

Kohtuasi C-54/21

Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1

Saabumise kuupäev:

29. jaanuar 2021

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Krajowa Izba Odwoławcza (riiklik vaidlustuskomisjon, Poola)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

22. detsember 2020

Vaidlustajad:

ANTEA POLSKA S.A.

„Pectore-Eco“ sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy

Vastustaja:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Teised menetlusosalised:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań
Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Põhimenetluse ese

Riigihankemenetluses „vesikonna majandamiskavade II ajakohastamise projektide (II aPGW) väljatöötamine ja meetodika“ esitatud vaidlustus, mis käsitleb hankija Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Poola riigi vee-ettevõtja Wody Polskie) tegevust või tegevusetust kõnealuses riigihankemenetluses.

Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus

Kõnealune taotlus koosneb kahest küsimuste rühmast, millest esimene on seotud sellega, et ettevõtjad märgivad teabe ärisaladusena, ja teine sellega, et pakkumuste hindamiseks määrab hankija kindlaks hinnavälised kriteeriumid ja nende hindamise viisi.

Eelotsusetaotlus on esitatud ELTL artikli 267 alusel.

Eelotsuse küsimused

Küsimus 1: Kas Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (edaspidi „direktiiv 2014/24/EL“) artikli 18 lõikes 1 väljendatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõte ning läbipaistvuse põhimõte võimaldavad direktiivi 2014/24/EL artikli 21 lõiget 1 ja Euroopa Parlamendi ja nõukogu 8. juuni 2016. aasta direktiivi (EL) 2016/943, milles käsitletakse avalikustamata oskusteabe ja äriteabe (ärisaladuste) ebaseadusliku omandamise, kasutamise ja avalikustamise vastast kaitset, (edaspidi „direktiiv 2016/943“) artikli 2 punkti 1, eelkõige neis sisalduvaid määratlusi „see ei ole kogumis või üksikosade täpses paigutuses ja kokkupanus üldteada või kergesti kättesaadav“ ja „sellel on kaubanduslik väärtus selle salajasuse tõttu“ ja viidet, et „ei avalikusta avaliku sektori hankija talle ettevõtjate poolt edastatud konfidentsiaalsena märgitud teavet“, tõlgendada nii, et selle tulemusel võib ettevõtja märkida mis tahes teabe ärisaladusena, kuna ta ei soovi seda konkureerivatele ettevõtjatele avaldada?

Küsimus 2: Kas direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõikes 1 väljendatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõte ning läbipaistvuse põhimõte võimaldavad direktiivi 2014/24/EL artikli 21 lõiget 1 ja direktiivi 2016/943 artikli 2 punkti 1 tõlgendada nii, et selle tulemusel võivad riigihankelepingut taotlevad ettevõtjad märkida direktiivi 2014/24/EL artiklites 59 ja 60 ning direktiivi 2014/24/EL XII lisas osutatud dokumendid täielikult või osaliselt ärisaladusena, eelkõige seoses hankelepingu täitmiseks pakutavate isikute kogemuste, soovitude ja nende kutsekvalifikatsiooni loeteluga, nende ettevõtjate, kelle pädevusele tuginetakse, või allhankijate nimede ja pädevuse loeteluga, kui neid dokumente nõutakse selleks, et tõendada hankemenetluses osalemise tingimustele vastavust või hinnata pakkumuse hindamise kriteeriumidele vastavust või selleks, et kinnitada pakkumuse vastavust hankedokumentides

(hanketeade, oluliste hanketingimuste täpsustus) sisalduvatele muudele hankija nõuetele?

Küsimus 3: Kas direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõikes 1 väljendatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuse põhimõtte koostoimes direktiivi 2014/24/EL artikli 58 lõikega 1, artikli 63 lõikega 1 ja artikli 67 lõike 2 punktiga b lubavad hankijal samal ajal aktsepteerida ettevõtja avaldust selle kohta, et tal on hankija nõutud või tema enda deklareeritud inimressursid, ettevõtjad, kelle ressursidele ta soovib toetuda, või allhankijad, mida ta vastavalt õigusnormidele peab hankijale tõendama, ning avaldust selle kohta, et ainuüksi neid isikuid puudutavate andmete (nimed, kogemused, kvalifikatsioon) avaldamine konkureerivatele ettevõtjatele võib põhjustada nende isikute „üleostmise“, mistõttu on vaja seda teavet hoida ärisaladusena? Kas neil asjaoludel võib sellist ebastabiilset sidet ettevõtja ning nende isikute ja ettevõtjate vahel pidada selle ressursi kättesaadavust tõendavaks ja eelkõige selliste pakkumuse hindamise kriteeriumide osaks, mille eest ettevõtja saab lisapunkte?

Küsimus 4: Kas direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõikes 1 väljendatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuse põhimõtte võimaldavad direktiivi 2014/24/EL artikli 21 lõiget 1 ja direktiivi 2016/943 artikli 2 punkti 1 tõlgendada nii, et selle tulemusel võivad hankemenetluses osalevad ettevõtjad ärisaladusena märkida need dokumendid, mida nõutakse, et kontrollida, kas pakkumus vastab hankedokumentide nõuetele (sealhulgas hankeobjekti kirjeldusele), või selleks, et hinnata pakkumust pakkumuste hindamise kriteeriumide alusel, eelkõige juhul, kui need dokumendid on seotud vastavusega hankija nõuetele, mis sisalduvad hankedokumentides, õigusnormides või muudes dokumentides, mis on üldiselt kättesaadavad või huvitatud isikutele kättesaadavad, eelkõige kui see hindamine ei põhine objektiivselt võrreldavatel skeemidel ja matemaatiliselt või füüsiliselt mõõdetavatel ja võrreldavatel näitajatel, vaid hankija individuaalsel hinnangul? Sellest tulenevalt, kas direktiivi 2014/24/EL artikli 21 lõiget 1 ja direktiivi 2016/943 artikli 2 punkti 1 võib tõlgendada nii, et ettevõtja ärisaladuseks võib pidada ettevõtja poolt pakkumuse raames tehtud avaldust hankelepingu konkreetse eseme täitmise kohta vastavalt hankija hankedokumentides esitatud nõuetele, mida hankija kontrollib ja mida ta hindab nende nõuete täitmise seisukohast, isegi kui ettevõtja ülesanne on valida meetodid, mille eesmärk on hankija nõutud (hankelepingu eseme) tagajärje saavutamine?

Küsimus 5: Kas direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõikes 1 väljendatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuse põhimõtte koostoimes direktiivi 2014/24/EL artikli 67 lõikega 4, milles on märgitud, et pakkumuste hindamise kriteeriumitega ei anta avaliku sektori hankijatele piiramatut valikuvabadust, need peavad tagama toimiva konkurentsi võimaldamise ja nendega peavad kaasnema tehnilised kirjeldused, mis võimaldavad pakkujate esitatud teavet tõhusalt kontrollida, et hinnata, kui hästi vastavad pakkumused pakkumuste hindamise kriteeriumitele, võimaldavad hankijal kehtestada konkreetse pakkumuse hindamise kriteeriumi, eelkõige

kriteeriumi, mida hinnatakse vastavalt hankija individuaalsele hinnangule, kuigi juba selle kriteeriumi kehtestamise ajal on teada, et ettevõtja selle kriteeriumiga seotud pakkumuse osa on kaetud ärisaladusega, millele hankija vastu ei vaidle, nii et konkureerivatel ettevõtjatel, kes ei saa kontrollida konkurentide pakkumusi ja võrrelda neid oma pakkumustega, võib jääda mulje, et hankijal on pakkumustega tutvumiseks ja hindamiseks täiesti vabad käed?

Küsimus 6: Kas direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõikes 1 väljendatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõtet ning läbipaistvuse põhimõtet koostoimes direktiivi 2014/24/EL artikli 67 lõikega 4, milles on märgitud, et pakkumuste hindamise kriteeriumitega ei anta avaliku sektori hankijatele piiramatut valikuvabadust, need peavad tagama toimiva konkurentsi võimaldamise ja nendega peavad kaasnema tehnilised kirjeldused, mis võimaldavad pakujate esitatud teavet tõhusalt kontrollida, et hinnata, kui hästi vastavad pakkumused pakkumuste hindamise kriteeriumitele, võib tõlgendada nii, et need lubavad hankijal kehtestada sellise pakkumuste hindamise kriteeriumi, nagu käesolevas menetluses „arenduskontseptsiooni“ ja „hankelepingu täitmise viisi kirjelduse“ kriteeriumid?

