



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
NILO JÄÄSKINEN
esitatud 8. septembril 2015¹

Kohtuasi C-324/14

**Partner Apelski Dariusz
versus
Zarząd Oczyszczania Miasta**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Krajowa Izba Odwoławcza (Poola))

Riigihange — Direktiiv 2004/18/EÜ — Artikli 48 lõige 3 — Ettevõtja tehniline ja kutsealane suutlikkus — Pakkujate poolt „vajaduse korral” teiste üksuste võimaluste kasutamine — Pakkuja ja nende teiste üksuste sidemete laad — Teiste üksuste võimaluste kasutamise vorm ja ulatus — Üksikasjad, mida hanketeade peab sisaldama — Direktiivi 2014/24/EL asjakohasus direktiivi 2004/18 tõlgendamisel

I. Sissejuhatus

1. Käesolev Krajowa Izba Odwoławcza (riiklik apellatsioonikoda) eelotsusetaotlus hõlmab kahte õigusküsimust riigihankeõiguse valdkonnas ning kolmandat laiemat küsimust selle kohta, millises ulatuses võib kasutada direktiivi ajajärgul, mil see ei ole veel *ratione temporis* jõustunud, ning ülevõtmisperioodil, mis ei ole lõppenud, abivahendina selle direktiiviga edaspidi asendatava direktiivi tõlgendamisel.

2. Asja sisuks on see, et Varssavi linna struktuuriüksus Zarząd Oczyszczania Miasta (linna puhastamise eest vastutav asutus; edaspidi „hankija”) kõrvaldas ettevõtja Partner Dariusz Apelski (edaspidi „PARTNER”) Varssavi sõiduteede mehhaanilise puhastamise riigihankemenetlusest. Hankija tegi seda, kuna ta ei olnud veendunud, et PARTNER suudab kohaselt lepingut täita, kuna PARTNER-i pakkumuse kohaselt pidi osa tema pakutavaid teenuseid osutama kolmas isik, kelle asukohaks on teine ja suhteliselt kauge Poola linn.

3. Krajowa Izba Odwoławcza esitatud küsimuste esimese rühmaga küsitakse Euroopa Kohtult sisuliselt, ehkki mitte ammendavalt, seda, milliseid tõendeid võib nõuda ettevõtjalt, kes kasutab konkreetse lepingu tarvis „teiste üksuste võimalusi” vastavalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta² artikli 48 lõikele 3. Nendes küsimustes päritakse hanketeate sisu ja pakkumuse selgituste kohta. Teise rühma kuuluvad küsimused selle kohta, millises olukorras tuleb hankija poolt juba lõpetatud elektrooniline oksjon hankemenetluse nõuete rikkumiste tõttu kehtetuks tunnistada.

¹ — Algkeel: inglise.

² — ELT 2004 L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132.

4. Viimase küsimusega küsitakse Euroopa Kohtult, kas Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta³ võib kasutada direktiivi 2004/18 tõlgendamisjuhisenä, et lahendada tõusetunud probleemid, ehkki direktiiv 2014/24 ei olnud hanketeate avaldamise ajal veel jõustunud.

II. Õiguslik raamistik

A. Direktiiv 2004/18

5. Direktiivi 2004/18 artiklis 2 „Lepingute sõlmimise põhimõtted” on sätestatud, et „[o]stjad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil.”

6. Direktiivi 2004/18 artiklis 44 „Osalejate sobivuse kontrollimine, nende valik ning lepingute sõlmimine” on sätestatud:

„1. Lepingud sõlmitakse artiklites 53 ja 55 sätestatud kriteeriumide alusel ja artiklit 24 arvesse võttes pärast seda, kui ostja on artiklites 45–46 osutatud finants- ja majandusliku olukorra, kutsealaste või tehniliste teadmiste või suutlikkuse kriteeriumide kohaselt ning vajaduse korral ning vastavalt lõikes 47 nimetatud mittediskrimineerimist käsitlevatele eeskirjadele ja kriteeriumidele kontrollinud nende ettevõtjate sobivust, keda ei ole artiklite 52 ja 3 kohaselt välja jäetud.

2. Ostjad võivad nõuda, et kandidaadid ja pakkujad vastaksid artiklite 47 ja 48 kohasele minimaalse suutlikkuse tasemetele.

Artiklites 47 ja 48 osutatud teabe ulatus ja konkreetse riigihankelepingu täitmiseks vajalikud suutlikkuse miinimumtasemed peavad olema riigihankelepingu objektiga seotud ja sellega proportsionaalsed.

Miinimumtasemed esitatakse hanketeates.

[...]”.

7. Direktiivi 2004/18 artiklis 48 „Tehniline ja/või kutsealane suutlikkus” on sätestatud:

„1. Ettevõtjate tehnilist ja/või kutsealast suutlikkust hinnatakse ja kontrollitakse vastavalt lõigetele 2 ja 3.

2. Ettevõtja tehnilist suutlikkust võib vastavalt ehitustööde, tarnete või teenuste laadile, kogusele või tähtsusele ja kasutusviisile tõendada ühe või mitme järgmise vahendiga:

a) i) [...]

ii) põhiliste viimase kolme aasta jooksul kohaletoimetatud tarnete või osutatud teenuste nimekiri koos nende maksumuse, kuupäevade ja avalik-õiguslike või eraõiguslike saajatega.

[...]

3 — ELT 2014 L 94, lk 65.

3. Vajaduse korral võib ettevõtja konkreetse riigihankelingu puhul kasutada teiste üksuste võimalusi olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist. Sel juhul ta peab ostjale tõendama, et tema käsutuses on lepingu täitmiseks vajalikud vahendid, tuues esile näiteks kõnealuste üksuste poolt võetud kohustuse anda vajalikud vahendid ettevõtja käsutusse.

[...]”.

8. Direktiivi 2004/18 artiklis 51 „Täiendavad dokumendid ja teave” on sätestatud, et „[o]stjad võivad paluda ettevõtjatel artiklite 45–50 kohaselt esitatud tõendeid ja dokumente täiendada või selgitada.”

9. Direktiivi 2004/18 artiklis 54 „Elektrooniliste oksjonite kasutamine” on sätestatud:

„Liikmesriigid võivad ette näha, et ostjad kasutavad elektroonilisi oksjoneid.

[...].

4. Enne elektroonilise oksjoni alustamist annavad ostjad pakkumistele täieliku esialgse hinnangu vastavalt lepingute sõlmimise kriteeriumidele ja neile määratud suhtelisele osakaalule.

Kõigile nõuetekohased pakkumused esitanud pakkujatele tehakse samaaegselt ettepanek esitada elektrooniliselt uus hind ja/või uued lisaväärtused; [...]

[...]

8. Pärast elektroonilise oksjoni lõpetamist sõlmivad ostjad elektroonilise oksjoni tulemuste põhjal lepingu vastavalt artiklile 53.

Ostjad ei tohi elektroonilisi oksjoneid kasutades nõudeid eirata, samuti ei tohi nad kasutada oksjoneid viisil, mis võiks takistada, piirata või moonutada konkurentsi või muuta avaldatud hanketeates üles seatud ja kirjeldustes määratletud lepingu objekti.”

