

Kohtuasi C-387/19**Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1****Saabumise kuupäev:**

17. mai 2019

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Raad van State (Belgia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

7. mai 2019

Kaebajad:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Vastustaja:

Vlaams Gewest

Põhikohtuasja ese

Nõue tühistada Flandria piirkonna maanteeameti Ida-Flandria talituse (Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest) 29. novembri 2016. aasta otsus, mille alusel sõlmiti teehitustööde riigihankeleping kaebajate konkurendiga.

Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus

Õiguslik alus: ELTL artikkel 267

Eelotsusetaotlus puudutab küsimust, kas pakkuja, kelle on avaliku sektori hankija kutsealase „raske eksimuse“ tõttu hankemenetlusest kõrvaldanud, peab võimalikest rasketest kutsealastest eksimustest ja nendega seoses võetud eneserehabiliteerimismeetmetest omal algatusel teada andma, või peab avaliku sektori hankija, olles tuvastanud tema hinnangul raske eksimuse olemasolu, mis

võib viia hankemenetlusest kõrvaldamiseni, nägema enne hankemenetlusest kõrvaldamise kohta lõpliku otsuse tegemist ette võistleva menetluse.

Eelotsuse küsimused

1. Kas Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta artikli 57 lõike 4 punkte c ja g koosmõjus lõigetega 6 ja 7 tuleb tõlgendada nii, et viidatud sätetega on vastuolus tava, mille kohaselt kohustatakse ettevõtjat esitama omal algatusel tõend oma usaldusväarsuse tõendamiseks võetud meetmete kohta?

2. Kas juhul, kui vastus on jaatav, on selliselt tõlgendatud [direktiivi 2014/24] artikli 57 lõike 4 punktidel c ja g koosmõjus lõigetega 6 ja 7 vahetu mõju?

Viidatud liidu õigusnormid

- Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65) (edaspidi „direktiiv 2014/24“) artikli 57 lõike 4 punktid c ja g, lõiked 6 ja 7, artikli 69 lõige 1 ning artikkel 90
- võistleva menetluse üldine õiguspõhimõte
- komisjoni 5. jaanuari 2016. aasta rakendusmäärus (EL) 2016/7, millega kehtestatakse Euroopa ühtse hankedokumendi standardvorm (ELT 2016, L 3, lk 16)

Viidatud riigisisised õigusnormid

- 15. juuni 2006. aasta seadus riigihangete ja teatavate ehitustööde riigihanketingute, asjade riigihanketingute ja teenuste riigihanketingute kohta (wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten): artiklid 23 ja 24
- 29. juuli 1991. aasta seadus haldusaktide sõnaselge põhjendamise kohta (wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen): artiklid 2 ja 3
- 17. juuni 2016. aasta riigihangete seadus (wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten): artikkel 70
- 15. juuli 2011. aasta kuninglik dekreet riigihanketingute sõlmimise kohta klassikalistes sektorites (koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren): artikli 61 §-d 1 ja 2

- 26. septembri 1996. aasta kuningliku dekreeedi lisas esitatud ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute ning ehitustööde kontsessioonilepingute tüüptingimused (algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken gevoegd als bijlage bij het Koninklijk besluit van 26 september 1996)
- hea halduse üldised õiguspõhimõtted: võrdse kohtlemise, konkurentsi, hoolsuse ja läbipaistvuse põhimõte ning sisulise põhjendamise põhimõte

Asjaolude ja põhikohtuasja lühikokkuvõte

- 1 Flandria piirkonna maanteeamet kuulutas välja tee-ehitustööde riigihanke. Hanke kohta avaldati hanketeade. Hanketeates märgiti sõnaselgelt, et avaliku sektori hankija võib hankemenetlusest kõrvaldada pakkuja, kes on toime pannud raske kutsealase eksimuse.
- 2 Hankelepingu sõlmimise otsusega kõrvaldati ühispakkumuse esitanud kaebajate pakkumus hankemenetlusest raskete kutsealaste eksimuste tõttu. Hankelepingu sõlmimise otsuse aluseks olnud aruande põhjenduses on iga kaebaja puhul loetletud toimingud, mida peetakse rasketeks kutsealasteks eksimusteks. Muu hulgas on tegemist ohutus- ja tervisekaitsenõuete rikkumisega laevatehastes, puudustega tänavasiltide paigaldamises ja (tehniliste) vajakajäämistega varasematel tee-ehitustöödel.
- 3 Kaebajad esitasid hankelepingu sõlmimise otsuse peale tühistamise nõude eelotsusetaotluse esitanud kohtule.
- 4 Eelotsusetaotluse esitanud kohus tuvastas, et kohtuasja lahendamiseks on vaja tõlgendada liidu õigust, täpsemalt direktiivi 2014/24 artiklit 57.

