

Kohtuasi C-376/21**Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1****Saabumise kuupäev:**

17. juuni 2021

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Varhoven administrativen sad (Bulgaaria kõrgeim halduskohus)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

28. mai 2021

Kassatsioonkaebuse esitaja:

Zamestnik-ministar na regionalno razvitiie i blagoustroystvoto (regionaalarengu ja riiklike ehitustööde ministri kohusetäitja) ja rakovoditel na Upravliavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh“ 2014–2020 (rakenduskava „Majanduskasv piirkondades“ 2014–2020 korraldusasutuse juht)

Vastustaja kassatsioonimenetluses:

Obshtina Razlog (Razlogi linn)

Põhikohtuasja ese

Kassatsioonkaebus esimese astme halduskohtu kohtuotsuse peale, millega rahuldati kaebus Euroopa Liidu vahenditest rahastatava rakenduskava korraldusasutuse finantskorrektsiooni määramise otsuse peale

Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus

Liidu õiguse tõlgendamine; ELTL artikli 267 esimese lõigu punkt b ja kolmas lõik

Eelotsuse küsimused

1. Kas määruse 2018/1046 artikli 160 lõikeid 1 ja 2 ning määruse nr 966/2012 artikli 102 lõikeid 1 ja 2 tuleb tõlgendada nii, et neid kohaldatakse liidu

liikmesriigi avaliku sektori hankija suhtes ka siis, kui tema sõlmitud hankelepinguid rahastatakse Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondide vahenditest?

2. Kui esimesele küsimusele tuleb vastata jaatavalt: Kas määruse 2018/1046 artikli 160 lõikes 1 ja määruse nr 966/2012 artikli 102 lõikes 1 sätestatud läbipaistvuse, proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtteid tuleb tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus täielik konkurentsipiirang hankelepingu sõlmimisel väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluses, kuigi hankelepingu ese ei ole eripärane, mille tõttu oleks objektiivselt mõeldav, et lepingu täidab just ettevõtja, kellele hankija tegi ettepaneku pidada läbirääkimisi hankelepingu sõlmimiseks? Täpsemalt, kas määruse 2018/1046 artikli 160 lõikeid 1 ja 2 koostoimes artikli 164 lõike 1 punktiga d ning määruse nr 966/2012 artikli 102 lõikeid 1 ja 2 koostoimes artikli 104 lõike 1 punktiga d tuleb tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus selline liikmesriigi õigusnorm, nagu on kõne all põhikohtuasjas ja mille kohaselt võib avaliku sektori hankija olukorras, kus eelmine hankemenetlus lõppes põhjusel, et ainus esitatud pakkumus ei vastanud tingimustele, teha ainult ühele ettevõtjale ettepaneku osaleda väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluses, kuigi hankelepingu ese ei ole eripärane, mille tõttu oleks objektiivselt mõeldav, et lepingu täidab just ettevõtja, kellele hankija tegi ettepaneku pidada läbirääkimisi hankelepingu sõlmimiseks?

Liidu õigusnormid ja Euroopa Kohtu praktika

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 18. juuli 2018. aasta määrus (EL, Euratom) 2018/1046, mis käsitleb liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantsreegleid ja millega muudetakse määrusi (EL) nr 1296/2013, (EL) nr 1301/2013, (EL) nr 1303/2013, (EL) nr 1304/2013, (EL) nr 1309/2013, (EL) nr 1316/2013, (EL) nr 223/2014 ja (EL) nr 283/2014 ja otsust nr 541/2014/EL ning tunnistatakse kehtetuks määrus (EL, Euratom) nr 966/2012 (ELT 2018, L 193, lk 1): artikli 160 lõiked 1 ja 2, artikli 164 lõike 1 punkt d

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. oktoobri 2012. aasta määrus (EL, Euratom) nr 966/2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju ning millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ, Euratom) nr 1605/2002 (ELT 2012, L 298, lk 1): artikli 102 lõiked 1 ja 2, artikli 104 lõike 1 punkt d

