Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 21. jaanuaril 2016[1]

Kohtuasi C-27/15

Pippo Pizzo jt
versus
CRGT srl

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Sitsiilia maakonna kõrgeim halduskohus, Itaalia))

Riigihanked — Direktiiv 2004/18/EÜ — Hankemenetluses osalemine — Võimalus toetuda vajalike tingimuste täitmiseks teiste ettevõtjate suutlikkusele — Niisuguse tasu maksmata jätmine, mida ei ole sõnaselgelt ette nähtud — Pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine

1. Käesolev eelotsusetaotlus annab Euroopa Kohtule uue võimaluse arendada edasi oma kohtupraktikat riigihankemenetluse, eelkõige direktiivi 2004/18/EÜ[2] kohta.

2. Ühelt poolt tõstatatakse taas kord küsimus, kas pakkuja võib hankemenetluses osalemise tingimuste täitmiseks toetuda kolmandate isikute suutlikkusele; see on Euroopa Kohtu praktika seisukohast suhteliselt lihtsalt lahendatav probleem.

3. Teiselt poolt – ja see probleem on keerulisem – küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus võimaluse kohta, et teatavaid hankemenetluses osalemise tingimusi ei ole sõnaselgelt hanketeates ega tehnilises kirjelduses märgitud, kuid need saab tuletada üldkohaldatavatest siseriiklikest õigusnormidest.

4. Seoses selle teise probleemiga teen Euroopa Kohtule ettepaneku tõlgendada paindlikult oma kohtupraktikat nõude kohta, et hankedokumendid peavad sisaldama sõnaselgelt kõiki hankelepingu sõlmimise tingimusi. Selle ettepaneku tegemisel tuginen loogikale, mida ma pean sisemiselt omaseks „piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepaneliku pakkuja” mõistele kui selle kohtupraktika põhiolemust määravale kriteeriumile.

1 — Algkeel: hispaania.

2 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, lk 114, ELT eriväljaanne 06/07, lk 132).

I. **Õiguslik raamistik**

A. *Liidu õigus*

1. Direktiiv 2004/18

5. Direktiivi 2004/18 artiklis 2 on sätestatud, et „[o]stjad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil”.

6. Direktiivi artiklis 47 on märgitud:

„1. Ettevõtja finants- ja majanduslikku seisundit võib üldjuhul tõendada ühe või mitme järgmise dokumendiga:

a) asjakohane pangaõiend või ametialase vastutuskindlustuse tõend, kui see on asjakohane;

b) bilanss või bilansi väljavõtted, kui bilansi avaldamine on ettevõtja asukohariigi õiguse alusel nõutav;

c) väljavõte ettevõtja kogukäibest ja, kui see on asjakohane, lepinguga seotud valdkonna käibest […].

2. Vajaduse korral võib ettevõtja konkreetse lepingu puhul kasutada teiste üksuste võimalusi, olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist. Sel juhul peab ta ostjale tõendama, et tal on võimalus vajalikke vahendeid käsutada, esitades selleks näiteks kõnealuste üksuste poolt võetud vastava kohustuse.

[…]”

7. Direktiivi 2004/18 artikli 48 kohaselt:

„1. Ettevõtjate tehnilist ja/või kutsealast suutlikkust hinnatakse ja kontrollitakse vastavalt lõigetele 2 ja 3.

[…]

3. Vajaduse korral võib ettevõtja konkreetse lepingu puhul kasutada teiste üksuste võimalusi, olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist. Sel juhul ta peab ostjale tõendama, et tema käsutuses on lepingu täitmiseks vajalikud vahendid, tuues esile näiteks kõnealuste üksuste poolt võetud kohustuse anda vajalikud vahendid ettevõtja käsutusse.

[…]”

2. Direktiiv 2014/24/EL [3]

8. Direktiivi 2014/24 artikkel 63 sätestab:

„1. […] majandusliku ja finantsseisundi kriteeriumite ning […] tehnilise ja kutsealase suutlikkuse kriteeriumite täitmisel võib ettevõtja vajaduse korral ja konkreetse lepingu puhul toetuda teiste üksuste suutlikkusele, olenemata nendevaheliste suhete õiguslikust laadist. […] Kui ettevõtja soovib toetuda teiste üksuste suutlikkusele, tõendab ta avaliku sektori hankijale, et vajalikud vahendid on talle kättesaadavad, näiteks esitades sellistelt üksustelt saadud vastava kinnituse.

[…]

Kui ettevõtja toetub teiste üksuste suutlikkusele seoses majandusliku ja finantsseisundiga seotud kriteeriumitega, võib avaliku sektori hankija nõuda, et ettevõtja ja vastavad üksused on ühiselt vastutavad lepingu täitmise eest.

[…]

2. Liikmesriigid võivad sätestada, et seoses ehitustööde ja teenuste hankelepingutega ning asjade kohaletoomise või paigaldamistöödega asjade hankelepingute puhul võib avaliku sektori hankija nõuda, et teatavaid olulisi ülesandeid teostaks pakkuja ise või, kui pakkumuse esitab artikli 19 lõike 2 kohane ettevõtjate rühm, siis selle rühma liige.”

