



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PAOLO MENGOZZI
esitatud 25. novembril 2015¹

Kohtuasi C-396/14

MT Højgaard A/S
Züblin A/S
versus
Banedanmark

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon, Taani))

Eelotsusetaotlus — ELTL artikkel 267 — Euroopa Kohtu pädevus — Eelotsusetaotluse esitanud organi määratlemine „kohtuna” — Sõltumatus — Direktiiv 2004/17/EÜ — Hanked — Läbirääkimistega hankemenetlus — Võrdse kohtlemise põhimõte — Ettevõtjate ühenduse muutmine hankemenetluse ajal — Hankelepingu sõlmimine äriühinguga, keda ei olnud eelnevalt välja valitud

1. Kui ettevõtjate ühendus on eelnevalt välja valitud ja on riigihankemenetluses esitanud pakkumuse ning seejärel enne hankelepingu sõlmimist lõpetab see ühendus ühise tegevuse, kuna üks tema kahest liikmest on pankrotis, siis kas avaliku sektori hankija võib võrdse kohtlemise põhimõtet arvestades lubada allesjäänud liikmel, kes ei ole üksi osalemistaotlust esitanud ja keda ei ole seega eelnevalt välja valitud, jätkata menetluses osalemist ja lõpuks temaga hankelepingu sõlmida?

2. Sisuliselt seisneb selles varem käsitlemata küsimus, mille Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) on Euroopa Kohtule esitanud kohtuasjas, mille pooled on ühelt poolt MT Højgaard A/S ja Züblin A/S (edaspidi koos nimetatud „MTHZ”) ehk hankemenetluses osalenud ettevõtjate ühendus ning teiselt poolt Taanis raudteetaristu haldaja Banedanmark ja avaliku sektori hankija kõnealuses menetluses. Eelotsusetaotluse esitanud kohtus väidab MTHZ, et kuna Banedanmark lubas äriühingul Per Aarsleff A/S (edaspidi „Aarsleff”), kes on menetluse ajal ühise tegevuse lõpetanud ühenduse allesjäänud liige, hankemenetluses osaleda ühenduse asemel, kuigi Aarsleffi ei olnud eelnevalt välja valitud, rikkus Banedanmark direktiivi 2004/17/EÜ artiklis 10 sätestatud võrdse kohtlemise põhimõtet.²

3. Käesolevas kohtuasjas palub Taani valitsus Euroopa Kohtul kõigepealt täpsustada põhjusi, miks Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) on kohus ELTL artikli 267 tähenduses. Edasi, mis puudutab sisulist vastust eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusele, siis palutakse Euroopa Kohtul leida õige tasakaal ühelt poolt avaliku sektori hankijate avaliku huvi – et riigihankemenetlused oleksid võimalikult suures ulatuses konkurentsile avatud, mille tulemusel tagatakse hankemenetluses pakkujate võimalikult laialdane osalemine – ning teiselt poolt hankemenetluses osalevate kõigi pakkujate huvi – või pigem õiguse – vahel, mis seisneb nende osalemises menetluses, mille käigus rangelt tagatakse kõigi pakkujate puhul võrdsed võimalused.

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19).

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

4. Põhikohtuasjas kõne all olev riigihange puudutab raudteede ehitamist ning seda reguleerivad järelikult direktiivi 2004/17 sätted, mille üldlevinud nimetus on „sektoripõhine direktiiv”.

5. Direktiivi 2004/17 põhjenduses 9 on märgitud, et selleks „[e]t tagada [...] transpordi[...]teenuste sektoris tegutsevate ostjate riigihangete avatust konkurentsile, on soovitatav koostada sätted, millega ühendus kooskõlastaks selliseid lepinguid, alates lepingute teatavast maksumusest. Selline kooskõlastamine põhineb nõuetel, mida võib tuletada EÜ asutamislepingu artiklitest 14, 28 ja 49 ning EURATOM-i asutamislepingu artiklist 97, nimelt võrdse kohtlemise põhimõttel, mille üheks konkreetseks väljenduseks on mittediskrimineerimise põhimõte [...]. Arvestades sellisest kooskõlastamisest puudutatud sektorite loomust, peaks kooskõlastamine, tagades nendest põhimõtetest kinnipidamise, moodustama heade äritavade raamistiku ja olema võimalikult paindlik”.