Küsimus 7: Kas Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiivi 2007/66/EÜ, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihanklepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (edaspidi „õiguskaitsevahendite direktiiv“), artikli 1 lõikeid 1 ja 3, millega kohustatakse liikmesriike tagama ettevõtjatele tõhus õiguskaitsevahend hankijate otsuste vastu ja võimaldama läbivaatamismenetlust kasutada neil isikutel, kellel on või oli huvi konkreetse lepingu sõlmimiseks ja keda väidetav rikkumine kahjustas või võib kahjustada, tuleb tõlgendada nii, et otsustava organi otsust, mille kohaselt antud menetluses ettevõtjate märgitud dokumendid ei kujuta endast ärisaladust, mille tagajärjel tellib hankija nende avalikustamise ja teeb need dokumendid konkureerivatele ettevõtjatele kättesaadavaks – kui selline tagajärg ei tulene otseselt seadusest –, mille tulemuseks on otsustava organi kohustus teha otsus sisuga, mis võimaldab ettevõtjal uuesti vaidlustada – ulatuses, mis tuleneb nende dokumentide sisust, mida ta varem ei teadnud ja seetõttu ei saanud tõhusalt õiguskaitsevahendit kasutada – toiminguid, mida ei ole võimalik vaidlustada vaidlustamise tähtaja möödumise tõttu, näiteks selleks, et tühistataks pakkumuste läbivaatamine ja hinnang pakkumustele, millega on seotud kõnealused dokumendid, mis on märgitud ärisaladusena?

Viidatud liidu õigusnormid

Direktiiv 2014/24/EL: artikli 18 lõige 1, artikli 21 lõige 1, artikli 55 lõiked 2 ja 3, artikli 56 lõiked 1 ja 2, artikli 58 lõige 4, artikkel 59, artikli 60 lõige 1, artikli 63 lõige 1, artikkel 67 ja artikli 71 lõige 2.

Direktiiv 2016/943/EL: artikli 2 punkt 1.

Direktiiv 2007/66/EÜ: artikli 1 lõiked 1 ja 3.

Viidatud liikmesriigi õigusnormid

29. jaanuari 2004. aasta seadus – Riigihangete seadus (Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. 2004, nr 19, jrk nr 177)

Artikkel 7

Hankijad valmistavad ette ja viivad hankemenetlusi läbi viisil, mis tagab ausa konkurentsi ja ettevõtjate võrdse kohtlemise, ning järgides proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtteid.

Artikkel 8

1. Hankemenetlus on avalik.
2. Hankija võib piirata juurdepääsu hankemenetlust puudutavale teabele üksnes seaduses ette nähtud juhtudel.
 - 2a. Hankija võib hankedokumentides kehtestada nõuded ettevõtja menetluse käigus antud teabe konfidentsiaalsuse kohta.
3. Teavet, mis kujutab endast ärisaladust kõlvatut konkurentsi tõkestavaid meetmeid käsitlevate õigusnormide tähenduses, ei avalikustata, kui ettevõtja on hiljemalt pakkumuste või menetluses osalemise taotluste esitamise tähtaja jooksul märkinud, et seda teavet ei ole võimalik kättesaadavaks teha ja ta on tõendanud, et taotletud teave kujutab endast ärisaladust. Ettevõtja ei tohi ärisaladusena märkida artikli 86 lõikes 4 osutatud teavet. Sätet kohaldatakse konkursi suhtes *mutatis mutandis*.

Artikli 36b lõige 1

Hankija palub ettevõtjal märkida, millise osa hankelepingu ta kavatseb sõlmida allhankijatega, ning anda talle teada allhankijate nimed.

Artikkel 91

1. Hankija valib kõige soodsama pakkumuse hankedokumentides esitatud pakkumuste hindamise kriteeriumide alusel.
2. Pakkumuste hindamise kriteeriumid on hind või maksumus ning muud hankelepingu esemega seotud kriteeriumid, eelkõige:
 - 1) kvaliteet, sealhulgas tehnilised parameetrid, esteetilised ja funktsionaalsed omadused;
 - 2) sotsiaalsed aspektid, sealhulgas artikli 22 lõikes 2 osutatud isikute tööalane ja sotsiaalne integratsioon, puuetega inimeste juurdepääs või kasutajate vajaduste arvesse võtmine;

- 3) keskkonnaaspektid, sealhulgas hankeobjekti energiatõhusus;
- 4) innovatiivsed aspektid;
- 5) hankelepingu täitmiseks määratud isikute töökorraldus, kutsequalifikatsioon ja kogemus, kui see võib oluliselt mõjutada hankelepingu täitmise kvaliteeti;
- 6) müügijärgne teenindus ja tehniline tugi, tarnetingimused, näiteks tarnekuupäev, tarneviis ja tarneaeg või paigaldusaeg.

[...]

2d. Hankija määratleb pakkumuste hindamise kriteeriumid ühetimõistetavalt ja arusaadavalt, mis võimaldab kontrollida ettevõtjate esitatud teavet.

[...]

Artikkel 96

1. Hankemenetluse käigus koostab hankija protokoll, mis sisaldab vähemalt järgmist: [...]

5) selle ettevõtja ees- ja perekonnanimi või ärinimi, kelle pakkumus tunnistati kõige soodsamaks, tema pakkumuse väljavalimise põhjused ning vajaduse korral lepingu või raamlepingu osa, mis kavatakse sõlmida allhanke korras kolmandate isikutega, ning kui see on sel hetkel teada, siis võimalike allhankijate ees- ja perekonnanimed või ärinimed; [...]

7) vajaduse korral hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuste, menetluses osalemise tingimuste või valikukriteeriumide täitmise hindamise aluste uurimise tulemused, sealhulgas:

a) nende ettevõtjate ees- ja perekonnanimi või ärinimi, keda ei ole hankemenetlusest kõrvaldatud, kes on tõendanud, et nad vastavad menetluses osalemise tingimustele või valikukriteeriumidele, ning nende väljavalimise põhjused,

b) nende ettevõtjate ees- ja perekonnanimi või ärinimi, kes on hankemenetlusest kõrvaldatud, kes ei ole tõendanud, et nad vastavad menetluses osalemise tingimustele või valikukriteeriumidele, ning nende hankemenetluses osalema kutsumata jätmise põhjused;

8) pakkumuste tagasilükkamise põhjused; [...]

2. Pakkumused, ekspertarvamused, avaldused ja artikli 38 lõikes 3 nimetatud koosoleku teave, hankija ja ettevõtjate esitatud teated, taotlused, muud dokumendid ja teave ning riigihankeleping on protokollis lisad.

3. Protokoll ja selle lisad on avalikud. Protokolli lisad tehakse kättesaadavaks kas pärast kõige soodsama pakkumuse valimist või hankemenetluse kehtetuks tunnistamist, pakkumused tehakse aga kättesaadavaks nende avamise hetkest, esialgsed pakkumused alates hanketeate kuupäevast ja hankemenetluses osalemise taotlused alates hankemenetluses osalemise tingimuste täitmise hindamise tulemustest teatamise kuupäevast.

16. aprilli 1993. aasta seadus kõlvatu konkurentsi tõkestamise kohta (Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. 2020, jrk nr 1913)

Artikli 11 lõige 2

Ärisaladus on ettevõtja tehniline, tehnoloogiline, korralduslik teave või muu majandusliku väärtusega teave, mis ei ole üldiselt teada isikutele, kes tavaliselt tegelevad seda liiki teabega või pole sellistele inimestele hõlpsasti kättesaadav, tingimusel, et isik, kellel on õigus teavet kasutada või seda käsutada, on võtnud nõuetekohase hooldusega meetmeid selle konfidentsiaalsena hoidmiseks.

Arenguministri 26. juuli 2016. aasta määrus, mis käsitleb nende dokumentide liike, mida hankija võib hankemenetluses ettevõtjalt nõuda (Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Dz. U. 2020, jrk nr. 1282)

§ 2 lõige 4

Selleks, et tõendada, et ettevõtja vastab hankemenetluses osalemise tingimustele või tehnilise või kutsealase suutlikkusega seotud kvalifitseerimistingimustele, võib hankija nõuda järgmiste dokumentide esitamist:

1) [...]

2) loetelu kaubatarbete või teenuste osutamisest ning samuti perioodiliste või pidevate teenuste osutamisest kolme viimase aasta jooksul enne pakkumuste esitamise või osalemise taotluste esitamise tähtaega ning kui äritegevuse kestus on lühem, siis – kõnealusel perioodil, koos nende maksumuse, tarnekuupäevade ja isikutega, kellele kaubatarbeid või teenuseid osutati, ning lisades tõendid selle kohta, et kaubatarbeid või teenuseid osutati või osutati nõuetekohaselt; tingimusel, et kõnealused tõendid on soovitusel või muud dokumendid, mille on välja andnud isik, kelle tarbeid või teenuseid osutati, ning perioodiliste või pidevate teenuste korral ja kui ettevõtjal ei ole objektiivsel põhjusel võimalik neid dokumente hankida – ettevõtja avaldus; endiselt osutatavate perioodiliste või pidevate teenuste puhul tuleb soovitusel või muud dokumendid, mis kinnitavad nende nõuetekohast täitmist, väljastada kõige varem kolm kuud enne pakkumuste või osalemistaotluste esitamise tähtaja möödumist;

3) riigihankelepingu täitmiseks ettevõtja käsutuses olevate töövahendite, seadmete või tehnilise varustuse loetelu, sealhulgas nimetatud vahendite kasutamiseks vajalik teave;

4) ettevõtjale kuuluvate või ettevõtja käsutuses olevate teadus- ja uurimisrajatiste kvaliteedi tagamiseks kasutatud tehniliste seadmete ning organisatsiooniliste ja tehniliste meetmete kirjeldus;

5) nende tarneahela juhtimise ja tarneahela jälgitavuse süsteemide loetelu, mida ettevõtja saab riigihankelepingu täitmiseks kasutada; [...]

