

Kohtuasi C-737/22

Eelotsusetaotlus

Saabumise kuupäev:

1. detsember 2022

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Østre Landsret (Danmark)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

11. november 2022

Kaebaja:

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Vastustaja:

BibMedia A/S

ØSTRE LANDSRET

(Idapiirkonna apellatsioonikohus)

KOHTUMÄÄRUS

11. november 2022

[...]

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

[...]

versus

BibMedia A/S

- 1 [...] Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (Taani riigi ja kohalike omavalitsuste hanketeenistus) (edaspidi „SKI“) on esitanud Audio Visionary Music A/S (edaspidi „AVM“) vastu kaebuse, mis puudutab

raamatukogumaterjalide tarnimise ja sellega seotud ettevalmistavate teenuste raamlepingu sõlmimiseks SKI poolt korraldatud hankemenetluse õiguspärasust.

- 2 Østre Landsret (idapiirkonna apellatsioonikohus, Taani) on otsustanud taotleda vastavalt Euroopa Liidu toimimise lepingu (ELTL) artikli 267 lõikele 2 Euroopa Liidu Kohtult eelotsust selle kohta, kuidas tõlgendada läbirääkimiste keeldu, mille olemasolu saab järeldada Euroopa Kohtu praktikast seoses võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse aluspõhimõtetega, nagu need on väljendatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (edaspidi „riigihankedirektiiv“) artikli 18 lõikes 1. Samuti palutakse Euroopa Kohtult arvamust küsimuses, kas läbirääkimiste keelu ulatust mõjutab see, et tegemist on osadeks jagatud avatud hankemenetlusega (vt riigihankedirektiivi artiklid 27 ja 46).

FAKTILISED ASJAOLUD ja SÜNDMUSTE KÄIK

- 3 Kaebaja, SKI on keskne hankija, kelle omanikud on Taani riik ja Kommunernes Landsforening, kes on Taani kohalike omavalitsuste ühendus ja nende huve kaitsev organisatsioon. SKI asutati eesmärgiga muuta riigihanked sujuvamaks ja professionaalsemaks, sealhulgas SKI klientide (riigi ja kohalike omavalitsuste asutused) nimel raamlepingute väljatöötamise, hankimise ja täitmise kaudu.
- 4 Asjassepuutuva hanke ajal tegutses AVM raamatukogumaterjale ette valmistavate teenuste turul. Alates 1. märtsist 2021 omandas kõik selle äriühingu aktsiad BibMedia A/S. Seejärel lõpetati AVM äriühinguga BibMedia A/S ühinemise kaudu, mistõttu viimati nimetatud äriühing on menetluse osaline.
- 5 SKI kuulutas 4. veebruaril 2020 välja raamatukogumaterjale ja ettevalmistavaid teenuseid käsitleva raamatukogumaterjalide raamlepingu 50.05 hankemenetluse. Raamleping on jagatud kaheksaks hankeosaks ja selle hinnanguline kogumaksumus on vahemikus 748 miljonit kuni 1,021 miljardit Taani krooni. Käesolevas asjas olulised hanke osad on „1. osa: taanikeelsed raamatud ja noodid (Ida-Taani)“, mille hinnanguline maksumus on 253 miljonit Taani krooni, ja „2. osa: taanikeelsed raamatud ja noodid (Lääne-Taani)“, mille hinnanguline maksumus on 475 miljonit krooni.
- 6 Kõikide hanke osade puhul oli tegemist ühe tarnijaga sõlmitava raamlepinguga ning lepingu sõlmimise kriteerium oli madalaim hind. Pakkumused sisaldasid teavet mõningate pakkuja põhiandmete kohta, täidetud kujul Euroopa ühtset hankedokumenti (ESPD) ning täidetud kujul pakkumuste loetelu, mis sisaldas hankeosa kohta suhteliselt tagasihoidliku arvu tooteliikide hindu.

- 7 Hankedokumentide avaldamise ajal oli hanketingimuste punktis 3.1 seoses 1. ja 2. hankeosa suhtes lepingu sõlmimise mudeliga märgitud:

„1. ja 2. hankeosa on omavahel seotud (vt punkt 3.1.1) ja kui pakkuja esitab pakkumuse nendest osadest ühe kohta, on automaatselt esitatud pakkumused mõlema osa kohta. Sellest ei saa teha erandeid ja seega ei ole võimalik esitada pakkumust ainult ühe suhtes kahest hankeosast, mis on seotud taanikeelsete raamatute ja nootidega.