B. Direktiiv 2014/24

10. Direktiivi 2014/24 artiklis 63 „Teiste üksuste suutlikkusele toetumine” on sätestatud:

„1. Artikli 58 lõike 3 kohaste majandusliku ja finantsseisundi kriteeriumide ning artikli 58 lõike 4 kohaste tehnilise ja kutsealase suutlikkuse kriteeriumide täitmisel võib ettevõtja vajaduse korral ja konkreetse lepingu puhul toetuda teiste üksuste suutlikkusele, olenemata nendevaheliste suhete õiguslikust laadist. XII lisa II osa punktis f sätestatud haridust ja kutsekvalifikatsiooni või asjakohast töökogemust puudutavate kriteeriumide osas võivad ettevõtjad toetuda aga üksnes teiste üksuste suutlikkusele, kui viimati nimetatud teevad selliseid ehitustöid ja osutavad selliseid teenuseid, mille jaoks selline suutlikkus on nõutav. Kui ettevõtja soovib toetuda teiste üksuste suutlikkusele, tõendab ta avaliku sektori hankijale, et vajalikud vahendid on talle kättesaadavad, näiteks esitades sellistelt üksustelt saadud vastava kinnituse.

[...]

2. Liikmesriigid võivad sätestada, et seoses ehitustööde ja teenuste hankelepingutega ning asjade kohaletoomise või paigaldamistöödega asjade hankelepingute puhul võib avaliku sektori hankija nõuda, et teatavaid olulisi ülesandeid teostaks pakkuja ise [...]”

11. Direktiivi 2014/24 artikli 90 „Ülevõtmine ja üleminekusätted” lõikes 1 on sätestatud, et „[l]iikmesriigid jõustavad käesoleva direktiivi täitmiseks vajalikud õigus- ja haldusnormid 18. aprilliks 2016. Nad edastavad kõnealuste meetmete teksti viivitamata komisjonile.” Artikli 93 kohaselt jõustus direktiiv 2014/24 kahekümnendal päeval pärast selle avaldamist Euroopa Liidu Teatajas, mis leidis aset 28. märtsil 2014.

III. Faktilised asjaolud, menetlus ja esitatud küsimused

12. Hankija viis läbi riigihankemenetluse „Pealinna Varssavi sõiduteede ulatuslik mehhaaniline puhastamine talve- ja suveperioodidel aastatel 2014–2017 – I etapp”. Hange kuulutati välja 24. detsembril 2013 Euroopa Liidu Teatajas, kuna hanke maksumus ületas EL-i piirmäära. Hankija jagas hanke eseme kaheksaks osaks, mis hõlmasid Varssavi eri piirkondi, ning lubas esitada pakkumusi osade kohta, piiramata osade arvu, millele ettevõtja võis esitada pakkumuse. Ta viis läbi avatud menetluse (avatud hankemenetluse), mille puhul nähti ette elektroonilise oksjoni korraldamine.

13. Talvel seisneb puhastus talvise libeduse ennetamises ja kõrvaldamises nende sõiduteede ülepuistamise ja sahkamise teel, mis kuuluvad kategooriatesse riigi-, vojevoodkonna-, maakonna- ja kohalik tee, millel liikleb linnatransport. Suvel seisneb puhastus teede pühkimises ja märgpuhastuses. Hankedokumentide kohaselt pidid ettevõtjad tõendama, et nad on viimasel kolmel aastal enne pakkumuste esitamise tähtaja lõppemist – või kui sellise tegevuse aeg on olnud lühem, siis selle aja jooksul – teostanud või teostamas talviseid tänavapuhastustöid maksumusega kokku vähemalt 1 000 000 Poola zlotti.

14. Hankija osutas sellele, et asjaolu hindamisel, kas see tingimus on täidetud, võetakse arvesse üksnes selliseid töid, mille puhul kasutati talvise libeduse ennetamiseks ja kõrvaldamiseks märgsoola tehnoloogiat.⁴ Hankija osutas ka sellele, et kui pakkumus esitatakse rohkem kui ühele hanke osale, siis pidi ettevõtja tõendama vastavalt suurema maksumusega tööde teostamist, st 1 000 000 Poola zlotti korrutatult hanke osade arvuga, millele pakkumus esitatakse. Järelikult pidi ettevõtja, kes esitas pakkumused kaheksale hanke osale, tõendama vastavate tööde tegemist vähemalt väärtuses 8 000 000 Poola zlotti.⁵

15. PARTNER nimetas oma pakkumusele lisatud nimekirjas 14 tööd, millest 12 põhinesid tema oma kogemusel ning kaks tööd põhinesid PUM sp. z o.o. (edaspidi „PUM”), mille asukoht on Grudziądz (umbes 227 kilomeetrit Varssavist), kui sellise teise üksuse kogemusel, kelle vahendeid PARTNER kasutab. PARTNER lisas oma pakkumusele PUM-i kinnituse „vajalikud vahendid käsutusse anda”. Kinnituses oli ära toodud käsutusse antud vahendite kasutamise viis, nimelt nõustamisteenused, mis hõlmavad muu hulgas ettevõtja töötajate koolitust ning ettevõtja konsulteerimist, sealhulgas abi probleemide lahendamisel, mis võivad tekkida hankelepingu täitmise etapis.

16. Pärast seda, kui hankija oli PARTNER-it 11. märtsil 2014 teavitanud, et tema hinnangul ei ole ettevõtjal vajalikke vahendeid lepingu täitmiseks, vastas PARTNER 18. märtsil 2014, et kui hankija peab tõendatud kogemust ebapiisavaks, tuleks tema muid kogemusi arvestada sellises järjestuses: osad V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Ta väitis seejuures, et kui ettevõtja esitab pakkumuse mitmele hanke osale, siis on võimalik käsitleda seda pakkumust iga osa suhtes eraldi. Seetõttu ei tohiks ettevõtja võimalik menetlusest kõrvaldamine ja pakkumuse tagasilükkamine hõlmata mitte kogu hankelepingut, vaid ainult selle üksikuid osi, mille osas ettevõtja ei vasta tingimustele.

4 — St et kasutatakse naatriumkloriidi või naatriumkloriidi ja kaaliumkloriidi segu, mida puistamise ajal niisutatakse ja mis muutub soolalahuseks.

5 — Eelotsusetaotluses märgitakse, et siseriikliku kohtu istungil selgitas hankija, et ta hindas sellele tingimusele vastavust sel viisil, et ta liitis kõikide kirjeldatud ja tunnustatud hankelepingute maksumused ning jagas seejärel tulemuse 1 000 000-ga, millega ta tegi kindlaks hanke osade arvu, mille suhtes asjaomane ettevõtja täitis vastava tingimuse.

17. Hankija ei võtnud arvesse PARTNER-i osalist kogemust ning kõrvaldas ta riigihangete seaduse (Ustawa PZP)⁶ artikli 24 lõike 2 punkti 4 alusel kõikide hanke osade suhtes hankemenetlusest, kuna ta ei ole tõendanud, et ta vastab hankemenetluses osalemise tingimustele. Hankija leidis, et silmas pidades teostatavate tööde eripära, vajalikke teadmisi linnatopograafiast, nõutavaid ajanorme kehtestatud standardite järgimiseks teede talvisel hooldusel jne, ei ole läbiviidud hankemenetlusest tuleneva kohustuse nõuetekohane täitmine võimalik, ilma et PUM osaleks isiklikult lepingu täitmises. Seejärel korraldas hankija elektroonilise oksjoni, millele PARTNER-it osalema ei kutsutud.