10) loetelu isikutest, kelle ettevõtja suunab riigihankelepingut täitma, eelkõige neist, kes vastutavad teenuste osutamise, kvaliteedikontrolli või ehitustööde juhtimise eest, samuti teave nende kutsekvalifikatsiooni, pädevuse, kogemuse ja hariduse kohta, mis on vajalik riigihankelepingu täitmiseks, samuti nende tegevuste ulatus ja teave nende isikute käsutuses oleku aluse kohta.

Vaidlustusmenetluse asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

- 1 Vaidlus käesolevas vaidlustusmenetluses puudutab Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Poola riigi vee-ettevõtja Wody Polskie) algatatud riigihankemenetlust „vesikonna majandamiskavade II ajakohastamise projektide (II aPGW) väljatöötamine ja meetodika“, mis viidi läbi avatud menetluses. Hanketeade avaldati Euroopa Liidu Teatajas number 2019/S 245-603343.
- 2 Vesikonna majandamiskavad kuuluvad oluliste planeerimisdokumentide hulka, mille väljatöötamist ja ajakohastamist nõuavad Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23. oktoobri 2000. aasta direktiiv 2000/60/EÜ, millega kehtestatakse ühenduse veepoliitika alane tegevusraamistik, (EÜT L 327, lk 1; ELT eriväljaanne 15/05, lk 275) ja 20. juuli 2017. aasta veeseadus (ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne, Dz. U. 2018, jrk nr 2268, koos muudatustega). Need dokumendid on aluseks veevarude olukorda ja nende majandamise põhimõtteid kujundavate otsuste vastuvõtmisele tulevikus. Neid kasutatakse vee ja ökosüsteemide seisundi, veevarude, veekasutuse, vette või pinnasesse viidud ainete, mis võivad veele negatiivselt mõjuda, üleujutuste eest kaitsmiseks ning selleks, et ära hoida põua tagajärgi. Hange puudutas nende kavade tsüklilist ajakohastamist ja seda pidi rakendatama neljas etapis: I etapp: II aPGW projektide väljatöötamine koos meetoditega; II etapp: II aPGW projektide avalikud konsultatsioonid ja keskkonnamõju strateegilise hindamise läbiviimine; III etapp: II aPGW kohta määruste väljatöötamine; IV etapp: Aruande ettevalmistamine Euroopa Komisjonile ja II aPGW-st andmebaaside ettevalmistamine.
- 3 Hankedokumentides määratles hankija, millist miinimumkogemust peab lepingut taotlev ettevõtja tõendama, ja määratles hankelepingu täitmiseks vajaliku meeskonna, näidates ära selle meeskonna liikmete kogemuse, hariduse ja kvalifikatsiooni miinimumnõuded. Hankija tuletas ka meelde, et ettevõtja, kes toetub teiste ettevõtjate ressursidele, peab tõendama, et tal on hankelepingu

täitmise korral nende ettevõtjate vajalikud ressursid olemas, tõendades eelkõige nende ettevõtjate kohustust hankelepingu täitmiseks vajalikud isikud tema käsutusse anda. Ettevõtjad pidid riigihankemenetlustes esitama standarddokumendid, mis kinnitavad järgmist: Euroopa ühtse hankedokumendi standardvormi, täidetud hankelepingute loendeid koos soovitustega, isikuid, kes asuvad hankelepingut täitma, ettevõtjaid, kes annavad ettevõtja käsutusse ressursse. Vastavalt riigihangete seaduse artikli 36b lõikele 1 palus hankija ettevõtjatel märkida, kas nad täidavad lepingut allhankijate osalusel, ning märkida allhankijast ettevõtja (nimi) ja hankelepingu osa, mille täitmine allhankijatele usaldatakse. Pakkumuse vormi tuli kirja panna dokumendid, mis on kättesaadavad tasuta ja avalikest andmebaasidest (dokumendi nimetus ja veebisaidi aadress).

- 4 Hankemenetluses esitasid pakkumused: 1. ettevõtjad, kes taotlevad ühiselt hankelepingu sõlmimist: ANTEA POLSKA spółka akcyjna (aktsiaselts), asukoht Katowice, „Pectore-Eco“ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (piiratud vastutusega äriühing), asukoht Gliwice, ja Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy (keskkonnakaitse instituut - riiklik uurimisinstituut), asukoht Varssavi (edaspidi „vaidlustaja“); 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (piiratud vastutusega äriühing), asukoht Varssavi (edaspidi „Arup“); 3. CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (piiratud vastutusega äriühing), asukoht Varssavi (edaspidi „CDM“); 4. ettevõtjad, kes taotlevad ühiselt hankelepingu sõlmimist: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (piiratud vastutusega äriühing), asukoht Varssavi, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (piiratud vastutusega äriühing), asukoht Varssavi, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych, (piiratud vastutusega äriühing, hüdrogeoloogiliste ja geofüüsikaliste uuringute ja teadusbüroo), asukoht Varssavi (edaspidi „Multiconsult“).
- 5 Pakkumusi hinnati pakkumuste hindamise kriteeriumite alusel (kaks kvaliteedikriteeriumit – „arenduskontseptsioon“, osakaal: 42 ja „hankelepingu täitmise viisi kirjeldus“, osakaal: 18; hinnakriteerium – osakaal: 40).
- 6 „Arenduskontseptsiooni“ kriteeriumi kohaselt pidi pakkumus kirjeldama hankelepingu täitmise käsitusviise:

1. meetodiline tegevuste kompleksi väljatöötamise käsitus (individuaalsete tegevuste meetodid: tõhususe ja teostatavuse hindamine üksikute veekogude keskkonnanäesmärkide saavutamiseks, tasuvusanalüüsi tegemine, kuidas need tegevused mõjutavad allpool/kõrgemal asuvaid pinnaveekogusid, rakenduskulude ja rahastamisallikate kindlaksmääramine, võttes arvesse riiklikke ja Euroopa fonde, programmide kliimakatsetuse läbiviimine, teostamise sotsiaal-majanduslike mõjude kindlakstegemine, tegevuste prioriseerimine, muude planeerimisdokumentide olemasolust tuleneva võimaliku sünergia kindlakstegemine, hinnates, kas konkreetse pinnaveekogu jaoks kavandatud

tegevuste kogum võimaldab saavutada keskkonnaeesmärke, võttes arvesse naaberpinnaveekogudele kavandatud tegevusi);

2. meetodiline käsitus, et teha kindlaks morfoloogiline järjepidevus pinnaveekogude kavandatud keskkonnaeesmärkide kontekstis, sealhulgas olemasolevate kalade ränderajatiste toimimise analüüsimise viis (kaasa arvatud meetodiline lähenemine rännet takistavate rajatiste tuvastamiseks ja selle kindlaks tegemiseks, kas tuvastatud rajatised on varustatud seadmetega, mis võimaldavad kalade rännet, hinnata olemasolevate rajatiste toimimist keskkonnaalaste eesmärkide saavutamise kontekstis, selgitada välja sellega seotud tegevused);

3. keskkonnaeesmärkide saavutamisest kõrvalekallete tuvastamise kontseptsioon koos põhjendustega;

4. pinnaveekogude ja pinnaveekogude asukoha visualiseerimine maakaardil nii, et see võimaldaks lokaliseerida vee kasutamise vähemalt linna suhtes, millele on viidatud hankelepingu eseme kirjelduse IV etapi punkti 28 alapunktis r.

7. Seevastu kriteeriumi „Hankelepingu täitmise viisi kirjeldus“ kohaselt pidi pakkumus sisaldama järgmist:

1. võimalike riskide kirjeldus üksikute ülesannete nõuetekohaseks täitmiseks hanke igas etapis, meetodid nende ennetamiseks ja nende vastu võitlemiseks riskiregistri vormis, hinnates nende toimumise võimalikku tõenäosust ja riskitaset;

2. meeskonna organisatsiooniline struktuur: rollid, vastutuse ulatus võrreldes deklareeritud sisulise pädevusega; infovoog;

3. ettepanekud hankelepingu eseme üksikasjalikku kirjeldusse nende lisamata lisaväärtuste kohta, mis mõjutavad hankeobjekti kvaliteeti ja teostust.