B. *Liikmesriigi õigus*

1. 12. aprilli 2006. aasta seadusandlik dekreet nr 163 [4]

9. Seadusandliku dekreedi nr 163 artikkel 49 näeb ette:

„1. Pakkuja – olenemata sellest, kas ta osaleb hankemenetluses üksinda, konsortsiumis või ettevõtjate ühenduses artikli 34 tähenduses – võib konkreetses ehitustööde, teenuste või asjade riigihankemenetluses täita majandusliku ja finantsseisundi ning tehnilise ja korraldusliku pädevuse, see tähendab SOA [sertifitseerimisasutuse] tõendi omamise nõude, toetudes teise üksuse suutlikkusele või SOA tõendile.

[…]

6. Ehitustööde osas võib pakkuja toetuda igas kvalifikatsioonikategoorias ainult ühe abistava ettevõtja suutlikkusele. Hanketeates võidakse lubada rohkem kui ühe abistava ettevõtja suutlikkusele toetumist, arvestades lepingu väärtust või soorituste erilist laadi […]”.

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

4 — Ehitustööde, teenuste ja asjade riigihankelepingute seadustik, millega rakendatakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, edaspidi „*GURI*”, nr 100, 2.5.2006, regulaarne lisa nr 107) selle 11. septembri 2008. aasta seadusandliku dekreediga nr 152 (*GURI* nr 231, 2.10.2008, regulaarne lisa nr 227) muudetud redaktsioonis; edaspidi „seadusandlik dekreet nr 163/2006”.

2. 23. detsembri 2005. aasta seadus nr 266 [5]

10. Seaduse nr 266 artikli 1 lõike 67 esimese lõigu kohaselt määrab „Riiklike ehitustööde järelevalveamet [Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici] […] igal aastal kindlaks selle tasu summa, mida peavad talle maksma avalik-õiguslikud ja eraõiguslikud isikud, kelle üle ta järelevalvet teostab, samuti selle sissenõudmise korra, sealhulgas ettevõtjate tasu maksmise kohustuse kui tingimuse, millest sõltub pakkumuse vastuvõetavus riiklike ehitustööde hankemenetluste raames."

II. **Faktilised asjaolud**

11. Messina Sadamaamet (Autorità portuale di Messina, edaspidi „sadamaamet") (Itaalia) kuulutas 2012. aasta novembris välja avatud hankemenetluse Euroopa Liidu tasandil, et sõlmida nelja-aastane teenuste riigihankeleping tema tööpiirkonnas peatuvate laevade laevaheitmete ja lastijäätmete käitlemiseks. Varem pakkus seda teenust ettevõtja CRGT srl (edaspidi „CRGT").

12. Teenuste riigihankeleping sõlmiti äriühingute Pippo Pizzo ja Onofaro Antonino ajutise ühendusega (edaspidi „Pizzo"), kui oli tuvastatud, et teised konkureerivad äriühingud – nende hulgas CRGT– ei olnud maksnud Riigihankelepingute järelevalve ametile (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, edaspidi „AVCP") seaduses nr 266/2005 pakkumuste vastuvõetavuse tingimusena ette nähtud tasu, mille tõttu nad hankemenetlusest kõrvaldati.

13. CRGT esitas enda hankemenetlusest kõrvaldamise peale kaebuse Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia'le (sezione staccata di Catania, sezione IV) (Sitsiilia maakonna halduskohtu Catania kohtumaja IV koda). Pizzo esitas vastukaebuse, milles ta väitis, et CRGT oleks tulnud hankemenetlusest kõrvaldada ka seetõttu, et ta oli esitanud oma finants- ja majandusliku seisundi tõendamiseks ainult ühe hanketeates nõutud kahest pangatõendist.

14. Esimese astme kohus rahuldas CRGT kaebuse, leides, et tema hankemenetlusest kõrvaldamine oli alusetu, arvestades et: a) hankedokumentides ei olnud seaduses nr 266/2005 nimetatud tasu maksmist ette nähtud; b) nimetatud tasu seondub sõnaselgelt riiklike ehitustööde, aga mitte teenuslepingutega, ja c) seda tasu on võimalik teenuslepingute puhul kohaldada ainult siis, kui tõlgendada laiendavalt seadust nr 266/2005, millega tulenevalt põhimõttest, et menetlusest kõrvaldamise alused on loetletud ammendavalt, ei tohi kahjustada pakkujaid, kes mõistsid, et vaidlusalune tasu ei olnud konkreetsel juhul nõutav, ilma et seda saaks neile süüks panna.

15. Esimese astme kohus jättis ühtlasi rahuldamata Pizzo vastukaebuse, tuvastades, et CRGT võis toetuda enda huvides – nagu ta seda oligi teinud – abistava äriühingu majandus- ja finantsseisundile, kellega ta oli selleks sõlminud lepingu.

16. Pizzo esitas apellatsioonkaebuse Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione sicilianale (Sitsiilia maakonna kõrgeim halduskohus), millele vaidles vastu CRGT, kes tugines taas teistele väidetele, mis ta oli esitanud oma esimeses kaebuses ja mis ei ole käesolevas asjas asjassepuutuvad.

17. Nendel asjaoludel otsustas Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Sitsiilia maakonna kõrgeim halduskohus) esitada eelotsusetaotluse.

