



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MICHAL BOBEK
esitatud 24. novembril 2016¹

Kohtuasi C-387/14

Esaprojekt Sp. z o.o.
versus
Województwo Łódzkie

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

Direktiiv 2004/18/EÜ — Mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtted — Pakkuja poolt täiendava teabe esitamine tarnete kohta, millele algses pakkumuses ei viidatud — Kahe üksuse kogemuste summeerimise võimalus — Võimalus tugineda ettevõtjate ühenduse liikmena omandatud kogemusele — Võimalus summeerida mitme lepingu kogemus — Raske pettus

I. Sissejuhatus

1. Käesolev kohtuasi käsitleb Poola haigla infosüsteemide riigihanget. Eialgu tunnistati selles hankes edukaks äriühing Komputer Konsult Sp. z.o.o. (edaspidi „KK“). Samuti pakkumuse esitanud Esaprojekt Sp. z.o.o. (edaspidi „Esaprojekt“) vaidlustas sellekohase otsuse liikmesriigi kohtutes. Edukaks tunnistamise otsus tühistati, kuna KK kogemus oli ebapiisav. KK-l paluti selgitada oma kogemuste loetelu. KK tugines täiendatud loetelus uuele, kolmanda isiku kogemusele. KK tunnistati uuesti edukaks. Esaprojekt esitas jällegi kaebuse, mille menetlemise raames on esitatud eelotsusetaotlus käesolevas asjas.

2. Liikmesriigi kohus esitab Euroopa Kohtule rea küsimusi, mille eesmärk on esiteks kindlaks määrata tingimused, mille kohaselt pakkujad võivad muuta oma kogemuste loetelu ning tugineda kolmandate isikute kogemusele. Teiseks palub siseriiklik kohus selgitust tingimuste kohta, mille puhul pakkuja on andmete esitamisel süüdi „pettuses“ direktiivi 2004/18/EÜ artikli 45 lõike 2 punkti g tähenduses.² Kolmandaks küsib siseriiklik kohus, kas eri lepingutega seoses omandatud kogemusele saab ühendatult tugineda, vastamaks hanke tingimustele, kui hankija ei ole sellist võimalust sõnaselgelt ette näinud.

II. Õiguslik raamistik

A. EL õigus

3. Direktiivi 2004/18 (edaspidi „direktiiv“) artiklis 2 on sätestatud ehitustööde, asjade ja teenuste riigihangete läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõte.

¹ — Algkeel: inglise.

² — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT erivaljaanne 06/07, lk 132).

4. Artikli 44 lõikes 1 on sätestatud, et lepingud sõlmitakse mh vastavalt artiklis 48 viidatud kutsealaste või tehniliste teadmiste või suutlikkuse kriteeriumidele. Artikli 44 lõikes 2 on sätestatud, et kehtestatud suutlikkuse miinimumtasemed „peavad olema lepingu objektiga seotud ja proportsionaalsed“.
5. Artikli 45 lõike 2 punkt g, mis paikneb jaos pealkirjaga „Kvalitatiivse valiku kriteeriumid“, näeb ette, et hankemenetlusest kõrvaldatakse ettevõtja, kes on „käesoleva jao alusel nõutavate andmete esitamisel süüdi raskes pettuses või jätnud sellised andmed esitamata“ ning seoses artikli 45 lõikega 2 üldiselt, et „[l]iikmesriigid määravad kindlaks käesoleva lõike rakenduskorra ühenduse ja siseriikliku õiguse alusel“.
6. Artikli 48 lõikes 2 on sätestatud vahendid, millega kogemust võib tõendada ning mille hulka kuulub punkti a kohaselt tehtud ehitustööde, kohaletoimetatud tarnete või osutatud teenuste nimekiri.
7. Artikli 48 lõike 3 kohaselt „võib ettevõtja konkreetse lepingu puhul kasutada teiste üksuste võimalusi olenemata nende vaheliste sidemete õiguslikust laadist“. Sellisel juhul peab ettevõtja tõendama, et „tema käsutuses on lepingu täitmiseks vajalikud vahendid, tuues esile näiteks kõnealuste üksuste poolt võetud kohustuse anda vajalikud vahendid ettevõtja käsutusse“.
8. 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“.

B. Siseriiklik õigus

9. Ustawa Prawo zamówień publicznych (riigihangete seadus) artikli 2 punktis 13 on määratletud mõiste „riigihankeleping“ kui „hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud vastastikuste varaliste kohustustega leping, mille ese on teenused, asjad või ehitustööd“.
10. Riigihangete seaduse artikli 24 lõike 2 punktis 3 on sätestatud erand ettevõtjatele, kes „on esitanud valeandmeid, mis mõjutavad või võivad mõjutada korraldatud hankemenetluse tulemust [...]“.
11. Riigihangete seaduse artikkel 26 näeb hankijale ette võimaluse nõuda pakkujatelt, et need esitaksid puuduva teabe, parandaksid vead või selgitaksid avaldusi või dokumente.

III. Faktilised asjaolud, menetlus ja eelotsuse küsimused

12. Käesolevas kohtuasjas on tegemist avaliku haigla infosüsteemide riigihankega Łódźi vojevoodkonnas (Poola). Vaidlusalune hanke osa on seotud Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika (vojevoodkondlik iseseisev Mikołaj Koperniku nimeline haigla) haldusosakonna (edaspidi „hall sektor“) ja meditsiiniosakonna (edaspidi „valge sektor“) teenindamiseks ette nähtud haigla integreeritud infosüsteemi ostmise ja tarnimisega.
13. Hankedokumentide kohaselt võisid hankelepingu sõlmimiseks pakkumuse esitada ettevõtjad, kes tõendasid muu hulgas, et nad on täitnud vähemalt kaks, minimaalse brutomaksumusega (kummagi lepingu kohta) 450 000 Poola zlotti hankelepingut, mille ese on vähemalt 200 voodikohaga tervishoiuasutuse valget ja halli sektorit hõlmava haigla integreeritud infosüsteemi tarnimine, paigaldamine, configureerimine ja töölerakendamine.
14. Eelnimetatud tingimusele vastamise tõendamiseks pidid ettevõtjad esitama avalduse ja loetelu „olulistest tarnetest“, mille ese on olnud haigla valget ja halli sektorit hõlmav haigla integreeritud infosüsteem.

15. KK esitas oma pakkumuses kaks punkti valget ja halli sektorit hõlmavate haigla integreeritud infosüsteemide tarnete kohta haiglatele 1) Słupskis (edaspidi „Słupski tarne“ ja 2) Nowy Sączis (edaspidi „Nowy Sącz tarne“). Mõlemad tarned tegi ettevõtjate ühendus, kuhu kuulusid Konsultant IT Sp. z o.o. (edaspidi „KIT“) ja KK.

16. KK võitis haigla integreeritud infosüsteemi ostmise ja tarnimise hanke. Esaprojekt vaidlustas selle otsuse, väites sisuliselt, et KK ei vastanud hanke nõuetele haigla integreeritud infosüsteemi kogemuse osas.