Kui see välja arvata, ei ole muid piiranguid seoses sellega, kui paljude või kui väheste hankeosade suhtes pakkuja saab või tal tuleks pakkumusi esitada.

SKI kavatseb sõlmida iga hankeosa kohta lepingu ühe tarnijaga. Ühe ja sama tarnijaga võidakse sõlmida leping mitme hankeosa kohta.

Raamatukogumaterjalide turule on iseloomulik vaid väheste spetsialiseerunud tarnijate ja potentsiaalsete pakkujate olemasolu. Taanikeelsed raamatud ja noodid kujutavad endast käibe poolest suurimat tootevaldkonda ja on potentsiaalsetele pakkujatele kaubanduslikult olulised. Selleks et kaitsta sellel turul edaspidist konkurentsi, on taanikeelsed raamatud ja noodid jagatud geograafiliselt kaheks hankeosaks. Osalevad kliendid jagunevad nende hankeosade, vastavalt Ida-Taani ja Lääne-Taani vahel kaheks. Lisas A ning all-lisades A.1 ja A.2 on näidatud, millised kohalikud omavalitsused kuuluvad 1. hankeossa: taanikeelsed raamatud ja noodid (Ida-Taani) ning millised 2. hankeossa: taanikeelsed raamatud ja noodid (Lääne-Taani).“

- 8 Hanketingimuste punktis 3.1.1 oli täpsustatud:

„Taanikeelsed raamatute ja nootide suhtes kuulutati välja hankemenetlus nn Ida/Lääne mudeli järgi, mis tähendab, et eesmärk on sõlmida leping ühe pakkujaga Ida-Taani osas ja teise pakkujaga Lääne-Taani osas, kuid klientidele kehtivad ühed ja samad pakutud hinnad olenemata sellest, kas klient asub Ida- või Lääne-Taanis.

Pakkujad märgivad kasumimarginaali ja ettevalmistuste eest küsitavad hinnad, mis peavad olema samad – ja kehtivad – nii Ida-Taani osa kui ka Lääne-Taani osa suhtes.

Pakkujaga, kes esitab majanduslikult kõige soodsama pakkumuse, sõlmitakse leping, mille kohaselt saab temast 2. hankeosa: taanikeelsed raamatud ja noodid (Lääne-Taani) tarnija.

Pakkujaga, kes esitab majandusliku soodsuse arvestuses teisele kohale jääva pakkumuse, sõlmitakse leping, mille kohaselt saab temast 1. hankeosa: taanikeelsed raamatud ja noodid (Ida-Taani) tarnija. See pakkuja peab siiski nõustuma sellega, et leping, mille kohaselt saab temast Ida-Taani hankeosa tarnija, kohustab pakkujat tarnima raamlepinguga hõlmatud kaupu ja teenuseid klientidele Ida-Taanis täpselt samade hindade eest, mida on pakunud ja mille

eest tarnib Lääne-Taanis kaupu ja teenuseid majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkuja.

Kui majandusliku soodsuse arvestuses teisele kohale jääva pakkumuse esitanud pakkuja ei nõustu saama tarnijaks Ida-Taani osas, läheb see võimalus majandusliku soodsuse arvestuses teisele kohale jääva pakkumuse esitanud pakkujale, kes peab samamoodi nõustuma sellega, et leping, mille kohaselt saab temast Ida-Taani hankeosa tarnija, kohustab pakkujat tarnima raamlepinguga hõlmatud kaupu ja teenuseid klientidele Ida-Taanis täpselt samade hindade eest, mida on pakkunud ja mille eest tarnib Lääne-Taanis kaupu ja teenuseid majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkuja.

Kui ka see pakkuja ei nõustu saama tarnijaks Ida-Taani osas, läheb see võimalus majandusliku soodsuse arvestuses järgmisele kohale jääva pakkumuse esitanud pakkujale jne. Kui lepingutingimustele vastavad pakkumused esitanud pakkujate loetelu ammendub, ilma et nende seast oleks leitud tarnijat Ida-Taani osas, sõlmitakse Ida-Taani osas leping sellesama tarnijaga, kellega sõlmitakse leping Lääne-Taani osas. Sel juhul saab see tarnija tarnijaks kogu Taani osas, s.o nii 1. kui ka 2. hankeosas, ning tarnib kogu riigis ühtede ja samade hindadega.