6. Selle direktiivi artiklis 10 „Lepingute sõlmimise põhimõtted” on ette nähtud, et „[o]stjad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil”.

7. Nimetatud direktiivi artikli 11 lõikes 2 on sätestatud, et „[e]ttevõtjate ühendused võivad esitada pakkumisi või esitada end kandidaatideks. Ostjad ei või nõuda, et need ühendused võtaksid pakkumise või osalemistaotluse esitamiseks mingi konkreetse juriidilise vormi; ent välja valitud ühendusel võidakse seda nõuda, kui temaga on sõlmitud leping, ja sel määral, kuivõrd see vormi muutmise on vajalik lepingu rahuldavaks täitmiseks”.

8. Sama direktiivi VII peatükki „Menetluse läbiviimine” kuuluvas artiklis 51 „Üldsätted” on ette nähtud:

„1. Osalejate väljavalimiseks lepingute sõlmimise menetluses:

- a) ostjad, olles näinud ette eeskirjad ja kriteeriumid pakkujate või kandidaatide väljajätmiseks artikli 54 lõigete 1, 2 või 4 alusel, jätavad välja ettevõtjad, kes vastavad nendele eeskirjadele ja kriteeriumidele;
- b) nad valivad välja pakkujad ja kandidaadid vastavalt objektiivsetele eeskirjadele ja kriteeriumidele, mis on toodud ära artiklis 54;
- c) piiratud menetluse ja läbiraakimistega menetluse puhul, mille kohta on avaldatud eelnev hankekuulutus, vähendavad nad vajaduse korral artikli 54 alusel kandidaatide arvu, kes on välja valitud punktide a ja b järgi.

[...]

3. Ostjad kontrollivad, et väljavalitud pakkujate esitatud pakkumised vastaksid pakkumiste eeskirjadele ja nõuetele ja sõlmivad lepingu artiklites 55 ja 57 toodud kriteeriumide alusel.”

9. Direktiivi 2004/17 artiklis 54 nähakse ette kord kvalitatiivse valiku tegemise kriteeriumide kohta, mille kehtestavad hankijad, ning selle artikli lõikes 3 on välja toodud, et piiratud või läbiraakimistega menetlustes „[v]alitud kandidaatide arvu puhul võetakse [...] arvesse piisava konkurentsi tagamise vajadus”.

10. Direktiiv 2004/17 tunnistatakse direktiiviga 2014/25/EL kehtetuks alates 18. aprillist 2016.³

3 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv, milles käsitletakse vee-, energia-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17 (ELT L 94, lk 243).

B. Taani õigus

11. Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) asutati 6. juuni 1991. aasta seadusega nr 344 riigihangete vaidlustuskomisjoni kohta (lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud). Komisjoni korraldust ja tegevust reguleerib 12. mai 2010. aasta seadus nr 492 riigihankelepingute sõlmimise eeskirjade rakendamise kohta (lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer), muudetud redaktsioonis (edaspidi „riigihangete seadus“), ning 11. augusti 2011. aasta määrus nr 887 riigihangete vaidlustuskomisjoni kohta (bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud), muudetud redaktsioonis (edaspidi „määrus nr 887“).

12. Seadus teatud äriühingute kohta (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), mis on avaldatud 15. novembri 2013. aasta konsolideeritud seadusega nr 1295, § 2 esimeses lõigus on mõiste „interessentskab” (täisühing, edaspidi „I/S”) määratletud kui „ettevõtja, mille kõik osanikud vastutavad täisühingu kohustuste eest isiklikult, piiramatult ja solidaarselt”. I/S on eraldiseisev juriidiline isik ning tal on õigusvõime.

II. Põhikohtuasja asjaolud, siseriiklik menetlus ja eelotsuse küsimus

13. Banedanmark avaldas jaanuaris 2013 kooskõlas direktiiviga 2004/17 riigihankelepingu sõlmimiseks läbirääkimistega menetluses projekti „TP 4 Urban Tunnels” elluviimiseks seoses Kopenhaageni (Taani) ja Ringstedi (Taani) vahelise uue raudtee rajamisega.