17. See vaidlustus oli edukas. Hankijat kohustati nõudma, et KK esitaks vastavalt riigihangete seaduse artikli 26 lõikes 4 sätestatud menetlusele viidatud lepingute esemete kohta selgitused, mis tõendavad, et hankemenetluses osalemiseks nõutavate teadmiste ja kogemuste tingimus on täidetud.

18. Selgitusnõude täitmisel ilmnes, et Słupski tarne tehti kahe eraldi hankemenetluse ja kahe eraldi lepingu alusel. Üks neist lepingutest ei hõlmanud valget ja teine halli sektorit. Hankija leidis, et Słupski tarne ei vastanud käesoleva ettepaneku punktis 13 nimetatud tingimustele, kuna Słupski tarne aluseks ei olnud üks terviklik, riigihangete seaduse artikli 2 punktis 13 määratletud „riigihankeleping“. Selle asemel hõlmas see tarne kahte eraldi lepingut. Seetõttu palus hankija KK-l täiendada hanketingimustele vastavust tõendavaid dokumente.

19. Dokumentide täiendamise raames esitas KK uue tarnete loetelu. See loetelu sisaldas endiselt Nowy Sącz tarne. Lisatud oli kaks uut tarnet, mille oli teinud kolmas isik, Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (edaspidi „Medinet“ ja „Medineti tarne“). Samuti esitas KK Medineti kohustuse anda lepingu täitmiseks vajalikud vahendid ning osaleda lepingu täitmisel nõustaja ja konsultandina.

20. Hankija aktsepteeris KK muudetud pakkumust. Esaprojekt esitas jällegi vaidlustuse Województwo Łódzkie vastu Krajowa Izba Odwoławczale (riigihangete vaidlustuskomisjon, Poola). Nendel asjaoludel otsustas see kohus kohtuliku arutamise peatada ja esitada järgmised eelotsuse küsimused:

„Küsimus 1:

Kas [direktiivi 2004/18] artiklit 51 koosmõjus artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise ning läbipaistva tegutsemise põhimõttega tuleb tõlgendada nii, et dokumentide selgitamise ja täiendamise käigus võib ettevõtja ära näidata muud täidetud hankelepingud (st tarnitud kaubad või osutatud teenused) kui need, mis olid esitatud pakkumusele lisatud hankelepingute loetelus; eeskätt kas ettevõtja võib viidata teise ettevõtja poolt täidetud hankelepingutele, kui ta pakkumuses ei maininud, et ta saab kasutada teise ettevõtja võimalusi ja vahendeid?

Küsimus 2:

Kas võttes arvesse 10. oktoobri 2013. aasta kohtuotsust Manova, C-336/12, millest nähtub, et „võrdse kohtlemise põhimõtet tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole vastuolus, kui hankija nõuab pärast hankemenetluses osalemise taotluste esitamise tähtaja möödumist mõnelt taotlejalt tema seisundit kirjeldavaid dokumente, nagu hanketeates nõutud teavet taotleja avaldatud majandusaasta aruande kohta, mille puhul saab objektiivselt kontrollida, et need on varasemad kui taotluste esitamise tähtaeg, eeldusel et hankedokumendid ei näe dokumentide või andmete esitamise osas sõnaselgelt ette tingimust, et nende puudumise korral taotleja kõrvaldatakse hankemenetlusest“, tuleb [direktiivi 2004/18] artiklit 51 tõlgendada nii, et dokumente on lubatud täiendada vaid siis, kui tegemist on dokumentidega, mille puhul saab objektiivselt kontrollida, et need olid olemas juba enne pakkumuste või hankemenetluses osalemise taotluste esitamise tähtaja lõppemist, või nii, et Euroopa Kohus on nimetanud vaid ühte mitmest võimalusest ja dokumente on lubatud täiendada ka teistel juhtudel, näiteks võib esitada dokumente, mida enne kõnealuse tähtaja lõppemist veel olemas ei olnud, kuid mis võivad hankemenetluses osalemise tingimustele vastavust objektiivselt kinnitada?

Küsimus 3:

Kas sel juhul, kui teisele küsimusele tuleb vastata nii, et täiendada on lubatud ka muid kui kohtuotsuses Manova nimetatud dokumente, võib täiendada ka dokumente, mis pärinevad ettevõtjalt, alltöövõtjaks olevalt kolmandalt isikult või teistelt ettevõtjatelt, kelle võimalustele ja vahenditele ettevõtja tugineb, kuid mida ta pakkumuses ei nimetanud?

Küsimus 4:

Kas [direktiivi 2004/18] artiklit 44 koosmõjus artikli 48 lõike 2 punktiga a ning artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõttega tuleb tõlgendada nii, et ettevõtja võib tugineda artikli 48 lõikes 3 viidatud mõne teise ettevõtja võimalustele ja vahenditele, nii et teadmised ja kogemused kahe ettevõtja puhul, kellel hankija nõutud teadmised ja kogemused eraldi võttes puuduvad, summeeritakse, kui kõnealune kogemus ei ole jaotatav osadeks (üks ettevõtja peab hankemenetluses osalemise tingimusele täielikult vastama) ja hankelepingu täitmine ei ole jaotatav osadeks (on ühtne tervik)?

Küsimus 5:

Kas [direktiivi 2004/18] artiklit 44 koosmõjus artikli 48 lõike 2 punktiga a ning artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõttega tuleb tõlgendada nii, et ettevõtja võib tugineda ettevõtjate ühenduse kogemusele selliselt, et ettevõtja, kes täitis hankelepingu ettevõtjate ühenduse liikmena, võib tugineda hankelepingu täitmisele kõnealuse ühenduse poolt, olenemata sellest, kui suur oli tema osa selle hankelepingu täitmisel, või võib ta tugineda vaid enda tegelikule kogemusele, mille ta omandas, täites hankelepingu asjaomast osa, mis oli talle määratud ühenduse sees?

Küsimus 6:

Kas [direktiivi 2004/18] artikli 45 lõike 2 punkti g, mille kohaselt võib hankemenetlusest kõrvaldada ettevõtja, kes on nõutavate andmete esitamisel süüdi raskes pettuses või jätnud sellised andmed esitamata, võib tõlgendada nii, et hankemenetlusest kõrvaldatakse ettevõtja, kes on esitanud valeandmed, mis mõjutasid või võisid mõjutada hankemenetluse tulemust, eeldades et ettevõtja on asjaomases eksitamises süüdi üksnes seetõttu, et ta esitas hankijale valeandmed, mis mõjutavad hankija otsust kõrvaldada ettevõtja hankemenetlusest (ja lükata tema pakkumus tagasi), olenemata sellest, kas ettevõtja tegutses tahtlikult ja sihipäraselt või tahtluseta, kergemeelsusest, hooletusest või näitamata üles vajalikku hoolsust? Kas vaid ettevõtja puhul, kes on esitanud valeandmeid (mis ei vasta tegelikele asjaoludele), saab eeldada, et ta „on nõutavate andmete esitamisel süüdi raskes pettuses või jätnud sellised andmed esitamata“, või saab seda eeldada ka ettevõtja puhul, kes on küll esitanud tõesed andmed, kuid viisil, mille eesmärk oli veenda hankijat ettevõtja vastavuses hankija poolt kehtestatud nõuetele, kuigi see ei pea paika?