Pakkujate jaoks tähendab Ida-/Lääne-Taani mudel seda, et kui hindamise käigus selgub, et nad on esitanud majanduslikult kõige soodsama pakkumuse, kohustuvad nad täielikult võimaldama enda pakutud hindu ka teistele pakkujatele, esmajoones pakkujale, kes on esitanud majandusliku soodsuse arvestuses teisele kohale jääva pakkumuse, ja kui see pakkuja ei nõustu olema tarnija Ida-Taani osas, siis loetelus järgmisele jne.

Põhjus, miks majanduslikult kõige soodsama pakkumuse esitajaga sõlmitakse leping Lääne-Taani osas, on see, et Lääne-Taanis võib eeldada suuremat käivet kui Ida-Taanis. Seega peaks pakkuja, kellega sõlmitakse leping Ida-Taani osas, olema teadlik ka sellest, et nõustudes Ida-Taani osas tarnija olemise tingimustega, peab pakkuja tagama, et ta saab tegutseda ettenähtud hindadega kasumlikult, arvestades enda kulusid, olgugi et käive Ida-Taanis võib olla eeldatavalt väiksem kui Lääne-Taanis. Eeldatava käibe jaotumine Ida- ja Lääne-Taani vahel on vastavalt näidatud all-lisas A.1.“

- 9 Pakkumuste esitamise tähtpäeval, 3. märtsil 2020 sai SKI pakkumused AVMilt ja BibMedia A/Silt (ainsad kaks olulist tarnijat turul). Mõlemad pakkujad esitasid pakkumused kõikide hanke osade kohta.
- 10 Hindamise käigus tehti kindlaks, et BibMedia A/S on esitanud majanduslikult kõige soodsama (madalaima hinnaga) pakkumuse kõikide hanke osade kohta, AVM aga on esitanud majandusliku soodsuse arvestuses teisele kohale jääva pakkumuse kõikide hanke osade kohta.
- 11 Hanketingimustes kirjeldatud 1. ja 2. hankeosa suhtes lepingu sõlmimise mudelist tulenevalt pöördus SKI AVMi poole ettepanekuga sõlmida leping 1. hankeosa (Ida-Taani) suhtes, kui AVM on nõus, et ta peab tarnima hindadega, mida on

pakkunud BibMedia A/S kui madalaima hinnaga pakkuja ja millest AVMi selle pöördumise ajal teavitati.

- 12 AVM nõustus sellega ja SKI saatis 21. aprillil 2020 teate hankelepingu sõlmimise otsuse kohta.
- 13 Seejärel esitas AVM 30. aprillil 2021 vaidlustuse Klagenævnet for Udbudile (Taani riigihangete vaidlustuskomisjon; edaspidi „vaidlustuskomisjon“). Vaidlustuskomisjon on moodustatud eesmärgiga täita õiguskaitse direktiividest tulenevaid Taani kohustusi ning tema ülesanne on lahendada kaebusi, mis on esitatud seoses riigihangete seaduse (udbudsloven), Euroopa Liidu riigihankedirektiivide, Euroopa Liidu toimimise lepingu (ELTL) ning nendest tulenevate võrdse kohtlemise põhimõtte ja läbipaistvuse põhimõtte jms põhimõtetega ja hankemenetluse seaduse (tilbudsloven) võimalike rikkumistega avaliku sektori hankijate poolt.
- 14 Vaidlustuskomisjon tegi 14. jaanuaril 2021 otsuse vaidlusasjas C-20/05105: Audio Visionary Music A/S vs. Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, milles ta järeldas:

„[SKI] on rikkunud võrdse kohtlemise põhimõtet (vt riigihangete seaduse § 2 lõige 1 ja § 56) sellega, et ta kohaldas 1. ja 2. hankeosa kohta lepingute sõlmimise otsustamiseks menetluskorda, mille kohaselt saab pakkuja, kes on esitanud majandusliku soodsuse arvestuses teisele kohale jääva pakkumuse, pärast pakkumuste esitamise tähtaja möödumist oma pakkumust muuta, misjärel võidakse otsustada sõlmida temaga leping 1. hankeosa suhtes.“

