Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MICHAL BOBEK
esitatud 28. mail 2020[1]

Kohtuasi C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
versus
Ministrstvo za notranje zadeve,
milles osales
LEXPERA d.o.o.

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (riiklik riigihankemenetluste vaidlustamise komisjon, Sloveenia))

Eelotsusetaotlus – Teenuste hanked – Direktiiv 2014/24/EL – Artikli 2 lõike 1 punkt 5 – Kvalifitseerimine „riigihankelepinguna“ – Mõiste „rahaliste huvidega seotud leping“ – Pakkumus hinnaga 0 eurot – Hinnang tehingu tasulisusele – Rahalise tasu maksmise kohustuse puudumine hankijal – Pakkumuse tagasilükkamine – Õiguslik alus – Artikkel 69 – Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus

I. Sissejuhatus

1. Kas null on põhjendamatult madal (arv)?

2. Jättes kõrvale põnevad arutelud, mida arv null võis matemaatika valdkonnas esile kutsuda[2], on tõenäoline, et selline küsimus, mis on õiguslikust vaatevinklist esitatud võhikule, ajendaks teda saatma juristide suunas hämmastunud pilke, millega viimased on nii harjunud, kui nad püüavad oma ametit selgitada. Võhik võib isegi märkida sarkasmiga, et üksnes juristid saavad (sõna-sõnalt) lehekülgede kaupa arutleda eimillegi üle.

3. Sellegipoolest näib, et nii riigihangete kui ka matemaatika valdkonnas on null ainulaadne arv, mida on raske paigutada olemasolevatesse analüüsitabelitesse. Kas kaupade või teenuste pakkumine hinnaga 0 eurot on käsitatav põhjendamatult madala maksumusega pakkumusena? Või välistab pakkuja, kes pakkumuses märgib maagilise numbri „0“ ja mitte mõne teise tegelikest kuludest oluliselt madalama nominaalse summa (nt 1,5 või 101 eurot), end automaatselt riigihankeõiguse kohaldamisalast, ning seda põhjendusega, et erinevalt kõigist teistest naturaalarvudest ei saa riigihankelepingusse lisada arvu „null“?

1 Algkeel: prantsuse.

2 Mõistetavaks sissejuhatuseks (vähe arvutusi, palju kultuuriajaloolist) vt näiteks Kaplan, R., *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

4. Selline on lühidalt probleem, mis käesolevas kohtuasjas tekib. Ministrstvo za notranje zadeve (siseministeerium, Sloveenia) algatatud teenuste riigihankemenetluses esitas ettevõtja Tax-Fin-Lex d.o.o. pakkumuse ühe nimetatud teenuse osutamiseks hinnaga 0 eurot. Siseministeerium lükkas selle pakkumuse tagasi põhjendusega, et see ei võimalda sõlmida „rahaliste huvidega seotud lepingut“ direktiivi 2014/24/EL[3] artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses ega sellest tulenevalt kohaldada riigihanke-eeskirju. Seevastu väidab Tax-Fin-Lex d.o.o., et tehing, millega ta kohustub osutama teenust hinnaga 0 eurot, toimub „tasu eest“ selle sätte tähenduses. Tema arvates annaks lepingu täitmine talle majandusliku eelise, kuna see võiks hiljem olla kasulik uute riigihankelepingute sõlmimisel.

II. Õiguslik raamistik

5. Direktiiv 2014/24 kehtestab eeskirjad, mis võimaldavad kooskõlastada teatud summast suuremaid riigisiseseid hankemenetlusi, et need oleksid kooskõlas kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtetega ning nendest tulenevate põhimõtetega, nagu võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, proportsionaalsus ja läbipaistvus. Selle eesmärk on ka tagada riigihankelepingute sõlmimisel tõhus konkurents.

6. Eelkõige on direktiivi 2014/24 põhjendustes 4 ja 103 märgitud:

„(4) Avaliku sektori üha mitmekesisemaks muutuv tegevus on tekitanud riigihangete mõiste selgema määratlemise vajaduse. Selgem määratlus ei tohiks siiski laiendada käesoleva direktiivi kohaldamisala võrreldes direktiivi 2004/18/EÜ[4] kohaldamisalaga. Riigihankeid käsitlevate liidu eeskirjade eesmärk ei ole hõlmata kõiki avaliku sektori vahenditest tehtavaid väljamakseid, vaid ainult neid, mille eesmärk on hankida tasu eest ehitustöid, asju ja teenuseid riigihankelepingu alusel. Tuleks selgitada, et selline ehitustööde, asjade ja teenuste hankimine peaks olema käesoleva direktiiviga hõlmatud sõltumata sellest, kas seda tehakse ostmise, liisimise või muus lepingulises vormis.

Hankimist tuleks siinkohal mõista laiemas tähenduses ehitustöödest, asjadest ja teenustest tulenevate hüvede saamisena […]

[…]

(103) Pakkumused, mille maksumus tundub asjaomaste ehitustööde, asjade või teenuste kohta põhjendamatult madal, võivad põhineda tehniliselt, majanduslikult või õiguslikult ebausaldusväärsetel eeldustel või tavadel. Kui pakkuja ei suuda maksumust piisavalt põhjendada, peaks avaliku sektori hankijal olema õigus pakkumus tagasi lükata. Tagasilükkamine peaks olema kohustuslik juhul, kui avaliku sektori hankija on teinud kindlaks, et põhjendamatult madal maksumus või kavandatud kulu tuleneb liidu või sellega kooskõlas oleva siseriikliku kohustuslike sotsiaal-, töö- või keskkonnaõiguse sätete või rahvusvahelise tööõiguse sätete täitmata jätmisest.“

7. Direktiivi 2014/24 I jaotise „Reguleerimisala, mõisted ja üldpõhimõtted“ artikli 1 lõiked 1 ja 2 sätestavad:

„1. Käesoleva direktiiviga kehtestatakse eeskirjad hankemenetluste läbiviimiseks avaliku sektori hankijate poolt selliste riigihankelepingute sõlmimiseks ja ideekonkursside korraldamiseks, mille eeldatav maksumus ületab artiklis 4 sätestatud piirmäärasid.

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), mida on muudetud komisjoni 18. detsembri 2017. aasta delegeeritud määrusega (EL) 2017/2365 (ELT 2017, L 337, lk 19) (edaspidi „direktiiv 2014/24“).

4 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114).

2. Hangete all mõeldakse käesolevas direktiivis […] teenuste hankimist riigihankelepingu alusel avaliku sektori hankijate valitud ettevõtjatelt, olenemata sellest, kas kõnealused […] teenused teenivad avalikke huve."

8. Direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punktis 5 on „riigihankelepingud" määratletud kui „ühe või mitme ettevõtja ning ühe või mitme avaliku sektori hankija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, mille esemeks on ehitustööd, asjade tarnimine või teenuste osutamine".

9. Selle direktiivi artiklis 18 on kindlaks määratud „[r]iigihanke üldpõhimõtted". Selles on märgitud järgmist:

„1. Avaliku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistvalt ja proportsionaalselt.