Põhikohtuasja poolte peamised argumendid

- 5 Kaebajad väidavad, et rikutud on eespool viidatud 15. juuni 2006. aasta seaduse artikleid 23 ja 24, direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikeid 4, 6 ja 7, direktiivis sätestatud *audi et alteram partem* põhimõtet, 29. juuli 1991. aasta seaduse (vormilise põhjendamise seadus) artikleid 2 ja 3 ning mitut hea halduse üldpõhimõtet.
- 6 Kaebajad leiavad, et enne väidetavate raskete kutsealaste eksimuste tõttu menetlusest kõrvaldamist peaksid nad saama võimaluse ennast kaitsta, tõendades, et nad on probleemid kõrvaldanud. Eespool viidatud direktiivisätteid näevad ette võistleva menetluse, mille käigus võib pakkuja esitada varasemate eksimuste heastamise või kõrvaldamise tõendi, ning sätestavad lisaks, et selliseid asjaolusid nagu käesolevas asjas ei või pakkuja kõrvaldamiseks hankemenetlusest kasutada

kauem kui kolm aastat isegi sellisel juhul, kui pakkujate probleemide kõrvaldamise kohta tõendit ei esita.

7 Seejuures tuginevad kaebajad eespool viidatud direktiivisätete vahetule mõjule.

Arvestades laia tõlgendust, mille on mõistele „riik“ andnud Euroopa Kohus, võivad kaebajad vastustaja kui piirkondliku üksuse vastu tugineda viidatud direktiivile, mida ei ole Belgia õigusesse õigeaegselt üle võetud.

Kõnealused sätted on tingimusteta, selged ja täpsed. Viide, et liikmesriik „peab võtma sobivad meetmed“, ja pelk märkus preambulis, et liikmesriik peab välja töötama täpsed menetluslikud ja sisulised tingimused – tingimused, mis kaebajate hinnangul puudutavad üksnes menetlust –, ei tähenda iseenesest seda, et iga ettevõtja eneserehabiliteerimisõiguse (*self clearance*) ettenägemine on tingimuslik.

Kaebajad viitavad muu hulgas direktiivi ülesehitusele, mida tuleb nende hinnangul tõlgendada nii, et iga ettevõtja peab saama võimaluse tõendada meetmete võtmist, kui avaliku sektori hankija leiab, et eksimuse tõttu on ettevõtja usaldusväärsus kaheldav. Pakkujale saab nimelt vaid siis teada olla, mida peab hankija raskeks eksimuseks, kui see on talle teatavaks tehtud. Järelikult eeldab „võistlev menetlus [...] *ratio legis* kohaselt, et see, kes võib esitada vastuväiteid, teab, mille vastu saab ta vastuväiteid esitada“. Seepärast ei ole asi nii, et taotleja või pakkujate peavad heastamismeetmete võtmist tõendama „omal algatusel“. Kaebajad leiavad, et kõnealune – tulevikus jõustuva õigusnormiga seatud – kohustus ei kehti käesoleva hanke suhtes ja on pealegi vastuolus direktiivi artikli 57 – mis näeb samamoodi nagu põhjendamatu madala maksumusega pakkumuste puhul ette võistleva läbivaatamismenetluse – sisu ja eesmärgiga.

Peale selle on rikutud ka direktiivis sõnaselgelt sätestatud *audi et alteram partem* põhimõtet. Lisaks on vastustaja rikkunud hoolsuskohustust ning läbipaistvuse, ausa konkurentsi ja võrdse kohtlemise põhimõtet, kuna kaebajaid koheldi nende „Euroopa kolleegidega“ võrreldes erinevalt.