- 15 Vaidlustuskomisjon põhjendas oma otsust muu hulgas nii:

„tegu on avatud hankemenetlusega ja kui pakkuja on oma pakkumuse esitanud, ei saa seda pakkumust põhimõtteliselt muuta ei hankija ega ka pakkuja algatusel.“

Nii on avatud hankemenetluses võrdse kohtlemise põhimõtete ja läbipaistvuse põhimõtete vastuolus mis tahes vormis läbirääkimised hankija ja pakkuja vahel. Kui pakkujale antakse pärast seda, kui hankija on tema poole pöördunud, võimalus muuta (vähendada) pakutud hinda täpsustatud madalamale hinnale, tähendab see, et pakkujal on võimalus muuta oma pakkumuse olulist tingimust, nimelt algses pakkumuses pakutud täpset summat viisil, mis on kasulik hankijale ja mis annab pakkujale võimaluse parandada oma hinda ja seega oma pakkumust, et jõuda hankelepingu sõlmimiseni. Tavapraktika kohaselt oleks sedalaadi menetlus vastuolus läbirääkimiste keeluga.

Küsimus on selles, kas asjaolu, et selle konkreetse hanke tehnilises kirjelduses on kirjeldatud niisugust menetlust, tähendab, et käesoleval juhul võib hankemenetlust pidada võrdse kohtlemise põhimõtete ja läbipaistvuse põhimõtete vastavaks ja see on seega õiguspärane. Vaidlustuskomisjon leiab, et läbirääkimiste keelust avatud hankemenetluses ei saa kõrvale kalduda vaid põhjendusel, et SKI on

kirjeldanud hanke tehnilises kirjelduses Ida-/Lääne-Taani mudelit, nagu käesoleval juhul.“

- 16 SKI palus 9. juulil 2021 Retten i Glostrupil (Glostrupi kohus, Taani) algatada kohtuasi muu hulgas vaidlustuskomisjoni otsuse selle osa peale. See kohtuasi suunati 7. detsembril 2021 Østre Landsretile (idapiirkonna apellatsioonikohus, Taani), kes lahendab seda esimeses kohtuastmes.

TAANI RIIGIHANKE-EESKIRJAD

- 17 Direktiiv 2014/24/EL (riigihankedirektiiv) on rakendatud Taani õigusesse 15. detsembril 2015. aasta seadusega nr 1564, mida on hiljem muudetud (edaspidi „riigihangete seadus“).
- 18 Riigihangete seaduse §-ga 2 on rakendatud riigihankedirektiivi artikli 18 lõige 1 ja see käsitleb seaduse üldpõhimõtteid. Nimetatud § 2 on sõnastatud järgmiselt:

„§ 2. Riigihankemenetlustes järgib hankija võrdse kohtlemise põhimõtet, läbipaistvuse põhimõtet ja proportsionaalsuse põhimõtet vastavalt II–IV jaotisele.

Lõige (2). Avatud hankemenetlus ei tohi olla kavandatud eesmärgiga jätta see käesoleva seaduse kohaldamisalast välja või konkurentsi kunstlikult piirata. Konkurentsi peetakse kunstlikult piiratuks, kui hange kavandatakse eesmärgiga seada üks või mitu ettevõtja(t) põhjendamatuult soodsasse või ebasoodsasse olukorda.“

- 19 Riigihangete seaduse §-ga 49 on rakendatud riigihankedirektiivi artikli 46 lõiked 1–3. Selle paragrahvi lõige 3 käsitleb nõudeid seoses hangete osadeks jagamisega ja on sõnastatud järgmiselt:

§ 49.

[...]