5 — 2006. aasta eelarveseadus (Legge finanziaria 2006; *GURI* nr 302, 29.12.2005, regulaarne lisa nr 211). Edaspidi „seadus nr 266/2005".

III. **Eelotsuse küsimus**

18. Euroopa Kohtus 22. jaanuaril 2015 registreeritud eelotsusetaotluse sisu on järgmine:

„1. Kas Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artikleid 47 ja 48 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus niisugused siseriiklikud õigusnormid nagu eespool kirjeldatud Itaalia õigusnormid, mis võimaldavad teenuste valdkonnas toetuda osaliselt teiste ettevõtjate suutlikkusele, nagu on eespool kirjeldatud?

2. Kas Euroopa Liidu õiguses kehtivate põhimõtetega ning konkreetselt õiguspärase ootuse kaitse, õiguskindluse ja proportsionaalsuse põhimõtetega on vastuolus niisugune liikmesriigi õigusnorm, mis võimaldab kõrvaldada riigihankemenetlusest ettevõtja, kes ei mõistnud, et tal on selles menetluses osalemiseks kohustus tasuda teatav rahasumma - mille täitmata jätmise eest karistatakse menetlusest kõrvaldamisega –, sest seda kohustust ei olnud hankedokumentides sõnaselgelt märgitud, ning seda hoolimata asjaolust, et selle kohustuse olemasolu ei ilmne selgelt liikmesriigis kehtiva seaduse sõnastusest, kuid on siiski tuletatav kahe õigustoimingu abil: esiteks selle liikmesriigi positiivse õiguse teatavate sätete laiendav tõlgendamine ja seejärel hankedokumentide siduva osa täiendamine vastavalt selle laiendava tõlgendamise tulemustele?”

19. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on esimese küsimusega seoses seisukohal, et direktiiviga 2014/24 võidi seada piirangud võimalusele toetuda valikukriteeriumite täitmiseks kolmanda isiku suutlikkusele.

20. Teise küsimusega seoses on Consiglio di Giustizial (Sitsiilia maakonna kõrgeim halduskohus) samuti kahtlus, kas õiguspärase ootuse kaitse, proportsionaalsuse, õiguskindluse ja *favor participationis*'e põhimõtetest tulenevalt ei tuleks mitte anda asjaomasele äriühingule lühike tähtaeg maksekohustuse rikkumise kõrvaldamiseks.

IV. **Menetlus Euroopa Kohtus. Poolte argumendid**

21. Menetluses osalesid kirjalikke seisukohti esitades Itaalia valitsus ja komisjon.

A. *Esimene küsimus*

22. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimese küsimuse kohta väidab Itaalia valitsus, et selle vastuvõetavus on kaheldav, kuna eelotsusetaotluse esitanud kohus ei ole kirjeldanud küsimuse aluseks olevaid „faktilisi hüpoteese” ning seega ei ole andnud Euroopa Kohtule ega menetlusosalistele tõstatatud probleemi suhtes seisukoha võtmiseks vajalikke vahendeid.

23. Itaalia valitsuse arvates ei ole kohane viide direktiivile 2014/24, kuivõrd see ei ole käesolevas asjas kohaldatav ja arvestades, et selle siseriiklikkusse õigusesse ülevõtmise tähtaeg ei ole veel lõppenud. Tema arvates ei ole nimetatud direktiiv igal juhul kolmandate isikute suutlikkusele toetumise suhtes vähem soodne kui direktiiv 2004/18.

24. Sisulise küsimuse suhtes leiab Itaalia valitsus, et probleemi saab lahendada lähtuvalt põhimõtetest, mis on sedastatud kohtuotsustes Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino,[6] mille aluseks olnud faktilised asjaolud ei erine õiguslikult oluliselt eelotsusetaotluse esitanud kohtus arutatava kohtuasja omadest.

6 — Kohtuotsus C-94/12, EU:C:2013:646. Edaspidi „kohtuotsus Swm Costruzioni”.

25. Itaalia valitsus on seepärast seisukohal, et direktiivi 2004/18 ja seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artiklis 49 sisalduvate siseriiklike õigusnormide vahel ei ole mingit vastuolu.

26. Komisjoni arvamus ühtib Itaalia valitsuse omaga selles osas, et vastus esimesele küsimusele tuleneb eespool viidatud kohtuotsuses Swm Costruzioni sedastatud praktikast. Euroopa Kohus on tunnistanud, et ettevõtja võib selliste nõutavate miinimumtingimuste täitmiseks, mida ta ise ei suuda täielikult täita, toetuda lisaks iseenda suutlikkusele ka ühe või mitme kolmanda isiku suutlikkusele.

27. Direktiivi 2014/24 kohta juhib komisjon ka selles küsimuses Itaalia valitsuse arvamust jagades tähelepanu sellele, et see ei ole käesolevale asjale *ratione temporis* kohaldatav.

28. Komisjon väidab järelikult, et direktiivi 2004/18 artikleid 47 ja 48 tuleb tõlgendada nii, et niisugune siseriiklik õigusnorm nagu eelotsusetaotluse esitanud kohtu nimetatud õigusnorm ei ole nendega vastuolus.