Küsimus 7:

Kas [direktiivi 2004/18] artiklit 44 koosmõjus artikli 48 lõike 2 punktiga a ning artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõttega tuleb tõlgendada nii, et ettevõtja võib tugineda oma kogemusele selliselt, et ta viitab kahele või enamale lepingule ühendatult kui ühele hankelepingule, kuigi seda võimalust ei näinud hankija ette ei hanketeates ega hankedokumentides?“

21. Kirjalikud märkused on esitanud Itaalia ja Poola valitsus ning komisjon. Poola valitsus, komisjon, Województwo Łódzkie ja põhikohtuasja kostja osalesid 21. septembril 2016 peetud kohtuistungil.

IV. Hinnang

A. Küsimus 1 (ning küsimused 2 ja 3)

22. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimese küsimuse eesmärk on kindlaks määrata, kas direktiivi artiklite 2 ja 51 valguses on pakkujal võimalik pärast pakkumuste esitamise tähtaega viidata kolmanda isiku kogemusele, millele ei viidatud algses pakkumuses.

23. Teise ja kolmanda küsimuse eesmärk on kindlaks määrata, kas kohtuotsust Manova³ arvesse võttes võib pakkuja esitada pärast pakkumuste esitamise tähtaega dokumente, mis tõendavad, et tal on võimalik tugineda selle kolmanda isiku kogemusele (käesolevas asjas ettevõtja Medinet omale).

24. Esimese küsimuse puhul ma leian alljärgnevatel põhjustel, et selliste viidete lisamine ei ole üldiselt võimalik. See vastus muudab teise ja kolmanda küsimuse üksikasjalikuma kaalutlemise tarbetuks.

25. Direktiivi artiklis 51 on sätestatud, et hankijad võivad paluda pakkujatel „täiendada või selgitada“ nende esitatud dokumente. See fraas „täiendada või selgitada“ on teatavasti üsna paindlik. Ent väljakujunenud kohtupraktika kohaselt⁴ on võrdse kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuse kohustusega vastuolus mis tahes läbirääkimised hankija ja pakkuja vahel hankemenetluse ajal. Seetõttu on siin üldreegel, et kui hankija hinnangul on pakkumus ebatäpne või ei vasta hankedokumentides esitatud tehnilisele kirjeldusele, ei või ta nõuda pakkujalt selgitusi ega isegi jätta muljet, et pakkumust võidakse lubada muuta.⁵

26. Direktiiviga „ei ole siiski vastuolus see, kui pakkumusega seonduvaid andmeid parandatakse või täiendatakse, eriti siis, kui ilmselgelt on vaja vaid täpsustust või parandada ilmsed tehnilised vead“, niikaua kui see ei kujuta endast uue pakkumuse esitamist.⁶ Pakkujatelt tuleb eeldada kohast hoolsust,⁷ ent ülemäärast formalismi tuleb vältida.⁸ See on eriti tähtis seoses vajadusega tagada, et hanked oleksid avatud ja võistlevad.

27. Seetõttu peetakse võimalust esitada lisaandmeid pärast pakkumuste esitamise tähtaega erandlikuks, ent mitte olematuks. Seega on siin küsimus selles, kuhu täpselt tõmmata eraldusjoon.

28. Minu arvates saab Euroopa Kohtu lähenemise kõige paremini kokku võtta metafooriga: pakkuja poolt tähtjaks esitatud andmed ja dokumendid kujutavad endast fotoülevõtet. Hankija võib arvesse võtta ainult sellel fotol juba olevaid andmeid ja dokumente. See ei takista hankijal sellel fotol mõnda pisut hägusast detaili suurendamast ja nõudmast foto punktitiheduse suurendamist, et vastavat detaili selgelt näha. Ent põhiaandmed peavad olema näha juba esialgselt fotolt, ehkki madalama punktitihedusega.

29. Seda loogikat järgides ei saa pakkujal minu meelest põhimõtteliselt lubada tõendada, et ta vastab hanke tehnilistele ja kutsealastele nõuetele, tuginemisega selliste kolmandate isikute kogemusele, kellele ei ole viidatud enne pakkumuste esitamise tähtaega. Seda teavet lihtsalt esialgsel fotol ei olnud.

3 — Kohtuotsus, 10.10.2013 (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — Vt kohtuotsused, 29.3.2012, SAG ELV Slovensko jt (C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 36), 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 31) ja 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 62).

5 — Kohtuotsus, 29.3.2012, SAG ELV Slovensko jt (C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 41).

6 — Vt kohtuotsused, 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punktid 63 ja 64), 29.3.2012, SAG ELV Slovensko jt (C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 40) ja 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punktid 32–36).

7 — Kohtuotsus, 29.3.2012, SAG ELV Slovensko jt (C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 38).

8 — Kohtuotsus, 6.11.2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 45).

30. Seetõttu ei kujuta selline kolmandale isikule tuginemine endast pelka vormilist selgitamist. Tegelikult tähendab see pakkumuse olulist muutmist. Muudetakse töö tegijaid või vähemalt sellesse oma kogemusega panustavaid isikuid. See on sisuline muudatus, mis mõjutab menetluse võtmeelementi.⁹ Lisaks, nagu komisjon märkis, võib selline muudatus tuua kaasa eraldi kontrollimise vajaduse hankija poolt ning võib isegi mõjutada nende taotlejate valikut, kellel palutakse pakkumus esitada.

31. Üldisemalt mõjutaks selliste muudatuste lubamine kindlasti konkurentsi. Pakkujate otsus tugineda omaenda kogemusele või võtta abiks kolmanda isiku oma, tuleb teha teatud ajahetkel ning sel ajal olemasoleva teabe alusel. Kui võimaldada pakkujale veel üks võimalus selle ärilise otsuse tegemiseks siis, kui aeg on edasi läinud, annaks see talle kindlasti eelise, mis oleks vastuolus võrdse kohtlemise nõudega. Näiteks teave menetluses osalevate konkurentide arvu või isikute kohta või turulangus võivad julgustada pakkujat oma võiduvõimaluste suurendamiseks kaasama suurema kogemusega partnerit.¹⁰

32. Seda järeldust toetab täiendavalt analoogia kohtuasjadega, milles oli küsimuseks pakkujate ettevõtjate ühenduse koosseisu muutmine pärast pakkumuste esitamise tähtaega. Hiljutises kohtuasjas Højgaard valiti eelvalikus välja kahest äriühingust koosnev ettevõtjate ühendus, kes esitas riigihankemenetluses pakkumuse. Ta valiti eelvalikus pakkujaks, ent lagunes seejärel enne hankelepingu sõlmimist. Üks sellesse kuulunud äriühingutest, Aarsleff soovis seejärel astuda eelvalitud pakkujana ettevõtjate ühenduse asemele. Sellise muudatusega nõustuti ja seejärel tunnistati Aarsleff hankes edukaks. Edukaks tunnistamine vaidlustati siseriiklikus kohtus ja Euroopa Kohtule esitati küsimus selle kohta, kas ettevõtjate ühenduse koosseisu muutmine on kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega.