14. Hankedokumentidest ilmneb, et algatatud menetlus nägi ette kolme pakkumuse esitamist ning et läbirääkimised toimuvad pärast kahe esimese pakkumuse esitamist, kusjuures kolmas ja viimane pakkumus pidid viima hankelepingu sõlmimiseni. Hanketeatest selgus samuti, et Banedanmark kavatses paluda 4–6 taotlejal esitada pakkumus ning juhul kui taotlejaid on rohkem kui kuus, viib ta läbi eelvalifitseerimise, mis põhineb sarnaste tööde teostamise kogemusel. Ühtki miinimumnõuet eelvalituks osutumiseks ei olnud ette nähtud.

15. Viis ettevõtjat taotlesid eelvalikus osalemist ning Banedanmark valis nad kõik. Siiski juunis 2013 loobus üks ettevõtja, mistõttu jäid eelvalituks vaid neli pakkujat.

16. Nende hulka kuulus E. Pihl & Søn A/S-ist (edaspidi „Pihl”) ja Aarsleff-ist koosnev ühendus, keda enne eelvalikut esitleti konsortsiumina I/S-i õiguslikus vormis nimega „JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S”. Pihl ja Aarsleff kuulusid suurimate ehitusettevõtjate hulka Taanis. I/S-i asutamislepingu sõlmisid Pihl ja Aarsleff 26. augustil 2013.

17. Siiski kuulutati samal päeval välja Pihli pankrotiotsus. Banedanmark sai otsusest teada sama päeva pärastlõunal ja viivitamata palus Aarsleffilt teavet pankroti mõju kohta toimuvale hankemenetlusele.

18. Vaatamata eelmisel päeval pankroti väljakuulutamisele esitas I/S 27. augustil 2013 esimese pakkumuse, millele olid alla kirjutanud Aarsleff ja Pihl, kuid mitte viimase pankrotihaldur.

19. Pärast Aarsleffiga peetud pikka kirjavahetust Pihli maksejõuetuse tagajärgede haldamise küsimuses teavitas Banedanmark 15. oktoobril 2013 kõiki pakkujaid oma otsusest lubada Aarsleffil jätkuvalt osaleda hankemenetluses, vaatamata Pihli maksejõuetusele.

20. Oma teatises põhjendas Banedanmark otsust asjaoluga, et Aarsleff vastas hankemenetluses osalemiseks nõutavatele tingimustele ilma Pihli tehnilise ja finantssuutlikkuseta, ning asjaolu, et viimane oli ühendusega seotud, ei olnud määrav ettevõtja osalema lubamisel. Teatises toonitas Banedanmark ka asjaolu, et Pihli ei asendata ühissettevõttes uue pakkujaga ja seetõttu jäävad välja valitud pakkujad samaks, sest ühelgi uuel ettevõtjal ei lubatud osaleda hankemenetluses. Banedanmark märkis ka, et Aarsleff võttis pärast pankrotimenetluse algatamist üle rohkem kui 50 Pihli töötajat, sealhulgas võtmeisikud hankemenetlusega seotud projekti elluviimisel.

21. Edasi esitas Aarsleff teise pakkumuse enda nimel, teatades, et pakkumuse esitas ta Pihliga loodud ühenduse õigusjärglasena, et pankrotihaldur ei andnud teada, kas ta kavatses ühenduse asutamislepingut täita ning et seetõttu lõpetas Aarsleff lepingu. Pärast saadud teise ringi pakkumuste hindamist valis Banedanmark hanketingimustest lähtudes kolm majanduslikult soodsaimat pakkumust ning palus kolmel välja valitud pakkujal esitada kolmas ja viimane pakkumus. Nende hulgas olid Aarsleff ja ühendus MTHZ. Viimane pakkumus esitati 12. detsembril 2013.

22. Banedanmark andis 20. detsembril 2013 kolmele välja valitud pakkujale teada, et ta otsustas hankelepingu sõlmida Aarsleffiga, kelle pakkumus oli tervikuna nii kvaliteedilt kui ka hinnalt soodsaim.