B. *Teine küsimus*

29. Teise küsimuse suhtes ei tähelda Itaalia valitsus ühegi eelotsusetaotluses loetletud põhimõtte rikkumist. Ta rõhutab, et seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artikli 46 lõikes 1*bis* tunnustatakse hankemenetlusest kõrvaldamise alusena lisaks seadusandlikus dekreedis endas ja hanketeates ette nähtud alustele ka „teistes kehtivates õigusnormides” ette nähtud aluseid. Sellest tulenevalt on ta arvamusel, et see, et AVCP-le tasu maksmata jätmist ei ole erinormis nimetatud hankemenetlusest kõrvaldamise alusena, ei ole asjaolu, mis õigustaks pakkujapoolset rikkumist. Pakkuja peab teadma kõiki eeskirju, mis moodustavad kohustuslikud hankemenetlusest kõrvaldamise alused, ja mis just nimelt korvavad hanketeates selles aspektis esinevaid võimalikke lünki.

30. Itaalia valitsus on samuti seisukohal, et pakkujad ei saa pärast pakkumuste esitamise tähtaja lõppu oma pakkumuste puudusi kõrvaldada, kuna teha võib ainult punktuaalseid parandusi või täiendusi kohtuasjas Manova[7] tehtud kohtuotsuse tähenduses. Hankija võib lubada, et pakkujad kõrvaldavad teatavad puudused subjektiivsete osalemistingimuste osas, aga mitte, et nad maksavad maksmata jäetud tasu. Vastasel juhul tähendaks see lubada täita õigel ajal täitmata jäetud vastuvõetavuse tingimuse pärast tähtaja lõppemist, rikkudes sellega võrdse kohtlemise, erapooletuse ja läbipaistvuse põhimõtteid.

31. Itaalia valitsus on seisukohal, et üksnes juhul, kui tegu oleks mitteolulise rikkumisega (makse tegemine teisiti, kui on seaduses nõutud, või tõendi puudumine selle kohta, et makse on tehtud nõutud ajal ja viisil), oleks võimalik anda pakkujale võimalus tõendada, et ta on vastava tingimuse tegelikult täitnud.

32. Järelikult teeb Itaalia valitsus ettepaneku vastata teisele küsimusele, et siseriiklik õigusnorm, millega on lubatud hankemenetlusest kõrvaldada pakkuja, kes ei ole täitnud kohustust, mida ei ole asjaomase riigihankelepingu liigi puhul küll seadusega sõnaselgelt ette nähtud, kuid mille võib tuletada teatavate õigusnormide tõlgendusest, mida asjaomase riigi haldusasutus on korduvalt kohaldanud, ei ole eelotsusetaotluse esitanud kohtu nimetatud põhimõtetega vastuolus.

33. Komisjon omakorda on seisukohal, et teine küsimus puudutab konkreetselt võrdse kohtlemise põhimõtte ja läbipaistvuse kohustuse tõlgendamist. Tema arvates eeldavad nimetatud põhimõtted, et hankija peab märkima hanketingimused selgelt, nii et need oleksid piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikule pakkujale teada. Komisjon märgib, et pealegi nõuab direktiiv 2004/18, et hankemenetlusest kõrvaldamise alused peavad olema hanketeates esitatud.

7 — Kohtuotsus C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 32.

34. Komisjon on seisukohal, et kui kohustus (käesoleval juhul haldusasutusele tasu maksmine), mille täitmata jätmist karistatakse hankemenetlusest kõrvaldamisega, ei ole hankedokumentides sõnaselgelt ette nähtud ega tulene siseriiklikust positiivsest õigusest, vaid seda saab ainult tuletada selle õiguse laiendavast tõlgendusest, mis võimaldab korvata muidu nendes dokumentides esinevaid lünki, siis ei ole need nõuded täidetud. Komisjoni hinnangul kahjustab niisugune olukord lisaks liikmesriigi enda ettevõtjatele oluliselt ka teistes liikmesriikides asutatud ettevõtjaid, kellel on nii oht jääda halvemusse.

35. Komisjon leiab lisaks, et võrdse kohtlemise ja proportsionaalsuse põhimõtteid tuleb tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus see, kui hankija annab ettevõtjale võimaluse täita vaidluse esemeks oleva maksekohustuse hankija enda määratud tähtaja jooksul.

V. **Õiguslik hinnang**

A. *Esimene küsimus*

36. Kuigi Itaalia valitsus peab küsimuse vastuvõetavust kaheldavaks, siis mitte siiski sel määral, et teha ettepanek lugeda küsimus vastuvõetamatuks. Ei ole kindlasti põhjust *a limine* kõrvale heita Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Sitsiilia maakonna kõrgeim halduskohus) kahtlusi selles, kas direktiivi 2004/18 artiklitega 47 ja 48 on kooskõlas siseriiklik õigusnorm, millega on teenuste riigihankelepingu sõlmimise menetluse kontekstis ettevõtjal lubatud hankemenetluses osalemise tingimuste täitmiseks toetuda osaliselt teise ettevõtja suutlikkusele.

37. Nõustun sellegipoolest Itaalia valitsuse ja komisjoniga selles, et käesoleva asja suhtes on kohaldatav kohtuasjas Smw Costruzioni Euroopa Kohtu sedastatud praktika, sest need kaks kohtuasja on sisuliselt identsed, mis puutub arutatavatesse juriidilistesse küsimustesse.