18. Oma kaebuses Krajowa Izba Odwoławcza'le (riiklik vaidlustuskomisjon) väitis PARTNER, et hankija tegi vea pakkumuste kontrollimisel ja hindamisel. Ta väitis, et hankija ei olnud hankedokumentides märkinud, et asjakohaste oskuste ja kogemustega seotud tingimust saab täita ainult siis, kui üksus, kes annab PARTNER-i käsutusse oma oskused ja kogemused, osaleb isiklikult hankelepingu täitmisel, või et kogemus peab olema seotud konkreetsete topograafiliste teadmistega.

19. Krajowa Izba Odwoławcza esitas Euroopa Kohtule ELTL artikli 267 alusel järgmised küsimused.

- „1. Kas [...] direktiivi 2004/18 [...] artikli 48 lõiget 3 koosmõjus artikliga 2 tuleb tõlgendada nii, et kui selles on sätestatud, et ettevõtja võib „vajaduse korral” kasutada teiste üksuste võimalusi, on sellega mõeldud iga juhtumit, mil asjaomasel ettevõtjal puudub hankija nõutud kvalifikatsioon ja ta tahaks kasutada teiste üksuste võimalusi? Või kas viidet, et ettevõtja võib ainult „vajaduse korral” kasutada teiste üksuste võimalusi, tuleb lugeda piiranguks, nii et selline viide on seoses ettevõtjate kvalifikatsiooni tõendamisega riigihanklepingu sõlmimise menetluses lubatud üksnes erandjuhul ja mitte reeglina?
2. Kas direktiivi 2004/18 artikli 48 lõiget 3 koosmõjus artikliga 2 tuleb tõlgendada nii, et teiste üksuste võimaluste kasutamine ettevõtja poolt „olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist” ning nende üksuste „vahendite käsutamine” tähendavad, et ettevõtjal võivad hankelepingu täitmisel puududa sidemed nende üksustega või need võivad olla üksnes väga lahtised ja määratlemata, st et ta saab lepingu täita iseseisvalt (ilma mõne teise üksuse osalemiseta), või et selline osalemine võib seisneda „nõustamises”, „konsultatsioonis”, „koolituses” jms? Või kas tuleb artikli 48 lõiget 3 tõlgendada nii, et üksus, kelle võimalusi ettevõtja kasutab, peab hankelepingu tegelikult ja isiklikult täitma selles ulatuses, mis on tema võimaluste kohta teatatud?
3. Kas direktiivi 2004/18 artikli 48 lõiget 3 koosmõjus artikliga 2 tuleb tõlgendada nii, et ettevõtja, kellel on küll oma kogemused, kuid siiski väiksemas ulatuses kui ta tahaks hankijale näidata (nt mitte piisavad selleks, et esitada pakkumus kogu lepingu täitmiseks), võib kasutada lisaks teiste üksuste võimalusi, et parandada oma väljavaateid riigihanklepingu sõlmimise menetluses?
4. Kas direktiivi 2004/18 artikli 48 lõiget 3 koosmõjus artikliga 2 tuleb tõlgendada nii, et hankija võib määrata (või isegi peab määrama) hanketeates või hankedokumentides põhimõtted, mille kohaselt võib ettevõtja kasutada teiste üksuste võimalusi, nt kuidas peab teine üksus hankelepingu täitmisel osalema, kuidas saab ühendada ettevõtja ja teise üksuse suutlikkust, kas teine üksus vastutab koos ettevõtjaga lepingu nõuetekohase täitmise eest solidaarselt samas ulatuses, milles ettevõtja kasutab teise üksuse võimalusi?
5. Kas direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtte kohaselt on lubatud kasutada teise üksuse võimalusi vastavalt direktiivi artikli 48 lõikele 3, mille raames liidetakse kahe või rohkema üksuse võimalused, kellel ei ole oskuste ja kogemuste osas selliseid võimalusi, mida nõuab hankija?

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (riigihangete seadus) (konsolideeritud tekst, *Dziennik Ustaw* 2013, osa 907). Artikli 24 lõike 2 punktis 4 on sätestatud, et: „[r]iigihanklepingu sõlmimise menetlusest kõrvaldatakse ka need ettevõtjad, kes: [...] ei ole tõendanud, et nad vastavad menetluses osalemise tingimustele. [...]”.

6. Kas direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtte kohaselt on lubatud seega direktiivi 2004/18 artiklit 44 ja artikli 48 lõiget 3 tõlgendada nii, et hankija poolt riigihankelepingu sõlmimise menetluses osalemiseks seatud tingimused võivad ettevõtja tegelikust kvalifikatsioonist sõltumata olla hankemenetluses osalemise eesmärgil üksnes formaalselt täidetud?
7. Kas direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtte kohaselt on lubatud, et juhul, kui on lubatud pakkumuse esitamine hankelepingu ühele osale, teatab ettevõtja pärast pakkumuste esitamist, näiteks dokumentide täiendamise või selgitamise raames, millist hankelepingu osa puudutavad tema poolt hankemenetluses osalemise tingimustele vastamise tõendamiseks kirjeldatud ressursid?
8. Kas direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtte ning läbipaistvuse põhimõtte kohaselt on lubatud, et korraldatud oksjon tunnistatakse kehtetuks ja elektroonilist oksjonit korraldatakse juhul, kui seda ei viidud olulises osas läbi nõuetekohaselt, näiteks kui ei kutsutud osalema kõiki ettevõtjaid, kes esitasid lubatud pakkumused?
9. Kas direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõtte ning läbipaistvuse põhimõtte kohaselt on lubatud, et hankeleping sõlmitakse ettevõtjaga, kelle pakkumus tunnistati sellisel oksjonil ilma oksjonit kordamata edukaks, kui ei ole võimalik kindlaks teha, kas arvesse võtmata jäetud ettevõtja osalemine oleks oksjoni tulemust muutnud?
10. Kas direktiivi 2004/18 sätete tõlgendamisel võib tõlgendamisjuhisena kaasata [...] direktiivi 2014/24 [...] sätteid ning põhjendusi – kuigi selle direktiivi ülevõtmise tähtaeg ei ole veel lõppenud –, niivõrd kui see direktiiv heidab valgust Euroopa Liidu seadusandja teatavatele arvamustele ja kavatsustele ning ei ole vastuolus direktiivi 2004/18 sätetega?”
20. Kirjalikud seisukohad esitasid PARTNER, põhikohtuasjas menetlusse astujad Remondis sp. z o.o. ja MR Road Service sp. z o.o., Hispaania, Läti ja Poola valitsus ning komisjon. Kohtuistungil 7. mail 2015 osalesid kõik nimetatud menetlusosalised – peale Läti valitsuse – ning samuti hankija, ehkki ta ei olnud kirjalikke seisukohti esitanud.

IV. Analüüs

A. Küsimused, mis puudutavad teise ettevõtja tehniliste ja kutsealaste võimaluste kasutamist (küsimused 1, 2, 3, 5 ja 6)

21. Nende küsimuste kohaselt, mida käsitlen koos, soovib siseriiklik eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt juhiseid olukordade kohta, milles pakkuja võib konkreetse hankelepingu tarvis pakkumuse esitamisel kasutada tehnilise ja/või kutsealase suutlikkuse osas teiste üksuste võimalusi. See võimalus on ette nähtud direktiivi 2004/18 artikli 48 lõikes 3. Minu arvates hõlmavad need küsimused põhiliselt kolme probleemi. Nendeks on 1) pakkuja õigus kasutada lepinguliste kohustuste täitmisel tehnilise ja kutsealase suutlikkuse osas väliseid võimalusi; 2) kolmanda isiku võimaluste kasutamise realistlikkus, ning 3) kas sellised võimalused on üle kantavad selles mõttes, et neid võib kasutada, arvestades asjaomase lepingu laadi ja eesmärki. On ütlematagi selge, et kõikidele küsimustele vastamisel on asjakohane artikkel 2, mis sisaldab diskrimineerimiskeelu ja läbipaistvuse üldpõhimõtteid.