33. Euroopa Kohus märkis oma otsuses, et eeskirjad ettevõtjate ühenduse koosseisu muudatuste kohta hankemenetluse ajal on üldreeglina jäetud liikmesriikide pädevusse.¹¹ Ent võrdse kohtlemise tagamiseks oleks Aarsleff pidanud vastama eelvaliku kriteeriumidele omaenda näitajatega.¹²

34. Samamoodi, kui hankija nõuab pakkujalt kogemuste loetelust ühikute eemaldamist, võib pakkujate muidugi endiselt tugineda allesjäänud ühikutele. Ent ta ei saa lisada sellesse loetellu uusi, kolmandate isikute kogemusi.¹³

35. Teen seetõttu ettepaneku vastata siseriikliku kohtu esimesele küsimusele, et ettevõtja ei või tugineda kolmanda isiku kogemusele esimest korda pärast pakkumuste esitamise tähtaega. Seoses selle vastusega langevad suuresti ära siseriikliku kohtu teine ja kolmas küsimus (mis on seotud tingimustega, mille kohaselt võib esitada tõendeid selliste kolmandate isikute kogemuse kohta). Kui ettevõtja ei või üldse tugineda kolmandale isikule, siis poleks tal mingit mõtet esitada selle isiku kinnitusi ega tõendeid tema kogemuse kohta.

9 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 6.11.2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 45), milles tehnikadirektorina nimetatud isiku muutmist peeti olulisemaks kui pelgalt vormiliseks veaks ning mis seetõttu kujutas endast piisavat alust asjaomase pakkujate kõrvaldamiseks.

10 — Vt analoogia alusel kohtujuristi ettepanek, Mengozzi, kohtuasi MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, punkt 80 jj).

11 — Kohtuotsus, 24.5.2016, MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 35).

12 — Vt ka kohtuotsus, 23.1.2003, Makedoniko Metro ja Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). Selles asjas soovis pakkumuse esitanud ettevõtjate ühendus pärast pakkumuse esitamist oma liikmeskonda laiendada. Siseriikliku õiguse kohaselt oli see keelatud. Euroopa Kohus leidis, et selline keeld oli kooskõlas nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiviga 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT 1992, L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322) (direktiivi 2004/18 eelkäija).

13 — Ehkki see ei ole teema käesolevas asjas, ei välista ma võimalust, et pakkujal võib lubada tugineda omaenda muudele kogemustele.

36. Eeltoodust lähtudes teen ettepaneku anda siseriikliku kohtu küsimustele 1–3 järgmine vastus:

Direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 51 koosmõjus artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise ning läbipaistva tegutsemise põhimõttega ei luba ettevõtjal dokumentide selgitamise ja täiendamise käigus viidata sellistele kolmandate isikute lepingutele, millele ta ei viidanud pakkumusele lisatud hankelepingute loetelus, ega esitada sellise kolmanda isiku kinnitust, et too annab oma vahendid pakkuja käsutusse.

B. Küsimus 4

37. Neljas küsimus on seotud asjaoluga, et põhikohtuasjas nõuti hankedokumentis, et pakkujad oleksid täitnud „vähemalt kaks lepingut“, mis mõlemad hõlmavad valget ja halli sektorit, nagu on kirjeldatud käesoleva ettepaneku punktis 13. Pärast hankija selgitusnõuet lisas KK kaks Medineti tarnet ja Nowy Sączu tarne.

38. Seda arvestades soovib siseriiklik kohus sisuliselt kindlaks teha, kas direktiivi artiklis 44 ja artikli 48 lõike 2 punktis a ning artiklis 2 sätestatud võrdse kohtlemise põhimõtte kohaselt võib tugineda Medineti tarnetest ja Nowy Sączu tarnest tulenevale kogemusele, täitmaks nõuet, et täidetud peab olema „vähemalt kaks lepingut“.

39. Direktiivi sõnastusest on selge, et riigihangetel võivad ettevõtjad üldreeglina kasutada teiste üksuste võimalusi.¹⁴ See üldreegel on samuti kooskõlas eesmärgiga avada riigihanked konkurentsile¹⁵ ning Euroopa Kohus on seda korduvalt kinnitanud.¹⁶ Ettevõtja kasutatavad võimalused võivad seega olla „fragmenteeritud“ või „jagunenud“ eri isikute vahel, seda muidugi tingimusel, et nende teiste üksuste vajalikud ressursid on praktikas selle ettevõtja käsutuses.¹⁷

40. Samas võib kolmandate isikute võimaluste kasutamist erandkorras piirata, et tagada vastavus „minimaalse suutlikkuse nõuetele“ või „suutlikkuse miinimumtasemed“.¹⁸ Nii on see ehitustööde puhul, „mille eripära tõttu on vajalik teatud sobivus, mida ei ole võimalik saavutada mitme ettevõtja võimaluste liitmiseega.“ Sellekohane nõue peab olema „asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne“.¹⁹

41. Käesolevas asjas on hanketingimustes nõudeks „vähemalt kaks lepingut“, mis hõlmavad erilist valdkonda (haiglate integreeritud infosüsteemid). Eeltoodud kaalutlustest tuleneb, et sellise nõude võib kehtestada kui minimaalse ning välistada tuginemise kolmandatele isikutele, tingimusel et see on „asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne“.

42. Kas see on nii ka käesolevas asjas, on faktiküsimus, mille peab lahendama siseriiklik kohus.

43. Siseriiklik kohus näib väitvat, et eksisteerib kvalitatiivne erinevus ühelt poolt ühes valdkonnas akumulieeritud korduvat kogemust ja teiselt poolt reas eraldiseisvates valdkondades saadud kogemust nõudvate hanketingimuste vahel.

14 — Vt nt direktiivi artikli 4 lõige 2 (ettevõtjate rühmade moodustamine), artikkel 25 (allhanked) ning artikli 48 lõige 3 (teiste üksuste võimaluste kasutamine).

15 — Vt kohtuotsus, 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 34 ja seal viidatud kohtupraktika).

16 — Vt nt kohtuotsused, 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punktid 30–32); 2.12.1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, punktid 26 ja 27), ja 18.3.2004, Siemens AG Österreich ja ARGE Telekom & Partner vs. Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 43).

17 — Direktiivi artikli 48 lõige 3.

18 — Vt direktiivi artikli 44 lõige 2.

19 — Kohtuotsus, 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 35), mis kajastab direktiivi artikli 44 lõike 2 sõnastust.