Liikmesriigi õigusnormid

Riigihangete seadus (Zakon za obshtestvenite porachki, edaspidi „ZOP“): artikli 2 lõike 1 punktid 1 ja 2 ning lõige 2, artikli 5 lõige 1 ja lõike 2 punkt 9, artikli 18 lõiked 1, 2 ja 7, artikli 79 lõike 1 punkt 1, artikli 110 lõike 1 punktid 1 ja 2, artikli 182 lõike 1 punkt 2, artikli 191 lõike 1 punkt 1

Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondidest eraldatavate vahendite haldamise seadus (Zakon za upravljenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove, edaspidi „ZUSESIF“): artikli 70 lõike 1 punkt 9

Riigihangete seaduse rakendusmäärus (Pravilnik za prilagane na Zakona za obshtestvenite porachki, edaspidi „PPZOP“): artikli 64 lõiked 1 ja 3

Asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

- 1 Razlogi linn ja rakenduskava „Majanduskasv piirkondades 2014–2020“ (edaspidi „rakenduskava“) korraldusasutus sõlmisid 9. detsembril 2016 kokkuleppe, mille kohaselt anti linnale finantsabi projekti BG16RFOP001-3.002-0025 „Razlogi linna põllumajanduskooli õppeprotsessi tervikuna tõhustamisele suunatud haridustaristu edendamise rahastamine“ teostamiseks.
- 2 Avaliku sektori hankijana korraldas Razlogi linn projekti teostamiseks neljaks osaks jaotatud avatud riigihankemenetluse, mille ees oli „Razlogi linna põllumajanduskooli tarbeks tehniliste vahendite, varustuse ja seadmete tarnimine“.
- 3 Hanke teise osa menetlus lõpetati 1. novembri 2017. aasta otsusega, sest esitatud oli ainult üks pakkumus, mis ei vastanud hanketeates avaldatud lepingutingimustele.
- 4 Avaliku sektori hankija algatas 1. detsembril 2017 uue menetluse sama esemega hankelepingu sõlmimiseks, aga sedapuhku väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlusena ZOP artikli 79 lõike 1 punkti 1 alusel. Hankemenetluse viisi valikut põhjendas ta sellega, et eelnenud hankemenetluses ei esitatud ühtegi nõuetekohast pakkumust ja hanke kõnealuses osas ei ole algselt avaldatud hanketeates märgitud lepingutingimusi muudetud.
- 5 Väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluses tegi avaliku sektori hankija läbirääkimiste pidamise ettepaneku ainult ühele ettevõtjale, kellega ta sõlmis 29. detsembril 2017 hankelepingu nr 681, mille ees oli „Razlogi linna põllumajanduskoolile metallitöölusseadmete tarnimine“ maksumusega 33 907 Bulgaaria leevi (ilma käibemaksuta).
- 6 Regionaalarengu ja riiklike ehitustööde ministeeriumile esitati vaie menetlusnormide rikkumise kohta seoses sellega, et läbirääkimiste pidamise ettepanek tehti ainult ühele ettevõtjale. Regionaalarengu ja riiklike ehitustööde ministri kohusetäitja, kes on ühtlasi rakenduskava korraldusasutuse juht, teavitas toetusesaajat (Razlogi linn) vaide saamisest ja finantskorrektsiooni määramise menetluse algatamisest.
- 7 Toetusesaaja esitas nimetatud ametiasutusele kirjaliku seisukoha, milles märkis, et kõnealuse hankemenetluse suhtes ei tulene seadusest keeldu pidada läbirääkimisi ainult ühe ettevõtjaga, vaid ette on nähtud võimalus, et avaliku sektori hankija

otsustab kaalutlusõiguse alusel läbirääkimiste pidamise ühe või mitme eelnevalt kindlaksmääratud isikuga (ZOP artikli 18 lõige 7 koostoimes lõike 1 punktiga 8). Ta leidis, et seaduse eesmärk (ZOP artikkel 2) on kooskõlas määruse 2018/1046 artiklis 160 sätestatud põhimõttega, mille kohaselt kuulutatakse hankelepingute sõlmimiseks hankemenetlus välja võimalikult laiaulatuslikult. Toetusesaaja tegi kõik temast oleneva, et leida hanketingimustele vastava pakkumuse saamiseks vähemalt üks lepingupartner, kes suudaks teostada Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondide vahenditest rahastatava projekti elluviimiseks vajaliku töö.