22. Algatuseks on kasulik tuua välja erinevused direktiivi 2004/18 artikli 48 lõike 3 alusel teiste üksuste võimaluste kasutamise ning artiklis 25 sätestatud allhangete vahel. Nagu on märgitud Hispaania kirjalikes seisukohtades, erinevad need kaks õiguslikku võimalust kahes suhtes. Kolmanda isiku võimaluste kasutamise puhul on need võimalused ühendatud pakkujate omadega enne lepingu sõlmimist, samas kui allhankeid tehakse lepingu täitmise etapil. Teiseks kehtivad allhankimise suhtes piirangud, mida ei kohaldata kolmanda isiku võimaluste kasutamise puhul.⁷

1. Ettevõtja õigus kasutada väliseid võimalusi

23. Sõnad „vajaduse korral” direktiivi 2004/18 artikli 48 lõikes 3 ei kehtesta mingit sisulist piirangut olukordadele, milles ettevõtja võib riigihankemenetluses pakkumust esitades kasutada kolmanda isiku ressursse.

24. Ma leidsin oma ettepanekus kohtuasjas Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), et direktiivi 2004/18 artikli 48 lõige 3 viitab ettevõtjate õigusele kasutada kvalifitseerimistingimuste täitmiseks seda moodust, kui nad saavad tõendada, et asjaomase lepingu täitmiseks vajalikud teiste üksuste vahendid on tegelikult nende käsutuses.⁸ See tõlgendus on kõige rohkem kooskõlas eesmärgiga avada riigihanked suurimale võimalikule konkurentsile ning julgustada väikeseid ja keskmise suurusega ettevõtjaid neil osalema.

25. Lisaks leidis Euroopa Kohus kohtuotsuses Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), et ettevõtja ja selle kolmanda üksuse või nende kolmandate üksuste, keda ta soovib kasutada, õigussuhete laad on asjassepuutumatu,⁹ ning see leidis hiljem kinnitust direktiivi 2004/18 artikli 48 lõikes 3.

26. Seega ei saa Euroopa Kohtu praktika valguses olla mingit põhimõttelist vastuväidet sellele, et pakkuja kasutab oma positsiooni parandamiseks hankemenetluses täiendavalt teiste üksuste võimalusi. Selle suhtes kehtivad siiski piirangud, mida kaalun allpool. Nagu komisjoni kirjalikus seisukohas märgiti, loeb siin see, et pakkuja *käsutuses on tegelikult* teiste üksuste võimalused, et kohaselt lepingut täita. See „käsutuses olemine” ei pea võtma mingit kindlat õiguslikku vormi.

2. Pakkujat kasutatud kolmanda isiku võimaluste realistlikkus

27. Olenemata eelmistes punktides öeldust on teiste üksuste võimalusi kasutavate pakkujate kohustuseks tõendada hankijale, et need võimalused on neile tõepoolset kättesaadavad.¹⁰ Sellest vaatenurgast tuleb direktiivi 2004/18 artikli 48 lõiget 3 pidada selliseks, mis kehtestab tõendamiskohustuse ning jätab tõendite hindamise hankijale. Direktiivi 2004/18 artikli 44 lõike 1 kohaselt on hankija ülesanne kontrollida, et taotlejad ja pakkujad vastavad direktiivi 2004/18 artiklites 47–52 osutatud kriteeriumidele.¹¹ Teisisõnu, nagu hankija ja Poola kohtuistungil märkisid, on hankijal kohustus veenduda, et edukas pakkuja on tegelikkuses võimeline lepingut kohaselt täitma.

7 — Direktiivi 2004/18 artiklis 25 on sätestatud, et hankija võib lepingudokumentides pakkujalt nõuda või liikmesriik võib ostjat kohustada pakkujalt nõudma, et pakkimises oleks näidatud nii see, kui suure osa suhtes lepingu mahust kavatakse sõlmida allhankelepingud kolmandate isikutega, kui ka kõik kavandatavad alltöövõtjad. Seejärel märgitakse selles sättes, et see ei piira peamise ettevõtja vastutust.

8 — Samas punkt 24. Vt ka eelkõige kohtuotsus Siemens ja ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 46) ning kohtuotsused Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) ja Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Kohtujuristi ettepanek, Jääskinen, kohtuasi Swm Costruzioni ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punkt 22). Selle seisukoha aluseks olid Euroopa Kohtu sedastused kohtuotsustes Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) ja Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), milles arutatakse õigussuhteid puudutasid samasse kontserni kuuluvaid äriühinguid. Vt kohtujuristi ettepanek, punktid 20–22.

10 — Vt minu ettepanek, kohtuasi Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punkt 23).

11 — Kohtuotsus Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 26). Vt samamoodi kohtuotsus Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, punkt 28).

28. Direktiivi 2004/18 nende sätete eesmärk, mis käsitlevad kolmandate isikute osalemist riigihankelepingute täitmisel, on vältida olukorda, kus ettevõtjal oleks õigus nõuda hankelepingu sõlmimist, ehkki tal ei ole vajalikke vahendeid lepingu täitmiseks. Seega keelab direktiivi 2004/18 artikli 48 lõige 3 hankijal läheneda pakkuja esitatud tõenditele puhtalt formaalselt, tulenevalt temal lasuvatest kohustustest. Teisisõnu ei ole vastuvõetav, et pakkujad viitavad kolmanda isiku võimalustele pelgalt eesmärgiga formaalselt täita hanketeates sätestatud minimaalse suutlikkuse tingimus.

3. Tehnilise ja/või kutsealase suutlikkuse ülekantavus

29. Euroopa Kohus tõlgendas kohtuotsuses Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) direktiivi 2004/18 artikli 47 lõiget 2 ja artikli 48 lõiget 3 koosmõjus sama direktiivi 2004/18 artikli 44 lõikega 2 selliselt, et nendega on vastuolus üldnorm, mis keelab ehitustööde hankemenetluses osaleval ettevõtjal kasutada samas kvalifikatsioonikategoorias mitme ettevõtja võimalusi. Ent sellele lisati, et „on olemas ehitustöid, mille eripärade tõttu on vajalik teatud sobivus, mida ei ole võimalik saavutada mitme ettevõtja võimaluste liitmisega”, ning et „[s]ellisel juhul on hankijal õigus nõuda, et üksainus ettevõtja täidaks asjaomase pädevuse miinimumnõuded”.¹²

30. Samas on käesolevas asjas küsimus selles, kas hanketeates märgitud tehnilise ja kutsealase suutlikkusega seotud võimalused on ülekantavad. Kui nad ei ole, siis PARTNER ei kvalifitseeruks pakkujaks.