Riigihanke kavandamisel ei tohi lähtuda eesmärgist jätta see käesoleva direktiivi kohaldamisalast välja või konkurentsi kunstlikult piirata. Konkurentsi peetakse kunstlikult piiratuks, kui riigihanget kavandatakse kavatsusega teatavaid ettevõtjaid sobimatul viisil soodustada või ebasoodsasse olukorda panna.

2. Liikmesriigid võtavad asjakohaseid meetmeid, tagamaks, et riigihankelepingute täitmisel täidavad ettevõtjad neid keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse valdkonnas kohaldatavaid kohustusi, mis on kehtestatud liidu või siseriiklike õigusaktidega, kollektiivlepingutega või X lisas loetletud rahvusvaheliste keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse sätetega."

10. Direktiivi 2014/24 artikkel 69 käsitleb omakorda „[p]õhjendamatult madala maksumusega pakkumus[i]". See sisaldub selle direktiivi II jaotise III peatüki 3. jaos, mis kannab pealkirja „Osalejate valimine ja lepingute sõlmimine". Artikkel sätestab:

„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.

2. Lõikes 1 osutatud selgitused võivad eelkõige olla seotud järgnevaga:

a) ehitusmeetodi, tootmisprotsessi või osutatavate teenuste säästlikkus;

b) valitud tehniliste lahendused või erakordselt soodsad tingimused, mis on pakkujale ehitustööde teostamiseks, kaupade tarnimiseks või teenuste osutamiseks kättesaadavad;

c) pakkuja väljapakutud ehitustööde, asjade või teenuste originaalsus;

d) artikli 18 lõikes 2 osutatud kohustuste täitmine;

e) artiklis 71 osutatud kohustuste täitmine;

f) pakkuja võimalus saada riigiabi.

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, võttes arvesse lõikes 2 osutatud elemente.

Avaliku sektori hankija võib pakkumuse tagasi lükata, kui ta on kindlaks teinud, et pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega, sest see ei vasta artikli 18 lõikes 2 osutatud kohaldatavatele kohustustele.

[…]“.

III. Põhikohtuasi, eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

11. Siseministeerium (edaspidi „hankija“) algatas 7. juunil 2018 teenuste riigihankemenetluse õigusteabesüsteemile juurdepääsuks 24 kuuks. Hange koosnes kahest osast. Siseministeerium hindas hankelepingu väärtuseks 39 959,01 eurot.

12. Esimese osa kohta, mis puudutas juurdepääsu õigusteabe süsteemile, esitasid ettenähtud tähtaja jooksul pakkumused ainult kaks Ljubljanas (Sloveenia) asuvat ettevõtjat, kes spetsialiseerunud õigusalasele teabele: Tax-Fin-Lex d.o.o. (hageja) ja LEXPERA d.o.o. (menetlusse astuja).

13. Hageja tegi ettepaneku pakkuda seda teenust hinnaga 0 eurot.

14. Siseministeerium sõlmis 11. jaanuari 2019. aasta otsusega menetlusse astujaga esimese osa hankelepingu ja lükkas hageja pakkumuse tagasi põhjendusega, et see oli vastuolus riigihankelepingute sõlmimise eeskirjadega.

15. Hageja esitas selle otsuse läbivaatamise taotluse. Siseministeerium jättis läbivaatamisele eelnenud menetluses selle taotluse 5. veebruaril 2019 rahuldamata. Viimane pöördus 11. veebruaril 2019 Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročili (riiklik riigihankemenetluste vaidlustamise komisjon, Sloveenia) kui käesolevas kohtuasjas eelotsusetaotluse esitanud kohtu poole, et viimane teeks otsuse selle otsuse õiguspärasuse kohta.

16. Hageja väidab, et selline pakkumus, nagu on kõne all käesolevas asjas, on vastuvõetav. Ta väidab, et hankelepingu sõlmimisel on pakkujal õigus vabalt määrata pakutud hind ja seega pakkuda tasuta teenust. See ei tähenda siiski, et hageja ei saa kõnealuse hankelepingu täitmise eest vastutasu. Ta leiab nimelt, et lepingu sõlmimisega anti talle eelis, mis seisneb juurdepääsus uuele turule ja uutele kasutajatele.

17. Siseministeerium väidab seevastu, et direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punktis 5 kasutatud mõiste „riigihankeleping“ ei saa hõlmata lepingut, millega ettevõtja tegi ettepaneku osutada teenust hankijale tasuta. Ta leiab, et eelis, mille ettevõtja lepingu sõlmimisest saab, st potentsiaalne juurdepääs uuele hankelepingule ja soovitustele, ei kujuta endast vastutasu riigihankelepingu täitmise eest. Ta väidab nimelt, et selline eelis kujutab endast lisaväärtust kõigile ettevõtjatele, kuid seda ei ole siiski võimalik väljendada rahalise väärtusega ja seega esitada hankijale arve. Seetõttu leiab siseministeerium, et tehing, milles teenust osutatakse tasuta, ei saa viia rahaliste huvidega seotud lepingu sõlmimiseni.

18. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib oma eelotsusetaotluses, et siseministeerium analüüsis seda pakkumust põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi reguleerivate sätete alusel. Sellegipoolest lükkas ta selle pakkumuse tagasi mitte põhjusel, et see oli põhjendamatult madala maksumusega või vastuolus riigihankelepingute sõlmimist reguleerivate põhimõtetega, vaid üksnes põhjusel, et pakkumus oli 0 eurot.

19. Eelotsusetaotluse esitanud kohus väljendab oma kahtlust seoses direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punktis 5 antud „riigihankelepingu“ määratluse raames kasutatud mõiste „rahaliste huvidega seotud leping“ tõlgendamisega. Ta märgib kõigepealt, et selle sätte alusel on „riigihankelepingute“ mõiste üks põhielemente hankija ja ettevõtja vahelise lepingu tasulisus. Ta täpsustab sellega seoses, et mõiste „riigihankelepingud“ on asjakohane mitte ainult enne lepingu sõlmimist, kuna see kohustab hankijat järgima direktiivis 2014/24 määratletud eeskirju, vaid ka pärast selle sõlmimist, et hinnata, kas leping on tegelikult sõlmitud nimetatud eeskirju järgides.

20. Seejärel küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, kas, ja kui jah, siis mil määral võib lepingut, millega ettevõtja kohustub osutama hankijale tasuta hanketeates nimetatud teenust ilma muu eeliseta kui soovitused uueks lepinguks, kvalifitseerida „rahaliste huvidega seotud lepinguks“ direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses. Nimetatud kohus möönab, et riigihankelepingu saamine ja soovitused võivad iseenesest olla selle ettevõtja jaoks eeliseks. Kuigi see eelis ei ole lepingu sõlmimise hetkel majanduslikus mõttes mõõdetav, võib see siiski kujutada endast lepingu täitmisega seotud majanduslikku eelist tulevikus.

21. Eelotsusetaotluse esitanud kohus tunnistab siiski ka seda, et olukorras, kus hankija ei maksa ettevõtjale teenuse osutamise eest tasu, on võimalik, et sõlmitud leping ei ole riigihanke täitmise leping, kuna tegemist on tasuta sõlmitud lepinguga, näiteks kinke vormis. Lõpuks soovib ta neil asjaoludel teada, kas direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkt 5 võib olla ettevõtja esitatud pakkumuse tagasilükkamise otsuse õiguslik alus.