Lõige (3). Hankija märgib hanketeates:

(1) kas pakkuja võib esitada pakkumusi ühe, mitme või kõikide hanke osade kohta,

(2) kas pakkujaga võib sõlmida hankelepingu ühe, mitme või kõikide hanke osade kohta ja kui võib, siis kuidas tohib hanke osasid või osade rühmi omavahel liita, ning

(3) objektiivsed ja mittediskrimineerivad kriteeriumid või eeskirjad, mis reguleerivad hanke osade kohta hankelepingute sõlmimist, sealhulgas kuidas otsustatakse hanke osade kohta lepingute sõlmimine, kui nendest kriteeriumidest või eeskirjadest tulenevalt tekiks muidu olukord, kus ühe pakkujaga sõlmitaks

leping rohkemate hanke osade kohta kui selle pakkuja kohta lubatud maksimaalne arv.

- 20 Riigihangete seaduse § 56 käsitleb avaliku sektori hangete menetlusnorme ja sellega on rakendatud riigihangete direktiivi artikkel 27. Säte on sõnastatud järgmiselt:

„§ 56. Avatud hankemenetluses võib iga huvitatud ettevõtja esitada hanketeate peale pakkumuse. Hanketeade sisaldab teavet, mis on ette nähtud 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) V lisa C osas. Hankija kasutab standardvormi (vt § 128 lõige 3).“

KOHALDATAVAD EUROOPA LIIDU ÕIGUSE SÄTTED

- 21 Liidu õiguse sätted, millega käesolev kohtuasi on seotud, on peamiselt võrdse kohtlemise põhimõtte ja läbipaistvuse põhimõtte, mis on ette nähtud riigihankedirektiivi artiklis 18, ning hanke osade üle läbirääkimise keeld (vt riigihankedirektiivi artikkel 46 ja avatud hankemenetluse kord vastavalt riigihankedirektiivi artiklile 27).

KAEBAJA SEISUKOHAD

- 22 SKI ei ole nõus, et ta on Ida/Lääne mudelit kasutades rikkunud võrdse kohtlemise põhimõtet, nagu see on sätestatud riigihankedirektiivi artikli 18 lõikes 1. Valitud hankemudel on avatud hankemenetluse kasutamisest hoolimata seaduslik ja on kooskõlas riigihankealaste õigusaktide sätetega, sealhulgas võrdse kohtlemise põhimõtte ja läbipaistvuse põhimõtte ning nendest tuleneva läbirääkimiskeeluga, samuti riigihankeid käsitleva kohtupraktikaga.
- 23 Peamine Ida/Lääne mudeliga seotud kaalutlus oli soov kaitsta konkurentsi 1. ja 2. hankeosaga hõlmatud teenuste osas, kuna käibe poolest on see kõnealuse hanke kõige suurem tootevaldkond. Sellega seoses on oluline tähele panna, et seesugustel teenustel ei ole eraturgu ja ei ole teisi hankijaid, kes pakuksid samalaadseid lepinguid. Seepärast esindab SKI raamleping õigupoolest kogu turgu. Turuosalistel, kellega ühegi hankeosa suhtes lepingut ei sõlmita, on seega oht kõrvale jääda või isegi oma tegevus lõpetada. Seega on selle tootevaldkonna turul aastaid esinenud perioode, mil konkurents on väike või puudub üldse, mis võib olla väga kahjulik SKI klientidele ja lõppkokkuvõttes maksumaksjatele. Sellepärast keskendus SKI raamlepingu sõlmimise menetluses tugevalt sellele, et kaitsta konkurentsi niipalju kui võimalik, sealhulgas jagades hanke selle osa kaheks (Ida- ja Lääne-Taani) ja kasutades mudelit, mis põhimõtteliselt lubab kahte eri tarnijat, mis on kooskõlas riigihankedirektiivi artikli 46 alusesmärkidega (vt selle direktiivi põhjendus 79). Selle põhjenduses on märgitud, et „[o]sadeks jaotatud hangete puhul peaks avaliku sektori hankijatel olema näiteks konkurentsi

säilitamiseks või tarnekindluse tagamiseks võimalik piirata nende osade arvu, mille kohta üks ettevõtja võib pakkumuse esitada; samuti peaks neil olema võimalik piirata nende osade arvu, mille suhtes võib ühe pakkujaga hankelepingu sõlmida“. Nähes samal ajal ette, et mõlemad hanke osad tuleb tarnida hinnaga, mille pakkus majanduslikult kõige soodsama pakkumuse esitanud pakkuja, püüdis SKI ka tagada kaitset spekulatsioonide eest, mis oleks seisnenud SKI ja lõppkokkuvõttes maksumaksjate kahjuks kõrgete hindade pakkumises ühe hankeosa raames. Kui pakkujale oleks sel teel tagatud vähemalt üks hankeleping, saaks ta spekulatsioonidega nii, et esitab mõlema hankeosa raames kõrgete hindadega pakkumuse. Selle ärahoidmiseks esitati nõue, et pakkuja peab tarnima sama hinnaga nagu 1. hankeosa suhtes edukaks osutunud pakkuja.