- 8 Korraldusasutuse juht määras 15. aprilli 2020. aasta otsusega Razlogi linnale finantskorrektsiooni, mille suurus oli 10% linna ja läbirääkimiste pidamise ettepaneku saanud ettevõtja vahelise 29. detsembri 2017. aasta hankelepingu nr 681 rahastamiskõlblikest kuludest. Otsuse põhjendustes ei seadnud korraldusasutuse juht kahtluse alla avaliku sektori hankija õigust korraldada hankemenetlus tema valitud viisil (see tähendab väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetlusena), kui on täidetud ZPO-s selle menetlusliigi kohta sätestatud tingimused. Viidates määruse 2018/1046 artiklile 160, ZOP artikli 2 lõike 1 punktidele 1 ja 2 ning artikli 2 lõikele 2, rõhutas korraldusasutuse juht, et hankelepingute sõlmimisel tuleb igal juhul järgida vaba konkurentsi põhimõtet. Väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetluse puhul avaldub erand nimetatud põhimõttest selles, et hankemenetlust ei saa välja kuulutada „võimalikult laiaulatuslikult“, mis tähendab, et teatav konkurentsipiirang on lubatav ja põhjendatud, kuid konkurentsi ei tohi täielikult välistada, mida käesoleval juhul siiski tehti. Kuivõrd puudusid objektiivsed asjaolud, mille tõttu sai läbirääkimisi pidada ainult ühe konkreetse ettevõtjaga, pidi avaliku sektori hankija korraldama konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse ja tegema osalemise ettepaneku rohkem kui ühele isikule. Tehes läbirääkimiste pidamise ettepaneku ainult ühele ettevõtjale, andis avaliku sektori hankija talle põhjendamatu eelise, milleks ei olnud õiguslikku ega faktilist alust. Otsust teha läbirääkimiste pidamise ettepanek konkreetsele äriühingule kui lepingupartnerile ei ole pealegi põhjendatud ja pole arusaadav, miks tehti asjaomane ettepanek just sellele ettevõtjale.
- 9 Razlogi linn esitas selle otsuse peale kaebuse Administrativen sad Blagoevgrad'ile (Blagoevgradi halduskohus). Viidatud kohus tühistas vaidlusaluse otsuse materiaalsoiguse ebaõige kohaldamise tõttu.
- 10 Administrativen sad Blagoevgrad (Blagoevgradi halduskohus) leidis nimelt, et toetusesaaja otsus korraldada väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetlus, kui varasem sama esemega avatud hankemenetlus on lõppenud ja algselt avaldatud hanketeates märgitud lepingutingimusi ei ole muudetud, on seadusega (ZOP artikli 79 lõike 1 punkt 1) kooskõlas. Seetõttu oleneb kohtuvaidluse tulemus vastusest küsimusele, kas avaliku sektori hankija võis hilisemas menetluses teha läbirääkimiste pidamise ettepaneku ainult ühele isikule või rikkus ta nii toimides ZPO-s ning määruse 2018/1046 artikli 160 lõigetes 1 ja 2 sätestatud võrdse kohtlemise, diskrimineerimiskeelu ja vaba konkurentsi põhimõtteid. Esimese astme kohus asus seisukohale, et hankelepingute sõlmimisel on erandid vaba