38. Kohtuasjas Smw Costruzzioni Euroopa Kohus kinnitas, et direktiivi 2004/18 artikli 47 lõikega 2 ja artikli 48 lõikega 3 „põhimõtteliselt ei keelata taotlejatel või pakkujatel tugineda selle tõendamiseks, et nad vastavad pädevuse miinimumnõuetele, mitme vastava kolmanda üksuse võimalustele. Seda enam ei ole nende sätetega kehtestatud taotlejatele või pakkujatele mingit põhimõttelist keeldu kasutada hankija määratletud tingimuste täitmiseks lisaks oma võimalustele ühe või mitme kolmanda üksuse võimalusi”[8].

39. Euroopa Kohtu hinnangul ei ole see võimalus tingimusteta, vaid selle tingimuseks on, et „hankijale tõendatakse, et taotlejal või pakkujal, kes tugineb ühe või mitme muu üksuse võimalustele, on hankelepingu täitmisel viimatinimetatute vahendid tõepoolest kättesaadavad”[9].

40. Euroopa Kohus mõistagi ei välista, et on olemas „ehitustöid, mille eripärade tõttu on vajalik teatud pädevus, mida ei ole võimalik saavutada mitme ettevõtja piiratumate võimaluste liitmisega”[10], millisel juhul on kohane „nõuda, et üksainus ettevõtja täidaks asjaomased pädevuse miinimumnõuded või vajaduse korral kasutaks piiratud hulka ettevõtjaid vastavalt direktiivi 2004/18 artikli 44 lõike 2 teisele lõigule, tingimusel et see nõue on asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne”[11]. Samas leiab ta, et „selline juhtum [esineb] erandlikes olukordades”,[12] kinnitades sellest tulenevalt, et „direktiiviga 2004/18 on vastuolus siseriiklikus õiguses sellise nõude kehtestamine üldnormina nagu seda on tehtud seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artikli 49 lõikes 6 sätestatud õigusnormis”[13].

8 — Kohtuotsus C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 30.
9 — Kohtuotsus C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 33.
10 — Kohtuotsus C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 35.
11 — *Loc. ult. cit.*
12 — Kohtuotsus C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 36.
13 — *Loc. ult. cit.*

41. Eespool öeldut arvestades võib Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Sitsiilia maakonna kõrgeim halduskohus) esitatud küsimusele vastata samamoodi, nagu otsustas Euroopa Kohus kohtuasjas Smw Costruzioni. Peale selle tuleb märkida, nagu komisjongi [14], et käesolevas kohtuasjas ei esine erandlikku juhtumit, mis vastavalt nimetatud kohtuotsuse punktile 35 võimaldab „nõuda, et üksainus ettevõtja täidaks asjaomased pädevuse miinimumnõuded", sest kõne all olev suutlikkus on puhtalt majanduslikku laadi.

42. Eelotsusetaotluse esitanud kohus arvab, et direktiivist 2004/18 tulenevalt kaugemaleulatuvalt võib direktiivis 2014/24 olla võimalus toetuda hanketingimuste täitmiseks kolmandate isikute suutlikkusele rangemini piiratud. Nii Itaalia valitsus kui ka komisjon omakorda on üksmeelsed selles, et viimati nimetatud direktiiv ei ole käesoleva vaidluse suhtes kohaldatav. Jagan täielikult seda arvamust.

43. Eelotsusetaotluse esitanud kohus ise tunnistab, et direktiivi 2014/24 siseriiklikkusse õigusesse ülevõtmise tähtaeg ei ole veel lõppenud, mis on piisav põhjus selle käesolevale kohtuasjale kohaldatavuse välistamiseks, kuid samas väidab, et „siseriiklik[ud kohtud on kohustatud] valima ja eelistama kõikide siseriikliku õiguse võimalike tõlgenduste hulgast ainult neid, mis on kooskõlas ülevõtmisele kuuluvate [l]iidu õigusnormidega" [15].

44. Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt on liikmesriigid direktiivi ülevõtmiseks antud tähtaja vältel kohustatud „hoiduma õigusnormide kehtestamisest, mis võivad direktiivis sätestatud eesmärki tõsiselt kahjustada" [16], kuid ei lähe siiski nii kaugele, et kohustada siseriiklikku kohut tõlgendama oma siseriiklikku õigust täies kooskõlas direktiiviga, mille ülevõtmise tähtaeg ei ole veel lõppenud.

45. Pealegi on vaieldav Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Sitsiilia maakonna kõrgeim halduskohus) hinnang, et direktiiviga 2014/24 on võimalus toetuda kolmandate isikute suutlikkusele rangemini piiratud kui direktiiviga 2004/18; seda teemat ei pea ma vajalikuks rohkem sisuliselt käsitleda, kuivõrd see ei ole kohtuasjas asjassepuutuv.

46. Järelikult leian ma, et direktiivi 2004/18 artiklitega 47 ja 48 ei ole vastuolus siseriiklik õigusnorm, millega on – põhimenetluses arutatava juhu asjaoludel – lubatud valikukriteeriumite täitmiseks toetuda osaliselt teiste ettevõtjate suutlikkusele.