31. Tehniliste võimaluste ülekantavus on seotud küsimusega, kas tehnoloogiat või oskusteavet on võimalik praktiliselt kasutatavana üle kanda ühelt ettevõtjalt teisele, näiteks konsultatsioonide ja nõu andmise kujul. Kirjalikes seisukohtades on esitatud ka argumente, mis puudutavad pigem küsimust, kas sellised eri üksuste võimalused saab üldiselt kokku liita, mis on minu arvates liidu seadusandja poolt direktiivi 2004/14 artiklis 48 kasutatud lähenemine. Ent põhikohtuasjas käib tegelik vaidlus selle üle, kas PUM-i tehniline suutlikus oli ülekantav PARTNER-ile ilma esimesena nimetatud ettevõtja vahetu osaluseta lepingu täitmisel. Vaidlus ei käi pelgalt PARTNER-i olemasolevatele võimalustele sarnaste võimaluste liitmise üle.

32. Palju sõltub faktilistest asjaoludest ning lepingu laadist ja esemest. On olemas võimalusi, mis on ülekantavad. Kujutlegem avaliku sektori tervishoiuteenuse pakkuja poolt sõlmitud riigihankelepingut, mille esemeks on teatava vähivormi sõeluuring standardse tehnoloogia abil ning mida tuleb osutada teatavale kindlaksmääratud inimrühmale. Lisaks kujutlegem, et selle riigihankelepingu tingimuste kohaselt peab ebaselgetel juhtudel leiu kinnitama teatava ja kõrgema kutsealase pädevusega spetsialist. Sellisel juhul puuduvad põhjused, miks pakkuja ei võiks kasutada kolmandat isikut, kes annab vajaliku konsultatsiooni. Ent kui lepingu esemeks oleks sõeluuring uue ja ebastandardse meetoodika abil, siis oleks hankijast mõistlik nõuda, et pakkuja ise omaks vastavat suutlikkust. Siin oleme silmitsi faktiliste asjaoludega hankelepingu sõlmimisel.

33. Seega, nagu olen juba märkinud, tuleb arvesse võtta iga lepingu laadi ja rahuldatavat vajadust. Seda küsimust peab hindama siseriiklik kohus.

34. Samuti tuleb juhtumipõhiselt hinnata seda, kas hankija võib nõuda kolmanda üksuse osalemist lepingu täitmisel kui ainsat viisi, millega saab tõendada, et asjakohased võimalused on asjaomase pakkuja käsutuses. Kõik sõltub lepingu laadist ja eesmärgist. Minu arvates on hõlbus ette näha stsenaariume, mille puhul asjaomane kohustus on tehniliselt sedavõrd keerukas, et selle peab täitma tema võimaluste kasutamise korral vastavaid eriteadmisi omav kolmas isik ning ei saa piirduda sellega, et sellise üksuse nõustamise ja konsultatsioonide abil täidab pakkuja ise vastava kohustuse.

12 — Kohtuotsus Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 35).

4. Vahekokkuvõte

35. Eeltoodud kaalutlustest lähtudes võib küsimustele 1, 2, 3, 5 ja 6 vastata järgmiselt: direktiivi 2004/18 artiklit 44 ja artikli 48 lõiget 3 koosmõjus artikliga 2 tuleb tõlgendada nii, et sõnadega „vajaduse korral” ei ole kehtestatud sisulisi piiranguid olukordadele, milles ettevõtja võib kasutada teiste üksuste võimalusi, et tõendada hankijale, et tal saab olema tehniline ja/või kutsealane suutlikkus, mis on vajalik asjaomase riigihankelepingu täitmiseks. Ettevõtja ja kolmandast isikust üksuse õigussuhte laad ei puutu asjasse, ent ettevõtja peab olema võimeline hankijale tõendama, et tema käsutuses on kõik vahendid lepingu tingimuste täitmiseks. Pakkuja võib kasutada oma tehnilise ja/või kutsealase suutlikkuse tõendamiseks teiste üksuste võimalusi, ent selle suhtes kehtivad piirangud, mis tulenevad täitmisele kuuluva lepingu laadist ja eesmärgist.

B. Hanketeade, hankedokumentid ning solidaarne vastutus (küsimus 4)

36. Küsimusega 4 soovitakse sisuliselt teada, kas hankija võib (või isegi peab) hanketeates või hankedokumentides ära tooma reeglid, mille kohaselt pakkujad võivad või ei või kasutada teiste üksuste võimalusi. Konkreetsemalt, kas hankija võib sätestada, millisel viisil on pakkuja kohustatud osalema lepingu täitmisel, millisel viisil pakkuja ja teiste üksuste võimalusi võib ühendada ning kas see teine üksus vastutab koos pakkujaga lepingu nõuetekohase täitmise eest solidaarselt samas ulatuses, milles ettevõtja kasutab selle teise üksuse võimalusi?

37. Hispaania märgib oma kirjalikes seisukohtades, et hanketeates või hankedokumentides peaks olema sätestatud pakkuja poolt teiste üksuste võimaluste kasutamise reeglid, tingimusel et need nõuded on proportsionaalsed ning vahetult seotud asjaomase lepingu esemega. Poola kirjalikes seisukohtades argumenteeritakse samuti sedamoodi.

38. Ent minu arvates on õige see positsioon, mida kaitseb komisjon. Ta märgib oma kirjalikes seisukohtades, et kuna pakkujatel on õigus kasutada kolmandast isikust üksuse võimalusi, on hankijatel keelatud kehtestada sõnaselgeid tingimusi, mis võivad seda õigust kahjustada. Pakkujal on õigus otsustada, kuidas ta neid võimalusi kasutab. Komisjon lisab õigesti, et praktilistel kaalutlustel võib hankijal olla pea võimatu määrata ette kindlaks konkreetsed tingimused viiside kohta, kuidas neid teiste võimalusi on võimalik kasutada, ta ei suuda ennustada kõiki teiste võimaluste kasutamise võimalikke stsenaariume. See kehtib muidugi siis, kui puudub kohtuotsusest Swm 2 costruzione tulenevas kohtupraktikas määratletud kriteerium olukordade kohta, mil selline kasutamine on välistatud.

39. Selle küsimuse puhul on asjakohased Euroopa Kohtu poolt välja töötatud põhimõtted hanketeate ning hankedokumentide suhtes ning *lähipaistvuse põhimõte*. Tuletan meelde, et lähipaistvuskohustuse eesmärk on ennekõike välistada hankija omavoli oht¹³ ning et võrdse kohtlemise põhimõte ja lähipaistvuskohustus keelavad hankijal lükata tagasi hanketeate nõuetele vastavat pakkumust, tuues aluseks põhjused, mida teates ei olnud ette nähtud.¹⁴ Samuti tuleb arvestada, et direktiivi 2004/18 artikli 23 lõikes 2 on sätestatud, et tehnilised kirjeldused „peavad võimaldama kõigile pakkujatele võrdse juurdepääsu ega tohi tekitada põhjendamatuid takistusi riigihangete avamisel konkurentsile” samal ajal kui artikli 23 lõike 3 punkti c kohaselt võivad tehnilised kirjeldused hõlmata toimivuse alaseid nõudeid.

40. Minu arvates on nii, et kui ilmnevad konkreetsed tingimused, mis on määratletud kohtuotsuses Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 35), ning hankija kehtestab *riigihankelepingu sõlmimise tingimuseks*, et üksainus ettevõtja peab täitma asjaomase pädevuse miinimumnõuded, siis on nõutav, et see oleks märgitud eelnevalt hanketeates ja/või

13 — Kohtuotsus SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 26 ja seal viidatud kohtupraktika).