23. Pärast eelnimetatud otsuse tegemist pöördus MTHZ eelotsusetaotluse esitanud kohtusse, paludes viimasel esiteks tuvastada, et kuna Banedanmark lubas Aarsleffil hankemenetluses osaleda selle ühenduse asemel, mille ta oli koos Pihliga asutanud, samas kui Aarsleffi ei olnud eelnevalt välja valitud, siis rikkus Banedanmark võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet direktiivi 2004/17 artikli 10 tähenduses. Teiseks palus MTHZ kohtul tühistada otsus sõlmida hankeleping Aarsleffiga.

24. 28. jaanuaril 2014 tehtud eelotsusetaotlusest ilmneb, et eelotsusetaotluse esitanud kohus keeldus MTHZ-i esitatud kaebusele peatava toime andmisest põhjusel, et kiireloomulisuse tingimus ei ole täidetud. Kõnealuses otsuses leidis eelotsusetaotluse esitanud kohus siiski, et *fumus boni iuris*'e tingimus on täidetud, kuna kaebuse läbivaatamisel on tema arvates esmapilgul võimalik järeldada, et on tõenäoline, et lõppotsusega rahuldatakse MTHZ-i esitatud tühistamisnõue. Siinkohal märkis eelotsusetaotluse esitanud kohus kõigepealt, et olukorda, milles ühendust muudetakse enne hankelepingu sõlmimist, tuleb eristada olukorrast, milles kõnealune muutus tehakse pärast hankelepingu sõlmimist. Edasi leidis ta, et asjaolu, et hankija on ühenduse eelnevalt välja valinud, ei tähenda, et ühenduse iga liige oleks eelnevalt individuaalselt välja valitud, olenemata asjaolust, kas hankija võis pakkumuse pinnalt tuvastada, et ühenduse iga liige vastab nõutud tingimustele.

25. Eelotsusetaotluses märgib Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) kõigepealt, et Taani õigusnormide kohaselt ei ole keelatud see, kui pärast pakkumuste esitamist muudetakse riigihankemenetluses osalevat ettevõtjate ühendust. Riigihangete vaidlustuskomisjon leiab seejärel, et hanketeates ei määratlenud Banedanmark pakkujate tehnilise suutlikkuse kvalitatiivseid miinimumnõudeid ning et pakkujate kvaliteeti tuleb hinnata vaid siis, kui nende arv on üle kuue. Neil asjaoludel luges riigihangete vaidlustuskomisjon esitatud teabe alusel, mis puudutas Aarsleffi, tõendatuks selle, et viimane oleks samuti osutunud eelvalituks, kui ta oleks Pihliga loodud ühenduse asemel esitanud taotluse otse.

26. Klagenævnet for Udbudil (riigihangete vaidlustuskomisjon) siiski kahtleb, kas kasutatud menetlus on kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega. Neil asjaoludel otsustas kohus menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas [direktiivi 2004/17] artiklis 10 koosmõjus artikliga 51 ette nähtud võrdse kohtlemise põhimõtet tuleb tõlgendada nii, et niisuguses olukorras, nagu on käsitlusel põhikohtuasjas, on selle põhimõttega vastuolus, kui hankija sõlmib lepingu pakkujaga, kes ei olnud taotlenud eelvalikus osalemist ja keda ei olnud seetõttu eelnevalt välja valitud?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

27. Eelotsusetaotlus saabus Euroopa Kohtusse 20. augustil 2014. MTHZ, Taani valitsus ja Euroopa Komisjon esitasid oma seisukohad ja osalesid 8. septembril 2015 toimunud kohtuistungil.

IV. Õiguslik analüüs

28. Enne eelotsusetaotluse esitanud kohtu esitatud küsimusele vastamist tuleb sissejuhatuseks käsitleda Taani valitsuse tõstatatud küsimust Euroopa Kohtu pädevuse kohta.

A. Euroopa Kohtu pädevus

29. Taani valitsus leiab, et kuigi kohtuotsuses Unitron Scandinavia ja 3-S⁴ Euroopa Kohus juba tunnistas, et käesolevas asjas eelotsusetaotluse esitanud organ, nimelt Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon), on „kohus” ELTL artikli 267 tähenduses, on lähtuvalt asjaoludest, mida Euroopa Kohus võttis arvesse hiljutises otsuses TDC,⁵ milles tekkis probleem tuvastamisel, kas üks teine Taani õiguse alusel tegutsev kaebuste lahendamise komisjon, nimelt Teleklagenævnet (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) on käsitatav kohtuna, vaja välja selgitada, kas ja millistel põhjustel võib Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) kvalifitseerida kohtuks.