22. Neil asjaoludel otsustas Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (riiklik riigihankemenetluste vaidlustamise komisjon) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas „rahaliste huvidega seotud leping“ kui riigihankelepingu tunnus direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses on olemas juhul, kui hankija ei ole kohustatud maksma mingit tasu, vaid ettevõtja saab hanke täitmise läbi pääsu uuele turule ja kliente?

2. Kas direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 on võimalik või vajalik tõlgendada nii, et see kujutab endast alust, mis võimaldab lükata tagasi pakkumuse hinnaga 0 eurot?“

23. Hageja, siseministeerium, Austria valitsus ja Euroopa Komisjon esitasid kirjalikud seisukohad.

IV. Analüüs

24. Käesolev ettepanek on liigendatud järgmiselt. Alustan käesoleva eelotsusetaotluse vastuvõetavusest (A). Seejärel analüüsin direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punktis 5 kasutatud mõiste „rahaliste huvidega seotud leping“ ulatust ja eelkõige seotud mõistet „vastutasu“ (B). Lõpuks käsitlen küsimust, kas 0-eurose maksumusega pakkumuse võib alati kvalifitseerida „põhjendamatult madala maksumusega pakkumuseks“, et seda saaks analüüsida ja vajaduse korral tagasi lükata selle direktiivi artikli 69 sätete alusel (C).

A. Vastuvõetavus

25. Eelotsusetaotluse vastuvõetavus ei tekita minu arvates mingeid küsitavusi.

26. Mis puudutab esiteks Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročili (riiklik riigihankemenetluste vaidlustamise komisjon) pädevust esitada eelotsusetaotlus, siis tuletan meelde, et Euroopa Kohus otsustas 8. juuni 2017. aasta kohtuotsuses Medisanus[5], et see vastab kriteeriumidele, mille alusel saab teda pidada „liikmesriigi kohtuks“ ELTL artikli 267 tähenduses[6].

27. Teiseks, mis puudutab põhikohtuasjas käsitletava hankelepingu maksumust, siis vastab tõele, et see on väiksem kui 144 000 euro suurune künnis, mis on ette nähtud direktiivi 2014/24 artikli 4 punktis b, mida kohaldatakse riiklike keskasutuste sõlmitud teenuste riigihankelepingute suhtes.

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 Vt selle kohtuotsuse punkt 38.

28. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib siiski, et selle direktiivi sätete riigisisesesse õigusesse ülevõtmisel otsustas Sloveenia seadusandja, et 30. mai 2015. aasta riigihangete seaduse (Zakon o javnem naročanju)[7] artikli 2 lõike 1 punktis 1 kasutatud mõistet „riigihankeleping“ kohaldatakse vahetult ja tingimusteta hankelepingutele, mille maksumus jääb alla direktiivi 2014/24 artiklis 4 sätestatud piirmäära ning mis on põhimõtteliselt selle direktiivi kohaldamisalast välja jäetud.

29. Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt, nn Dzodzi, on liidu õigusakti sätete tõlgendamine olukordades, mis ei kuulu liidu õiguse kohaldamisalasse, õigustatud, kui need sätted on riigisiseste õigusnormidega muudetud selliste olukordade suhtes vahetult ja tingimusteta kohaldatavaks, et tagada selliste olukordade ja liidu õiguse kohaldamisalasse kuuluvate olukordade ühesugune käsitlemine.[8]

30. Käesoleval juhul kinnitavad eelotsusetaotluse esitanud kohtu esitatud andmed – millele ükski seisukohti esitanud pool ei ole vastu vaielnud –, et liikmesriigi seadusandja otsustas laiendada liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamisala väikese maksumusega riigihankelepingutele, et tagada just nimelt see, et riigisisese õiguse ja liidu õigusega reguleeritud olukordade suhtes kohaldataks samu õigusnorme. Seega näib kohtuotsuse Dzodzi aluseks olev loogika olevat täielikult kohaldatav käesolevas kohtuasjas.

31. Neil asjaoludel võib Euroopa Kohus vastata talle esitatud eelotsuse küsimustele.

B. „Rahaliste huvidega seotud“ leping?

32. Eelotsusetaotluse esitanud kohus palub sisuliselt Euroopa Kohtul täpsustada direktiivi 2014/24 esemelist kohaldamisala. Euroopa Kohtul palutakse kindlaks teha, kas, ja kui jah, siis millises ulatuses võib tehing, millega pakkuja kohustub osutama teenust hinnaga 0 eurot, viia „rahaliste huvidega seotud“ lepingu sõlmimiseni selle direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses ja seega kvalifitseeruda „teenuste riigihankelepinguks“. Sellega seoses tuleb meenutada, et Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt „võib üksnes rahaliste huvidega seotud leping kujutada endast direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse kuuluvat riigihankelepingut“.[9]

33. Esimesele eelotsuse küsimusele vastamiseks tuleb kindlaks teha, kas – vastavalt grammatilisele, süstemaatilisele ja teleoloogilisele tõlgendusele – võib mõiste „rahaliste huvidega seotud leping“ hõlmata tehingut, millega pakkuja teeb 0 euro suuruse pakkumuse. Samuti tuleb analüüsida, kas Euroopa Kohtu praktika võimaldab selles osas vaidlusesse selgust tuua, täpsustades niisuguse lepingu põhitunnuseid.

1. „Rahaliste huvidega seotud leping“ direktiivi 2014/24 sätete tähenduses

34. Direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 sõnastusest ei piisa mõistele „rahaliste huvidega seotud leping“ selge tõlgenduse andmiseks. Pigem on teksti tasemel ammugi selge, et „tasu eest“ võimaldab mitut tähendus- ja tõlgendusvarianti.

7 *Uradni list RS*, nr 91/15.

8 Vt 18. oktoobri 1990. aasta kohtuotsus Dzodzi (C-297/88 ja C-197/89, EU:C:1990:360, edaspidi „kohtuotsus Dzodzi“, punktid 36–42), ning hilisemad 14. veebruari 2019. aasta kohtuotsus CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, ei avaldata, EU:C:2019:116, punkt 22 ja seal viidatud kohtupraktika) ning 24. oktoobri 2019. aasta kohtuotsus Belgische Staat (C-469/18 ja C-470/18, EU:C:2019:895, punktid 22 ja 23 ning seal viidatud kohtupraktika).

9 Vt 25. märtsi 2010. aasta kohtuotsus Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 47) ja 21. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43). Olgu märgitud, et direktiiv 2004/18 tunnistati kehtetuks direktiiviga 2014/24.