14 — Samas, punkt 28.

hankedokumentides. Sellises olukorras on välistatud võimalus kasutada direktiivi 2004/18 artikli 48 lõike 3 alusel kolmanda isiku võimalusi. See näib olevat ainus võimalus, kuidas täita läbipaistvuskohustust pakkujate sobivuse kontrollimisel, kuna muul juhul ei oleks teised võimalikud pakkujad teadlikud kõikidest kohustuslikest ja tingimusteta nõuetest minimaalse suutlikkuse kohta.¹⁵

41. See on aga erinev küsimus selle hindamisest, kas kolmanda isiku võimalusi kasutav pakkuja *tegelikult* vastab hanketeates märgitud tehnilise ja/või kutsealase suutlikkuse tingimustele. Seda saab kontrollida ainult pakkumuste alusel, võrreldes neid hanketeates ja/või hankedokumentides sätestatud sobivusnõuetega, arvestades eespool küsimuste 1, 2, 3, 5 ja 6 kontekstis kirjeldatud kriteeriume.

42. Lõpuks, mis puudutab solidaarset vastutust, siis selles osas on komisjon oma kirjalikes seisukohtades püüdnud leida oma väitele tuge direktiivi 2014/24 artikli 63 lõike 1 kolmandalt realt. PARTNER ja Hispaania seevastu väidavad, et solidaarvastutuse kohaldamine ei ole võimalik, kuivõrd lepingute täitmise eest on vastutav ainult hankemenetluses osalenud pakkuja ning mitte kolmas üksus, kelle võimalusi pakkuja on kasutanud.

43. Põhjusel, mille esitan oma vastuses küsimusele 10, ei saa direktiivi 2004/18 kohaldamisel tuletada direktiivist 2014/24 tingimusteta reegleid, kui need kas puuduvad direktiivis 2004/18 või siis kehtestavad üksikasjalikumad normid või nõuded võrreldes vastavate sätetega esimesena nimetatud direktiivis. Seetõttu tuleb solidaarvastutuse kohaldamine välistada kuni direktiivi 2014/24 ülevõtmise tähtaja lõpuni.

44. Neil põhjusel peaks Euroopa Kohus vastama küsimusele 4, et direktiivi 2004/18 artikli 48 lõiget 3 koosmõjus sama direktiivi artikliga 2 tuleb tõlgendada nii, et hankija peab hanketeates või hankedokumentides määratlema kõik tingimused, mis välistavad tuginemise direktiivi 2004/18 artikli 48 lõikele 3 minimaalse suutlikkusega seotud nõudmiste täidetuse tõendamiseks. Muul juhul on hankijal keelatud sätestada hanketeates või hankedokumentides sõnaselged tingimused või reeglid selle kohta, kas ja kuidas võivad pakkujad kasutada teiste üksuste võimalusi.

C. Pakkumuse selgitamine (küsimus 7)

45. Küsimusega 7 küsitakse sisuliselt seda, millisel määral võivad hankija ja pakkuja astuda pärast pakkumuste esitamist dialoogi näiteks dokumentide täiendamise või nende selgitamise kontekstis, kui on võimalik esitada pakkumusi osade kohta. Tuletan sellega seoses meelde, et direktiivi 2004/18 artikli 51 kohaselt võib hankija paluda ettevõtjatel artiklite 45–50 kohaselt esitatud tõendeid ja dokumente täiendada või selgitada.

46. Minu arvates saab Euroopa Kohus vastata sellele küsimusele lühidalt. Euroopa Kohus on juba välistanud mis tahes läbirääkimised hankija ja ühe või mitme pakkuja vahel. Hankija ei või nõuda nende pakkumuste selgitamist, mida ta peab ebatäpseks või hankedokumentides esitatud tehnilisele kirjeldusele mittevastavaks, enne selliste pakkumuste tagasi lükkamist.¹⁶

15 — Vt analoogia korras kohtupraktikat, mis käsitleb hankelepingu sõlmimise tingimusi, näiteks kohtuotsus komisjon *vs.* Prantsusmaa (C-299/08, EU:C:2009:769, punkt 41), milles Euroopa Kohus märkis, et „võrdse kohtlemise põhimõte ning viimasest tulenev läbipaistvuse põhimõte [nõuavad], et iga hankelepingu ese ja selle *sõlmimise tingimused* peavad olema selgelt määratletud” (kohtujuristi kursiiv). Vt ka kohtuotsus ATI EAC e Viaggi di Maio jt (C-331/04, EU:C:2005:718, punkt 32), milles määratleti piirid lepingu sõlmimise kriteeriumi alakriteeriumidele konkreetse kaalu omistamisele, ning kohtuotsus Universale-Bau jt (C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 100), milles nõuti, et hankija märgiks hanketeates või hankedokumentides pakkumusi esitama kutsutavate kandidaatide valimise kriteeriumide kaalumise eeskirjad.

16 — Kohtuotsus SAG ELV Slovensko ja (C-599/10, EU:C:2012:191, punktid 36 ja 37). Tuletan meelde, et direktiivis 2004/18 leidub säte konkurentidevahelise dialoogi kohta eriti keeruliste lepingute puhul (artikkel 29) ning läbirääkimistega menetluse kohta (artikkel 30). Ent need sätted ei ole käesolevas asjas asjakohased.

47. Kui pakkumus on esitatud, ei või seda muuta ei pakkuja ega hankija algatusel.¹⁷ Viimati nimetatu võib erandlikult nõuda andmete korrigeerimist, nagu pelk ilmsete tehniliste vigade täpsustamine või parandamine, kuid ta ei tohi nõuda või aktsepteerida ühtegi pakkumuse muudatust.¹⁸

48. Minu arvates ei ole pärast pakkumuse esitamist teabe andmine pakkumusega hõlmatud osade prioriteetsuse kohta pelk täpsustus, vaid pakkumuse oluline muudatus. Selle aktsepteerimine tähendaks ausa konkurentsi põhimõtete rikkumist. See ei kuulu erandlike asjaolude kogumisse, mille puhul pakkumuste selgitamine on lubatud.

49. Seega tuleb minu arvates vastata küsimusele 7, et kui on lubatud esitada pakkumusi üksikutele osadele, siis ei luba direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõtte ettevõtjal pärast pakkumuse esitamist avaldada, milliste osadega tuleb seostada tema poolt hankemenetluses osalemise tingimuste täidetuse tõendamiseks määratletud ressursid.

D. Eeskirjade eiramised elektroonilisel oksjonil (küsimused 8 ja 9)

50. Küsimused 8 ja 9 käsitlevad seda, millised on kõikide nõuetele vastavate pakkuja elektroonilisele oksjonile mittelubamise tagajärjed sõlmitud riigihankelepingule.

51. Tuletan siin kõigepealt meelde, et direktiivi 2004/18 artikli 54 lõike 4 teise lõigu kohaselt „[k]õik vastuvõetavad pakkumised esitanud pakkujad kutsutakse samal ajal elektroonilisel teel esitama uut hinda ja/või uut maksumust”. Direktiivi 2004/18 artikli 54 lõige 8 keelab elektrooniliste oksjonite kasutamise *muu hulgas* viisil, mis võiks piirata või moonutada konkurentsi. Lisaks märgin, et siseriiklik kohus ei päri õiguskaitsevahendite järele, mida ettevõtjad saavad kasutada elektroonilise oksjoniga seotud eeskirjade eiramise puhul¹⁹, vaid direktiivis 2004/18 sätestatud hankija kohustuste järele sellises olukorras.

