individuaalselt* esimest korda läbi vaadanud. See asjaolu on selgelt tõendatud dokumentidega, mille komisjon on oma hagile lisanud.

järgimist, sest Euroopa Kohtu praktikas on seda teist põhimõtet peetud esimesega võrreldes ainult teisejärguliseks.

läbipaistvuse põhimõtte järgimise analüüsimine tema meelest ülearune.

34. Iirimaa arutluskäiguga ei saa nõustuda.

C. *Hinnang*

35. Seda valdkonda käsitleva väljakujunenud kohtupraktika loogikas on läbipaistvuse põhimõttel tõesti teisejärguline otstarve võrreldes võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtetega. See teisejärgulisus ei ole aga tagajärg, mis viib niisuguse tulemuseni, nagu arvab Iirimaa valitsus. Vastupidi, läbipaistvuskohustus on teisejärguline selles mõttes, et *kui seda on järgitud, on võimalik tuvastada, kas on järgitud ülejäänud kahte kohustust, mis on „peamised"*. Kui ametiasutus ei tegutse läbipaistvalt, muutub raskeks, kui mitte võimatuks kontrollida, kas ta võis rikkuda võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtteid.

32. Argumentatsiooni loogilisuse ja selguse huvides alustan juhtumi õiguslike aspektide analüüsimist mõne tähelepanekuga läbipaistvuse põhimõtte kohta riigihangete valdkonnas. Vaatlen seega komisjoni kahte vastuväidet ning lõpuks pühendan natuke tähelepanu aspektidele, mille pooled on jätnud ekslikult kahe silma vahele, nagu mulle tundub.

36. Lisaks on läbipaistvuskohustuse järgimine hädavajalik eeltingimus, mis aitab tagada, et kõikidele potentsiaalsetele pakkujatele teatati hankest sobival viisil, nii et on järgitud võrdset kohtlemist. [10]

1. Läbipaistvuse põhimõte

37. Järelikult kui on täidetud tingimused, mis peavad olema kohtupraktika kohaselt täidetud, et riigihanke suhtes kohaldataks liidu

33. Nagu nägime, väidab Iirimaa, et hangete valdkonnas täiendab läbipaistvuse põhimõte võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtteid: järelikult kui on tuvastatud, et neid kahte põhimõtet ei ole rikutud, on

10 – Vt eespool 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Coname (punkt 17).

esmasest õigusest tulenevaid põhimõtteid, tuleb alati kontrollida, kas on järgitud läbipaistvuse põhimõtet. Veelgi enam, loogiliselt arutledes võib äärmisel juhul isegi väita, et selle järgimist tuleb kontrollida *enne* võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtete järgimise kontrollimist.

2. Komisjoni esimene väide

38. Nagu nägime, heidab komisjon esimese väitega Iirimaale ette, et viimane määras erinevate lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsuse kindlaks alles pärast pakkumuste esitamise tähtaja lõppu. Niisuguse liiga hilja kindlaksmääramisega rikuti väidetavalt võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid.

39. Mulle näib, et selle esimese väitega ei saa nõustuda ja seda järgmistel põhjustel.

40. Esiteks on selge, et direktiiv ei kohustanud lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsust juba eelnevalt ära näitama. Nagu komisjon isegi oma hagis möönab, ei olnud direktiivi artikkel 40 (mille lõike 5 punktis e on selline kohustus ette nähtud) vaadeldava hanke suhtes kohaldatav. Nimelt kui täpne olla, siis käesoleval juhul ei kohustanud direktiiv isegi lepingu sõlmimise kriteeriumeid eelnevalt ära tooma, mida Iirimaa ametiasutused siiski tegid.