35. Ühelt poolt viitavad teatud keeleversioonid tasulisuse tingimusele [10]. Aluseks olev arutluskäik oleks lihtsalt see, et midagi tuleb anda vastutasuks. Teiselt poolt paistavad teised keeleversioonid olevat kitsendavamad: see miski, mida peab hankija andma vastutasuks, näib olevat rahalise iseloomuga [11], see tähendab rahas. Ülejäänud keeleversioonid näivad omalt poolt asuvat vahepealsel positsioonil. [12]

36. Direktiivi 2014/24 sõnastusele ei tasu siinkohal ehk ülemäära tähtsust omistada, kuna selle direktiivi teatavates keeleversioonides on kasutatud erinevaid termineid isegi märkimaks mõistet „rahaliste huvidega seotud leping“, olenevalt sellest, kas see esineb direktiivi põhjendustes 4 ja 70 või artikli 2 lõike 1 punktis 5.

37. Kahjuks ei ole ka (direktiiviga 2014/24) seotud s*üsteemisisestest argumentidest* suur abi. Direktiivi artikli 1 lõikes 2 on liidu seadusandja täpsustanud, et „[h]angete all mõeldakse […] teenuste *hankimist* riigihankelepingu alusel avaliku sektori hankijate valitud ettevõtjatelt, olenemata sellest, kas kõnealused […] teenused teenivad avalikke huve“ [13].

38. Seda sätet tuleb tõlgendada koostoimes direktiivi 2014/24 põhjendusega 4, milles liidu seadusandja märkis, et „[r]iigihankeid käsitlevate liidu eeskirjade eesmärk ei ole hõlmata kõiki avaliku sektori vahenditest tehtavaid väljamakseid, vaid ainult neid, mille eesmärk on *hankida* tasu eest […] teenuseid riigihankelepingu alusel“. [14] See seadusandja on lisanud, et „[s]elline […] teenuste hankimine peaks olema [selle] direktiiviga hõlmatud, sõltumata sellest, kas seda tehakse ostmise, liisimise või muus lepingulises vormis“. Siinkohal on oluline märkida, et „[h]ankimist“ tuleks liidu seadusandja arvates „mõista laiemas tähenduses […] teenustest tulenevate hüvede saamisena“.

39. Kuigi riigihankeõiguse peamine *eesmärk* on reguleerida kaupade või teenuste hankimine ametiasutuste poolt, siis direktiivi 2014/24 ülesehitus ja eesmärk ei võimalda tegelikult kindlaks teha selle tasu maksmise tingimuse tunnuseid, millele selle direktiivi artikli 2 lõike 1 punktis 5 viidatakse. Mõiste „hankimine“ on piisavalt lai, et olla omandamise tingimuste osas eitaval seisukohal, kusjuures peamine on see, et hankija saab kaubad või teenused lõplikult. Samas võib kaupu ja teenuseid õiguslikus mõttes soetada mitmel viisil.

40. Seega, lihtsalt grammatilisest ja süstemaatilisest tõlgendamisest ei piisa, et mõista „rahaliste huvidega seotud lepingu“ tähendust ja eelkõige võtmemõistet „vastutasu“, mis peitub lepingu kontseptsiooni taga: mis laadi on konkreetselt vastutasu, mille hankija peab andma, et riigihankelepingut saaks pidada kehtivaks?

2. Mõiste „rahaliste huvidega seotud leping“ tõlgendamine kohtupraktikas

41. Euroopa Kohtu hinnangul viitab väljendi „rahaliste huvidega seotud leping“ tavapärane õiguslik tähendus lepingule, millega kõik osapooled kohustuvad vastutasu eest täitma kohustuse [15]. Hankija „vastutasu“ või „vastusoorituse“ olemasolu ning seega vastastikune laad on Euroopa Kohtu jaoks määrav tunnusjoon rahaliste huvidega seotud lepingu hindamisel [16].

10 Näiteks hispaania- („oneroso“), prantsuse- („à titre onéreux“), itaalia- („a titolo oneroso“), portugali- („a título oneroso“) ja rumeeniakeelses („cu titlu oneros“) versioonis.

11 Näiteks inglise- („for pecuniary interest“) ja horvaadikeelses („financijski interes“) versioonis.

12 Nagu tšehhi- ja slovakikeelne versioon (kus mõiste „úplatné smlouvy“ või mõiste „odplatné zmluvy“ tähendavad eelkõige tasu maksmist, kuid mida võib tõlgendada ka nii, et see hõlmab mitterahalisi tasusid) või rootsikeelne versioon, milles on kasutatud väljendit „kontrakt med ekonomiska villkor“, mis viitab lepingu majanduslikule väärtusele.

13 Kohtujuristi kursiiv.

14 Kohtujuristi kursiiv.

15 Vt eelkõige 18. jaanuari 2007. aasta kohtuotsus Auroux jt (C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 45) ja 18. oktoobri 2018. aasta kohtuotsus IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, punkt 28).

16 Vt selle kohta 21. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika) direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punktis a kasutatud mõiste „riigihankeleping“ tõlgendamise kohta.

42. Seda kohtupraktikat toetab Euroopa Kohus teistes õigusvaldkondades, eelkõige käibemaksuga maksustatavate tehingute valdkonnas. Nii on Euroopa Kohus 18. jaanuari 2017. aasta kohtuotsuses SAWP [17] leidnud, et teenus on osutatud tasu eest direktiivi 2006/112/EÜ [18] tähenduses vaid juhul, kui teenuse osutaja ja teenuse saaja vahel on õigussuhe, millega seotud sooritused on vastastikused, ja teenuse osutaja saadav vastutasu vastab majanduslikult väärtuselt teenuse saajale osutatavale teenusele [19]. Euroopa Kohus on selgitanud, et „nii on see üksnes juhul, kui osutatud teenuse ja selle eest makstava tasu vahel on otsene seos, kuna makstud summad kujutavad endast tegelikku tasu individualiseeritava teenuse eest, mida osutati sellise õigussuhte raames“ [20].

43. Siiski tuleb teadvustada, et tasulisuse tingimuse täitmiseks nõutava tasu laadi kohta on olemas kaks kohtupraktika suunda. Need kaks suunda peegeldavad teataval määral direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 sõnastuslikke erinevusi. [21]

44. Esimene suund eelistab lepingu tasulisuse kriteeriumi kitsast tõlgendust, mille kohaselt peab hankija maksma hüvitise või tasu rahas.

45. Seega, näiteks 13. juuli 2017. aasta kohtuotsuses Malpensa Logistica Europa [22] välistas Euroopa Kohus kvalifikatsiooni „riigihankeleping“ direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 1 punkti a tähenduses ja seega vastavate reeglite kohaldamise lepingule, millega Milano Malpensa (Itaalia) lennujaama käitaja ei ole saanud teenuseosutajalt tasu eest osutatavat teenust [23]. Selles otsuses on Euroopa Kohus viidanud otseselt komisjoni poolt toetatud seisukohale, mille kohaselt on teenuste riigihankelepingu tulemusel sõlmitava lepingulise suhte selgeks tunnuseks, et see peab sisaldama hüvitist, mida hankija maksab otse, et „hankida“ teenus otse teenuse osutajalt.

46. Teine kohtupraktika suund seevastu toetab tasulisuse tingimuse laiemat tõlgendamist „vastutasu“ [24] või „vastusoorituse“ [25] tähenduses. Tegemist on peavoolu seisukohaga, mida jagas ka komisjon oma 30. aprilli 2004. aasta rohelises raamatus avaliku ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal [26].