- 24 Enne hanget korraldati turu-uuring. Turult saadud tagasisidest nähtus, et üldiselt pidas turg seda mudelit ausaks ning nii käegakatsutavas kui ka pikemas perspektiivis konkurentsi toetavaks. Turu-uuringus BibMedia A/Silt, kes esitas järgnenud hanke käigus ka pakkumuse (vt eespool), saadud vastuses oli muu hulgas märgitud:

„SKI ettepanek jagada 1. hankeosa: taanikeelsed raamatud ja ettevalmistused Ida-/Lääne-Taani mudeliks näib meile mõistlik, sest kirjeldatud mudel motiveerib pakkujaid jätkuvalt esitama kõige atraktiivsemat pakkumust, et võita hankeleping mahuliselt suurimale osale. See, kui 1. hankeosal on mitu tarnijat, tagab eelseisvatel aastatel tugeva konkurentsi ning selle, et lahendusi ja teenuseid arendatakse ka edaspidi, mis on raamatukogudele kasulik.“

- 25 Sellele tuginedes väidab SKI, et kõnealune mudel on täielikult kooskõlas väärtusel põhinevate kaalutlustega, mis on pealegi riigihankeõiguses kesksel kohal, nimelt vajadusega tagada nii avaliku sektori rahaliste vahendite tõhus kasutamine (vt riigihankedirektiivi põhjendus 2) kui ka tõhus konkurents (vt sama direktiivi põhjendused 90 ja 69) nii konkreetses vaidlusaluses menetluses kui ka tulevikus, pidades silmas sellele turule omast konkreetset konkurentsiolukorda.

- 26 Nii on kõnealuse mudeli õiguspärasust põhjendatud sellega, et:

- kui odavuse järjestuses teisele kohale jäänud pakkujale antakse võimalus nõustuda tarnimisega hindade eest, mida on pakkunud kõige odavama pakkumuse esitanud pakkuja, ja seega sõlmida leping 1. hankeosa kohta, ei tähenda see „läbirääkimist“, mis oleks vastuolus riigihankeõiguses kehtiva läbirääkimiskeeluga, sealhulgas selle keelu aluseks olevate põhimõtete ja kaalutlustega ning riigihangete seaduse §-ga 56;
- Ida/Lääne mudel, vastupidi, kujutab endast objektiivset, mehaanilist hankemenetlust, mida kasutatakse pärast pakkumuste paremusjärjestuse kindlakstegemist ja ilma mingisuguse suhtlusega SKI ja odavuse järjestuses teisele kohale jäänud pakkuja vahel peale selle, et viimati nimetatud pakkuja nõustub tarnima tingimustel, mis on hankedokumentides juba enne ette

nähtud, ja samade hindade eest, mida pakkus parima pakkumuse esitanud pakkuja;

- tegu on ka hanke osade suhtes korraldatud menetlusega hankelepingu sõlmimiseks, mida on hankedokumentides selgelt ja läbipaistvalt kirjeldatud. See ei anna SKI-le sugugi valikuvabadust hankelepingute sõlmimiseks vastuolus läbipaistvuse põhimõttega, nagu see on ette nähtud riigihankedirektiivi artiklis 18, ega võimalda paremuselt teise pakkumuse esitanud pakkujal meelevaldselt muuta oma pakkumust pärast pakkumuste esitamise tähtaja möödumist ja seega asetuda paremale positsioonile kui see, milleks tal oli õigus hanke tehnilise kirjelduse tingimuste kohaselt, rikkudes ka võrdse kohtlemise põhimõtet ja läbipaistvuse põhimõtet. Vastupidi, hankelepingud sõlmitakse vastavalt ette kindlaks määratud parameetritele, mis puudutavad hankeosade kohta lepingute sõlmimist ja jäävad riigihankedirektiivi artiklis 46 ette nähtud parameetrite piiresse, pärast menetlust, mida SKI ja asjaomased pakkujad ei saa mõjutada;
- seega rakendatakse Ida/Lääne mudeli kohaselt hankelepingute sõlmimist ühetaoliselt, lähtudes esitatud pakkumuste kohta enne hankelepingu sõlmimise otsustamist antud hinnangust, mis põhineb varem ette nähtud „madalaima hinna“ kriteeriumil ja järgneb varem kindlaks määratud ja selgelt kirjeldatud menetlusele hankeosade kohta hankelepingute sõlmimiseks. Pealegi, kuna seda mudelit kasutatakse ajal, mil pakkumuste paremusjärjestus on kindlaks tehtud (s.o pärast hindamist), puudub oht, et pakkujate vahelist konkurentsi ebaausa diskrimineerimise kujul moonutatakse.