41. Teiseks ei tulene niisugune kohustus ka kohtupraktikast. Eelkõige võib analoogia alusel viidata Euroopa Kohtu otsusele, milles juhtumil, mille suhtes kohaldati täielikult riigihankedirektiive, tunnistati õiguspäraseks sellise ametiasutuse käitumine, kes määras ühe lepingu sõlmimise kriteeriumi alakriteeriumide osatähtsuse kindlaks *pärast* pakkumuste esitamist, kuid *enne* neid sisaldavate ümbrike avamist. [11]

42. Loomulikult tekib küsimus, kas kohustust näidata juba teates ära erinevate lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsus võib pidada võrdse kohtlemise, diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise kohustuse loomulikuks tagajärjeks. Mulle ei tundu siiski – eelkõige Euroopa Kohtu praktika põhjal –, et see on nii.

43. Kohtupraktikas, mis käsitleb hankeid, mille suhtes kohaldatakse täielikult erinevaid

11 – 24. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-331/04: ATI EAC jt (EKL 2005, lk I-10109, punkt 32).

selle valdkonna direktiive, on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete väljenduseks nimelt peetud kohustust teatada konkurentidele eelnevalt lepingu sõlmimise kriteeriumid (kohustus, mis – meenutagem – on sõnaselgelt niisugustel juhtudel õigusnormidega ette nähtud). [12] Selle kohtupraktika kohaselt tulenevad nendest põhimõtetest lisaks kohustus tõlgendada lepingu sõlmimise kriteeriumeid kogu menetluse jooksul ühetaoliselt [13] ja keeld muuta lepingu sõlmimise kriteeriumeid hanke käigus. [14]

44. On ilmne, et direktiivis 2004/18 vastab ka kohustus näidata eelnevalt ära lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsus hangetes, mille suhtes kohaldatakse täielikult direktiivi, nõudele tagada võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimine. Siiski on minu arvates vaja vältida seda, et ulatust, mis kõnesolevatel põhimõtetel on hangetes, mille suhtes kohaldatakse direktiivi, ja hangetes, mille suhtes seda ei kohaldata (või kohaldatakse nagu käesoleval juhul ainult osaliselt), peetakse automaatselt samasuguseks. Kui asuda seisukohale, et läbipaistvus, mis on kohustuslik hangete puhul, mille suhtes direktiivi ei kohaldata, on tingimata samasugune nagu läbipaistvus, mis on kohustuslik hangete puhul, mille suhtes kohaldatakse direktiivi, avaneks võimalus kohaldada direktiivi väändunult paljude juhtumite suhtes, mille puhul leidis seadusandja *sõnaselgelt,* et seda ei tule kohaldada. Teataval määral on kogu direktiivi eesmärk viia ellu aluslepingus sätestatud aluspõhimõtteid: [15] kui ainus võimalus viia need põhimõtted ellu hangete valdkonnas on direktiivis ette nähtud võimalus, ei jää üle muud, kui kohaldada seda kõikidel juhtudel, mil on olemas piiriülene huvi.

45. Üldiselt ei saa praktilisi üksikasjalikke nõudeid aluslepingu põhimõtete järgimise tagamiseks direktiivi kohaldamata jätmise ja üksnes osalise kohaldamise raames kindlaks määrata ühekordselt ja lõplikult ning neid tuleb hinnata igal üksikul juhtumil eraldi. [16]

46. Käesoleval juhul avaldas Iirimaa ametiasutus aga teate ja näitas selles ära lepingu sõlmimise kriteeriumid, kuigi ei täpsustanud nende osatähtsust. Eelmistes punktides

12 – 25. aprilli 1996. aasta otsus kohtuasjas C-87/94: komisjon *vs.* Belgia (EKL 1996, lk I-2043, punkt 88) ja 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-470/99: Universale-Bau jt (EKL 2002, lk I-11617, punkt 98). Väärib äramärkimist, et kohtuasjades, milles tehti äsja viidatud otsused, kohaldatavates direktiivides nõuti ametiasutuselt, et ta täpsustaks eelnevalt lepingu sõlmimise kriteeriumide kaalu ainult „võimaluse korral", loetledes need neile omistatud tähtsuse järjekorras (vt direktiivi 93/37/EMÜ artikli 30 lõige 2 ja direktiivi 90/531/EMÜ artikli 27 lõige 2).