8. Kriteeriumide alakriteeriume hinnati vastavalt hindamistabelites olevatele kirjeldavatele hinnangutele, millele vastas teatud arv punkte. Neis kirjeldavates hinnangutes oli märgitud, kas hankedokumentides esitatud nõuded on täidetud, kas on tehtud sisulisi vigu, kas kõik alakriteeriumi koostisosad on selgelt ja ammendavalt kirjeldatud, kas kõnealuse alakriteeriumi jaoks pakutud lahendused on optimaalsed ja tagavad tööde kõrge kvaliteedi ja usaldusväärsuse ning kas need sisalduvad lisaväärtuste kirjelduses, mis ei sisaldu hankeobjekti üksikasjalikus kirjelduses ning mis mõjutavad selle alakriteeriumi kvaliteeti ja täitmist.

9. Pakkumused said järgmised hindepunktid:

1. CDM – maksumus (21 517 620 PLN (Poola zlotti)): 33,61 punkti, arenduskontseptsioon: 29 punkti, hankelepingu täitmise viisi kirjeldus: 12 punkti, kokku: 74,61 punkti (kõige soodsam pakkumus),

2. Vaidlustaja – maksumus (18 081 000 PLN): 40 punkti, arenduskontseptsioon: 7 punkti, hankelepingu täitmise viisi kirjeldus: 15 punkti, kokku: 62 punkti,
3. Multiconsult – maksumus (20 662 770 PLN): 35 punkti, arenduskontseptsioon: 14 punkti, hankelepingu täitmise viisi kirjeldus: 9 punkti, kokku: 58 punkti,
4. Arup – maksumus (18 240 900 PLN): 39,65 punkti, arenduskontseptsioon: 9 punkti, hankelepingu täitmise viisi kirjeldus: 6 punkti, kokku: 54,65 punkti.
- 10 Vaidlustaja esitas Krajowa Izba Odwoławcza (riiklik vaidlustuskomisjon, Poola) esimehele vaidlustuse, milles palus tühistada CDMi pakkumuse valik, pakkumus uuesti läbi vaadata ja anda sellele uus hinnang, ning kustutada salastatus ja avalikustada dokumendid ja teave, mille märkisid ärisaladusena CDM, Multiconsult, Arup kriteeriumide „arenduskontseptsioon“ ja „hankelepingu täitmise viisi kirjelduse“ osas ning CDMi ärisaladusena märgitud dokumendid ja teave (teenuste loetelu, isikute loetelu, soovitused, pakkumuse vormi punktid 5 ja 13), vaidlustaja kasuks ja CDMi kahjuks muudetud hindepunktid, andes faktilise põhjenduse punktide arvule, mis anti: CDMile, Multiconsultile ja Arupile ja tunnistada kõige soodsamaks vaidlustaja esitatud pakkumus.
- 11 Arup, CDM ja Multiconsult on vaidlustusmenetluse kaasatud kolmanda isikuna hankija poolel.
- 12 Vaidlustaja esitas järgmised väited:
- jättes kustutamata salastatuse teabelt, mille alusel määrati kvaliteedikriteeriumipunkte ja muu teabe, mida CDM ei ole tegelikult ärisaladusena märkinud, on rikutud riigihangete seaduse artikli 7 lõiget 1 ja lõiget 3 koosmõjus artikli 8 lõikega 1, lõikega 2 ja lõikega 3, koosmõjus 16. aprilli 1993. aasta seadus kõlvatu konkurentsi tõkestamise kohta (ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) artikli 11 lõikega 2;
 - jättes nõuetekohaselt põhjendamata kvaliteedikriteeriumide hindamise, on rikutud riigihangete seaduse artikli 92 lõiget 1 koosmõjus artikli 7 lõikega 1;
 - jättes hindamata vaidlustaja ja CDMi esitatud pakkumusi viisil, mis on kooskõlas pakkumuste hindamise kriteeriumidega, ja tunnistades kõige soodsamaks CDMi esitatud pakkumuse, hoolimata asjaolust, et vastavalt pakkumuste hindamise kriteeriumidele tulnuks tunnistada kõige soodsamaks pakkumuseks vaidlustaja pakkumus, on rikutud riigihangete seaduse artikli 92 lõiget 1 koostoimes artikli 7 lõikega 1.

Vaidlustusmenetluse poolte peamised argumendid liikmesriigi menetluses

- 13 Põhjenduses märkis vaidlustaja – seoses väitega, et on jäetud avaldamata teave, mille on ekslikult ärisaladusena märkinud CDM, Multiconsult ja Arup –, et avaliku teabe avatuse põhimõte on üks Poola Vabariigi õigussüsteemi põhiprintsiipe, mis tuleneb Poola Vabariigi põhiseaduse (Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej) artiklitest 54 ja 61 ning 6. septembri 2001. aasta avalikule teabele juurdepääsu käsitleva seaduse (ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, Dz. U. Nr 112, jrk nr 1198) sätetest. Kinnise riigihankemenetluse võimalust ei tohi kuritarvitada ega tõlgendada laialt, sest menetluse avatuse põhimõte on ülekaalukas põhimõte ja erandeid sellest ei saa tõlgendada nii, et see viiks avalikkuse piiramiseni. Seda õigust ei saa kohaldada üksnes ettevõtjate konkurentsitingimustele, vaid üksnes rangelt seaduse kõlvatu konkurentsi tõkestamise kohta artikli 11 lõikes 2 antud määratluse piires. Vastavalt riigihangete seaduse artikli 96 lõikele 3 peab protokoll koos selle lisadega olema avalik ja kättesaadav kõigile asjaomastele isikutele, sõltumata sellest, kas nende huvi on õiguslik või faktiline. Riigihankemenetluses osalevad ettevõtjad peavad arvestama sellega, et nende pakkumused on põhimõtteliselt avalikud ja olema teadlikud riigihankeid käsitlevates õigusnormides ette nähtud korra järgimise tagajärgedest.
- 14 Ettevõtjate CDM, Multiconsult ja Arup esitatud ärisaladuste avalikustamise põhjendused on lakoonilised ja piirduvad sisuliselt kohtupraktika tsiteerimisega. Riigihangete seaduse artikli 8 lõikest 3 nähtub ühemõtteliselt, et ärisaladusega on võimalik katta ainult teavet, mis kujutab endast saladust, mitte dokumenti, milles selline teave võib osaliselt sisalduda. Samal ajal märkisid ettevõtjad CDA, Multiconsult ja Arup ärisaladusena dokumentide kogumi, tõendamata nõuetekohaselt sellise tegevuse seaduslikkust. Hankija peaks üksikasjalikult kontrollima, kas ja kuivõrd oli ärisaladusena märkimine kehtiv, seda enam, et need dokumendid mõjutavad otseselt pakkumustele antavat hinnangut, moodustades pakkumuste hindamise kriteeriumides kokku kuni 60%. Selle asemel nõustus selgelt ettevõtjate selgitustega, mis muudab vaidlustajale keeruliseks viidata nendele ettevõtjatele teatud arvu punktide andmise põhjendatusele. Selline teguviis on selgelt vastuolus riigihankemenetluse avalikkuse põhimõttega.
- 15 Seoses konkurentide omandis olevate üksikute dokumentide ja teabega väitis vaidlustaja, et konkurent on sellist teavet avaldanud varasemates hankemenetlustes, milles ta oli taotleja; et ärisaladusena on märgitud dokumendid, mis on avaldatud veebisaitidel; et ärisaladusena märgitud dokumentide nimekirja kantud hankelepingud olid sõlmitud teenuste osutamiseks hankijatele, kes olid kohustatud kohaldama riigihangete seadust, need on seega avalik teave; et asjaomane ettevõtja ei ole konfidentsiaalsuse säilitamiseks võtnud vajalikke samme, vaatamata sellisele deklaratsioonile hankijale esitatud avalduses.
- 16 Väite osas, et ettevõtjatele antud punktid ei olnud ammendavalt põhjendatud: CDM, Multiconsult ja Arup vaidlustaja poolel tõid välja, et kuna ettevõtjatele antud punktide arvu puudutav otsus ei olnud faktiliselt põhjendatud, ei saa

vaidlustaja viidata hankija hinnangule. Ettevõtjatele teatavaks tehtud hankija otsuse põhjenduste napolisõnalisus kujutab endast takistust hankija tegevuse õigsuse kontrollimisel ja õiguskaitsemeetmete kasutamisel.