47. Selle kohtupraktika suuna kohaselt ei tähenda mõiste „tasulisus“ tingimata seda, et hankija tasub rahasumma. Euroopa Kohus leiab seega, et „riigihankelepinguks“ võib sõlmida tasu eest lepinguid, mille alusel teenuste eest tasutakse muul viisil, nagu kokkulepitud teenuse osutamisel tekkinud kulude hüvitamine või maksust vabastamine. Nii on see ka juhul, kui makstud tasu ei võimalda hüvitada pakkuja kantud kulusid. [27]

48. Selles osas on eriti näitlikud kaks kohtuotsust.

17 C-37/16, EU:C:2017:22.

18 Nõukogu 28. novembri 2006. aasta direktiiv, mis käsitleb ühist käibemaksusüsteemi (ELT 2006, L 347, lk 1).

19 Vt 18. jaanuari 2017. aasta kohtuotsus SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, punkt 25 ja seal viidatud kohtupraktika).

20 18. jaanuari 2017. aasta kohtuotsus SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, punkt 26 ja seal viidatud kohtupraktika).

21 Vt käesoleva ettepaneku punkt 35.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. See kohtuotsus puudutab Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EL, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT 2004, L 134, lk 1), artikli 1 lõike 1 punkti a tõlgendamist. Selle artikli kohaselt on „asjade, ehitustööde ja teenuste hankelepingud“ „kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud […]“.

23 Vt selle kohtuotsuse punkt 29.

24 Vt selle kohta 25. märtsi 2010. aasta kohtuotsus Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punktid 47–52) ja 21. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43).

25 12. juuli 2001. aasta kohtuotsus Ordine degli Architetti jt (C-399/98, EU:C:2001:401, punktid 77–86).

26 KOM(2004) 327 (lõplik). Rohelise raamatu punktis 10 märgib komisjon, et „lepingu tasulisus ei tähenda tingimata, et avalik-õiguslik partner maksab otse hinna, vaid võib tuleneda mis tahes muust majandusliku vastusoorituse vormist, mille eraõiguslik partner saab“.

27 Vt kaalutlused, mille Euroopa Kohus esitas 25. märtsi 2010. aasta kohtuotsuses Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), mille kohaselt võib maamüügileping kujutada endast ehitustööde riigihankelepingut, isegi kui lisaks nimetatud maatüki võõrandamisele ei anna hankija lepingupartnerile mingit vastusooritust.

49. Nii otsustas Euroopa Kohus 12. juuli 2001. aasta kohtuotsuses Ordine degli Architetti jt[28], et direktiivi 93/37/EMÜ[29] tähenduses mõiste „ehitustööde riigihankeleping“ määratluse alla kuuluvate tunnuste hindamine peab toimuma selliselt, et oleks tagatud selle direktiivi tarvilik mõju, eelkõige, et edendada tõhusat konkurentsi hanketeadete avalikkuse kaudu[30]. Seega tunnistas Euroopa Kohus lepingu tasulisust ja kvalifikatsiooni „ehitustööde riigihankelepinguna“ olukorras, kus ettevõtja, ehitusloa omanik, teostab tööd, olles *vabastatud* riigisiseste õigusaktidega kehtestatud *seadmemaksude tasumisest*. Käesoleval juhul otsustas Euroopa Kohus, et lepingu rahaliste huvidega seotuse tingimus tuleb lugeda täidetuks, kuna kõnealuseid töid tehes tasus ettevõtja kohalikule omavalitsusüksusele sama väärtusega võlga.[31]

50. Samuti on Euroopa Kohus 18. oktoobri 2018. aasta kohtuotsuses IBA Molecular Italy[32] leidnud, et „vastastikust teenuste osutamist käsitlev leping [mahub] riigihankelepingu mõiste alla isegi siis, kui ettenähtud tasu *piirdub teenuse osutamise käigus tekkinud kulude hüvitamisega*“[33]. Selles otsuses rõhutas Euroopa Kohus, et leping, millega ettevõtja kohustub toodet tootma ja tarnima erinevatele ametiasutustele, mille vastutasuks on sihtrahastus täies ulatuses selle eesmärgi täitmiseks, kuulub mõiste „rahaliste huvidega seotud leping“ alla direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punkti a tähenduses, „ *olgugi et nimetatud toote tootmise ja turustamisega seotud kulusid ei hüvitata täies mahus* sellesama toetusega või tarnekuludega, mida nimetatud ametiasutustelt võib sisse nõuda“[34].

51. Tuleb märkida, et samasugust lähenemist toetas kohtujurist Campos Sánchez-Bordona oma ettepanekus kohtuasjas Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[35]. Nimelt oli selles kohtuasjas kerkinud küsimus, kas kahe avaliku sektori hankija vahel kirjalikult kokku lepitud tarkvara kasutamiseks andmine on tasuline direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses, kui kasutajast asutus ei ole kohustatud maksma tasu ega hüvitama tarkvaraga seotud kulusid, kuid on põhimõtteliselt kohustatud andma teisele kasutamiseks selle tarkvara tulevased kohandused ja arendused.

52. Kohtujurist leidis oma ettepanekus, et tasulisuse tingimus on täidetud. Esiteks märkis ta, et vastusooritusel, st tarkvara tulevastel kohandustel ja edasiarendustel on majanduslik väärtus. Teiseks leidis ta, et see tasu on sissenõutav kohustus, kuna see on nimetatud üksustel lasuva avaliku teenuse osutamiseks hädavajalik.[36]

3. „Vastutasu“ lai mõiste ja selle piirid

53. Seda arusaama, mida ma mõistan valdava kohtupraktikana (mida ma täielikult toetan), võib kokku võtta järgmiselt.

54. Esiteks võib hankija poolt antava vastutasu laad, mis tuleneb tasulisuse tingimusest, seisneda muus vormis kui rahas makstud hind. Seega ei ole tingimata vajalik rahasumma ülekandmine. On mõeldavad muud liiki maksed, sealhulgas mitterahalised sooritused.

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1993, L 199, lk 54).

30 Selle otsuse punkt 52.

31 Tuleb märkida, et Euroopa Kohus ei ole järginud kohtujurist Léger’ poolt tema ettepanekus kohtuasjas Ordine degli Architetti jt (C-399/98, EU:C:2000:671) pakutud lähenemist, mille kohaselt tasulisuse tingimus ei olnud täidetud.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Selle kohtuotsuse punkt 29 ja seal viidatud kohtupraktika. Kohtujuristi kursiiv. Vt ka 19. detsembri 2012. aasta kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt (C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 29); 13. juuni 2013. aasta kohtuotsus Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, punkt 31) ja 11. detsembri 2014. aasta kohtuostus Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ jt (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 37).

34 Nimetatud kohtuotsuse punkt 31. Kohtujuristi kursiiv.

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

36 Vt selle kohta käesoleva ettepaneku punktides 52–63 esitatud arutluskäik.

55. Teiseks peab vastusooritusel olema teatav majanduslik väärtus, kuid see ei pea siiski täpselt vastama tarnitud kaupade või osutatud teenuste väärtusele. Seega võivad hankija ja pakkuja leppida kokku võimaluses sooritada makse erinevates vormides, tingimusel, et neil on selge majanduslik väärtus.