13 – 18. oktoobri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-19/00: SIAC Construction (EKL 2001, lk I-7725, punkt 43).

14 – 4. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-448/01: EVN ja Wienstrom (EKL 2003, lk I-14527, punkt 93).

15 – Vt analoogia alusel 22. juuni 1993. aasta otsus kohtuasjas C-243/89: komisjon *vs.* Taani (EKL 1993, lk I-3353, punkt 33).

16 – Vt nt eespool 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Telaustria ja Telefonadress (punkt 63) ja eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Parking Brixen (punkt 50).

esitatud kaalutlustest lähtudes arvan, et diskrimineerimise keelu, võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid ei ole rikutud. Tellija andis rohkem infot, kui direktiiv kohustas teda edastama, ega tekitanud ebavõrdsust potentsiaalsete konkurentide hulgas.

47. Nagu on märgitud kohtupraktikas, on läbipaistvuskohustuse eesmärk põhimõtteliselt tagada kõikidele potentsiaalsetele pakkujatele sobiv avalikustamise tase, mis teeb võimalikuks tõelise konkurentsile avatuse ja lepingu sõlmimise menetluse erapooletuse kontrollimise. [17] Käesoleval juhul tuleb otsust kasutada Euroopa Liidu Teataja lisa pidada kahtlemata sobivaks vahendiks, mis võimaldas lepingu sõlmimiseks korraldatud hankemenetluse piisaval määral avalikustada.

48. Mis puudutab seejärel diskrimineerimise keelu ja võrdse kohtlemise põhimõtteid, siis asjaolu, et kriteeriumide osatähtsus määrati kindlaks alles pärast pakkumuste esitamist, ei tekitanud iseenesest mingit võrdsesse olukorda asetatud pakkujate ebavõrdset kohtlemist.

17 – Vt nt eespool 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Telaustria ja Telefonadress (punkt 62); vt ka analoogia alusel teenuste kontsessioonide valdkonnas 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-324/07: Coditel Brabant (EKL 2008, lk I-8457, punkt 25) ja 3. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas C-203/08: Sporting Exchange (EKL 2010, lk I-4695, punkt 41 ja seal viidatud kohtupraktika).

49. Pealegi tuleb märkida, et komisjoni esimesele väitele tuleks anda teistsugune hinnang, kui tellija oleks näidanud teates lepingu sõlmimise kriteeriumid ära nii, et loetleb need tähtsuse järjekorras alates tähtsaimast. Niisugusel juhul oleks ametiasutus kriteeriumide osatähtsust menetluse käigus muutnud: nagu eespool nägime, ei ole kriteeriumidele omistatud osatähtsus käesoleval juhul kuidagi seotud nende teates loetlemise järjekorraga ning lepingu sõlmimise tähtsaimad kriteeriumid olid need, mis olid toodud kolmandal ja neljandal kohal.

50. Kuigi komisjon väitis oma hagis, et kriteeriumid olid teates ja järgnevas üleskutsekirjas loetletud tähtsuse järjekorras alates tähtsaimast, räägib mitu asjaolu selle väite vastu.

51. Esiteks oli Euroopa Liidu Teatajas avaldatud teates sõnaselgelt märgitud, et kriteeriumide järjekord ei peegelda nende osatähtsust.

52. Teiseks oli esimeseks kriteeriumiks esitatud dokumentide täielikkus. Ükski vähegi informeeritud konkurent ei oleks aga saanud pidada seda põhiliseks lepingu sõlmimise

kriteeriumiks: juba selle laad näib olevat niisugune, nagu oleks tegemist pigem hankemenetluses osalemise lubamise tingimuse kui lepingu sõlmimise kriteeriumiga ning mitte juhuslikult ei määratud sellele seejärel 0-protsendilist osatähtsust. [18]

53. Kolmandaks näib, et repliigis komisjon ise kui mitte ei loobunud oma seisukohast, et lepingu sõlmimise kriteeriumid olid esitatud tähtsuse järjekorras alates tähtsaimast, siis vähemalt kujundas seda ümber. Komisjoni niisugune otsus tundub mulle täiesti õige, kuid samal ajal võtab see tema esimeselt väitelt selle ainsa alustala.