B. *Teine küsimus*

47. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu teine küsimus näib mulle keerulisem. Selle küsimuse raskust näitab ka see, et Itaalia valitsus ja komisjon on lahknevatel seisukohtadel. Kui esimene väidab, et hankemenetlusest kõrvaldatud ettevõtja ei saanud olla vaidlusaluse tingimuse (et enne tuleb maksta tasu AVCP-le) täitmise nõudest mitteteadlik, siis teine väidab, et nimetatud tingimuse täitmist võiks nõuda vaid siis, kui see oleks hankedokumentides sõnaselgelt kirjas või tuleneks selgelt kehtivast positiivsest õigusest.

48. Tegelikult on minu arvates need kaks seisukohta üksteisele lähemad, kui võiks arvata. Nii on Itaalia valitsus lähtunud sellest, et vaidlusalusest tingimusest teadlik olemine on nõutav, samas kui komisjon on keskendunud selle nõude avaldamisele. Kokkuvõttes on need kaks üksteist vastastikku täiendavat aspekti, sest tingimuse avaldamine on vajalik sellest teadlik olemiseks ja tingimust saab teada (ja selle täitmine saab olla nõutav) vaid siis, kui see on nõuetekohaselt avaldatud.

14 — Tema kirjalike seisukohtade punkt 30.

15 — Eelotsusetaotluse punkt C1.

16 — Kohtuotsus Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, punkt 45.

49. Euroopa Kohtu praktikas on rõhutatud vajadust, et „kõik hankemenetluse tingimused ja menetluse kord oleks hanketeates või tehnilises kirjelduses sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, võimaldamaks ühelt poolt kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ja nendest ühtemoodi aru saada ning teiselt poolt võimaldamaks hankijal tõhusalt kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad tegelikult kõnealuse hankemenetluse tingimustele”[17].

50. „Selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt” avaldamise kohustus tuleneb kõigepealt võrdse kohtlemise põhimõttest, mis nõuab, „et pakkujatel oleksid pakkumuste koostamisel võrdsed võimalused, ja eeldab seega, et kõigi pakkujate pakkumuste suhtes kohaldatakse samu tingimusi”[18]; ja teiseks läbipaistvuse põhimõttest, mille eesmärk „on tagada, et puuduks oht hankija eelistusteks ja meelevaldsuseks”[19]. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvalt toimimise põhimõtteid on direktiivi 2004/18 artiklis 2 nimetatud „lepingute sõlmimise põhimõteteks”, mida hankijad peavad järgima.

51. Ei ole seega kahtlust, et pakkujatel peab olema võimalik teada hanketingimusi, mis vastab elementaarsetele võrdsuse ja läbipaistvuse nõuetele. Kuid vaieldavam on, mil määral peavad olema hanketeates või tehnilises kirjelduses sõnaselgelt kirjas *kõik* hankemenetluses osalemise tingimused, või, kas võib – vastupidi – teatavaid üldist laadi tingimusi pidada teada olevateks, isegi kui neid ei ole nimetatud dokumentides sõnaselgelt märgitud.

52. Arvestades eesmärki, mida taotleb tingimuste avaldamise kohustus – mis ei ole muud kui tagada nende sisu ja ulatuse arusaadavus „kõikidele piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikele pakkujatele” –, ei oleks minu arvates loogiline, et hankijad oleksid kohustatud täpsustama ka neid tingimusi, mille täitmise kohustus tuleneb üldkohaldatavatest õigusnormidest, millest „piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik” pakkuja ei saa olla mitte teadlik. Pean silmas näiteks elementaarseid tingimusi, mis tsiviil- ja äriõiguse kontekstis seonduvad füüsiliste ja juriidiliste isikute õigus- ja teovõimeega, mis on tingimused, mis ei saa ühelegi ettevõtjale mitte teada olla ja mille puhul ei saa nõuda, et need oleksid sõnaselgelt ja üksikasjalikult hankedokumentides märgitud.

53. Muude, vähem „ilmselgete” või, kui soovite, vähem „loogiliste” või „loomulike” tingimuste puhul, mille mitte teadmine ei ole vähimalgi määral tähelepaneliku ja informeeritud pakkuja puhul siiski vabandatav, võib tõepoolest tekkida kahtlusi. Minu arvates ongi just see pakkujalt mõistlikult nõutav tähelepanelikkus ja informeeritus kriteerium, mis määrab ära õige arusaama ideest, millest lähtub direktiivi 2004/18 artikkel 2 ja võrdsuse ja läbipaistvuse põhimõtetele Euroopa Kohtu poolt selles kontekstis antud tõlgendus[20] .

54. Itaalia valitsus märkis oma kirjalikes seisukohtades[21], et seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artikli 46 lõikes 1*bis* on sätestatud, et hankemenetlusest kõrvaldamise aluseks on lisaks seadusandlikus dekreedis endas ja hanketeates ette nähtud alustele ka „teistes kehtivates õigusnormides” ette nähtud alused. Nende „teiste õigusnormide” hulgas võivad olla kõikidele pakkujatele ühiseid maksukohustusi käsitlevad õigusnormid – tegemist on kohustustega, mida nad on kohustatud täitma ja mille täitmata jätmist karistatakse hankemenetlusest kõrvaldamisega.

17 — Kohtuotsus Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44, milles on osundatud kohtuotsust komisjon *vs*. CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punktid 108–111.