52. Minu arvates on nii, et kui nõuetele vastava pakkuja, kes vastab hanketeates ja tehnilises kirjelduses sätestatud kriteeriumidele, oleks pidanud kutsuma osalema elektroonilisel oksjonil vastavalt direktiivi 2004/18 artikli 54 lõikele 4, ent seda ei tehtud, siis tuleneb direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise nõudest, et oksjonit tuleks korrata. See kehtib sõltumata sellest, kas tema osalemine oleks oksjoni tulemust muutnud või mitte.²⁰ See tähendab, et hankelepingut ei või sõlmida sedasorti õigusvastaste või eeskirju eiravate elektrooniliste oksjonite tulemusel.

53. Seetõttu teen ettepaneku vastata küsimustele 8 ja 9, et direktiivi 2004/18 artikkel 2 nõuab elektroonilise oksjoni kehtetuks tunnistamist ja kordamist, kui hankemenetluses osalemise kriteeriumidele vastavat kandidaati ei kutsutud elektroonilisele oksjonile.

17 — Vt kohtuotsus Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 31), milles Euroopa Kohus leidis, et „[v]õrdse kohtlemise põhimõttega ja läbipaistvuse kohustusega on vastuolus see, kui hankemenetluses toimuvad mis tahes läbirääkimised hankija ja mõne pakkuja vahel; see tähendab seda, et põhimõtteliselt ei tohi pakkumust pärast selle esitamist muuta ei hankija ega pakkuja algatusel. Sellest tuleneb, et hankija ei või nõuda selgitusi pakkujalt, kelle pakkumust ta peab ebatäpseks või hankedokumentides esitatud tehnilisele kirjeldusele mittevastavaks”.

18 — Kohtuotsus SAG ELV Slovensko jt (C-599/10, EU:C:2012:191, punktid 40 ja 41). Vt ka kohtuotsus Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 32).

19 — Need on sätestatud 21. detsembri 1989. aasta direktiivis 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1989, L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246); muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiviga 2007/66/EÜ, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (ELT 2007, L 335, lk 31).

20 — PARTNER märkis kohtuistungil, et teda ei kutsutud osalema kõnealuse hankelepingu sõlmimiseks korraldatud elektroonilisel oksjonil.

E. Kas direktiivi 2014/24 võib arvesse võtta direktiivi 2004/18 tõlgendamisel? (küsimus 10)

54. Eelotsusetaotluse esitanud siseriiklik kohus küsib küsimusega 10, kas direktiivi 2004/18 sätteid tõlgendades on lubatud tõlgendamisjuhisenä kasutada direktiivi 2014/24 sätete sisu ja selle direktiivi põhjendusi, ehkki direktiivi ülevõtmise tähtaeg ei ole lõppenud, niivõrd kui see direktiiv heidab valgust Euroopa Liidu seadusandja teatavatele arvamustele ja kavatsustele ning ei ole vastuolus direktiiviga 2004/18.

55. See küsimus on seotud asjaoluga, et direktiivi 2014/24 artikli 63 lõige 1 kannab pealkirja „teiste üksuste suutlikkusele toetumine” ning sisaldab sellises olukorras kohaldatavaid reegleid, mis on üksikasjalikumad kui need, mis on sätestatud direktiivis 2004/18. Direktiivi 2014/24 artikli 63 lõikes 1 on nagu direktiivi 2004/18 artikli 48 lõikes 3 sätestatud, et üksustevaheliste suhete „õiguslik laad” on ebaoluline. Ent direktiivi 2014/24 artikli 63 lõige 1 lisab, et kui asjaomane ettevõtja sõltub „haridusest ja kutsekvalifikatsioonist” või „töökogemusest”, siis võivad nad toetuda teiste üksuste suutlikkusele vaid siis, kui viimati nimetatud teevad ise selliseid ehitustöid ja osutavad selliseid teenuseid, mille jaoks selline suutlikkus on nõutav. Lisaks märgitakse direktiivi 2014/24 artikli 63 lõikes 2, et avaliku sektori hankija võib nõuda, et teatavaid olulisi ülesandeid teostaks pakkuja ise.

56. Märgin algatuseks, et siseriikliku kohtu ees olev probleem seisneb *kahe liidu seadusandliku akti* koostoimes. Seetõttu ei puutu asjasse kohtupraktika, mis käsitleb liikmesriikide kohustusi direktiivi ülevõtmiseks ette nähtud perioodil²¹ seoses siseriikliku õiguse tõlgendamisega sellel ajajärgul.²²

57. Lisaks tuletan meelde, et Euroopa Kohus on asunud hiljuti seisukohale, et olukorras, kus direktiiv 2014/24/EU jõustus pärast põhikohtuasja asjaolude asetleidmist, ei olnud see selles asjas kohaldatav.²³ See on kooskõlas Euroopa Kohtu varasemate seisukohtadega seoses 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord,²⁴ ja direktiivi 2004/18 vahelise üleminekuperioodiga. Kohtasjas, milles pakkumus kõrvaldati hankemenetlusest enne kuupäeva, mil direktiivi 2004/18 ülevõtmise periood lõppes, asus Euroopa Kohus seisukohale, et „õiguskindluse põhimõttega [oleks] vastuolus määrata põhikohtuasjale kohaldatav õigus kindlaks viitega lepingu sõlmimise kuupäevale”.²⁵ Seetõttu asus ta seisukohale, et „direktiiv 2004/18 ei ole kohaldatav hankija otsusele, mis tehti ehitustööde riigihankemenetluse ajal enne selle direktiivi ülevõtmise tähtaja möödumist”.²⁶ Ent käesolevas asjas ei päri siseriiklik kohus üksikasjalikult vana ja uue direktiivi konkreetsete sätete suhte kohta, vaid soovib ainult üldisi juhiseid.

58. Siiski on Euroopa Kohus vähemalt ühel korral direktiivi 2004/18 tõlgendades tuginenud nii direktiivi 2014/24 põhjendusele kui ka sättele. Ent ta ei selgitanud selle põhjuseid.²⁷

21 — Vt nt viimasest ajast kohtujuristi ettepanek, Sharpston, kohtuasi bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302, punkt 29), milles viidatakse kohtuotsustele Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, punkt 45), ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265, punkt 58) ning Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias jt (C-43/10, EU:C:2012:560, punkt 57).

22 — Samas, viidates kohtuotsusele Adeneler jt (C-212/04, EU:C:2006:443, punktid 122 ja 123).

23 — Kohtuotsus Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punkt 24).

24 — EÜT 1993, L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163

25 — Kohtuotsus Hochtief ja Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, punkt 29).

26 — Samas, punkt 30. See lähenemine on kooskõlas sellega, mida Euroopa Kohus kasutas kohtuotsustes Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, punkt 27) ja komisjon vs. Prantsusmaa (C-337/98, EU:C:2000:543, punktid 38 ja 39).