54. Järelikult arvan, et komisjoni esimene väide tuleb tagasi lükata.

3. Komisjoni teine väide

55. Meenutan, et oma teises väites kinnitab komisjon, et Iirimaa rikkus võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid, kui muutis lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsust pärast esitatud pakkumuste esmakordset ülevaatlikku läbivaatust.

56. Nagu eespool märkisin, on faktilised asjaolud teada ja neid ei ole vaidlustatud. Kriteeriumide osatähtsust muudeti tõepoolest mõni päev pärast selle esmakordset kindlaksmääramist. Muutmise hetkel ei olnud hankekomisjon veel tööle hakanud, kuid selle liikmed olid saanud individuaalselt esitatud pakkumustega tutvuda.

57. Teise väitega tuleb erinevalt esimesest nõustuda.

58. Meenutasin juba eespool, et liidu õiguses niisugusena, nagu seda on tõlgendanud Euroopa Kohus, peetakse võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtetega vastuolus olevaks lepingu sõlmimise kriteeriumide igasugust muutmist menetluse käigus. [19] Käesoleval juhul oli see just nii.

59. Seda väidet ei väära kuidagi asjaolu, et hankekomisjon alustas kollektiivselt tööd alles pärast lepingu sõlmimise kriteeriumide lõplikku muutmist. Selle põhimõtte kasulikku mõju, mille kohaselt ei tohi kriteeriumeid

18 – Vt selle kohta ka tagapool punkt 64 jj.

19 – Vt eespool punkt 43.

menetluse käigus muuta, rikutaks täielikult, kui menetluse täisväärtuslikuks osaks ei peeta etappi, mille jooksul hankekomisjoni liikmed tutvuvad enne selle komisjoni koosolekut konkurentide esitatud pakkumustega.

60. Ka see, et kriteeriumide osatähtsuse esmakordne kindlaksmääramine ei olnud ametlik akt, vaid ainult teatav „esialgne ettepanek", ei muuda ametiasutuse käitumist vähem õigusvastaseks. Minu meelest on konkurentide võrdse kohtlemise tagamiseks nimelt hädavajalik, et lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsus määrataks kindlaks *enne, kui pakkumusi läbi vaatama hakatakse,* isegi kui hankekomisjoni liikmed vaatavad neid läbi individuaalselt. Kriteeriumide osatähtsuse kindlaksmääramise toimingud ühelt poolt ja pakkumuste hindamise toimingud teiselt poolt tuleb üksteisest rangelt lahus hoida. Hankekomisjoni liikmete võimalik „ühine mõtisklus" selle üle, missugune osatähtsus erinevatele kriteeriumidele tuleks omistada, oleks pidanud – selleks, et olla õiguspärane – leidma aset enne pakkumuste igasugust läbivaatamist.

61. Tagasi tuleb lükata ka Iirimaa valitsuse argumendid, mis on keskendatud asjaolule, et edukas pakkuja ei oleks olnud keegi teine ka siis, kui erinevatele kriteeriumidele oleks omistatud esialgu kindlaks määratud osatähtsus selle asemel, mis neil oli muudatuse tulemusena.

62. Tuleb nimelt meenutada, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei eksisteeri liikmesriigi kohustuste rikkumise hagide raames mingit tingimust, mis oleks seotud menetluse algatamise huviga.[20] Menetluse eesmärk on tuvastada, kas liidu õigust on rikutud või mitte, aga mitte analüüsida tagajärgi, mis selle rikkumisega kaasnevad. Seepärast ei mõjuta asjaolu, et menetluse tulemus oleks olnud samasugune ka siis, kui lepingu sõlmimise kriteeriumidele oleks omistatud osatähtsus, mis omistati neile esialgu, kuidagi hinnangut, kas rikkumine oli põhjendatud või mitte.