- 17 Hankija rõhutas, et ettevõtja õigust katta osa pakkumusest ärisaladusega tuleks käsitleda võrdselt avatud menetluse põhimõttega. Teavet ärisaladusena märkiv isik peab püüdma usutavalt selgitada, miks märgitav teave väärrib ärisaladuste tõttu kaitset, selle kohta esitatud väited peavad olema usutavad ja põhjendused veenvad, järjepidevad ja loogilised, võttes arvesse menetluse iseärasusi ja märgitavat teavet. Seda järgisid kõik ettevõtjad.
- 18 Üks kolmanda isikuna vaidlustusmenetlusse kaasatud ettevõtjatest väitis, et direktiiv 2016/943 võeti vastu sellise teabe kaitsmiseks, mis on teadmispõhise majanduse valuuta ja annab konkurentsieelise. Ettevõtjad tajuvad seda teavet võrdselt patentide ja muud tüüpi intellektuaalomandiga. Selle direktiivi põhjendusest 18 nähtub selgelt, et see ei vabastada riigiasutusi konfidentsiaalsuskohustustest, muu hulgas seoses avaliku sektori hankijale hankemenetluste raames edastatud teabega. Kohustus säilitada konfidentsiaalsena ettevõtjate edastatud ärisaladusena märgitud valitud teavet tuleneb direktiivi 2014/24/EL artikli 21 lõikest 1. Erand riigihankemenetluse avatuse üldpõhimõttest (riigihangete seaduse artikli 8 lõige 1) on ärisaladuseks oleva teabe kaitse põhimõtte seaduse ebaausa konkurentsi tõkestamise kohta sätete tähenduses (riigihangete seaduse artikli 8 lõige 3). Ärisaladuse määratlus on sätestatud seaduse kõlvatu konkurentsi tõkestamise kohta artikli 11 lõikes 2. Riigihankemenetluse avatuse põhimõtte ei ole absoluutne. Hankija hindab, mis on õiguslikult kaitstud teave, ja olenevalt sellest otsusest võtab täiendavaid kaitsemeetmeid. Hankija tegevus ei tohiks seada ettevõtjaid teabe salastatuse kustutamisest tuleneva kahju tekkimise ohtu.
- 19 Mis puudutab nõuet, et teabel peab selleks, et see oleks ärisaladus, olema kaubanduslik väärtus, siis vastavalt TRIPS-lepingu (Maailma Kaubandusorganisatsiooni asutamislepingule lisatud intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide leping) artiklile 39 on kaubandusliku väärtusega teave kaitstud, kuna see on salajane. See tähendab, et sellel teabel peab ettevõtja jaoks olema kaubanduslik väärtus nimelt selle salajasuse tõttu.
- 20 Mis puudutab kvaliteedikriteeriumide alusel hindamisele kuuluvate dokumentide ärisaladusena märkimist, siis hankija ja kolmanda isikuna vaidlustusmenetlusse kaasatud ettevõtjate argumendid näitavad, et need kujutavad endast algupäraseid uuringuid ja üksikute ettevõtjate intellektuaalomandit, nende oskusteavet. Need on 4. veebruari 1994. aasta autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste seaduse (ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. 1994, nr 24 jrk nr 83) tähenduses teosed, mille autoril on ainuõigus neid kasutada ja käsutada kõigis valdkondades, kaasa arvatud õigus kontrollida teose kasutamist ja õigus otsustada teose esmakordse avaldamise üle. Kõnealuste dokumentide kättesaadavaks tegemine võib tõsiselt kahjustada ettevõtjate huve, kuna neil on kaubanduslik väärtus, ja ettevõtjad on astunud vajalikke samme, et

jätta avalikkusele avaldamata näiteks: asjakohased sisemenetlused; konfidentsiaalsusklauslid; töökorralduse; hoonesse sissepääsu kontrolli; elektrooniliste dokumentide (sisselogimise ja parooli) ja füüsiliste dokumentide (seifis) turvamise.

- 21 Hankija selgitas, et kõik ettevõtjate esitatud kontseptsioonid on loodud vastama konkreetse menetluse vajadustele ja sisaldavad unikaalseid lahendusi. Seevastu selles sisalduvad ideed ei ole uudsed, sest hankija ei oota uudsust, vaid hankedokumentide nõuete järgimist, et lahendused annaksid parimaid tulemusi ja oleksid õiged. Kontseptsiooni avalikustamine võib kahjustada selle autori huve, kui: muu hankelepingutäitja võib pakkuda lühemat tarnetähtaega või madalamat täitmishinda; kuna see ei ole ühekordne tegevus, sest see hankeleping sisaldab muid hankelepinguid ja asjatundjad või ettevõtjad võivad osa võtta erinevatest hangetest; kontseptsiooni põhjal saab konkurent hinnata, keda kaasatakse hankelepingu täitmisse ja võib selle isiku üle osta.
- 22 Mis puudutab teenuste loetelu ja soovitude ärisaladusena märkimist, siis teenuste loetelus märgitud teave on teadmine, mis võimaldaks konkurendil tutvuda ettevõtja tegevuse paljude aspektidega (tegevusprofiili jälgimine teatud ajahetkel, lepingutüübid, teenuste saajad). Teenuste loendis on ära toodud ka teenuste osutamise tulemusel saadud tulu suurus, mis on samuti ärisaladus.
- 23 Mis puudutab isikute nimekirja ärisaladusena märkimist, siis sisaldab see isikuid tuvastavaid andmeid, mis võivad põhjustada ettevõtjale kahju, kui konkurendid üritavad neid isikuid üle meelitada. Samaselt sisaldavad pakkumusevormi kantud andmed nende kolmandate isikute kontaktandmeid, kes annavad ettevõtja käsutusse oma ressursid, mis kujutavad endast kaubanduslikku väärtust. Ettevõtjate tegevus seisneb peamiselt nõustamisteenuste osutamises ning neil ei ole muud vara peale töötajate loodud intellektuaalomandi. Asjaomaste teenuste tehniliste kirjelduste kohaselt tuleb kasutada kõrgkvalifitseeritud personali ja kaitsta teavet isikute kohta, kes peavad tellimusi täitma. Isikuandmed on majandustegevuses osalejate jaoks majanduslikult olulised ning puudutavad eduka pakkuja ettevõtja tegutsemisviise, tema sisemist ülesehitust ja korraldust.
- 24 Pealegi nähtub istungil esitatud hankija seisukohast, et hankemenetlustes on tavapärane, et selliseid uurimusi hoitakse saladuses. Ettevõtjad esitavad teabe ärisaladusena märkimiseks stamppõhjendusi. Hankija taotletud dokumendid on omavahel seotud ja üksteisest lahutamatud.
- 25 Mis puudutab etteheidet, et antud punktide kohta ei ole esitatud ammendavat põhjendust, siis väidab hankija, et ta hindas iga küsimust, alakriteeriumi ja kriteeriumi vastavalt hankedokumentides sätestatud menetlusele ja põhimõtetele. Kõiki pakkumusi on üksikasjalikult analüüsitud ja hinnangule on lisatud üksikasjalik põhjendus, mis saadeti ettevõtjatele 12. märtsil 2020. Kõigile ettevõtjatele esitatud punktide põhjenduste üksikasjalikkuse tase võimaldab probleemideta kontrollida antud punktide arvu õigsust ja kokku arutada, mitmel juhul on hinnatud küsimust selgelt ja ammendavalt kirjeldatud ja kui palju sellele

väärtusele lisatud lisandväärtusi on hankija tuvastanud. Selle kontrollimise tingimuseks oli pakkumuste hindamise reeglite üksikasjalik läbilugemine ja neist aru saamine ning vaidlustaja seda teinud ei ole, mida tõendavad pakkumusele antud hinnangu põhjenduse kohta esitatud väited ja üksikute fragmentide vale tõlgendamine. Vaidlustaja argumentidest nähtub, et ta ei saa aru erinevate kriteeriumide ja alakriteeriumide hindamistabelitest ning esitab seetõttu ekslikud väited ja etteheited hankija väidetava rikkumise või erapoolikuse kohta. Alakriteeriumi hindamine sõltus konkreetsetele nõuetele vastavate küsimuste arvust: optimaalsest lahendusest ning töö tulemuste kõrge kvaliteedi ja usaldusväarsuse tagamisest, samuti nende hankelepingu eseme kirjeldusest väljapoole jäävate koostisosade arvust, mis mõjusid hankelepingu täitmise kvaliteedile hästi. Lisaks täpsustas hankija hindepunktide andmise korda kehtestava tabeli all, et väljendiga „optimaalsest lahendusest ning töö tulemuste kõrge kvaliteedi ja usaldusväarsuse tagamisest“ peeti silmas „ettevõtja asjakohaselt üksikasjalikku analüüsi ja/või ettevõtja poolt asjakohaste vahendite kasutamist ja/või lähteandmete tõhusat ja põhjalikku kontrollimist ja/või andmete ja analüüside ammendavuse tagamiseks tõhusate meetmete võtmist“. Hindamiskomisjon kohaldas neid põhimõtteid iga pakkumuse hindamisel järjekindlalt ning need ei tekitanud hankemenetluse etapis vaidlustajal ega teistel ettevõtjatel kahtlusi. Hankija edukaks tunnistatud pakkumuste hindamise viisis ei olnud kahtlust, kuna hankedokumentides esitatud nõudmiste kohta ei olnud esitatud ühtegi küsimust, ning ei olnud esitatud ka sellekohaseid muutmistaotlusi. Seega leiab hankija, et need on koostatud nõuetekohaselt.