27 — Kohtuotsus Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 37). Märgin samuti, et kohtujurist Kokott viitas oma ettepanekus, kohtuasi Auroux jt (C-220/05, EU:C:2006:410, punkt 50) direktiivi 2004/18 sättele, et kinnitada nõukogu direktiivi 93/37 tõlgendust, ehkki see esimesena nimetatud direktiiv ei olnud veel *ratione temporis* asjakohane. Ent Euroopa Kohus leidis oma kohtuotsuse Auroux jt (C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 61), et direktiivi 2004/18 see säte ei olnud „*ratione temporis*” põhikohtuasja asjaoludele kohaldatav. Vt ka kohtujuristi tähelepanek, Wahl, kohtuasi Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” jt (C-113/13, EU:C:2014:291, punkt 40) ning Euroopa Kohtu poolt direktiivi 2014/24 asjakohasuse välistamine kohtuotsuses Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” jt (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 8).

59. Minu arvates tuleb kahe järjestikuse liidu seadusandliku akti suhte tõlgendamisel lähtuda kohaselt seadusandja tahtest. Ent küsimuse 10 sõnastus ei ole selles suhtes eriti abiks, kuna ei ole selge, kas viide „liidu seadusandja teatavatele arvamustele ja kavatsustele” on mõeldud direktiivi 2014/24 või direktiivi 2004/18 kontekstis.

60. Minu jaoks on ilmne, et direktiiv 2014/24 ei saa selgitada direktiiviga 2004/18 seotud seadusandja tahtet. Ent direktiivi 2014/24 põhjendustest ja sätetest võib nähtuda, et selle teatavate sätete puhul oli seadusandja tahe kodifitseerida olemasolev kohtupraktika, milles on kohaldatud direktiivi 2004/18. Sellistes olukordades ei ole takistusi võtta varasema direktiivi tõlgendamisel arvesse hilisemat direktiivi. Teisalt, kui seadusandja tahe oli kalduda kõrvale direktiivi 2004/18 sätetest või senisest kohtupraktikast, siis ei saa uus direktiiv pakkuda juhiseid varasema tõlgendamiseks.

61. Skaala teises otsas mainib eelotsusetaotluse esitanud kohus tingimust. Küsimus 10 eeldab, et direktiivi 2014/24/EL arvessevõtmine oleks välistatud, kui see on „vastuolus direktiiviga 2004/18”. See tuleneb muidugi õiguskindluse põhimõttest, mis keelab kohaldada tagasiulatuvalt õigusakti, mis ei ole kohaldatav *ratione temporis*.²⁸

62. Ent selle küsimuse tuumaks on direktiivi 2014/24 sätted, mis täpsustavad direktiivi 2004/18 või kohtupraktikat, milles on seda direktiivi kohaldatud, kui nende õigusaktide vahel ei ole loogilist vastolu, kuivõrd direktiiv 2004/18 asjaomast küsimust ei reguleeri või ei tee seda täpselt.

63. Minu arvates tuleneb õiguskindluse põhimõttest, et direktiivil 2014/24 põhinevaid tingimusteta reegleid või tingimusi ei saa kohaldada kui direktiivi 2004/18 „tõlgendusi” riigihankemenetluses osalevate ettevõtjate kahjuks. Ent kui seadusandja tahe direktiivi 2014/24 asjakohaste sätete suhtes on pigem arendada edasi olemasolevaid õigusnorme ja kohtupraktikat ning mitte seda ära muuta, siis puudub takistus nende kasutamiseks direktiivi 2004/18 tõlgendamisjuhisenä.

64. Neil põhjusil teen ettepaneku vastata küsimusele 10, et direktiivi 2004/18 sätete tõlgendamisel on lubatud kasutada tõlgendamisjuhisenä direktiivi 2014/24 sätteid ja põhjendusi, isegi kui selle direktiivi ülevõtmise periood ei ole lõppenud, kui see direktiiv kodifitseerib direktiivi 2004/18 kohaldatavat kohtupraktikat või täpsustab seda ega ole direktiiviga 2004/18 vastuolus ega kehtesta tingimusteta reegleid või tingimusi ettevõtjate kahjuks.

V. Ettepanek

65. Eeltoodud põhjustel teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Krajowa Izba Odwoławcza esitatud küsimustele järgmiselt:

Küsimused 1, 2, 3, 5 ja 6

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artiklit 44 ja artikli 48 lõiget 3 koosmõjus sama direktiivi artikliga 2 tuleb tõlgendada nii, et sõnadega „vajaduse korral” ei ole kehtestatud sisulisi piiranguid olukordadele, milles ettevõtja võib kasutada teiste üksuste võimalusi, et tõendada hankijale, et tal saab olema tehniline ja/või kutsealane suutlikkus, mis on vajalik asjaomase riigihankelepingu täitmiseks. Ettevõtja ja kolmandast isikust üksuse õigussuhte laad ei puutu asjasse, ent ettevõtja peab olema võimeline

28 — Tuletan siinkohal meelde Euroopa Kohtu klassikalist määratlust kohtuotsuses Fédesa jt (C-331/88, EU:C:1990:391, punkt 45), milles ta märkis, et „[kuigi] õiguskindluse põhimõttega on üldjuhul vastuolus ühenduse õigusakti ajaline kehtivus, mis algab enne selle avaldamist, võib see erandjuhul olla teisiti siis, kui seda nõuab üldine huvi ja kui huvitatud isikute õiguspärase ootuse põhimõttest on nõuetekohaselt kinni peetud”. Neid tagasiulatuva vajalikke tingimusi käesolevas asjas ei ole.

hankijale tõendama, et tema käsutuses on kõik vahendid lepingu tingimuste täitmiseks. Pakkuja võib kasutada oma tehnilise ja/või kutsealase suutlikkuse tõendamiseks teiste üksuste võimalusi, ent selle suhtes kehtivad piirangud, mis tulenevad täitmisele kuuluva lepingu laadist ja eesmärgist.

Küsimus 4

Direktiivi 2004/18 artikli 48 lõiget 3 koosmõjus sama direktiivi artikliga 2 tuleb tõlgendada nii, et hankija peab hanketeates või hankedokumentides määratlema kõik tingimused, mis välistavad tuginemise direktiivi 2004/18 artikli 48 lõikele 3 minimaalse suutlikkusega seotud nõudmiste täidetuse tõendamiseks. Muul juhul on hankijal keelatud sätestada hanketeates või hankedokumentides sõnaselged tingimused või reeglid selle kohta, kas ja kuidas võivad pakkujad kasutada teiste üksuste võimalusi.

Küsimus 7

Kui on lubatud esitada pakkumusi üksikutele osadele, siis ei luba direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõte ettevõtjal pärast pakkumuse esitamist avaldada, milliste osadega tuleb seostada tema poolt hankemenetluses osalemise tingimuste täidetuse tõendamiseks määratletud ressursid.

Küsimused 8 ja 9

Direktiivi 2004/18 artikkel 2 nõuab elektroonilise oksjoni kehtetuks tunnistamist ja kordamist, kui hankemenetluses osalemise kriteeriumidele vastavat kandidaati ei kutsutud elektroonilisele oksjonile.

Küsimus 10

Direktiivi 2004/18/EÜ tõlgendamisel on lubatud kasutada tõlgendamisjuhisena direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18 kehtetuks tunnistamise kohta, isegi kui direktiivi 2014/24 ülevõtmise periood ei ole lõppenud, ent ainult siis, kui see kodifitseerib direktiivi 2004/18 kohaldavat kohtupraktikat või täpsustab seda ning direktiivi 2014/24 vastavad sätted ei ole direktiiviga 2004/18 vastuolus ega kehtesta tingimusteta reegleid või tingimusi ettevõtjate kahjuks.