63. Kokkuvõttes on komisjoni esitatud teine väide põhjendatud ja sellega tuleb nõustuda.

4. Ühele kriteeriumile osatähtsuse omistamata jätmise võimalik õigusvastasus

64. Viimane küsimus, millel tuleks peatuda, kuigi pooled pole sellele erilist tähelepanu pööranud, puudutab võimalust pidada liidu õigusega vastuolus olevaks asjaolu, et Iirimaa ametiasutus jättis erinevate lepingu sõlmimise kriteeriumide osatähtsuse kindlaksmääramisel ühele nende hulgast osatähtsuse

20 – Vt nt 2. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas C-394/02: komisjon *vs.* Kreeka (EKL 2005, lk I-4713, punktid 14–16 ja seal viidatud kohtupraktika).

omistamata (0%). Ma pean silmas, nagu on ilmne, kriteeriumit „esitatud dokumentide täielikkus".

65. Minu meelest on see, kui teates tuuakse ära lepingu sõlmimise kriteerium ja seejärel, pärast pakkumuste esitamise tähtaja lõppu määratakse sellele osatähtsus, mis võrdub 0%-ga, igas mõttes samaväärne kriteeriumide muutmisega. Praktikas saavutatakse sama tulemus nagu siis, kui kriteerium jäetakse loetelust välja: teates märgitud kriteeriumit ei kasutata hiljem hankepakkumise vastuvõtmisel. Teiste sõnadega rikkusid Iirimaa ametiasutused tõenäoliselt liidu õigust, kui jätsid kriteeriumile „esitatud dokumentide täielikkus" osatähtsuse omistamata.

66. Euroopa Kohus ei saa siiski käesoleval juhul niisuguse rikkumise puhul süüdimõistvat otsust teha.

67. Nagu ma eespool märkisin, võib esiteks tekkida küsimus, kas „lepingu sõlmimise kriteeriumit", milleks on dokumentide täielikkus, ei tule mitte tegelikult pidada lihtsalt hankemenetluses osalemise lubamise tingimuseks. Dokumendid kas on juba oma määratluse poolest täielikud, st vastavad teates nimetatud nõuetele või ei ole seda. Ei ole võimalik kujutleda vahepealset olukorda. Kuid isegi kui asuda seisukohale, et dokumentide täielikkus ei ole lepingu sõlmimise kriteerium, esitati see teates sellegipoolest niisuguse kriteeriumina ning seepärast võib kerkida mõningaid kahtlusi vastavuse kohta aluslepingus sätestatud põhimõtetele.

68. Teiseks ei ole komisjon siiski väitnud, et tegemist on sellise rikkumisega. Seda ei ole sõnaselgelt märgitud ega saa ka asuda seisukohale, et sellele oleks kuidagi vihjatud hagiavalduses, milles kritiseeritakse – nagu nägime – ainult seda, et kriteeriumide osatähtsus määrati kindlaks pärast pakkumuste esitamise tähtaja lõppu ning seda osatähtsust muudeti pärast pakkumuste individuaalset läbivaatamist hankekomisjoni liikmete poolt. Ka Iirimaa valitsusel ei olnud võimalust selle aspekti kohta seisukohta võtta.

V. Ettepanek

69. Oma analüüsi kokkuvõtteks teen Euroopa Kohtule seega ettepaneku nõustuda teisega komisjoni kahest väitest. Mis puudutab kohtukulusid, siis et Iirimaa kaotab kohtuvaidluse üksnes osaliselt, teen ettepaneku mõista temalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 69 lõike 3 alusel välja pool komisjoni kohtukuludest.

70. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule järgmise ettepaneku:

– „kuna Iirimaa muutis lepingu sõlmimise kriteeriumidele määratud osatähtsust pärast esitatud pakkumuste esmakordset läbivaatamist, on ta rikkunud kohustusi, mis tulenevad võrdse kohtlemise, diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse põhimõtetest;

– jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata;

– mõista Iirimaalt välja pool kohtukuludest;

– jätta pool komisjoni kohtukuludest tema enda kanda."