Eelotsusetaotluse põhjenduse lühikokkuvõte

- 26 Esimene eelotsusetaotluses käsitletud küsimuste rühm käsitleb ettevõtjate teabe ärisaladusena märkimist.
- 27 Vastavalt Euroopa Kohtu 29. märtsi 2012. aasta otsusele kohtuasjas SAG ELV Slovensko jt., C-599/10, on hankijal kohustus kohelda eri taotlejaid võrdselt ja lojaalselt, nii et valikumenetluse lõppedes ja selle tulemust arvestades ei näiks, et ühte või mitut taotlejat on alusetult koheldud teistest soodsamalt või ebasoodsamalt. Sellise mõju saavutamise on otseselt seotud lepingu sõlmimise läbipaistvusega, mis eeldab nende avaldamist menetluse pooltele. Menetluse avalikkust võib piirata, kuid riigisisises seaduses ei ole kehtestatud selliseid piiranguid seoses riigihangete seaduse artikli 7 lõikes 1 sätestatud põhimõtetega, nimelt ausa konkurentsi, võrdse kohtlemise ja menetluse läbipaistvusega. Samamoodi ei tohi ka direktiivi 2014/24/EL artikli 21 lõike 1 ja direktiivi 2016/943 artikli 2 lõike 1 sätteid tuua kaasa direktiivi 2014/24/EL artikli 18 lõikes 1 sätestatud põhimõtete rikkumist.
- 28 Poola õigussüsteemis on riigihankemenetluse dokumendid ettevõtjatele üldjuhul täielikult kättesaadavad (riigihangete seaduse artikkel 96). Sellise kättesaadavuse puudumine või piiramine õhnestab ettevõtjate usaldust hankijate otsuste ja seega kogu riigihangete süsteemi vastu, mis tuleneb läbipaistvuse puudumisest ning

võimalusest hankija ja konkurentide tegevust kontrollida. See muudab ettevõtjatele õiguskaitsevahendite tegeliku kasutamise samuti raskemaks või isegi võimatuks.

- 29 Ettevõtjate poolt menetluse kulu jälgitavus, konkurentide pakkumustega tutvumine ning nende pakkumuste ja hankijale esitatud teabe kontrollimine on riigisisestes hangetes tavapärane praktika ning see ilmneb riiklikule vaidlustuskomisjonile esitatud vaidlustuste vormis, milles on ülekaalus väited, et õigusvastaseid pakkumusi ei ole tagasi lükatud ja et ettevõtjaid, kes ei ole tõendanud, et neil hankemenetluses osalemise tingimused on täidetud, või on esitanud ametivõimudele ebatäpseid andmeid, ei ole hankemenetlusest kõrvaldatud. Sageli on ettevõtjatel hankijast palju suuremad kutsealased teadmised hankeobjekti ja asjaomase majandusharu olukorra kohta, samuti kasutavad nad meeleldi juurdepääsu avalikule teabele, et kontrollida konkurentide pakutavat teavet – mis viib sageli hankemenetluse tulemuse muutumiseni.
- 30 Üha enam on hakanud ilmnema tava piirata menetluses esitatud dokumentide või nende osade avalikkust, märkides need ärisaladusena. See kehtib hankijate nõutavate dokumentide kohta, mis puudutavad ettevõtjate hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuseid, hankemenetluses osalemise tingimuste täitmist, pakkumuse vastavust hankedokumentides esitatud nõuetele ja pakkumuste hindamise kriteeriumidele. Selliste dokumentide märkimises ärisaladusena nähakse soovi varjata nende dokumentide sisu konkurentide eest selleks, et nad ei märkaks ettevõtja menetlusest kõrvaldamise või tema pakkumuse tagasilükkamise aluseid, mida hankija ei ole märganud, või ei seaks kahtluse alla pakkumusele hindamise kriteeriumide järgi antud hinnangut.
- 31 Sąd Najwyższy (Poola kõrgeim kohus) 2005. aasta otsuse kohaselt ei põhjusta teabe ärisaladusena märkimine, ehkki teave seda oma olemuselt ei ole, pakkumuse tagasilükkamist selle õigusvastasuse tõttu, vaid üksnes hankijale kohustuse märkimised üle kontrollida ja see teave avalikustada. Ettevõtjad hakkasid seega järk-järgult üha enam teavet ärisaladusena märkima, kuna sellel ei olnud neile mingeid halbu tagajärgi. Teavet märgitakse ärisaladusena funktsionaalsel viisil, see tähendab, et ettevõtjad märgivad teabe ärisaladusena siis, kui see on neile kasulik ja ka avaldavad sama teabe siis, kui see on neile kasulik. Tihti märgivad ettevõtjad ärisaladusena kõik dokumendid ja kui neil palutakse istungil näidata konkreetseid lõike, mis sisaldavad ärisaladusi ja põhjendada, miks, siis ei suuda nad vastata ega osutada ainult üksikutele andmetele või lühikestele lõikudele.
- 32 Esiteks kardavad hankijad ärisaladusena märgitud dokumente avalikustada, isegi siis, kui nad leiavad, et need ei kujuta endast ärisaladust, kartes võimalikke probleeme ja kahjunõudeid. Teiseks on neil nii mugav, kuna teistel ettevõtjatel ei ole võimalik nende dokumentidega tutvuda, mis ei võimalda neil hankijate otsuseid tulemuslikult vaidlustada ja piirab võimalust hankija otsuseid vaidlustada.

- 33 Kirjeldatud probleemi on püütud lahendada 2014. aastal riigihangete seaduse artikli 8 lõikesse 3 tehtud muudatusega, millega kehtestati ettevõtjatele kohustus tõendada, et märgitud teave on ärisaladus.
- 34 Viimastel aastatel on vastu võetud õigusnormid – nii direktiivis 2014/24/EL kui ka direktiivis 2016/943 –, mis võivad suurendada hankijate ja otsuseid tegevate asutuste ebakindlust selles, milline on ettevõtjate tegelik võimalus riigihankemenetluses teavet ärisaladusena märkida. Need kahtlused on seotud peamiselt nendes direktiivides kasutatud mõistetega.
- 35 Nimelt on direktiivi 2014/24/EL artikli 21 lõikes 1 märgitud, et avaliku sektori hankija ei avalikusta talle ettevõtjate poolt edastatud konfidentsiaalsena märgitud teavet, sh tehnika- või ärialaseid saladusi ja pakkumuste konfidentsiaalseid aspekte. Direktiivi 2016/943 artikli 2 punktis 1 on ärisaladus aga määratletud kui teave, mis „ei ole kogumis või üksikosade täpses paigutuses ja kokkupanus üldteada või kergesti kättesaadav“ ning millel „on kaubanduslik väärtus selle salajasuse tõttu“. Need sätted tõstavad seega esile asjaolu, et ettevõtja on teabe märkinud ärisaladuseks, mitte selle teabe olemust. Samuti ei suurenda direktiivide sätted ettevõtja kohustust tõendada, et asjaomane teave või dokument kujutab endast ärisaladust, samuti hankija kohustust kontrollida, kas teabe ärisaladusena märkimine on põhjendatud.
- 36 Ettevõtjad püüavad kasutada direktiivide väga üldist sõnastust ja tõlgendada eelkõige direktiivi 2016/943 artikli 2 punkti 1 kui võimalust ärisaladusena märkida mis tahes teavet või dokumenti, mida nad ei soovi teistele ettevõtjatele avaldada. See võib olla riigihankemenetluse jaoks eraldi koostatud mis tahes dokument pakkumuse mis tahes oluline osa. Ettevõtjate jaoks tuleneb selle teabe kaubanduslik väärtus aga just sellest, et teave kujutab endast ärisaladust, sest kui see teave ei oleks ärisaladus, võinuks konkurendid pakkumustes leida vigu. Tegemist ei ole aga selle eesmärgiga, millest lähtuvalt on ettevõtjatele pakutud teabe kaitset, mis on kehtestatud direktiivi 2014/24/EL artikli 21 lõikes 1 ja direktiiviga 2016/943. Samuti ei vasta see üldisele arusaamale sellest, kuidas tegutseda ausa konkurentsi tingimustes.
- 37 Vaidlustusmenetluses on seotud kahtluse alla kahte tüüpi dokumentide ärisaladusena märkimine: dokumendid, milles on kirjeldatud eduka ettevõtja subjektiivset olukorda, mis on seotud tema kogemuse, isikute ja töötajatega, kelle ta on hankelepingu täitmiseks välja pakkunud, ning dokumendid, milles on kirjeldatud hankelepingu täitmise viisi.
- 38 Mis puudutab dokumente, mis kirjeldavad eduka pakkuja subjektiivset olukorda seoses tema kogemuse, isikute ja töötajatega, kelle ta on hankelepingu täitmiseks välja pakkunud, siis nõuab hankija ametlikke ja standarddokumente ning teavet, mis on täpsustatud õigusaktides – direktiivi 2014/24/EL artiklites 59 ja 60 ning XII lisa II osas ja riigihangete seaduses ning määruses, mis käsitleb nende dokumentide liike, mida hankija võib hankemenetluses ettevõtjalt nõuda.