VASTUSTAJA SEISUKOHAD

- 27 Vastustaja märgib, et vaidlustuskomisjoni otsus ja põhjendused on õiged ning need tuleb jätta muutmata.
- 28 Võrdse kohtlemise põhimõte, mis on sätestatud riigihankedirektiivi artiklis 18 ja riigihangete seaduse § 2 lõikes 1, ja nendest tulenev läbirääkimiskeeld tähendavad, et hankijal on keelatud astuda avalikus hankemenetluses läbirääkimistesse ühe pakkujaga. Selles kontekstis ei ole oluline, et hankija on läbirääkimisvõimalust hankedokumentides kirjeldanud.
- 29 Vastustaja märgib, et kui ühele pakkujale antakse võimalus muuta pärast pakkumuste esitamise tähtaja möödumist oma pakkumust nii, et see vastaks madalaima pakkuja hinnale, on tegu läbirääkimisega.
- 30 Vastustaja on seisukohal, et see olukord, kus ühel pakkujal lubatakse alandada oma pakkumuses näidatud hinda nii, et see vastaks madalaima pakkuja omale, kujutab endast pakkumuse muutmist, mida ei tohi pärast pakkumuse esitamise tähtaja möödumist lubada.

- 31 Seetõttu kujutab SKI kasutatud Ida/Lääne mudel endast läbirääkimist riigihankedirektiivi tähenduses.
- 32 Samuti märgib vastustaja, et vastavalt riigihankedirektiivi artiklile 27 (vt riigihangete seaduse § 56) ei saa niisugust menetlust „avatud hankemenetluses“ õiguspäraselt kasutada. Nii ei võimalda sedalaadi hankemenetlus läbirääkimisi, sealhulgas sel teel, et ühele pakkujale antakse võimalus oma pakkumust pärast pakkumuse esitamise tähtaja möödumist muuta.
- 33 Selle asemel oleks SKI pidanud viima hanke läbi riigihankedirektiivis ette nähtud parameetrite piires ning on olemas võimalus kasutada õiguspäraseid menetlusi, mis suures ulatuses võimaldavad täita eesmäärke, mida SKI soovib Ida/Lääne mudeliga saavutada. Nii võib hankija jagada hanke osadeks ning on õiguspärane piirata ühe ja sama pakkuja võimalust võita hankemenetluses kõik hanke osad, nii et tulevane konkurents on kaitstud. Küll aga ei ole riigihankedirektiivis ette nähtud menetluste raames võimalik ühtaegu saada mitu võimalikku tarnijat ja saada nad ühesuguste hindadega. Seepärast peavad hankijad valima, kas üksainus pakkuja võib kõik hanke osad sama hinnaga või sõlmitakse hanke eri osade kohta lepingud mitme eri tarnijaga, ent erinevate hindadega. Kui hankija otsustab piirata ühe ja sama pakkuja võimalust sõlmida leping kõikide hanke osade kohta, peab hankija väiksema hankeosa suhtes nõustumata odavuse järjestuses teisele kohale jäänud pakkuja hinnaga.