8 Vastustaja ei nõustu eelkõige sellega, et direktiivi 2014/24 artikli 57 on vahetu mõju. Vastustaja vaidleb vastu väitele, et kõnealuse artikli lõige 6 on tingimusteta, selge ja täpne. Vähemasti heastamismeetmete puhul ei ole kõnealune nõue täidetud, kuna artikli 57 lõige 7 sätestab, et „[l]iikmesriigid kehtestavad käesoleva artikli rakendamise tingimusi käsitlevad õigusnormid, võttes arvesse liidu õigust.“ Sellega seoses viitab vastustaja direktiivi põhjendusele 102. Seda, et liikmeriikidel on direktiivi ülevõtmisel selles osas lai kaalutusruum, näitab ka tõsiasi, et heastamismeetmete süsteem „sätestati“ direktiivis vaid üldjoontes. Direktiiv ei näe näiteks ette, millal või mil viisil peab taotleja või pakkujate heastamismeetmete võtmisest teada andma. See, et liikmesriikidel on heastamismeetmete süsteemi väljatöötamiseks laiaulatuslikud õigused, nähtub ka sellest, et direktiiv jätab liikmesriikide otsustada, milline asutus – avaliku sektori hankija või muu organ – vastutab heastamismeetmete hindamise eest. Sellele viitab ka tõsiasi, et Belgia

seadusandja lisas heastamismeetmete süsteemi puudutavad põhimõttelise tähtsusega küsimused õigusakti, mis ei olnud hankelepingu sõlmimise ajal veel jõustunud (17. juuni 2016. aasta seaduse artikkel 70, millega võeti üle direktiivi 2014/24 artikkel 57), või selgitas neid selles õigusaktis.

- 9 Teise võimalusena märgib vastustaja, et vaidlustatud otsus ei riku direktiiviga kindlaks määratud eneserehabiliteerimiskorda. Kuna direktiiv kirjeldab vaid väga üldiselt, kuidas peab heastamismeetmete süsteem olema korraldatud, on avaliku sektori hankijal raske kindlaks määrata, kuidas tuleb artikli 57 lõike 6 kohast eneserehabiliteerimiskorda kohaldada. Seepärast on loogiline, et sellises olukorras lähtutakse 17. juuni 2016. aasta seadusest, mis kohustab konkreetselt võetud meetmeid omal algatusel tõendama, olgugi et kõnealune seadus ei ole veel jõustunud. Miski ei takistanud kaebajatel asjaomaseid heastamismeetmeid pakkumuse esitamise ajal ise teatavaks tegemast.

Heastamismeetmete süsteemi selline korraldus ei riku vastustaja hinnangul direktiivi artiklit 57. Nimelt suudab pakkuja ise kõige paremini hinnata, kas tema suhtes on kohaldatav mõni fakultatiivne hankemenetlusest kõrvaldamise alus ja kas ta peab sellest tulenevalt võtma heastamismeetmeid. Käesoleval juhul olid varasemate ehitustööde hankelepingute täitmise käigus tehtud eksimused ilmselged, liiatigi kuna nende hangete puhul oli hankijaks samuti vastustaja.

Mis puudutab võrdlust võistleva läbivaatamismenetlusega põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste puhul, siis väidab vastustaja, et nagu tuleneb artikli 57 lõikest 6 endast ja võrdlusest direktiivi artikli 69 lõikega 1, on viidatud sätete vahel põhimõtteline erinevus.

Peale selle viitab ta rakendusmäärusele 2016/7, mille lisas esitatud näidisvorm annab võimaluse iga fakultatiivse kõrvaldamisaluseluse puhul, sealhulgas raske kutsealase eksimuse puhul, millega on tegemist käesolevas asjas, märkida, kas on võetud eneserehabiliteerimismeetmeid, ja neid vajaduse korral kirjeldada. Järelikult tuleneb direktiivist 2014/24, et taotleja või pakkuja ülesanne on võimalikest heastamismeetmetest avaliku sektori hankijale omal algatusel teada anda, ning seda seisukohta toetab ka Euroopa Komisjon.

Peale selle ei saa aktsepteerida seda, et eneserehabiliteerimissüsteem teeb vahet olenevalt kõrvaldamisaluselusest. Kuna direktiivi eesmärk on lihtsustada riigihankemenetluste haldamist, ei saanud Euroopa Liidu seadusandjal olla kavas näha eneserehabiliteerimise valdkonnas ette erinevaid menetlusi.