- 39 Arvestades asjaolu, et liidu seadusandja on määranud kindlaks hankijatele esitatava täpse teabe, võib järeldada, et ta eeldas, et tegemist ei ole ärisaladust kujutava teabega. Selle teabe ulatus määratakse kindlaks hankija nõuete järgi, ilma et oleks vaja täpsustada hankelepingu üksikasju, eelkõige finantsküsimusi ja muid tundlikke andmeid.
- 40 Kui tegemist on teabega edukalt lõpetatud projektide kohta koos klientide soovustega, samuti töötajate või teadlaste konkreetse kvalifikatsiooni kohta, reklaamitakse seda sageli veebisaitidel, et meelitada ligi tulevasi kliente ja kujundada mainet. Seega ei ole tegemist oma olemuselt ärisaladusega.
- 41 Ettevõtjate selgitus, et selle teabe ärisaladusena märkimise põhjuseks on võimalus omandada või „üle osta“ kas hankelepingut täitma pidavasse meeskonda pakutud inimesi või oma ressursse/allhankijaid pakkuvaid ettevõtjaid, tekitab kahtlusi ettevõtja ja tema märgitud isiku või ettevõtja tegelikes suhetes ning tegelikus võimes seda isikut või ettevõtjat ja nende ressursse käsutada. Ettevõtja peab ise otsustama, kas ta saab tegelikult tugineda osutatud vahendite tegelikule kättesaadavusele, mis selle menetluse puhul ei ole seotud mitte ainult hankija miinimumnõuete täitmisega, vaid ka pakkumuste hindamise kriteeriumidega. Tegemist on isikutega, kes on märgitud kontrollitava kriteeriumi osana, ja kelle osalemise eest hankemenetluses antakse hindamisel lisapunkte.
- 42 Tegelikult ei ole riiklik vaidlustuskomisjon riigihangete turul selle turu tegeliku probleemina tuvastanud personali või kolmandate isikute / allhankijate „üleostmist“ või muid tavasid, mis ei jääks personali loomuliku liikumise ega ettevõtjate vaheliste lepinguvabaduse piiridesse. Selles valdkonnas hinnatud spetsialistid, eriti kui nad on kitsalt spetsialiseerunud, on kõige sagedamini hästi tuntud ja nende töölevõtmisest huvitatud ettevõtjal on võimalik nendega otse ühendust võtta, nendega tegelevad ka spetsialiseerunud personaliettevõtted. Uurimuste autorid ei varja oma erialaseid saavutusi, näitavad sageli oma saavutusi avalikult, eriti kui nad teevad teadustööd. Lisaks, kui töö on huvitav ja erialaselt mainekas või kasumlik, soovivad need inimesed seda teha, olenemata ettevõtjast, kelle heaks nad peaksid töötama. Sama kehtib allhankijate kohta. Samuti ei ole keelatud, et üks ja sama isik, allhankija või sama ettevõtja annab oma kogemuse mitme ettevõtja käsutusse – lõpuks saab hankelepingu nagunii vaid üks ettevõtja. Seetõttu on otsustavaks teguriks see, kes ettevõtjaist konkreetse hankelepingu saab ja tema pakutavad koostöötingimused. Nagu nähtub direktiivist 2016/943, ei tule seda tõlgendada asutamisevabadust, töötajate vaba liikumist ega töötajate liikuvust piiravana (artikli 1 lõige 3 ja põhjendus 13).
- 43 Pealegi võivad sellised pakkumuses sisalduvad andmed kujutada endast ärisaladust, kuid seda enne pakkumuse esitamist, kui ettevõtjad otsivad personali, allhankijaid, ressursse pakkuvaid ettevõtjaid jne. Kuid pärast pakkumuste esitamist ja nende sisu muutmise keeldu (riigihangete seaduse artikli 87 lõige 1) on teadmised töötajate või ettevõtjate kohta, kellega konkurent kavatseb koostööd teha, kasutatud. Nende isikute edasine sobivus sõltub omakorda teiste hankelepingute erinõuete täitmisest.

- 44 Teist liiki dokumendid, mida ettevõtjate ärisaladusena märgivad, on hankija nõutavad uuringud, mille eesmärk hinnata pakkumuste vastavust kvaliteedikriteeriumidele, nagu „Arenduskontseptsioon“ ja „Hankelepingu täitmise viisi kirjeldus“. Kolmanda isikuna vaidlustusmenetlusse kaasatud ettevõtjad ja hankija, viidates kõnealuste dokumentide ärisaladusena märkimise põhjustele, viitasid peamiselt asjaolule, et need on nende algupäraseid uuringud, millel on intellektuaalne väärtus.
- 45 Riiklik vaidlustuskomisjon soovib teada, kas pelk asjaolu, et ühte osa pakkumusest võib pidada intellektuaalseks väärtuseks, tähendab, et see võib olla ärisaladus. On tõsi, et see võiks nii olla juhul, kui see oleks ettevõtja enda tarbeks välja töötatud. Pakkumus koostatakse siiski hankedokumentide nõuete alusel, mille alusel hinnatakse pakkumuse vastavust hankedokumentides esitatud nõuetele (hankelepingu eseme määramine) ja hankedokumentides esitatud pakkumuste hindamise kriteeriumidele. Ilma selle eesmärgita on keeruline välja tuua nende uurimuste väärtust. Ainuüksi asjaolu, et seda saab pidada ettevõtja intellektuaalseks teoseks, ei tähenda ärisaladust – teoste tunnusjoon on see, et teosed avalikustatakse autori nime all. Samuti ei ole vaidlustatud hankija väidet, et uurimused ei sisalda innovatiivseid tööstuslahendusi ja sisaldavad niisiis asjatundjatele kättesaadavaid erialateadmisi. Seetõttu on kaheldav, kas ainuüksi oskust probleemi korralikult kirjeldada saab pidada ärisaladuseks.
- 46 Ettevõtjate argumente konkurentsieelise kohta saaks kasutada igas hankemenetluses. Mõõnda, et pelk selliste pakkumuste koostamine, mis samal ajal vastavad hankija nõuetele ja saavad pakkumuste hindamise kriteeriumites kõrge hinde, on ettevõtja oskusteave, mis on ärisaladus, tooks kaasa olukorra, kus ettevõtjad märgivad ärisaladusena pakkumuse iga üksikasja.
- 47 Direktiivi 2016/943 põhjenduse 14 kohaselt võib teavet käsitleda ärisaladusena, juhul, kui on olemas nii õigustatud huvi sellise teabe hoidmiseks konfidentsiaalsena kui ka õiguspärane ootus sellise konfidentsiaalsuse säilitamiseks. Sellisel oskusteabel või teabel peaks olema kas tegelik või potentsiaalne kaubanduslik väärtus. Hankija ja kolmanda isikuna vaidlustusmenetlusse kaasatud ettevõtjate seisukohtades on aga liiga palju hüpoteetilisi ja eespool nimetatud argumentidega vastuolus olevaid oletusi selleks, et ei tekiks kahtlust selles, kas teabe avalikkuse piiramise põhjuseid tuleks pidada tõelisteks ja kas ärisaladusena märgitud dokumentidel on tegelik kaubanduslik väärtus, nagu on viidatud põhjenduses 14. Teisest küljest väljendavad ettevõtjad siiski teabe avalikustamisele ühtset ja tugevat vastuseisu. Direktiivi 2016/943 sätete sõnastusest tekib küsimus, mis siis selles osas lubatud on, samuti puudub ühtne ja väljakujunenud kohtupraktika seoses võimalusega seda tüüpi teavet ärisaladusena märkida. Seega on riikliku vaidlustuskomisjoni arvates oluline, et Euroopa Kohus vastaks küsimusele, kas ettevõtjate ootus, et hankija eespool nimetatud dokumente ei avalda, on õigustatud.
- 48 Teatud teabe ärisaladusena märkimine piirab – ja sageli ka takistab – teiste ettevõtjate õiguskaitset, nagu näitavad selle vaidlustuse väited ja argumendid,

milles vaidlustaja märgib, et tal ei ole võimalik esitada oma seisukohtadele ammendavaid põhjendusi, kuna puudub võimalus teabega tutvuda.