KÜSIMUSTE ESITAMISE PÕHJENDUS

- 34 Euroopa Kohtu praktika, mis käsitleb võrdse kohtlemise põhimõtet ja läbipaistvuse põhimõtet riigihangete direktiivis ning nendest tuleneva läbirääkimiskeelu ulatust, puudutab muu hulgas piiranguid selle suhtes, kuidas hankija käsitleb hankemenetluses reservatsioone, ning piiranguid teabe tagasiulatuvale kogumisele ja arvessevõtmisele hankija poolt (vt eelkõige Euroopa Kohtu 10. oktoobri 2013. aasta kohtuotsus Manova A/S, C-336/12, EU:C:2013:647, ning 11. mai 2017. aasta kohtuotsus Archus ja Gama, C-131/16, EU:C:2017:358) või niisuguse teabe kogumisele, mis esitatud pakkumuses puudub või on ebatäpne (vt 29. märtsi 2012. aasta kohtuotsus SAG ELV Slovensko jt, C-599/10, EU:C:2012:191).
- 35 Samuti näib Euroopa Kohus olevat käsitlenud läbirääkimiskeelu ulatust seoses nende ettevõtjate asendamisega, kelle suutlikkusele pakkuja kavatseb tugineda (vt eelkõige 3. juuni 2021. aasta kohtuotsus Rad Service Sri Unipersonale jt vs. Del Debbio SpA jt, C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 Näib, et ühisjoon senises praktikas on läbirääkimiskeelu ulatuse tõlgendamine seoses hankija võimalusega lahendada olukord, kus kandidaat/pakkuja ei vasta hankedokumentides märgitud nõuetele, ja niisiis puudutab see olukordi, kus kandidaat/pakkuja võib omandada õigusliku seisundi, milleks tal hankedokumentide kohaselt õigust ei olnud ja mis on seetõttu vastuolus liidu õiguse aluspõhimõtetega (vt 22. juuni 1993. aasta kohtuotsus Euroopa Ühenduste

Komisjon vs. Taani Kuningriik, C-243/89, EU:C:1993:257; 25. aprilli 1996. aasta kohtuotsus Euroopa Ühenduste Komisjon vs. Belgia Kuningriik, C-87/94, EU:C:1996:161, ja 7. aprilli 2016. aasta kohtuotsus Partner Apelski Dariusz vs. Zarzad Oczyszczania Miasta, C-324/14, EU:C:2016:214).

- 37 Siiski ei ole Euroopa Kohtul olnud võimalust käsitleda küsimust, mil määral on avatud hankemenetlustes hanke osade konkurentsile avamisega seotud läbirääkimiste keeluga vastuolus see, kui pakkujale, kes ei ole esitanud majanduslikult kõige soodsamat pakkumust, antakse pärast pakkumuse esitamise tähtaja möödumist ja vastavalt hanke tehnilises kirjelduses ette kindlaks määratud tingimustele võimalus nõustuda osutama pakutavaid teenuseid ühe hankeosa raames sama hinnaga nagu see pakkuja, kes on esitanud majanduslikult kõige soodsama pakkumuse ja kellega sõlmitakse seepärast leping teise hankeosa kohta.
- 38 Østre Landsret (idapiirkonna apellatsioonikohus, Taani), mis menetleb käesolevat asja esimese astme kohtuna, peab sellest lähtudes vajalikuks esitada Euroopa Kohtule eelotsuseküsimus, mis on sõnastatud järgmiselt.

KOHUS MÄÄRAB:

- 39 Euroopa Kohtul palutakse vastata järgmisele küsimusele:

Kas riigihankedirektiivi artiklis 18 sätestatud läbipaistvuse põhimõtte ja võrdse kohtlemise põhimõtte ning nendest tuleneva läbirääkimiskeeluga on vastuolus see, kui pakkujale, kes on esitanud majandusliku soodsuse arvestuses teisele kohale jäänud pakkumuse avatud hankemenetluses, milles hange on jaotatud eraldi osadeks (vt riigihankedirektiivi artiklid 27 ja 46), antakse pärast pakkumuse esitamise tähtaja möödumist ja vastavalt hanke tehnilises kirjelduses ette kindlaks määratud tingimustele võimalus osutada pakutavaid teenuseid ühe hankeosa raames samadel tingimustel nagu see pakkuja, kes on esitanud majanduslikult kõige soodsama pakkumuse ja kellega sõlmitakse seepärast hankeleping teise hankeosa kohta, mille suhtes korraldati hankemenetlus samal ajal?

[...]