30. Sellega seoses olgu meenutatud, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt võtab Euroopa Kohus selleks, et hinnata, kas eelotsusetaotluse esitanud organi puhul on tegemist „kohtuga” ELTL artikli 267 tähenduses – mis on üksnes liidu õiguse valdkonda kuuluv küsimus –, arvesse erinevaid tegureid, sealhulgas seda, kas asjaomane organ on asutatud seadusega, kas ta on alaline, kas talle allumine on kohustuslik, kas tema menetlus on *inter partes*, kas ta kohaldab õigusnorme ja kas ta on sõltumatu.⁶

31. Mis puudutab kriteeriume, mis on seotud sellega, kas eelotsusetaotluse esitanud organ on asutatud seadusega, kas ta on alaline, kas tema menetlus on *inter partes* ning kas ta kohaldab õigusnorme, siis ei sea ükski toimikus sisalduv tõend kahtluse alla, et Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) näol on tegemist ELTL artikli 267 tähenduses kohtuga, nagu on Euroopa Kohus tunnistanud eespool viidatud kohtuotsuses Unitron Scandinavia ja 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). Euroopa Kohtule käesolevas menetluses esitatud teabe põhjal tuleb seevastu põhjalikumalt analüüsida kriteeriume, mis puudutavad seda, kas organile allumine on kohustuslik ja kas ta on sõltumatu, kusjuures viimati nimetatud kriteerium on see, mille alusel Euroopa Kohus eespool viidatud kohtuotsuses TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) keeldus Teleklagenævnetit (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) kohtuna käsitada.

32. Mis puudutab esiteks Klagenævnet for Udbudile (riigihangete vaidlustuskomisjon) allumise kohustuslikkust, siis piirdun ma märkimisega, et asjaolu, et selle organi pädevus on ainupädevus üksnes nn *standstill* perioodil⁷ ja muutub selle perioodi lõppedes kohtutega alternatiivseks, ei sea kahtluse alla seda, et kõnealune organ on käsitatav kohtuna.

4 — C-275/98, EU:C:1999:567. Vt eelkõige punkt 15, milles on viidatud kohtujuristi ettepanekule, Alber, punktid 17 ja 18, sama kohtuasi (C-275/98, EU:C:1999:384).

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

6 — Vt muu hulgas kohtuotsused Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, punkt 21) ja TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punkt 27).

7 — Vt riigihangete seaduse artikli 3 lõige 1 ja artikli 5 lõige 1.

33. Kohtupraktikast ilmneb nimelt, et kohtumenetlusele alternatiivse õiguskaitsevahendi olemasolu ei välista tingimata, et organi, kellele see alternatiivne kaebus esitatakse, võiks kvalifitseerida „liikmesriigi kohtuks” ELTL artikli 267 tähenduses, tingimusel et eelotsusetaotluse esitanud organi otsus on kohustuslik – mis ei ole käesoleval juhul kahtluse all⁸ - ja et kõnealune organ on seaduses ette nähtud organ, mille pädevus ei sõltu poolte tahtest.⁹ Lisaks, kuna põhikohtuasja kaebus esitati *standstill*-perioodil, oli Klagenævnet for Udbudile (riigihangete vaidlustuskomisjon) allumine sel ajal kohustuslik.