Kolmanda võimalusena märgib vastustaja, et hea halduse põhimõtteid ei ole rikutud. Lõpuks viitab ta Raad van State (Belgia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) väljakujunenud praktikale, mis puudutab ärakuulamise õigust, ja märgib, et avaliku sektori hankija, kes soovib teha hankemenetlusest kõrvaldamise otsust, ei ole põhimõtteliselt kohustatud korraldama ärakuulamist, kuna ta ei võta ära eelnevalt antud eelist ega määra karistust, vaid pelgalt keeldub andmast taotletud eelist.

Eelotsusetaotluse põhjenduse lühikokkuvõte

- 10 Eelotsusetaotluse esitanud kohus tuvastab esmalt, et hanketeade avaldati 11. ja 13. mail 2016, see tähendab ajal, mil direktiivi ülevõtmise tähtaeg 18. aprill 2016 oli möödunud. Alates sellest kuupäevast tuleb kasutada ka rakendusmääruses 2016/7 nimetatud Euroopa ühtse hankedokumendi standardvormi. Viidatud vormi lahtrisse „Menetlusest kõrvalejätmise kriteeriumid“ on võimalik märkida, kas ettevõtja on võtnud eneserehabilitatsioonimeetmeid, ja neid meetmeid vajaduse korral kirjeldada.

Käesolevas kohtuasjas kohaldatava 2011. aasta kuningliku dekreeedi artikli 61 § 2 punkt 4, mille alusel kaebajad menetlusest kõrvaldati, sätestab, et taotlejad või pakkujad, kes on oma kutsetegevuse raames toime pannud raske eksimuse, võidakse hankemenetluse mis tahes etapis menetlusest kõrvaldada.

Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et 17. juuni 2016. aasta seadus – mis näeb ette menetluse, mille käigus võivad taotlejad või pakkujad, kes võidakse menetlusest raske eksimuse tõttu kõrvaldada, omal algatusel tõendada, et nad on võtnud „heastamise meetmeid“ – ei olnud vaidlustatud otsuse tegemise ajal veel jõustunud.

Tühistamisnõude hindamisel tuleb vastata küsimusele, kas direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktidega c ja g koosmõjus lõigetega 6 ja 7 on (ei ole) vastuolus tava, mille puhul jäetakse ettevõtja, kes – nagu käesoleval juhul – on avaliku sektori hankija hinnangul toime pannud raske kutsealase eksimuse ja ei ole võimalikest heastamise meetmetest omal algatusel teada andnud, menetlusest kõrvale, ilma et ta oleks saanud – avaliku sektori hankija poolt kavandatud kõrvalejätmise raames sõnaselgelt ette nähtud – võimalust tõendada võimalike meetmete võtmist ja oma usaldusväärsuse taastamist, või ilma et temalt oleks hanketeates või hankedokumentides seda nõutud.

Kui eespool sõnastatud küsimusele vastatakse nii, et asjaomane tava ei ole direktiiviga vastuolus, ei ole küsimust, kas direktiivi asjaomastel sätetel on vahetu mõju, vaja täpsemalt kontrollida.

Asjaomaste sätete sõnastusest ega Euroopa Kohtu praktikast ei nähtu siiski üheti mõistetavalt, kuidas tuleb sellele küsimusele vastata.

Euroopa Kohtu varasemas praktikas, eelkõige 24. oktoobri 2018. aasta otsuses Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, punktid 20–23 ja resolutsioon), mis puudutab eneserehabiliteerimiskorda, ei ole nimelt tegemist käesolevas asjas kõne all oleva küsimusega, nimelt küsimusega, kas direktiivi artikli 57 lõiget 6 tuleb tõlgendada nii, et ettevõtja peab eneserehabiliteerimismeetmetest teada andma omal algatusel, või tuleb seda teavet temalt nõuda enne tema kõrvaldamist menetlusest.

Asjaomase direktiivisätte sõnastus ei loo selles osas selgust, kuna selles on märgitud vaid järgmist: „Iga ettevõtja, kes on mõnes lõigetes 1 ja 4 osutatud

olukorras, võib esitada tõendeid selle kohta, et tema poolt võetud meetmed on piisavad tõendamaks tema usaldusväarsust, olenemata vastava kõrvaldamise aluse olemasolust.“ Ka direktiivi põhjendus 102 viitab vaid üldiselt sellele, et „[e]ttevõtjatel peaks olema võimalus taotleda hankemenetluses võimalikuks osalemiseks võetud vastavusmeetmete läbivaatamist“.