56. Kolmandaks peab selle vastutasu laad ja sisu, mida hankija peab maksma, tulenema lepingust otsese täidetava õigusliku kohustusena. Just selles küsimuses mõistan ma Euroopa Kohtu ja kohtujurist Mengozzi viidet sellele, et riigihankelepingu *vastastikune laad* väljendub selles, et mõlemale lepingupoolele luuakse *õiguslikult siduvad kohustused*.[37]

57. Ka mina olen arvamusel, et selleks, et teha kindlaks, kas leping sisaldab vastutasu (ja seega, kas direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punktis 5 ette nähtud tasulisuse tingimus on täidetud), ei ole analüüsi raskuspunktiks lepingus märgitud täpne rahasumma. Pigem on küsimus selles, kas selle lepingu alusel on mõlemad lepingupooled seotud vastastikuste õiguslike kohustustega, mille täitmist võib kumbki teiselt nõuda ja mille raames hankija annab vähemalt selge ja täpse majanduslikku laadi vastutasu.

58. Selline lähenemisviis nihutab teadlikult „vastutasu“ täpse laadi arutelu vastastikuste kohustuste täpse sisu määratlemise laiemale küsimusele. Kuigi on võimalik, et mõiste „vastutasu“ on väga varieeruv riigiti Euroopas[38], tundub valitsevat siiski üldine konsensus selles, et lepingu sõlmimine nõuab seda, et pooled jõuavad lepingu tingimustes piisavalt selge kokkuleppeni, mis eeldab kõigi poolte õiguste ja kohustuste selgust, et lepingut oleks võimalik täita[39]. Teatud mõttes viib see tagasi Rooma õiguse päritolu ja peamise vaheteoni – siiani kehtiv tsiviilõiguse süsteemides – vastastikuste (näiteks lepingud) ja ühepoolsete (näiteks kinked ja annetused) tsiviilõigussuhete vahel.

59. Rahaliste huvidega seotud leping on seega eelkõige vastastikune leping, mis tähendab, et pooled kohustuvad teineteise ees tegema täpseid ja vastastikuseid sooritusi. Nende soorituste laad tuleb kindlaks määrata lepingu sõlmimisel. Nimetatud sooritused peavad olema lepingu alusel täitmisele pööratavad. Nõutav vastutasu on seevastu paindlikum. See ei pea tingimata seisnema rahalises hüvitises. Oluline on see, et see vastutasu oleks selge, täpne ja täidetav sõlmitud lepingu alusel.

4. Kohaldamine käesolevas asjas

60. Vastupidi käesolevas ettepanekus märgitud kohtupraktikas viidatud kohtuasjadele tuleb kõigepealt märkida, et käesoleval juhul ei ole hankija ja pakkuja vahel sõlmitud lepingut, kuna kohtuasi suunati liikmesriigi kohtusse staadiumis, kus viimati nimetatu esitatud pakkumus tagasi lükati. Selles menetlusetapis ei ole seega lepingutingimusi, mis võiksid anda tunnistust hankija vastusooritusest mis tahes vormis.

61. Küsimus, millele Euroopa Kohus peab vastama, seisneb seega selles, kas olukorras, kus pakkuja pakkumusest nähtub, et hankija ei maksa teenuse eest otseselt tasu, võib eelis, mida pakkuja võib lepingu sõlmimise enda tõttu oodata, kujutada endast „tasu“, mis võimaldab sõlmida rahaliste huvidega seotud lepingu direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses.

37 Vt 21. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43), kus järgitakse kohtujurist Mengozzi ettepanekut kohtuasjas Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, punkt 36). Vt käesoleva ettepaneku 16. joonealune märkus.

38 Lepingute õigusliku regulatsiooni märkimisväärse mitmekesisuse kohta vt näiteks Kötz, H., „Comparative Contract Law“, Reimann, M., ja Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, lk 902–932, eriti lk 910–912, või Chloros, A. G., „The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis“, *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1968, vol. 17, nr 1, lk 137–166.

39 Vt nt Principles of European Contract Law (Euroopa lepinguõiguse põhimõtted), artiklid 2:101 (lepingu sõlmimise tingimused) ja 2:103 (piisav kokkulepe) (vt Lando, O., ja Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, La Haye, 2000); või *Draft Common Frame of Reference* (Euroopa lepinguõiguse ühtse tugiraamistiku projekt), artiklid II.–I:101(I) (lepingu mõiste) ja III.–I:102(4) (kohustuste vastastikkus) (vt von Bar, C., jt, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference*: outline edition, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009). Vt selle kohta ka *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, collection „Droit comparé et européen“, Paris, 2008, vol. 6, lk 25, koostajad Henry Capitanti Prantsuse õiguskultuuri sõprade ühing ja võrdleva seadusandluse selts.

62. Käesoleva kohtuasja faktilisi asjaolusid arvestades, nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus on need esitanud, ei näe ma, milles võiks selline vastutasu seisneda isegi siis, kui valida selle mõiste väga lai tähendus, nagu see on esitatud eelnevas jaos. Käesoleva kohtuasja kontekstis võib arvesse tulla kolm võimalikku eelist: arendada kõigepealt asjakohast kogemust; saada seejärel teavet tulevaste turgude kohta; lõpuks kinnistada maine olemasolu tulevaste hankemenetluste jaoks, mida sama hankija võib teiste hankeosade suhtes korraldada.

63. Esiteks on asjakohase kogemuse saamine kindlasti oluline uute osalejate või end arendada soovivate väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate jaoks. Tegemist ei ole ilmselgelt siiski vastutasuga, mida hankija annab vahetuseks. See on pelk õiguslik asjaolu, mis tuleneb lepingu sõlmimisest.

64. Teiseks ei saa eitada ka seda, et soovituste saamine võib kujutada endast eelist. Need soovitused võivad etendada strateegilist rolli tulevikus hankelepingute sõlmimisel. Siiski tuleb tõdeda, et soovituste saamine ei ole piisav, et tõendada kavandatava lepingu vastastikust laadi. See ei ole nimelt hankija kohustus, mistõttu ei kujuta see endast hankijalt nõutavat vastutasu. See eelis on tingimus, mille täitmine on juhuslik ja ebakindel, kuna soovitused, millele ettevõtja võib tulevikus tugineda, sõltuvad tegelikult hankelepingu nõuetekohase täitmisega seotud faktilistest asjaoludest. Seega ei ole soovituste osas mingit tagatist, millele pakkuja võiks tugineda. Tegemist on pelgalt spekulatsiooniga lepingu osas.

65. Kolmandaks on eelotsusetaotluses märgitud, et käesoleval juhul koosnes hange kahest osast.[40] Siin käsitletav hankemenetlus puudutas vaid esimest osa. Esimese ja teise osa võimaliku suhte kohta ei esitatud mingit täiendavat teavet. Siiski on ebatõenäoline, et selline olukord mängiks rolli vastusoorituse kindlaksmääramisel selle õigusliku kohustuse tähenduses, mis hankijal on pakkuja ees seoses kahe hankeosaga. Kindlasti ei ole soovitatav võtta omaks ega edendada sõnaselget või kaudset poliitikat, mille kohaselt esitaks ettevõtja ühe hankeosa raames kuludest oluliselt väiksemas summas pakkumuse, sealhulgas summaga 0 eurot, lootes neid kulusid hiljem arvestada hankelepingu teises osas.