34. Mis puudutab teiseks sõltumatusega seotud kriteeriumi, siis olgu meenutatud, et sõltumatuse mõiste, mis on õigusemõistmise ülesandele loomupärane, tähendab eelkõige, et asjaomane organ tegutseb vaidlustatud otsuse vastu võtnud asutuse suhtes kolmanda isikuna. Kohtupraktikast ilmneb, et sellel mõistel on väline aspekt, mis eeldab, et organ on kaitstud väljastpoolt tuleva sekkumise või surve eest, mis võiks ohtu seada selle liikmete sõltumatuse neile lahendamiseks antud vaidluste lahendamisel, ja sisemine aspekt, mis on seotud erapooletuse mõistega ja mille eesmärk on võrdse distantsi säilitamine vaidluse poolte ja nende huvide vahel, mis neil on menetluse eseme suhtes. Sõltumatuse ja erapooletuse tagatised nõuavad selliste normide olemasolu, mis puudutavad muu hulgas organi koosseisu, liikmete nimetamist, ametiaega ning ka liikmete hääletamisest hoidumise, taandamise ja tagasikutsumise aluseid ning mis võimaldavad välistada üksikisikute igasuguse põhjendatud kahtluse selles suhtes, kas nimetatud organ on väljaspool väliste tegurite haardeulatust, ja selles suhtes, kas organ on tema ees seisvate huvide suhtes neutraalne.¹⁰

35. Taani valitsuse viidatud kohtuotsuses TDC järeldas Euroopa Kohus, et Teleklagenævnet (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) ei ole ELTL artikli 267 tähenduses kohus, kuna ta leidis, et see organ ei vasta sõltumatuse kriteeriumile. Euroopa Kohus rajas oma järelduse kahele asjaolule. Esiteks, mis puudutab sõltumatuse välist aspekti, siis märkis Euroopa Kohus, et kuigi Taani õigusnormides on ette nähtud konkreetsed tagatised tavakohtute kohtunike tagasikutsumisel, ei reguleeri Teleklagenævneti (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) liikmete tagasikutsumise tingimusi seevastu erinormid, vaid kuritahtliku tagasikutsumise korral kehtivad üksnes haldus- ja tööõiguse üldnormid.¹¹ Mis puudutab teiseks sõltumatuse sisemist aspekti, siis välistas Euroopa Kohus võimaluse, et Teleklagenævnet (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) on kõne all olevate huvide suhtes kolmas isik, tõdedes, et tema otsuse peale kohtule kaebuse esitamise korral osaleb see organ menetluses vastustajana.¹²

36. Euroopa Kohtu käsutuses oleva teabe kohaselt puuduvad Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) puhul siiski mõlemad asjaolud, mida Euroopa Kohus kohtuotsuses TDC arvesse võttis.

37. Nimelt, mis puudutab esiteks sõltumatuse sisemist aspekti, siis kinnitas Taani valitsus nii oma seisukohtades kui ka kohtuistungil sõnaselgelt, et erinevalt Teleklagenævnetist (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) ei ole Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) pool nende otsuste peale esitatud kaebuste alusel algatatud kohtuasjades, mida tavakohtud menetlevad. Seega puudub igasugune põhjus kahelda selles, et ta on kõne all olevate huvide suhtes kolmas isik.

8 — Riigihangete seaduse artiklite 13, 14 ja 16–18 kohaselt võib Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) muu hulgas tühistada otsuseid või õigusvastaselt sõlmitud hankelepinguid, teha ettekirjutusi, määrata rahalisi karistusi ja hüvitisi ning tunnistada lepinguid kehtetuks.

9 — Vt kohtuotsus Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punktid 22 ja 23 ning seal viidatud kohtupraktika). Vt ka seda küsimust käsitleva kohtupraktika täielik analüüs kohtujuristi ettepanekus, Jääskinen, sama kohtuasi (C-203/14, EU:C:2015:445, punkt 40 jj).

10 — Vt muu hulgas kohtuotsus Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punktid 49–53 ja seal viidatud kohtupraktika).

11 — Kohtuotsus TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punktid 34–36).

12 — *Ibidem* (punkt 37).

38. Mis puudutab teiseks sõltumatuse välist aspekti, siis tuleb märkida, et Euroopa Kohtu valduses olevast toimikust ilmneb, et Teleklagenævneti (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) ja Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) vahel esineb märkimisväärsed erinevusi seoses nende koosseisu, nende liikmete tagasikutsumise vastaste tagatiste ja nende toimimisega.