18 — *Loc. ult. cit.*

19 — *Loc. ult. cit.*

20 — Lisaks viidatud kohtuotsustele Cartiera del'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) ja komisjon *vs.* CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236) tuleb muu hulgas märkida kohtuotsuseid SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), La Cascina (C-226/04 ja C-228/04, EU:C:2006:94), Manova (C-336/12, EU:C:13:647) ja eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Punkt 66.

55. Direktiivi 2004/18 artikli 27 lõikes 1 ei ole konkreetselt nõutud, et tehnilises kirjelduses oleksid üksikasjalikult märgitud kõik „selles liikmesriigis […] kehtiva[d] maksude, keskkonnakaitsenõuete, töökaitsealaste sätete ja töötingimustega seotud kohustus[ed]”. Asjaolu, et neid kohustusi ei ole hankedokumentides sõnaselgelt märgitud, ei vabasta pakkujaid või taotlejaid nende täitmise kohustusest; vastava kohustuse täitmata jätmisega võib kaasneda nende hankemenetlusest kõrvaldamine.

56. Küsimus, kas AVCP-le makstavat tasu võib selle tunnuste alusel liigitada maksukohustuseks selle laias mõttes, tuleb lahendada Itaalia õiguse alusel, nii nagu seda tõlgendavad Itaalia enda kohtud. Samuti on Itaalia kohtute ülesanne (tasu sissenõudjast ametiasutuse tõlgendust kinnitades või ümber lükates) kindlaks määrata seda tasu, mille maksmata jätmise tõttu CRGT hankemenetlusest kõrvaldati, käsitleva seaduse nr 266/2005 artikli lõigete 65 ja 67 isikuline ja esemeline kohaldamisala.

57. Euroopa Kohus ei peaks sekkuma arutellu – mida ma pean puhtalt siseriiklikuks – selle üle, kas Itaalia haldusasutused või kohtud on tõlgendanud seaduse nr 266/2005 sätteid rohkem või vähem laiendavalt. Kui, nagu nähtub eelotsusetaotlusest, AVCP on tõlgendanud seadust nr 266/2005 korduvalt nii, et tasu maksmise nõuet tuleb teenuslepingute suhtes kohaldada, ja seda seisukohta on kinnitanud Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeim halduskohus), mis on siseriiklikku õigust puudutavas viimase astme kohtus, siis tuleb seda tõlgendust järgida.

58. Samad kaalutlused kehtivad selle suhtes, kas tasu maksmata jätmisega kaasneb hankemenetlusest kõrvaldamine. Siin jälle – ja samuti eelotsusetaotluse andmete põhjal – on nii AVCP kui ka kohtud, mis on tema seisukohta kinnitanud, otsustanud, et selles imperatiivses õigusnormis, aga mitte tehnilises kirjelduses ette nähtud tasu maksmise kohustuse täitmata jätmisega kaasneb vältimatult hankemenetlusest kõrvaldamine.

59. Kõik viitab sellele, et tõlgendus, mille kohaselt on seaduse nr 266/2005 artikli lõigete 65 ja 67 teenuslepingute suhtes kohaldamine õiguspärane, lähtub pädeva haldusasutuse, s.o AVCP poolt alates vähemasti 2008. aastast väljakujundatud praktikast. Niisugust tõlgendust näib olevat kinnitanud riigi kõrgeim halduskohus kohtupraktikas, mille algust ei ole käesolevas menetluses täpsustatud. Igal juhul on loogiline arvata, see on praktika, mida AVCP järgib regulaarselt kõikide teenuslepingute hangete puhul (tegelikult loetleb Itaalia valitsus mitu AVCP sellesisulist otsust järjestikustest aastatest). Ja lõpuks tuleb eeldada, et põhikohtuasjas hankemenetlusest kõrvaldatud ettevõtja (CRGT), kes hanke objektiks olevat teenust enne osutas, oli või sai olla sellest praktikast teadlik.

60. Nende reservatsioonidega võib seega rääkida hankemenetlusest kõrvaldamise alusest, mida ei ole küll sõnaselgelt hanketeates ega tehnilises kirjelduses sõnaselgelt märgitud, kuid mis on välja kujunenud õigusnormi järjepideva, kohtulikult kinnitatud tõlgendamise teel. Tõlgendus, mida toetab AVCP ja mis on kohtulikult kinnitatud, räägib selle kasuks, et ilma tasu maksmata tehtud pakkumused on vastuvõetamatud.

61. Pean tunnistama, et teoreetiliselt võiks seda pidada tingimuseks, mida on raske kindlaks teha, nii et selle nõutavus ei oleks põhimõtteliselt ühilduv Euroopa Kohtu praktikaga selles valdkonnas. Leian siiski, et vähimalgi määral tähelepaneliku ja informeeritud pakkuja kriteeriumist kitsalt lähtudes võiks seda näha teisiti, ehkki – nagu ma järgnevalt selgitan – vahest ei ole Euroopa Kohus kõige õigem seda hindama.