konkurentsi põhimõttest lubatavad teatavatel juhtudel, mille hulka kuulub ka käesolev. Üks erand hankemenetluse võimalikult laiaulatuslikult väljakuulutamise põhimõttest on väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetlus, mille võib üldreegli järgi korraldada juhul, kui kõnealuse põhimõtte rakendamine on tegelikult võimatu hankelepingu eseme eripära või nõuetekohaste pakkumuste puudumise tõttu (määruse 2018/1046 I lisa jao „Hankemenetlused“ punkt 11.1). Administrativen sad Blagoevgradi (Blagoevgradi halduskohus) hinnangul jätab ZOP avaliku sektori hankijale kaalutusõiguse igal üksikjuhtumil hinnata, mitme isikuga peab ta läbirääkimisi hankelepingu eseme konkreetsete tingimuste, lepingu täitmise tähtsuse ja teiste menetluse tulemusliku lõpetamise aspektist oluliste asjaolude üle. Neil kaalutlustel leidis kohus kokkuvõtvalt, et ühe või teise võrdselt õiguspärase alternatiivi kasuks otsustamisega ei rikuta lepingupartneri valikut käsitlevaid ZOP-i sätteid, millest tulenevalt ei ole tegemist õigusnormi eiramisega ZUSESIF artikli 70 lõike 1 punkti 9 tähenduses.

- 11 Varhoven administrativen sadi (Bulgaaria kõrgeim halduskohus) menetluses on korraldusametuse juhi kassatsioonkaebus Administrativen sad Blagoevgradi (Blagoevgradi halduskohus) kohtuotsuse peale.

Põhikohtuasja poolte peamised väited

- 12 Põhikohtuasjas kordab kassatsioonkaebuse esitaja tema antud haldusaktis esitatud põhjendusi ja lisab, et avaliku sektori hankija kaalutusõigust ei või teostada vastuolus seaduse eesmärgi ning liikmesriigi õiguse ja liidu õiguse oluliste põhimõtetega. Kahe või mitme õiguspärase alternatiivi korral peab avaliku sektori hankija valima selle, mis on teostatav kõige säästlikumalt ning riigile ja ühiskonnale kõige soodsam.
- 13 Vastustaja kassatsioonimenetluses – toetusesaajaks olev linn – leiab, et kassatsioonkaebus on põhjendamatu. Lisaks haldusmenetluses ja esimese astme kohtus juba esitatud argumentidele osundab ta Varhoven administrativen sadi (Bulgaaria kõrgeim halduskohus) otsuseid sarnastes kohtuasjades, milles sedastati, et avaliku sektori hankija võib teatavatel [sama kohtu poolt] kontrollitud juhtudel teha läbirääkimiste pidamise ettepaneku ainult ühele ettevõtjale, kusjuures määrus 2018/1046 ei ole kohaldatav, sest see ei käsitle liikmesriigi avaliku sektori hankija korraldatavat hankemenetlust.
- 14 Menetluses osalev Prokuror ot Varhovna administrativna prokuratura na Republika Bulgaria (Bulgaaria kõrgeima halduskohtu juures tegutsev prokurör) tegi ettepaneku jätta esimese astme kohtu otsus muutmata, kuid viitas vajadusele esitada eelotsusetaotlus määruse 2018/1046 artikli 160 lõike 2 ja artikli 164 lõike 1 punkti d ning 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) artikli 32 lõigete 2–5 tõlgendamiseks.