44. Olen nõus, et intuiitiivselt selline erinevus eksisteerib. Eri sektorite kogemuse ühendamise ei ole alati võimalik – sektoriteülene kogemus või integreeritud süsteemide terviklik kogemus võib olla asendamatu. Ent sellised interdistsiplinaarsed kombinatsioonid on vähem probleemsed kui pelk kogemuse aastate või üksikute lepingute ühteliitmine. Samas valdkonnas järjekorras teist lepingut täitev ettevõtja teeb seda oma varasemat kogemust arvestades, omades potentsiaalselt uusi ja erinevaid vaatenurki.²⁰

45. Ent lõppkokkuvõttes on õigusnorm mõlemal juhul sama. See, millises ulatuses on omavahel asendatavad kaks lepingut täitnud ühe ettevõtja kogemus ja kumbki ühe lepingu täitnud kahe ettevõtja kogemus, on faktiküsimus, mille peab lahendama siseriiklik kohus.

46. Siseriiklik kohus märgib oma küsimuses sõnaselgelt, et asjaomane kogemus ja lepingu täitmine „ei ole jagatav“. Sellest saab järeldada, et siseriiklik kohus on juba asunud seisukohale, et a) võimalus tugineda ühendatud kogemusele on välistatud ja b) see välistus on „asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne“. Kui see on tõepoolest nii, siis lubavad siseriikliku kohtu viidatud direktiivi sätteid hankijal välistada tuginemise teise üksuse võimalustele sellisel, et summeeritakse kahe üksuse teadmised ja kogemused.

47. Eeltoodu alusel teen ettepaneku vastata siseriikliku kohtu neljandale küsimusele järgmiselt:

Direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 44 koosmõjus artikli 48 lõike 2 punktiga a ning artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõttega keelab ettevõtjal selle direktiivi artikli 48 lõike 3 tähenduses tugineda teise üksuse teadmistele ja kogemusele, kui hankija on sellise tuginemise sõnaselgelt välistanud. Selline välistus peab olema asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne.

C. Küsimus 5

48. Viienda küsimusega palub siseriiklik kohus selgitust tingimuste kohta, mille kohaselt ettevõtja võib tugineda varasemale kogemusele, mille on omandanud äriühingute ühendus, millesse ta kuulub. See küsimus on seotud asjaoluga, et põhikohtuasjas tegi nii Nowy Sącz'i tarne kui ka Słupski tarne kahest äriühingust (KK ja KIT) koosnev ettevõtjate ühendus. Saan seega aru, et siseriiklik kohus soovib kindlaks teha, kas KK võib oma pakkumuse toetamiseks tingimusteta sellele kogemusele tugineda või on oluline ka KK roll asjaomases tarnes.²¹

49. Ma leian, et otsustava tähtsusega on ettevõtjate ühenduse liikme konkreetne roll ning sellega seotud kogemus.

50. Direktiivi artikkel 44 ja artikli 48 lõige 2 näevad ette pakkumuste hindamise muu hulgas sellise kogemuse alusel, mida tõendab viimaste aastate jooksul tehtud ehitustööde ja tarnete nimekiri. Lepingut täitmiseks vajaliku kogemuse omamine ei ole ilmselt sama asi kui kellegi tundmine, kes sellist kogemust omab. Samamoodi ei saa kogemust omandada, olles lihtsalt formaalselt lepingu pool või ettevõtjate ühenduse liige.

51. Eelotsusetaotluse esitanud kohus illustreerib seda tabavalt kolmest maanteed rajavast äriühingust koosneva ettevõtjate ühenduse näitega: pank (rahastab projekti), ehitusettevõtja (teostab ehitustööd) ja teenuseosutaja (pakub juriidilist, haldus- ja raamatupidamistuge). On ilmne, et selline projekt ei anna pangale maantee rajamiseks vajalikku kogemust.

20 — Seda mõtet võib illustreerida järgmise näitega: kui ma soovin palgata advokaati, kellel on üheksa-aastane kogemus maksu-, äri- ja kaubandusõiguses, võin ma vastu võtta kolme advokaadi pakkumise, kellest igaühel on üheksa-aastane kogemus vastavalt maksu-, äri- ja kaubandusõiguses. Ent ma kõhkleksin, kas palgata kolm advokaati, kellest igaühel on kolmeaastane kogemus kõigi kolme valdkonna peale kokku. Ning kindlasti ei palkaks ma üheksat advokaati, kellest igaühel on üheaastane kogemus.

21 — Eelotsusetaotlusest on selge, et KK ei soovi tugineda KIT kui muu üksuse kogemusele direktiivi artikli 48 lõike 3 tähenduses, vaid pigem esitleb ettevõtjate ühenduseraames omandatud kogemust kui enda oma.

52. Ent lõpuks sõltub iga äriühingu täpne roll ja omandatud kogemus konkreetsetest asjaoludest. Näiteks on võimalik, et pangal oli rahastamisel juhtroll, ent teenusepakkuja oli projekti selle osaga lähedalt seotud ning omandas seeläbi selles valdkonnas teatud kogemuse. Selline kogemus võib olla täiesti kohane ja piisav mõne teise projekti hankemenetluses. Või siis mitte. Need on faktiküsimused.

53. Samamoodi on KK täpne roll Nowy Sączis tärnes (ja Słupski tärnes)²² ning see, kas see vastab hanketeates olevale kogemuse nõudele, siseriikliku kohtu pädevusse kuuluv faktiküsimus.

54. Lõpuks tuleb märkida ka seda, et eeltoodud kaalutlused on seotud olukorraga, kus ettevõtja näitab ettevõtjate ühenduse poolt tehtud varasemaid tärneid *konkreetselt kui omaenda kogemust*. Need kaalutlused ei mõjuta ettevõtja võimalust tugineda kolmandate isikute suutlikkusele, nagu on ette nähtud direktiivi artikli 48 lõikes 3 ning kaalutud üksikasjalikumalt käesoleva ettepaneku punktis 39.

55. Eeltoodu alusel teen ettepaneku vastata siseriikliku kohtu viiendale küsimusele järgmiselt:

Direktiivi 2004/18 artiklit 44 ja artikli 48 lõike 2 punkti a tuleb tõlgendada nii, et ettevõtja, kes on lepingu täitnud ettevõtjate ühenduse liikmena, võib tugineda omaenda kogemusena ainult kogemusele, mille ta on omandanud isiklikult seda lepingut täites. See järeldus ei mõjuta ettevõtja võimalust kasutada kolmandate isikute võimalusi vastavalt direktiivis sätestatud tingimustele.

D. Küsimus 7

56. Seitsmes küsimus on seotud asjaoluga, et põhikohtuasjas hõlmab Słupski tärne kahte eraldi lepingut, millest tuleneb täiendav kogemus (valges ja hallis sektoris), samas kui hanketeates ja hankedokumentides viidatakse lepingutele, mis hõlmavad nii valget kui ka halli sektorit koos.²³

57. Sellel taustal palub siseriiklik kohus selgitada tingimusi, mille kohaselt võib kahe eraldi lepingu raames omandatud kogemust näidata ühendatult, et vastata nõudele, mida ei olnud sõnaselgelt esitatud kui jagatavat.

58. Allpool täpsemalt eritletavatel põhjustel tuleks minu arvates sellele küsimusele vastata, et ettevõtjatel peaks üldiselt olema võimalik „fragmentaarne“ kogemus sellisel viisil kokku liita. Hankija poolt sellise võimaluse välistamine peaks olema erandlik.