- 49 Ülejäänud osas, mis puudutab õiguskaitsevahendite kasutamist, on see vastavalt õiguskaitsevahendite direktiivile ja ka riigihangete seadusele nii ajaliselt kui ka esemeliselt piiratud.
- 50 Mis puudutab ajalist aspekti, siis riigihangete seaduse artikkel 182 sisaldab tähtaegu, mille jooksul on võimalik hankija tegevust vaidlustada. Praegusel juhul on võimalik vaidlustada kümne päeva jooksul pärast seda, kui hankija on teavitanud kõige soodsama pakkumuse valimisest ning pakkumuste läbivaatamise ja hindamise tulemustest, pärast seda kaotab ettevõtja vaidlustusõiguse ja seda tähtaega ei saa ennistada (sellist ennistamist ei ole ette nähtud üheski õigusnormis).
- 51 Nimelt esitas vaidlustaja vaidlustuse teabe ärisaladusena märkimise peale kõigis ülejäänud pakkumustes, isegi kui need olid pakkumuste pingereas madalamal kohal, sest hiljem ei saaks ta seda ärisaladusena märkimist enam vaidlustada, isegi kui pakkumuste pingerida muutuks, nii esitas ta vastuväiteid ka CDMi pakkumusele antud hinnangule, kuigi ta ei teadnud, millel see hinnang põhines.
- 52 Vaidlustamise esemeline piirang seisneb selles, et vastavalt riigihangete seaduse artikli 189 lõike 2 punktidele 4 ja 5 ei rahulda riiklik vaidlustuskomisjon vaidlustust, kui ta leiab, et vaidlustaja viitab üksnes samadele asjaoludele, mille kohta riiklik vaidlustuskomisjon on teinud otsuse sama vaidlustaja algatatud sama hankemenetlust käsitleva teise vaidlustuse asjas, või vaidlustus puudutab toimingut, mille hankija on teinud vastavalt riikliku vaidlustuskomisjoni või kohtu otsusele, või kui vaidlustuses on esitatud nõuded, mis hankija on vastavalt vaidlustuses sisalduvatele nõuetele juba täitnud. Seega, kui ettevõtja esitab vaidlustuses, nagu käesolevas menetluses, mitu vastuväidet ja riiklik vaidlustuskomisjon rahuldab neist ainult mõned, nt dokumentide avaldamata jätmise osas, kuid mitte pakkumustele antud hinnangu osas, oleks hankija kohustatud üksnes avalikustama dokumendid ja pakkumuse valik säiliks, seega ei saaks ettevõtja pärast kogu selle ettevõtja pakkumuse sisuga tutvumist enam selle ettevõtja pakkumust kahtluse alla seada.
- 53 Riiklikul vaidlustuskomisjonil tekib küsimus, kas juhul, kui ta leiab, et ärisaladusena märgitud dokumendid ei kujuta endast ärisaladust, mis tähendab, et hankijat kohustatakse nende salastatuse kustutama, annab see ettevõtjale võimaluse esitada uuesti vaidlustus, mis tuleneb nende dokumentide sisust, mida ta varem ei teadnud, ja mille suhtes ta ei saanud tegelikult õiguskaitsevahendeid kasutada? Niisiis, kas riiklik vaidlustuskomisjon peab, kuigi see võimalus ei tulene ettevõtjale otseselt seaduse sätetest (nende sisust või tõlgendamisest), andma ettevõtjale sellise võimaluse, näiteks kohustades lisaks nende dokumentide avalikustamisele ka kõige soodsama pakkumuse valimise otsust tühistama, mis võimaldaks vaidlustada uuesti tehtud pakkumusevalikut. Teise võimalusena, kas

selline võimalus tuleneb otseselt õiguskaitsevahendite direktiivi sätetest või nende õigest tõlgendusest?

- 54 Teine eelotsusetaotluses esitatud küsimuste rühm puudutab seda, kuidas hankijal tuleb määrata pakkumuste hindamise hinnaväliste hindamise kriteeriumid ja pakkumuste hindamise viis. Pakkumuste hindamise viis nende kriteeriumide alusel ei saanud tekitada kahtlusi etapis, kus ettevõtjad tutvusid hankedokumentides esitatud kirjeldusega, kuid puudused võisid ilmuda hetkel, mil hankija püüdis nende kriteeriumide alusel pakkumusi tegelikult hinnata.
- 55 Direktiivi 2014/24/EL artikli 67 lõikest 4 tuleneb, et hankija kehtestatud pakkumuste hindamise kriteeriumitega ei anta avaliku sektori hankijatele piiramatut valikuvabadust, vaid need peavad tagama toimiva konkurentsi võimaldamise ja võimaldama pakkujate esitatud teavet tõhusalt kontrollida, et hinnata, kui hästi vastavad pakkumused pakkumuste hindamise kriteeriumitele. See tähendab seega, et nad peavad ka tagama võimaluse kontrollida hankija antud hinnangut. Hankija sõnastatud uurimuste „arenduskontseptsiooni“ ja „hankelepingu täitmise viisi kirjelduse“ hindamise kriteeriumid tekitavad selles osas kahtlusi mitmel põhjusel.
- 56 Esiteks – kõnealused kriteeriumid ei põhine kergesti võrreldavatel ja objektiivsetel andmetel, mida saab matemaatiliselt või füüsiliselt mõõta, näiteks konkreetset parameetrid, tõhusus, vastupidavus, funktsionaalsus jmt, vaid hankija kirjeldatud individuaalsel hinnangul, kasutades ebamääraseid termineid nagu: „ebaselgelt kirjeldatud“, „selgelt ja ammendavalt kirjeldatud“, „mõnda koostisosa pole kirjeldatud“, „pakutavad lahendused on optimaalsed ja tagavad tulemuste kõrge kvaliteedi ja usaldusväärsuse“ või „ei taga tulemuste kõrget kvaliteeti ega usaldusväärsust“, „kannab lisaväärtusi, mis mõjutavad hankeobjekti kvaliteeti ja teostust“.
- 57 Teiseks – kõnealused kriteeriumid sõltuvad nende tunnuste osas hankija individuaalsest veendumusest. Ettevõtjate tehtud uurimuste sisu hindamiseks ei ole võimalik määrata eksperti, kuna need ei sisalda kontrollitavaid parameetreid.
- 58 Kolmandaks – olukorda tuleb vaadelda ka seoses küsimusega, kas ettevõtjatel oli tegelikult võimalus ette valmistada oma pakkumusi eelnevalt kindlaks määratud hindamismeetodi alusel.
- 59 Neljandaks – ettevõtjatel ei olnud võimalik tutvuda hankija hinnatud materjalidega ja kogu hankija antud hinnanguga, sealhulgas võimalust võrrelda, kas ettevõtjate uurimuste eeliseid ja puudusi hinnati võrreldaval viisil.
- 60 Viiendaks – mitme hindamisteguri puhul oli vaidlustajal – siiski mitte enda süül – võimatu esitada vaidlustuses konkreetseid väiteid, mistõttu on rikutud õiguskaitsevahendite direktiivis rõhutatud põhimõtteid. Nagu ilmneb riigihangete seaduse artikli 192 lõikest 7, tegutseb riiklik vaidlustuskomisjon esitatud vaidluse piires ega saa selles osas vaidlustajat asendada. Vaidlustaja ei teadnud, milliseid konkreetseid vastuväiteid tema pakkumusele antud hinnangule ta pidanuks

esitama, rääkimata CDMi pakkumusele antud hinnangu vaidlustamisest. Hankija näitas üles hoolsust ja valmistas ette mitu lehekülge oma hinnangut õigustavaid põhjendusi, kuid on ilmne, et hankija ei saa kättesaadavaks teha hinnangule kogu põhjendust, kui uurimus ise kujutab endast ärisaladust. Otsustav teave oli asendatud [ÄRISALADUSE] märkega.

- 61 Kuuendaks – hange on hange lõpptulemusele, mitte ettevõtja hoolsusele, millega ettevõtja peab oma tööd tegema. Siiski ei nõudnud hankija uurimusi näiteks projektide näidiste vormis, vaid kõigest kirjeldusi selle kohta, kuidas ettevõtjad tegutseda kavatsevad. Seetõttu on raske öelda, milliseks kujuneb nende hinnatud uurimuste vormistus lõplike projektidena, ja kardetakse, et tegelikult on hinnang antud ettevõtja võimele luua hankijale sobivaid uurimusi (edaspidi „arenduskontseptsioon“ ja „hankelepingu täitmise viisi kirjeldus“) ja mitte hanketeenuste kvaliteedile.
- 62 Selles hankemenetluses nägi hankija seega ette pakkumuste hindamise kriteeriumina hinna osakaaluga 40% ja hinnavälised kriteeriumid, mis olid uurimuste „arenduskontseptsioon“ ja „hankelepingu täitmise viisi kirjeldus“ kokku osakaaluga 60%. Need kriteeriumid põhinevad hankija antud avalikul hinnangul, mis ei põhine sellistel kriteeriumidel, mida saab matemaatiliselt või füüsiliselt kontrollida, nagu näiteks arvandmed, parameetrid, funktsionaalsus jne, mis takistab märkimisväärselt kontrollida seda, kuidas hankija pakkumusi hindab. Lisaks olid kõik ettevõtjad märkinud kõnealused uuringud ärisaladusena, mida hankija kriteeriume koostades eeldas või võis eeldada, kuna analoogseid dokumente on eelnevalt ärisaladusena märgitud, mis tähendab, et lisaks sellele, et ei ole võimalik kontrollida pakkumuste hindamist, ei ole võimalik kontrollida ka pakkumusi endid. Seetõttu valis hankija esitatud pakkumuste hulgast kõige kõrgema hinnaga pakkumuse, kuna maksumus oli ainus kättesaadav ja kontrollitav kriteerium, samas kui teisi pakkumuste järjestamise kriteeriume on raske kontrollida.