Eelotsusetaotluse põhjenduste lühikokkuvõte

- 15 Varhoven administrativen sadi (Bulgaaria kõrgeim halduskohus) senises praktikas on kujunenud kaks vastandlikku seisukohta liikmesriigi õiguse ja liidu õiguse nimetatud sätete tõlgendamise kohta.
- 16 Ühe seisukoha järgi tähendab ZOP artikli 79 lõike 1 punktis 1 nimetatud juhul ainult ühe konkreetse ettevõtjaga läbirääkimiste pidamine riigihankeid käsitlevate sätete rikkumist, sest see on vastuolus ZOP artikli 2 lõike 1 punktiga 2 ja lõikega 2 ning selle tulemus on konkurentsi põhjendamatu välistamine ja sellise ettevõtja pakkumuse edukaks tunnistamise takistamine, kes teeks tellitava töö parima kvaliteedi ja madalaima hinnaga. Kõnealuse seisukoha toetuseks viidatakse sellele, et vaba konkurentsi põhimõte on asjakohane igat liiki hankemenetluses. ZOP artikli 18 lõikes 7 ette nähtud korra järgi on avaliku sektori hankijal võimalik väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetluses pidada läbirääkimisi ühe või mitme varem kindlaks määratud isikuga. Läbirääkimiste pidamine ainult ühe ettevõtjaga on siiski vaid ZOP artikli 79 lõike 1 punktis 3 sätestatud erand, mis on lubatav, kui lepingu eesmärk on unikaalse kunstiteose või kunstilise esituse loomine või omandamine; kui tehnilistel põhjustel puudub konkurents; kui hankelepingu ese on üksnes ainuõigused, sealhulgas intellektuaalomandi õigused. Läbirääkimiste pidamine ainult ühe isikuga on õigusvastane, kui ei esine hädaolukorda, erakorralisi asjaolusid või kui hankelepingul pole unikaalset eesmärki, ainuomast eset ega muud eripära, mis annab alust teha läbirääkimiste pidamise ettepanek ainult ühele ettevõtjale. Läbirääkimiste pidamise ettepaneku tegemine ainult ühele ettevõtjale on vastuolus määruse 2018/1046 artikli 160 lõikega 2, mille kohaselt kuulutatakse kõikide lepingute sõlmimiseks hankemenetlus välja võimalikult laiaulatuslikult, kusjuures selles sättes ette nähtud erand (sama määruse artikli 164 lõike 1 punkt d) ei ole kohaldatav ZOP artikli 79 lõike 1 punktis 1 nimetatud juhul. Kui avaliku sektori hankija kasutab võimalust pidada lepingu täitmise tingimuste üle läbirääkimisi ainult ühe ettevõtjaga olukorras, kus hankelepingu ese ei ole eripärane, siis loob see avaliku sektori hankijale võimaluse võimu kuritarvitamiseks ja ettevõtjale oma positsiooni kuritarvitamiseks, millel võib seega olla oluline konkurentsi kahjustav mõju ja mis ei luba saavutada seadusjärgset avalike vahendite säästliku kasutamise eesmärki (ZOP artikkel 1).
- 17 Sellele vastandub teine seisukoht, mille kohaselt on ainult ühe konkreetse ettevõtjaga läbirääkimiste pidamine ZOP artikli 79 lõike 1 punkti 1 tingimustel õiguspärane. Selle toetuseks märgitakse, et seadusandja pidas ZOP artikli 79 lõike 1 punktis 1 nimetatud juhul lubatavaks piirata riigihanke korraldamise põhimõtteid, sest väljaspool avaliku sektori hankija mõjuala asuvad asjaolud (ettevõtjate huvi puudumine või mittevastavad pakkumused) tingivad objektiivse olukorra, milles avaliku sektori hankijal ei ole võimalik saavutada lepingu täitmist ja vastava avaliku huvi realiseerimist. Piirang on lubatav, kui asjaomaseid põhimõtteid järgiti nõuetekohaselt algse avatud hanke väljakuulutamisel, kuid hanketingimustele vastava isiku puudumise tõttu ei saanud tunnistada edukaks ühegi ettevõtja pakkumust. Kui seadusandja oleks kõnealusel juhul pidanud

vajalikuks, et avaliku sektori hankija teeb läbirääkimiste pidamise ettepaneku rohkem kui ühele ettevõtjale, oleks ta selle sõnaselgelt nii ka sätestanud. ZOP artikli 79 lõike 1 punktis 1 nimetatud juhul pole õiguslikku tähendust riigihankelepingu esemel ega ka küsimusel, kas objektiivselt on võimalik, et lepingu täidab mõni muu ettevõtja peale selle, kellele hankija tegi ettepaneku pidada läbirääkimisi hankelepingu sõlmimiseks. Vastasel korral tuleks alati tuvastada vaba konkurentsi põhimõtte rikkumine, näiteks kui avaliku sektori hankija teeb läbirääkimiste pidamise ettepaneku ainult kahele ettevõtjale lepingut täita suutvast 200 ettevõtjast. Lisaks ei ole määrus 2018/1046 kohaldatav, sest see ei käsitle õigussuhteid, mis tekivad hankelepingute täitmisel liikmesriikides, vaid õigussuhteid seoses liidu eelarve koostamise ja täitmisega. Määruse 2018/1046 artiklis 160 jj kehtestatakse hankelepingute sõlmimise tingimused, mis ei puuduta liikmesriigi avaliku sektori hankijat. Liikmesriigi avaliku sektori hankija suhtes on kohaldatavad ZOP-iga üle võetud direktiivi 2014/24 sätted.