59. Muu hulgas käesolevas ettepanekus neljandale ja viiendale küsimusele antud vastustest tuleneb, et direktiiv ei kirjuta täpselt ette, kuidas või kelle poolt peab asjakohane kogemus olema omandatud. Nii võib teatud tingimustel näiteks olla üldiselt võimalik, et ettevõtja tugineb kogemusele, mis on omandatud: a) lepingute raames, mille on sõlminud tema üksi; b) lepingute raames, mille on allkirjastanud ettevõtjate ühendus, millesse ta kuulub; või c) kolmandate isikute poolt.

60. Kriitilise tähtsusega on siin see, kas terviklik kogemus, olgu see siis tema enda või kolmanda isiku oma, mida see ettevõtja saab tõeliselt kasutada, on piisav lepingu täitmiseks.

61. Järelikult peaks tavaliselt olema ebaoluline see, et kogemus on tehniliselt omandatud kahe või enama eraldi lepingu ning mitte ühe lepingu raames. Kui summeeritud kogemus on piisav lepingu täitmiseks, siis peaks sellest piisama.

22 — Województwo Łódzkie kinnitas kohtuistungil, et KK ei tugine enam ametlikult Słupski tärnele.

23 — Kui KK ei tugine enam Słupski tärnele, siis võib see küsimus olla hüpoteetiline. Ent kuna eelotsusetaotlusest ei selgu, et Słupski tärnele tuginemisest oleks loobutud, kehtib eelotsuse küsimuste asjakohasuse üldine eeldus.

62. Muidugi võib hanke nõuded täita ka *eri ettevõtjate* vahel jagunevate võimaluste või kogemuse ühendamisega. Seda enam oleks lihtsalt ebaloogiline välistada põhimõtteliselt võimalus ühendada *sama ettevõtja* poolt *eri lepingute* raames omandatud võimalused või kogemus.

63. Eri ettevõtjate kogemuse summeerimise piiranguid võib kehtestada, kui nad on „asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalsed“.²⁴ Minu arvates võib seda kaalutlust ja neid piiranguid analoogia alusel kohaldada sama ettevõtja poolt täidetud eri lepingutest pärineva fragmentaarse kogemuse puhul. Seega võib hankija näiteks põhimõtteliselt kehtestada, et teatud kogemuse nõudeid saab täita ainult tuginemisega eraldi lepingutele, millest igauks hõlmab kogemusi eri valdkondadest. Ent selline nõue peab samuti olema vajalik, proportsionaalne ning asjaomase hanke objektiga seotud.

64. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on tuvastada, kas käesolevas konkreetse hankes nõutud kogemus vastab neile tingimustele. Järgmised üldised seisukohad väärivad siiski rõhutamist.

65. Esiteks peaksid hanked põhimõtteliselt olema avatud konkurentsile.²⁵ Seda eesmärki kajastades on kolmanda isiku kogemusele tuginemise välistamine erand. Erand peaks olema ka „fragmentaarse“ kogemuse välistamine. Sellest tulenevalt, kui selline välistus hanketeates või hanketingimustes puudub, siis ei saa selle olemasolu pelgalt eeldada. See peab olema selgelt väljendatud.

66. Teiseks viitab siseriiklik kohus konkreetselt direktiivi artiklile 2, milles on sätestatud ka võrdse kohtlemise põhimõte. Minu arvates ei peaks sellest eri lepingute raames omandatud kogemusele ühendatult tuginemisel tekkima mingeid raskusi, tingimusel et a) *iga* pakkumuse esitav ettevõtja võib põhimõtteliselt ühendatult tugineda sellistele lepingutele; või b) *ükski* ettevõtja ei või seda teha (kui hankija on sellise võimaluse välistanud).

67. Kolmandaks, kui ühendatud tuginemine ei ole välistatud, siis on hankija pädevuses määrata siseriiklike kohtute järelevalve all kindlaks, kas kahest või enamast lepingust tulenev summeeritud kogemus on konkreetsel juhul hankedokumentides sätestatud nõuetele vastamiseks piisav. Muidugi võib olla ka nii, et isegi kui kahte või enamast lepingut tohib põhimõtteliselt summeerida, siis konkreetsel juhul võib kogemus tervikuna olla lihtsalt ebapiisav. Seda hinnates tuleb arvesse võtta kõiki asjakohaseid tegureid, sealhulgas eri lepingute suhet²⁶ ning eritingimusi.²⁷

68. Eeltoodu alusel teen ettepaneku vastata siseriikliku kohtu seitsmendale küsimusele järgmiselt:

Direktiivi 2004/18 artikkel 44 ja artikli 48 lõike 2 punkt a koosmõjus artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõttega lubavad ettevõtjal tugineda kogemusele selliselt, et ta tugineb ühendatult kahele või mitmele lepingule kui ühtsele riigihankelepingule, kui hankija ei ole sellist ühendatud tuginemist sõnaselgelt välistanud. Selline välistus peab olema asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne.

E. Küsimus 6

69. Kuuenda küsimusega küsib siseriiklik kohus, kas pakkuja võib kõrvaldada hankemenetlusest, kuna ta on direktiivi artikli 45 lõike 2 punkti g kohaselt „süüdi raskes pettuses“ (seoses andmete esitamise või esitamata jätmisega), olenemata tema kavatsusest. Samuti küsib siseriiklik kohus, kas see säte võimaldab pakkumuse kõrvaljätmist, kui pakkuja tegelikult ei vasta hanke tingimustele, ent on tehniliselt õigeid andmeid esitanud loovalt, et jätta mulje tingimustele vastavusest.

24 — Vt käesolev ettepanek, punkt 40.

25 — Vt käesolev ettepanek, punkt 25.

26 — Vormilised seosed lepingute vahel ning lepingu eseme, kliendi või täitmise tähtaja jne sarnasused.

27 — Nõutud teenuste integreeritud laad, täitmise tähtaeg ning sellega seotud minimaalse suutlikkuse nõuded jne.

70. Artikli 45 lõike 2 punkti g sõnastus pakub liikmesriigile võimaluse²⁸ kõrvaldada pakkujad teatud raske pettuse juhtudel. Selline raske pettus võib aset leida, kui „nõutav“ teave näiteks tema suutlikkuse kohta esitatakse või jäetakse esitamata.

71. Loomuliku tähenduse kohaselt käsitleb artikli 45 lõike 2 punkt g seega olukordi, kus ettevõtja jätab andmed esitamata või lisab teatud andmed, mis tekitab hankijal eksliku arusaama tema suutlikkuse kohta.

72. Mitte iga andmete ebaõigsus ei kujuta endast kõrvaldamise alust. Määratluse „raske“ või „raskelt“ kasutamine näitab, et pelk ebaõige teabe esitamine on ebapiisav artikli 45 lõike 2 punkti g kohaldamiseks ning ületada tuleb teatav raskuse künnis.