66. Kokkuvõttes ei kuulu direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses mõiste „rahaliste huvidega seotud leping“ alla ükski kolmest stsenaariumist, mis vastavad võimalikele „eelistele“, mida võib esile tuua vastutasuna pakkuja, kes pakub teatavaid teenuseid tasuta. Ühelgi neist juhtudest ei ole tegemist vastutasuga, mille täitmist saaks hankijalt lepingu raames õiguspäraselt nõuda. Nende eeliste ühine nimetaja piirdub sellega, et need kõik on tuleviku ennustused.

67. Kokkuvõttes võib lisada, et viimati nimetatud faktiline asjaolu võimaldab selgelt eristada käesolevat kohtuasja veelgi paindlikumast vastutasust ja tasulisusest, mida toetas näiteks kohtujurist Campos Sánchez-Bordona oma ettepanekus kohtuasjas Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[41]. Nimelt, eriti sellises dünaamilises sektoris nagu tarkvara arendamine on mõeldav teatud hulk küllaltki ebatüüpilisi vastutasu vorme. Seega, algse tarkvara võib anda tasuta kasutusse tulevaste arenduste vastu; hankija võib teha mitterahalise sooritusse, edastades vastutasuks oma andmeid, et tarkvaraarendaja saaks neid kasutada tulevastes rakendustes; hankija võib lubada anda reeglipäraselt tagasisidet, mis võimaldab arendajal toodet täiustada ja sellega suurendada müüki, jne. Kõik need olukorrad võivad olla aluseks rahaliste huvidega lepingu sõlmimiseks, sest need lepingulised kohustused põhinevad selgelt kokkuleppel hankijaga ja kujutavad endast õiguslikult sissenõutavat vastutasu, isegi kui tegelikkuses ei ole alati lihtne hinnata sellise vastutasu väärtust.

40 Vt käesoleva ettepaneku punkt 11.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Vt käesoleva ettepaneku punktid 51 ja 52.

68. Seevastu käesolevas kohtuasjas ei tulene ükski hankijal lasuv eraldiseisev vastustasu selgest ja täidetavast kohustusest, mis tuleneks lepingust, mille sõlmimist kavandatakse. Esimene „eelis“ on lihtsalt automaatne õiguslik asjaolu. Teine on puhtalt spekulatiivne ja ebakindel. Mis puudutab kolmandat, siis isegi kui seda tuleks kaaluda, oleks see väga problemaatiline. Seega, kui hankija ei pea andma vastutasu, ei saa tulevast lepingut pidada „rahaliste huvidega seotud lepinguks“ direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses.

C. Kas pakkumus maksumusega 0 eurot on põhjendamatult madala maksumusega pakkumus?

69. Teise eelotsuse küsimuse puhul on omakorda vaja kindlaks määrata õiguslik alus, millel põhineb 0 euro suuruse pakkumuse tagasilükkamine, nagu on kõne all käesolevas asjas.

70. Kuigi eelotsusetaotluse esitanud kohus keskendub oma küsimuses direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 sätetele, meenutan siiski, et tema esitatud andmete kohaselt on siseministeerium kaalunud kõnealust pakkumust seoses „põhjendamatult madala maksumusega pakkumust“ käsitlevate sätetega selle direktiivi artiklis 69. Viimane lükkas hageja pakkumuse siiski tagasi mitte seetõttu, et see oli põhjendamatult madala maksumusega või et see ei võimaldanud täita hanketeates esitatud nõudeid ja kohustusi, vaid seetõttu, et selle maksumus oli 0 eurot.

71. Seega on eelotsusetaotluse esitanud kohtu teine küsimus menetluslikku laadi: kui hankija saab pakkumuse lahtrisse „hind“ 0 eurot, i) peab hankija automaatselt kõrvaldama pakkumuse otse direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 alusel, kuna ükski selline pakkumus ei saa kunagi viia kehtiva riigihankelepingu sõlmimiseni; või pigem ii) tuleb sellist pakkumust hinnata ka põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste menetluse kohaselt, mis on ette nähtud direktiivi 2014/24 artiklis 69?

72. Arvestades eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele küsimusele pakutud vastust (riigihanke raames sissenõutav tasu ei tähenda tingimata raha otsest ülekandmist, vaid see võib olla mitterahaline vastutasu, kui sellel on vähemalt teatud majanduslik väärtus), on teisele eelotsuse küsimusele loogiline vastus ii): 0-eurost pakkumust tuleb samuti käsitada põhjendamatult madala maksumusega pakkumusena.

73. Esiteks puudutab direktiivi 2014/24 artiklis 69 sätestatud menetlus pakkumise ja läbirääkimiste etappe. Selles artiklis nõuab liidu seadusandja nimelt, et hankija pakuks pakkujale võimalust selgitada oma pakkumuse suurust ja põhjendada pakkumuse tõsiseltvõetavust. Edasi on nõutav, et hankija võtaks arvesse mitte ainult esitatud põhjendusi, eelkõige neid, mis viitavad teenuse ülesehitusele, vastuvõetud tehnilistele lahendustele või ka erakordselt soodsatele tingimustele, mis tal kokkulepitud teenuse osutamiseks on[42], vaid ka kõiki asjaolusid, mis on asjakohased kõnealuse teenuse osutamise ja selle täitmisega seotud kohustuste osas[43].

74. Seega, välja arvatud juhul, kui lepingu laad või pakkumus ise näitab üheselt, et ei saa olla muud mõeldavat vastutasu, ja seetõttu ei ole vaja võimaldada pakkujal oma pakkumust selgitada, ei saa välistada, et tulevane leping võiks lõppkokkuvõttes olla „rahaliste huvidega seotud“ leping direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses.

42 Need põhjendused on sätestatud direktiivi 2014/24 artikli 69 lõikes 2.

43 Vt 16. mai 2019. aasta kohtuotsus Transtec *vs.* komisjon (T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 69 ja seal viidatud kohtupraktika).

75. Kõik see meenutab Schrödingeri kassi paradoksi. Seni kuni karp ei ole avatud ja selle sisu uuritud, ei saa välistada, et selles olev kass on elus. Samamoodi, juhul kui hankija ei paku pakkujale direktiivi 2014/24 artikli 69 alusel võimalust selgitada tema pakkumuse aluseks olevat loogikat ja kulustruktuuri, siis ei saa välistada, et kõnealuse pakkumuse alusel võidakse sõlmida riigihankeleping, ilma et see piiraks lõpuks pakkumuse tagasilükkamise võimalust hankija poolt. Selline tagasilükkamine ei saa siiski põhineda lihtsalt asjaolul, et 0-eurone nominaalne pakkumus ei vasta selle direktiivi artikli 2 lõike 1 punktis 5 ette nähtud tasulisuse tingimusele.