- 18 Seoses liikmesriigi kohtupraktika ebaühtlusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus märkida käesoleva kohtuasja kohta järgmist.
- 19 Kuivõrd hankemenetluse võimalikult laiaulatuslikult väljakuulutamise põhimõttest on ette nähtud erand, siis ei saa seda tähelepanuta jätta. Erandit, mis on erand üldpõhimõttest, tuleb siiski tõlgendada kitsalt.
- 20 Sellega seoses tekivad küsimused määruse 2018/1046 artikli 160 lõikes 2 koostoimes sama määruse artikli 164 lõike 1 punktiga d ette nähtud erandi piiride ja sisu kohta (kas sellega on vastuolus, et läbirääkimiste pidamise ettepanek tehakse ainult ühele ettevõtjale, ja kui sellele küsimusele tuleb vastata jaatavalt, siis kas see on nii kõigi väljakuulutamisetähtaegade puhul, aga eelkõige ZOP artikli 79 lõike 1 punktis 1 nimetatud juhul; kas olulised on ka hankelepingu ese ja asjaolu, et objektiivselt suudavad lepingut täita ka teised ettevõtjad peale ühe kindla ettevõtja; kas otsust teha läbirääkimiste pidamise ettepanek konkreetsele ettevõtjale tuleb põhjendada) ning küsimus, milliste kriteeriumide järgi valis avaliku sektori hankija välja teatava ettevõtja, kellele ta tegi läbirääkimiste pidamise ettepaneku, kuigi leidub ka teisi ettevõtjaid, kellel on suutlikkus ja võimalus hankelepingut täita.
- 21 Käesoleval juhul tuleb ka käsitleda küsimust, milline on määruse 2018/1046 artikli 160 lõikes 2 sätestatud erandi mõju – kas see võimaldab konkurentsi täielikult kõrvaldada või üksnes määrata kõrgeimast võimalikust mõnevõrra madalama konkurentsitaseme. Teisisõnu, kas sellisel juhul nagu käesolev, mil hankelepingu ese ei ole eripärane, on täielik konkurentsipiirang lubatav erand määruses sätestatud põhimõttest, mille kohaselt kuulutatakse hankemenetlus välja võimalikult laiaulatuslikult?
- 22 Lisaks tuleb võtta arvesse, et määruse 2018/1046 artikli 160 lõige 2 näeb erandina ette võimaluse kalduda kõrvale hankemenetluse võimalikult laiaulatuslikult väljakuulutamise põhimõttest, kuid ei anna õigust eirata võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtet (sama määruse artikli 160 lõige 1, ZOP artikli 2