73. Ent on ebaselge, kuidas tuvastada raskust. Eri keeleversioonide võrdlemine ainult suurendab ebamäärasust selles osas. Mõnes keeleversioonis on raskust või tõsidust väljendav sõna seotud mõistega „süüdi“,²⁹ mis teatavasti nõuab teatud kavatsust või ettevaatamatuse määra. Teistes keeleversioonides on raskust või tõsidust väljendav sõna seotud valeandmete esitamisega, millest järeldub, et fookus on teol endal ja/või selle tagajärgedel.³⁰

74. Direktiivi artikli 45 lõike 2 viimane lõik võib siin mõneti aidata. Selles nõutakse, et liikmesriigid määraksid siseriikliku õiguse alusel kindlaks artikli 45 lõike 2 „rakenduskorra“. Nii võib artikli 45 lõike 2 punkti g tõlgendada nii, et selles on sätestatud miinimumtingimused sellise raske pettuse tuvastamiseks, mis on piisavalt tõsine, et lubaks liikmesriikidel pakkuja kõrvaldada. Sätte eesmärk ei ole siiski kõnealust mõistet täielikult ühtlustada.³¹ See tõlgendus vastab samuti kõrvaldamise aluste kitsale tõlgendusele ning vajadusele hinnata iga ettevõtja juhtumit individuaalselt.

75. Millele see minimaalne raskuse määr vastab? Järgmistel põhjustel ma leian, et see „raskus“ peaks olema seotud andmete esitamise või esitamata jätmise (objektiivsete) tagajärgedega, olenemata neid esitava isiku (subjektiivsest) kavatsusest või tahtlusest.

76. Minu arvates kuuluvad artikli 45 lõike 2 punkti g kohaldamisalasse *ainult* teod või tegevusetus, mis annavad sellise konkurentsieelse, tänu millele ettevõtja saab hankemenetluses osalemist jätkata, kui ta muidu poleks seda saanud.³² Ehk teisisõnu, kui raskel pettusel (andmete esitamise või esitamata jätmise näol) ei saa olla mõju hanke tulemusele, ei või see olla kehtiv põhjendus ettevõtja kõrvaldamiseks. Nimetaksin seda edaspidi „tulemuse tingimuseks“.

77. Seda tõlgendust toetavad keeleversioonid, mis rõhutavad pettuse raskust. Seda saab pidada kooskõlas olevaks keeleversioonidega, mis rõhutavad „süü“ raskust. Samuti kajastab see konkurentsile avatuse eesmärki ning on kooskõlas kõrvaldamise aluste kitsa tõlgendamiselega. Kui pakkuja on madalaima hinna või majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel³³ sobivaim lepingut täitma, siis oleks tema hankemenetlusest kõrvaldamine vastuolus direktiivi eesmärgiga tagada, et lepingud sõlmitakse objektiivsete kriteeriumide kohaselt, võimaldades parimat hinna ja kvaliteedi suhet.³⁴

28 — „[...] võib välja jätta iga ettevõtja [...]“ (kohtujuristi kursiv).

29 — Vastavalt prantsuse, itaalia, hispaania ja hollandi keeles: „*gravement coupable*“; „*gravemente colpevole*“; „*gravemente culpable*“ „*in ernste mate schuldig*“.

30 — Vastavalt inglise, saksa ja tšehhi keeles: „*guilty of serious misrepresentation*“; „*in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig*“; „*který se dopustil vážného zkraslení*“. Ning osades keeleversioonides, näiteks slovaki keeles on viide raskusele üldse ära jäetud nii tahtluse kui ka teo tagajärgede osas – „*bol uznaný vinným zo skresľovanie skutočnosti*“.

31 — Vt ka direktiivi artikli 45 lõike 2 punkt d, milles on ette nähtud võimalik kõrvaldamine, juhul kui ettevõtja on „raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu“. Nagu komisjon märgib, viidatakse seda sätet tõlgendavas Euroopa Kohtu praktikas liikmesriikide rollile selle mõiste määratlemisel ning ka sellele, et kõnealuse sätte kohaldamiseks on vaja minimaalset raskuse määra.

32 — Mis sisuliselt mõjutab näiteks eelvalikut või edukaks tunnistamist.

33 — Vt direktiivi artikli 53 lõige 1.

34 — Vt nt direktiivi põhjendus 46.

78. Sellest järeldub, et tulemuse tingimus on tingimus *sine qua non* iga raske pettuse alusel kõrvaldamise puhul.

79. Lisaks leian ma, et artikli 45 lõike 2 punkti g võib teoreetiliselt kohaldada *iga juhtumi* puhul, kus tulemuse tingimus on täidetud. Kui teatud andmete esitamine või esitamata jätmine võib tulemust mõjutada, siis on see juba *iseenest raske*. Mõnes konkreetsetes olukorras võib „ilmse“ või „väikese“ eksimuse või pelga „faktivea“ ootamatu tagajärg olla hanke tulemuse sisuline muutumine. Sellised vead võivad olla täiesti tahtmatud. Ent nad ei ole selgelt väikesed ega triviaalsed konkurendi jaoks, kes kaotab selle tulemusel hanke või satub oluliselt ebasoodsasse olukorda.

80. Seetõttu ma leian, et tulemuse tingimuse täitumine üksi on *piisav, et lubada kõrvaldamist* raske pettuse alusel, ilma et peaks olema täidetud veel mõni tingimus. Sellist artikli 45 lõike 2 punktis g kasutatud mõiste „raske pettus“ tõlgendust, millest on eemaldatud kõik pakkuja kavatsusega seotud subjektiivsed elemendid, toetavad veel kolm täiendavat argumenti.

81. Esiteks ei viita direktiivi artikli 45 lõike 2 punkt g kavatsusele üldiselt, ega ka konkreetsemalt tahtlusele, kergemeelsusele ega ettevaatamatusele, rääkimatagi püüdest neid mõisteid määratleda. Sellises olukorras oleks kohatu püüda määratleda artikli 45 lõike 2 punkti g kohaldamisala, lähtudes sellistest komplekssetest mõistetest, mis tuleks sisuliselt tühjast kohast esile manada. Juba ainuüksi see fakt räägib tungivalt kõnealuse sätte sellise objektiivse tõlgendamise kasuks, nagu olen siin välja pakkunud. Lisaks on artikli 45 lõikes 2 sätestatud ainult põhitingimused, millega liidu õiguses on loodud *võimalus* pakujate hankemenetlusest kõrvaldamiseks. Seejuures antakse sõnaselgelt volitus kehtestada siseriiklikus õiguses rakenduskord, mis võib hõlmata näiteks siseriikliku õiguse mõisteid „ettevaatamatus“ või „tahtlus“.

82. Teiseks on sellega seotud praktiline kaalutlus: kas tõesti oleks mõistlik eeldada, et haldusorgan, mis tegutseb riigihankemenetluses tihti märkimisväärse ajalise surve all ning peab tõenäoliselt läbi vaatama mahukaid pakumisi, peaks uurima ja tuvastama äriühingu tahtluse olemasolu? On päris selge, et selline asi ei tööta.