62. Tegelikult saab ainult eelotsusetaotluse esitanud kohus kindlaks määrata, kas juhtumi konkreetsetel asjaoludel ei saanud hankemenetlusest kõrvaldatud pakkujale olla teadmata ei seaduse nr 266/2005 tõlgendus ega ka seda laadi hangetes järgitav praktika, mis on kinnistunud selle haldusasutuste poolt järjepidevalt kohaldamisega ja mille kohaselt on AVCP-le tasu maksmine nõutav ka teenuslepingute puhul. Hindamise jaoks võib olla tarvilik tuvastada, kas hankemenetlusest kõrvaldatud pakkuja on osalenud samade tunnustega hangetes, kus vaidlusalust tingimust on peetud nõutavaks seaduse nr 266/2005 tõlgenduse põhjal, mida järgib AVCP.

63. Lõppkokkuvõttes on kohtu ülesanne kindlaks määrata, kas AVCP praktika ja Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeim halduskohus) kohtupraktika on riigihangetes pakkumusi tegevate ettevõtjate seas piisavalt tuntud, et järeldada, et tähelepanelik ja informeeritud pakkuja ei saanud seda mitte teada.

64. See viimane tõdemus viib teiseni, mida ma pean oluliseks võrdse kohtlemise põhimõtte seisukohast. Nimelt, kui tuvastatakse, et tegelikult on enamik pakkujatest AVCP praktikaga kursis ja seega maksavad kohusetundlikult vaidlusalust tasu, siis oleks tegu diskrimineerimisega, kui üks konkreetne pakkuja sellest kohustusest vabastatakse.

65. Mõistagi, nagu märkis komisjon,[22] võib niisuguse tingimuse täitmise nõue nagu siin vaadeldav olla eriti kahjustav teistes liikmesriikides asutatud pakkujatele, kelle teadlikkus asjaomase liikmesriigi õigusest ja selle õigest tõlgendusest ei pruugi olla võrreldav liikmesriigi enda pakkujate omaga. Piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepaneliku pakkuja kriteerium – mis on minu välja pakutud lahenduse võtmeks – võimaldab siiski seda raskust ületada, sest nõutavat informeerituse ja tähelepanelikkuse taset tuleb igal üksikul juhul kohandada konkreetse pakkuja tunnustele, nii et see teadmatus, mis ei tarvitse CRGT puhul olla käesolevas kohtuasjas vabandatav, võib olla vabandatav välismaise pakkuja puhul.

66. Lõpuks jääb kahtlus selles suhtes, kas seaduses nr 266/2005 sätestatud tasu maksmise kohustuse täitmata jätmist on võimalik heastada. Selles suhtes olen ma komisjoniga nõustudes arvamusel, et kui eelotsusetaotluse esitanud kohus möönab, et piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik pakkuja ei olnud sellest kohustusest teadlik, peab hankija andma viimasele piisava tähtaja selle puuduse kõrvaldamiseks. See on tagajärg, mis tuleneb *sensu contrario* Euroopa Kohtu praktikast, mille kohaselt hankija ei tohi lubada „selliste puuduste mis tahes moel kõrvaldamist, mis hankedokumentides sõnaselgelt ettenähtu kohaselt peavad kaasa tooma [pakkuja] kõrvaldamise menetlusest”[23]. Just nii oleks see niisuguse kohustuse täitmata jätmise korral, mida ei saa järeldada „hankedokumentides sõnaselgelt sätestatust”.

67. Kokkuvõttes ei ole liidu õigusega vastuolus siseriiklik õigusnorm, millega on lubatud riigihankemenetlusest kõrvaldada pakkuja, kes on jätnud täitmata maksukohustuse, kui see on – isegi kui seda ei ole hanketeates või tehnilises kirjelduses sõnaselgelt märgitud – nõutav kohaldatavale siseriiklikule õigusele haldusasutuste poolt antud väljakujunenud tõlgendusega, mida on kohtulikult kinnitatud, tingimusel et piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik pakkuja ei saa nimetatud asjaolu mitte teada, mis tuleb välja selgitada siseriiklikul kohtul. Kui asutakse seisukohale, et teadmatus sellest kohustusest on vabandatav, peab hankija andma hankemenetlusest kõrvaldatud pakkujale piisava tähtaja oma rikkumise kõrvaldamiseks.

VI. **Ettepanek**

68. Esiteatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata esitatud küsimusele järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artikleid 47 ja 48 tuleb tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus siseriiklikud õigusnormid, mis võimaldavad teenuste valdkonnas kirjeldatud moel toetuda osaliselt teiste ettevõtjate suutlikkusele.

22 — Tema kirjalike seisukohtade punkt 38, *in fine*.

23 — Kohtuotsus Cartiera del’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 46.

2. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetega ja eelkõige võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega ei ole vastuolus siseriiklik õigusnorm, millega on lubatud riigihankemenetlusest kõrvaldada pakkuja, kes on jätnud täitmata maksukohustuse, kui see on – isegi kui seda ei ole hanketeates või tehnilises kirjelduses sõnaselgelt märgitud – nõutav kohaldatavale siseriiklikule õigusele haldusasutuste poolt antud väljakujunenud tõlgendusega, mida on kohtulikult kinnitatud, tingimusel et piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik pakkuja ei saa nimetatud asjaolu mitte teada, mis tuleb välja selgitada siseriiklikul kohtul. Kui asutakse seisukohale, et teadmatus sellest kohustusest on vabandatav, peab hankija andma hankemenetlusest kõrvaldatud pakkujale piisava tähtaja oma rikkumise kõrvaldamiseks.