- punkt 1), mille rikkumist väidab korraldusametuse juht finantskorrektsiooni määramise otsuses. Järelikult tuleb küsimust, kas käesoleval juhul oli liidu õiguse alusel põhjendatud teha lepingu sõlmimise ettepanek ainult ühele konkreetsele isikule, hinnata mitte üksnes vaba konkurentsi põhimõttele tuginedes, vaid ka võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtete aspektist.
- 23 Liikmesriigi õiguses näeb ZOP artikli 18 lõige 7 põhimõtteliselt ette võimaluse, et avaliku sektori hankija võib hankemenetluses pidada lepingutingimuste üle läbirääkimisi ühe või mitme eelnevalt kindlaksmääratud isikuga, kuid selles üldsättes ei tehta vahet tingimustel, mille täidetuse korral on lubatud hankelepingut sõlmida kõnealuses erandkorras. Erandi kohaldamisalasse kuuluvad konkreetset juhud on vastavalt seaduse ülesehitusele nimetatud artiklis 79 „Väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlus“, artiklis 182 „Läbirääkimised teatava isikuga“ ja artiklis 191 „Teatavale isikule [läbirääkimiste pidamise] ettepaneku tegemine“.
- 24 Põhikohtuasjas tekkinud küsimusele vastamiseks tuleb kõrvutada tingimusi, mis põhjendavad teatavat liiki (muu hulgas väljakuulutamisetä) läbirääkimistega hankemenetluse kohaldamist. Määruse 2018/1046 artikli 164 lõike 4 esimene lause on sõnastatud järgmiselt: „Kõikide läbirääkimisi hõlmavate hankemenetluste puhul peab avaliku sektori hankija pakkujatega läbirääkimisi esialgsete ja kõikide järgnevate pakkumuste või nende osade üle, välja arvatud lõplike pakkumuste üle, et parandada nende sisu.“ Viidatud sätte sõnastusest jääb silma, et sõna „pakkuja“ kasutatakse ainult mitmuses – „pakkujatega“. Sarnast sõnastust järgib liikmesriigi seadusandja PPZOP artikli 64 lõigetes 1 ja 3, ZOP artikli 182 lõikes 1 ja osaliselt ZOP artikli 191 lõikes 1. Seetõttu nõuab hinnang, kas käesoleval juhul oli lubatud pidada läbirääkimisi ainult ühe pakkujaga, kõigi läbirääkimistega hankemenetluse liikide võrdlevat analüüsi.
- 25 Vastus neile küsimustele on oluline, et omakorda lahendada vaidlus selle üle, kas rikutakse võrdse kohtlemise, diskrimineerimiskeelu ja vaba konkurentsi põhimõtteid ning hankelepingu sõlmimise korda, kui väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluses tehakse lepingu sõlmimise ettepanek ainult ühele isikule, kuna eelmine hankemenetlus, milles kõigil asjast huvitatud isikutel oli võimalus esitada pakkumus, lõppes nõuetekohase pakkumuse puudumise tõttu ja hankelepingu tingimusi ei muudetud, kuid lepingu esemel ei ole eripära, mille tõttu saaks lepingut täita ainult ettevõtja, kellele tehti ettepanek pidada läbirääkimisi.
- 26 Seoses poolte vastandlike seisukohtadega küsimuses, kas määruse 2018/1046 artikli 160 lõiked 1 ja 2 on kohaldatavad liikmesriigi avaliku sektori hankija suhtes, märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et määruse sätted võimaldavad kahte erinevat tõlgendust, mistõttu tuleb nende täpne tähendus igal juhul välja selgitada eelotsusemenetluses. Ühest küljest on loogiline eeldada, et viidatud sätete kohaldamine ei olene avaliku sektori hankija liigist (liidu institutsioon või liikmesriigi hankija), vaid hankelepingule kulutatavate avalike vahendite allikast, milleks on liidu eelarve; see tähendab, et määruse sätteid tuleb kohaldada alati, kui

kulutatakse liidu eelarve vahendeid. Määruse kõik osad on siduvad ja igas liikmesriigis vahetult kohaldatavad. Liikmesriigid täidavad eelarvet ühiselt ja kaudselt, mistõttu peavad nad ka alluma määruses ette nähtud avaliku hanke lepingu sõlmimise korrale. Teisest küljest takistab sellist käsitust avaliku hanke lepingu määratlus määruse artikli 2 punktis 51, mis viitab ainult avaliku sektori hankijatele artiklite 174 ja 178 tähenduses, see tähendab ainult liidu institutsioonidele. Euroopa Kohus saab asjaomaseid sätteid tõlgendades kõrvaldada kirjeldatud ebaselguse küsimuses, milline on määruse artikli 160 lõigete 1 ja 2 kohaldamisala hankemenetluses, mille korraldab Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondide vahenditest toetusesaaja liikmesriigi avaliku sektori hankijana.