83. Kolmandaks, isegi kui haldusorgan oleks suuteline äriühingu tahtluse tuvastama, siis kui kasulik see tegelikult oleks? Hangetel osalevatel ettevõtjatel on eelduslikult üldjuhul hoolsuskohustus.³⁵ Kutseline ettevõtja lihtsalt peab oma ala tundma ja tegutsema kohase hoolsusega. See tähendab, et lisaks tahtlusele võetaks tõenäoliselt arvesse ka ettevaatamatuse erinevaid vorme. Kui see on nii, siis ei kujutaks kavatsus endast muidugi mingit eristavat kriteeriumi.

84. Seetõttu on tulemuse tingimus *sine qua non* ning ka üksi piisav artikli 45 lõike 2 punkti g kohaldamiseks. Ent see loob liikmesriigile vaid *võimaluse* ettevõtja kõrvaldamiseks. Kooskõlas artikli 45 lõike 2 viimase lõiguga määratakse üksikasjalikud tingimused selle kohta, kuidas praktikas tuleks ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldada, kindlaks siseriiklikul tasandil.

85. Viimase teemana tuleb seoses direktiivi artikli 45 lõike 2 punktiga g veel märkida, et siseriiklik kohus on sõnaselgelt tõstatanud küsimuse, kas seda sätet võib kohaldada, kui *õigeid* andmeid esitatakse tendentslikult. Ehk teisisõnu viisil, mis jätab mulje, et hanke nõuded on täidetud, kui nad tegelikult ei ole. Siseriikliku kohtu küsimus käsitleb seega olukorda, kus ettevõtja ei vasta hanke nõuetele.

86. Sellises olukorras ettevõtja tavaliselt kõrvaldataks pelgalt selle tõttu, et ta ei vasta hanke tingimustele. Selline pakkuja peaks saama menetluses jätkata ainult siis, kui pakumust muudetakse nii, et ta *vastab* asjaomastele nõuetele. See on ainus stsenaarium, mille puhul oleks vaja direktiivi artikli 45 lõike 2 punkti g alusel kõrvaldamist üldse kaaluda.

35 — Vt kohtuotsus, 29.3.2012, SAG ELV Slovensko a.s. jt (C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 38).

87. Nagu on märgitud minu vastuses esimesele küsimusele, on pärast pakkumuste esitamise tähtaega pakkumuste muutmine selgelt piiratud. Neid piire tõenäoliselt ületatakse, kui muudatused toovad kaasa sellise olulise erinevuse nagu käesolevas asjas (st erinevuse muudatusele eelneva hanketingimustele mittevastavuse ning muudatusele järgneva nõuetele vastavuse vahel).

88. Ent eeldades, et sellised muudatused on teoreetiliselt võimalikud, siis kas asjaomane ettevõtja tuleks siiski hankemenetlusest kõrvaldada tema algses pakkumuses andmete esitamisel raske pettuse tõttu?

89. Minu arvates tuleks sellele küsimusele vastata jaatavalt; sellise ettevõtja kõrvaldamine on *võimalik*. See on nii, kuna a) esialgu ta ei esitanud artikli 48 lõike 2 punkti a kohaselt nõutud andmeid (mis on üks direktiivi artikli 45 lõike 2 punktis g nimetatud raske pettuse liike) ning b) selline andmete esitamata jätmine oli oluline selles mõttes, et sellel oleks olnud mõju hanke tulemusele (tulemuse tingimus).

90. Küsimus ei ole siin niivõrd selles, et ettevõtja tegeles siin oma tegeliku kogemuse „piiripealse turustamisega“. Pigem on asi selles, et ükskõik kuidas tema kogemust esitleti, ei esitanud ta esialgu artikli 48 lõike 2 punkti a kohaselt „nõutavaid“ andmeid ning nende andmete hilisem esitamine muutis hanke tulemust.

91. Eeltoodust tulenevalt teen ettepaneku vastata siseriikliku kohtu kuuendale küsimusele järgmiselt:

Ettevõtjat võib pidada raskes pettuses süüdi olevaks direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 punkti g kohaselt ainult juhul, kui väidetav raske pettus võib mõjutada hankija otsust lubada sel ettevõtjal hankemenetluses jätkata, kui ta poleks seda muidu saanud. Selle sätte kohaldamise tingimus on direktiivi 2004/18/EÜ VII peatüki 2. jaos nõutavate andmete esitamine või esitamata jätmine. Direktiivi artikli 45 lõike 2 punkti g kohaldamine ei sõltu ebaõigete andmete tegelikult esitamisest ega ettevõtja konkreetselt kavatsusest.

V. Ettepanek

92. Teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Krajowa Izba Odwoławcza (riigihangete vaidlustuskomisjon, Poola) küsimustele järgmiselt:

Küsimused 1–3: Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (edaspidi „direktiiv 2004/18/EÜ“) artikkel 51 koosmõjus artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise ning läbipaistva tegutsemise põhimõttega ei luba ettevõtjal dokumentide selgitamise ja täiendamise käigus viidata sellistele kolmandate isikute lepingutele, millele ta ei viidanud pakkumusele lisatud hankelepingute loetelus, ega esitada sellise kolmanda isiku kinnitust, et too annab oma vahendid pakkuja käsutusse.

Küsimus 4: direktiivi 2004/18 artikkel 44 koosmõjus artikli 48 lõike 2 punktiga a ning artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõttega keelab ettevõtjal selle direktiivi artikli 48 lõike 3 tähenduses tugineda teise üksuse teadmistele ja kogemusele, kui hankija on sellise tuginemise sõnaselgelt välistanud. Selline välistus peab olema asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne.

Küsimus 5: direktiivi 2004/18 artiklit 44 ja artikli 48 lõike 2 punkti a tuleb tõlgendada nii, et ettevõtja, kes on lepingu täitnud ettevõtjate ühenduse liikmena, võib tugineda omaenda kogemusena ainult kogemusele, mille ta on omandanud isiklikult sellist lepingut täites. See järeldus ei mõjuta ettevõtja võimalust kasutada kolmandate isikute võimalusi vastavalt direktiivis sätestatud tingimustele.

Küsimus 6: ettevõtjat võib pidada raskes pettuses süüdi olevaks direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 punkti g kohaselt ainult juhul, kui väidetav raske pettus võib mõjutada hankija otsust lubada sel ettevõtjal hankemenetluses jätkata, kui ta poleks seda muidu saanud. Selle sätte kohaldamise tingimus on direktiivi 2004/18 VII peatüki 2. jaos nõutavate andmete esitamine või esitamata jätmine. Direktiivi artikli 45 lõike 2 punkti g kohaldamine ei sõltu ebaõigete andmete tegelikust esitamisest ega ettevõtja konkreetselt kavatsusest.

Küsimus 7: direktiivi 2004/18 artikkel 44 ja artikli 48 lõike 2 punkt a koosmõjus artiklis 2 sätestatud ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõttega lubavad ettevõtjal tugineda kogemusele selliselt, et ta tugineb ühendatult kahele või mitmele lepingule kui ühtsele riigihankelepingule, kui hankija ei ole sellist ühendatud tuginemist sõnaselgelt välistanud. Selline välistus peab olema asjaomase hanke objektiga seotud ja proportsionaalne.