76. Teiseks tuleb tõdeda, et direktiiv 2014/24 ei defineeri mõistet „põhjendamatult madala maksumusega pakkumus“ ega täpsusta numbriliselt summat, mida see hõlmaks [44]. Liidu seadusandja kasutatud terminid on üldised, Euroopa Kohus kasutab ka mõistet „ebaharilikult madala maksumusega pakkumus“ [45].

77. Euroopa Kohtu praktikast tuleneb siiski, et matemaatilise kõrvaldamise kriteeriumi kehtestamine ei tule kõne alla. Euroopa Kohtu eesmärk on soodustada tõhusat konkurentsi kooskõlas riigihankealaste eeskirjade eesmärkidega. Euroopa Kohus leidis 22. juuni 1989. aasta kohtuotsuses Costanzo [46], et matemaatiline kõrvaldamise kriteerium võttis pakkujatelt, kes olid esitanud eriti madalad pakkumused, võimaluse tõendada, et need pakkumused olid tõsiseltvõetavad, ning on seega vastuolus direktiivi 71/305/EMÜ [47] eesmärgiga, milleks on soodustada tõhusa konkurentsi arengut riigihangete valdkonnas.

78. Neid asjaolusid arvestades näib seega, et mitte miski ei takista seda, et mõiste „põhjendamatult madala maksumusega pakkumus“ võiks hõlmata 0-eurose maksumusega pakkumust. On tõsi, et „0 eurot“ summana kujutab endast omamoodi psühholoogilist barjääri. Majanduslikus mõttes ei õigusta siiski miski selle eristamist pakkumusest, mille maksumus on 10 eurot või 100 eurot, alates hetkest, mil kõik need pakkumused on hanke kuludest väiksemad.

79. Kolmandaks ja viimaseks ei ole mingit kahtlust, et teatud arv täiendavaid argumente võiks toetada keeldumist hinnata 0-euroseid pakkumusi. Selliste pakkumuste lubamine võib olla vastuolus avaliku sektori raha kasutamise *läbipaistvuse* ja korruptsioonivastase võitluse eesmärgiga: tegelikud kulud ja hilisemad maksed on lihtsalt teistesse paralleelsetesse tehingutesse ümber paigutatud ja varjatud. Samuti võib – kuigi selline lähenemine näib esmapilgul olevat *riigieelarvetele kasulik* – osutuda 0-eurose nominaalhinnaga sõlmitud riigihankeleping hankija jaoks lõpuks pigem kulukaks ning raskesti täidetavaks ning seega võib see viia pigem kulude suurenemiseni kui lihtsalt üksnes sobiva hinna tasumine algusest peale. Lisaks võib hankijate poolt spondeeritud dumping-hindade praktika tekitada mõningaid murekohti *konkurentsiõiguses*.

80. Igal juhul, sõltumata sellest, kas need mured on õiguspärased, võib samu argumente kasutada vastupidises tähenduses, st selliste pakkumuste hindamise kasuks [48]. Kuid ennekõike võib neid argumente kasutada kõigi põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste hindamisel. Samad kaalutlused, mis on esitatud käesoleva ettepaneku eelmises punktis, on vahet tegemata kohaldatavad kõigile põhjendamatult madala maksumusega pakkumustele: nii on see näiteks hanke puhul, mille

44 Nii meenutas Euroopa Kohus 18. detsembri 2014. aasta kohtuotsuses Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), et liikmesriikide ja eelkõige hankijate ülesanne on kindlaks määrata, kuidas arvutada kõrvalekalde künnis, mis kujutab endast „põhjendamatult madala maksumusega pakkumust“ (punkt 49 ja seal viidatud kohtupraktika).

45 Vt selle kohta 18. detsembri 2014. aasta kohtuotsus Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, punkt 46).

46 103/88, EU:C:1989:256, punkt 18.

47 Nõukogu 26. juuli 1971. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1971, L 185, lk 5).

48 Näiteks, mis puudutab konkurentsi, siis võib väita, et need eeskirjad on tegelikult konkurentsi soodustavad: on tõenäoline, et väikestel ja keskmise suurusega ettevõtjatel ning idufirmadel on madalamad püsikulud ning nad võivad konkreetse lepingu puhul lisada nullimarginaali. Neil asjaoludel võivad 0-eurosed pakkumused osutuda konkurentsivõimeliseks, võimaldades nendel väikeettevõtjatel turule siseneda.

maksumus on 150 000 eurot, 1000 eurot, 101 eurot või sümboolne 1 euro. Isegi kui kõik need pakkumused oleksid tegelikest kuludest palju väiksemad, ei saa hankija neid automaatselt tagasi lükata. Ta peab neid analüüsima direktiivi 2014/24 artiklis 69 selleks spetsiaalselt ette nähtud menetlust järgides.

81. Kuigi liidu seadusandja tegi sellise seadusandliku valiku riigihankeõiguse kontekstis pärast seda, kui ta oli kaalunud kõiki põhjendamatult madala maksumusega pakkumustega kaasnevaid eelised ja puudusi, ei leia ma loogilist argumenti, mis võimaldaks 0-eurosed pakkumused niisugusest skeemist välja jätta. Neid tuleb seega kohelda ühtemoodi. Seega, kui Euroopa Kohus peaks nõustuma minu ettepanekuga esimese küsimuse kohta („rahaliste huvidega seotud leping“ direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses ei nõua tingimata teatava rahasumma maksmist, vaid see võib tähendada hankijale mitterahalist vastutasu), ei ole lepingu pakkumusel märgitud nominaalsumma seega määrav.

82. Seetõttu leian, et hankija peab just direktiivi 2014/24 artiklis 69 sätestatud tingimusi silmas pidades läbi vaatama pakkumuse summas 0 eurot, et see vajaduse korral tagasi lükata eelkõige põhjusel, et selle tulemusel ei saa sõlmida rahaliste huvidega seotud lepingut selle direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses, kuna hankija ei ole hankemenetluses andnud mingit majanduslikku laadi vastutasu.

V. Ettepanek

83. Teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročili (riiklik riigihankemenetluste vaidlustamise komisjon, Sloveenia) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (mida on muudetud komisjoni 18. detsembri 2017. aasta delegeeritud määrusega (EL) 2017/2365) artikli 2 lõike 1 punktis 5 kasutatud mõistet „rahaliste huvidega seotud leping“ tuleb tõlgendada nii, et see ei võimalda kvalifitseerida „teenuste riigihankelepinguks“ tehingut, mille puhul teeb pakkuja hankijale ettepaneku osutada teenust hinnaga 0 eurot, kui lepingupooled ei lepi kokku hankija poolt makstava majandusliku väärtusega vastutasus.

2. Pakkumus hinnaga 0 eurot tuleb läbi vaadata vastavalt direktiivi 2014/24 (muudetud delegeeritud määrusega 2017/2365) artikli 69 sätetele, mis käsitlevad põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi, vajaduse korral pärast seda, kui pakkuja on esitanud lisateavet hankijalt nõutava majandusliku väärtusega vastutasu täpse laadi kohta. Selline pakkumus tuleb tagasi lükata, kui see ei võimalda konkreetse hankemenetluse raames sõlmida „rahaliste huvidega seotud lepingut“ selle direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti 5 tähenduses.