- 27 Seoses sätete ajalise kehtivusega võtab eelotsusetaotluse esitanud kohus arvesse, et põhikohtuasjas õiguslikku tähendust omavad asjaolud kujunesid enne määruse 2018/1046 jõustumist, see tähendab määruse nr 966/2012 kehtivuse ajal. Siiski tuleb märkida, et finantskorrektsiooni määramise otsus tehti määruse 2018/1046 kehtivuse ajal ehk pärast määruse nr 966/2012 kehtetuks tunnistamist. Kuna määruse 2018/1046 artikkel 160, mida on korraldusasutuse juhi väitel rikutud, on sisuliselt identne tuvastatud asjaolude suhtes tegelikult kohaldatava määruse nr 966/2012 artikli 102 lõigetega 1 ja 2 koostoimes artikli 104 lõike 1 punktiga d, siis on käesoleva kohtuvaidluse lahendamiseks samadel põhjustel nagu märgitud eespool vaja, et Euroopa Kohus tõlgendaks kehtetuks tunnistatud määruse viidatud sätteid.
- 28 Eespool käsitletud küsimused kõnealuse erandi piiride, sisu ja rakendamise kohta on asjakohased ka määruse nr 966/2012 artikli 102 lõigete 1 ja 2 tõlgendamisel koostoimes artikli 104 lõike 1 punktiga d. Selles osas on asjakohane rõhutada, et (praeguseks kehtetuks tunnistatud) komisjoni 29. oktoobri 2012. aasta delegeeritud määrus (EL) nr 1268/2012, mis käsitleb Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL, Euratom) nr 966/2012 (mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju) kohaldamise eeskirju, näeb (artikkel 128) delegeeritud määruse artikli 134 lõike 1 punktis a nimetatud menetluse (millele vastab ZOP artikli 79 lõike 1 punktis 1 nimetatud juhtum) õiguspärase korraldamise tagamiseks sõnaselgelt ette, et pakkumuse esitamise ettepanek tuleb teha vähemalt kolmele taotlejale. Delegeeritud määruse artikli 128 kohaselt peab nende taotlejate arv, kellele tehakse pakkumuse esitamise ettepanek, olema piisav reaalse konkurentsi tagamiseks.
- 29 Määruse 2018/1046 artikli 160 lõigete 1 ja 2 koostoimes artikli 164 lõike 1 punktiga d ning määruse nr 966/2012 artikli 102 lõiked 1 ja 2 koostoimes artikli 104 lõike 1 punktiga d soovitud tõlgendust toetav argument nähtub määruse 2018/1046 artikli 281 lõikest 3, mille kohaselt viiteid kehtetuks tunnistatud määrusele käsitatakse viidetena hilisemale määrusele ning neid loetakse vastavalt II lisas esitatud vastavustabelile. II lisas esitatud vastavustabeli järgi vastab kehtetuks tunnistatud määruse artiklile 102 hilisema määruse artikkel 160 ja kehtetuks tunnistatud määruse artiklile 104 hilisema määruse artikkel 164. Kõnealused määrused käsitlevad erinevaid ajavahemikke ja sama sisu, nimelt liidu

üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantsreegleid. Määruse 2018/1046 artikli 281 lõikes 3 avaldub õiguslik-loogiline ja ajalooline seos kehtetuks tunnistatud ja kehtivate sätete vahel nii neis käsitletavate ajavahemike kui ka neist nähtuvate sisuliste otsustuste aspektist seoses nende ühtse reguleerimisalaga hõlmatud õigussuhetega.

- 30 Kehtetuks tunnistatud määruse nr 966/2012 ja määruse 2018/1046 asjakohaste sätete tõlgendamise vajadus on lisaks tingitud sellest, et hankijat varasema määruse tähenduses ja avaliku sektori hankijat hilisema määruse tähenduses piiritletakse erinevalt. Käesoleval juhul korraldas ZOP-is ette nähtud korras ja Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondide vahenditest rahastatava hanke Razlogi linnapea, kes tegutses avaliku sektori hankijana ZOP artikli 5 lõike 2 punkti 9 tähenduses.
- 31 Seoses direktiiviga 2014/24 märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et see ei ole liikmesriigi kohtus lahendatava põhikohtuasja puhul kohaldatav, sest vaidlusaluse hankelepingu maksumus on viidatud direktiivis sätestatud piirmääradest väiksem.