Rakendusmääruses 2016/7 sisalduva standardvormi lahtrisse „Menetlusest kõrvalejätmise kriteeriumid“ on võimalik märkida, kas ettevõtjad on võtnud eneserehabiliteerimismeetmeid, ja neid meetmeid vajaduse korral kirjeldada.

Võimalikud menetlusest kõrvalejätmise kriteeriumid puudutavad aga erinevaid olukordi. Mõnel juhul peaks ettevõtja jaoks olema selgelt ettenähtav, kas asjaomane kõrvaldamisaluse on olemas või mitte. Teiste kõrvaldamisaluste puhul on see vähem ilmselge. Menetlusest kõrvaldamise alused võivad olla kohustuslikud või fakultatiivsed. Kui tegemist on „raske eksimusega“, nagu on kõne all käesolevas asjas, on direktiivi põhjenduse 101 kohaselt avaliku sektori hankija ülesanne tuvastada, kas toime on pandud raske kutsealane eksimus. Sellisel juhul ei ole asjaomase pakkuja jaoks alati ettenähtav, kuidas klassifitseerib seda eksimust avaliku sektori hankija. Kas pakkuja peab sellisel juhul tegutsema omal algatusel või peab avaliku sektori hankija, kes on tuvastanud raske eksimuse, mis võib viia menetlusest kõrvaldamiseni, ette nägema võistleva menetluse?

Peale selle võib kõrvalejätmise proportsionaalsuse hindamisel arvesse võtta eneserehabiliteerimismeetmeid. Selline tõlgendus, et enne kõrvalejätmise kohta lõpliku otsuse tegemist tuleb ette näha võistlev menetlus, näib edendavat ka konkurentsi.

Seevastu juhul kui pakkuja peab tegutsema omal algatusel, suureneb tõenäosus, et sama teave on mitmel avaliku sektori hankijal, kes peavad tegema hankelepingu sõlmimise otsuse, ja see toob kaasa suurema läbipaistvuse.

Mis puudutab analoogiat põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste läbivaatamise korraga, siis tuvastab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et direktiivi artikkel 69, mis käsitleb põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi, kirjutab avaliku sektori hankijale ette rea toiminguid, mida artikli 57 lõike 6 kohase eneserehabiliteerimiskorra puhul ette nähtud ei ole. Peale selle märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi reguleerivate sätete ja eneserehabiliteerimist reguleerivate sätete eesmärgid on erinevad.

- 11 Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et asjaomaste sätete vahetu mõju küsimuses ei ole Euroopa Kohus veel oma seisukohta kujundanud. Siiski on võimalik tuvastada, et direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 6 kohaldamiseks on vaja võtta lisameetmeid, kuna selles on märgitud, et iga ettevõtja võib esitada tõendeid selle kohta, et tema poolt võetud meetmed on piisavad, et olenemata asjaomase kõrvaldamise aluse olemasolust tõendada tema usaldusväarsust. Sama käib direktiivi artikli 57 lõike 7 kohta. Direktiiv ei sätesta näiteks seda, millal või mil

viisil peab taotleja või pakkuja heastamismeetmete võtmisest teada andma või kelle ülesanne on meetmeid hinnata.

- 12 Teiselt poolt tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, et sellise sätte sõnastus, mille kohaselt peab liikmesriik „võtma sobivaid meetmeid“, ei takista iseenesest seda, et direktiiviga omistatakse tingimusteta ja piisavalt täpselt teatav õigus. Kuigi eneserehabiliteerimist reguleerivatel sätetel tervikuna puudub esmapilgul vahetu mõju, ei saa viidatud sätte teatavate miinimumgarantiina kehtivate osade puhul seda mõju täielikult välistada.

Kui Euroopa Kohus leiab, et pakkujale direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 6 antud võimalus tõendada oma usaldusväarsust hoolimata sellest, et pakkuja on menetlusest raske rikkumise tõttu kõrvale jäetud, tähendab seda, et avaliku sektori hankija peab pakkujale selle võimaluse enne tema kõrvaldamist menetlusest igal juhul andma, tekib küsimus, kas seejuures on tegemist teatavat laadi miinimumkaitsega, mida saab direktiivi alusel täpselt kindlaks määrata.

- 13 Kuna asjaomaste sätete tõlgendamises esineb niisiis kahtlusi, otsustas eelotsusetaotluse esitanud kohus esitada Euroopa Kohtule eespool sõnastatud eelotsuse küsimused.