39. Nii ilmneb riigihangete seaduse asjakohastest sätetest, et Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) – mis asutati muu hulgas direktiivi 89/665/EMÜ¹³ rakendamiseks – koosneb presidendist ja teatud arvust asepresidentidest (kes moodustavad juhtkonna) ning teatud arvust ekspertliikmetest, kelle kõik nimetab ettevõtjuse ja majanduskasvu minister (Erhvervs- og vækstministeren) perioodiks, mille pikkus on kuni neli aastat.¹⁴

40. Erinevalt Teleklagenævnetist (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) peab Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) juhtkond siiski koosnema teise astme kohtute kohtunikest.¹⁵ Nagu aga ka Euroopa Kohus kohtuotsuses TDC¹⁶ leidis, on neile kohtunikele tagatud spetsiifiline kaitse tagasikutsumise eest. See kaitse, mis rajaneb Taani põhiseaduse artiklil 64, laieneb nähtuvalt kohtuistungil kinnitatust ka vaidlustuskomisjonide juhtkondadele.

41. Lisaks ilmneb seadusesätete analüüsimisel, et juhtkonna liikmetel on Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) otsuste tegemises märkimisväärselt olulisem roll kui ekspertliikmetel. Oma tavapärasel koosseisus koosneb see organ nimelt ühest juhtkonna liikmest, kes tegutseb presidendina, ja ühest ekspertliikmest. Kui otsuse tegemisel jagunevad hääled võrdselt, on presidendi hääl otsustav.¹⁷ Lisaks võivad juhtkonna liikmed teatud otsuseid vastu võtta ekspertliikmete osaluseta¹⁸ ja nende hääl on suurem kaal otsuste tegemisel keerukamates või põhimõttelisi küsimusi puudutavates asjades.¹⁹

42. Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) osa liikmete ehk ekspertliikmete jaoks ei ole samamoodi nagu Teleklagenævneti (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) puhul Taani õiguses ette nähtud nende tagasikutsumise erinorme ning kuritahtliku tagasikutsumise korral kehtivad üksnes haldus- ja tööõiguse üldnormid.

43. Siinkohal olgu siiski märgitud, et kuigi vastab tõele, et teatud otsustes on Euroopa Kohus kinnitanud, et selleks et pidada eelotsusetaotluse esitanud organi sõltumatuse tingimust täidetuks, on kohtupraktika kohaselt eelkõige nõutav, et selle organi liikmete tagasikutsumise juhud oleksid kindlaks määratud sõnaselgete õigusnormidega,²⁰ tuleb tõdeda, et nendes kohtuasjades oli selliste õigusnormide puudumise tuvastamine üks hindamistegureid, mis oli küll väga tähtis, kuid mis kuulus eelotsusetaotluse esitanud organit iseloomustavate tunnuste igakülgse analüüsi.²¹ Just kõikide nende tegurite igakülgse analüüsi põhjal on Euroopa Kohus kõnealustes kohtuasjades eitanud, et teatud

13 — Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiv riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), mida on muudetud.

14 — Vt riigihangete seaduse artikli 9 lõige 1 ja lõike 2 esimene lause.

15 — Vt riigihangete seaduse artikli 9 lõike 2 teine lause.

16 — Kohtuotsus TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punkt 35).

17 — Vt riigihangete seaduse artikli 10 lõike 4 esimene lause ja lõige 5. Esimeses sättes on ette nähtud, et välja arvatud selle artikli lõikes 6 kirjeldatud olukorras, osalevad üksikjuhtumi menetlemisel üks juhtkonna liige ja üks ekspertliige. Teise sätte kohaselt tehakse Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) otsused lihthäälteenamusega ja häälte võrdse jagunemise korral on otsustav presidendi hääl.

18 — Vt riigihangete seaduse artikli 10 lõige 6.

19 — Vt riigihangete seaduse artikli 10 lõige 4, mille kohaselt Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) president võib erijuhtudel otsustada suurendada juhtumi menetlemisel osalevate juhtkonna liikmete ja ekspertliikmete arvu. Sellisel juhul peab juhtkonna liikmete arv vastama ekspertliikmete arvule. Sellest sättest – mida kasutatakse keerukamates või põhimõttelisi küsimusi puudutavates asjades – nähtub, et ka sellist liiki eriti oluliste juhtumite lahendamisel koosneb Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) võrdsest arvust juhtkonna liikmetest ja ekspertliikmetest, mis tähendab, et kuna presidendi hääl on otsustav, on juhtkonna liikmete hääle kaal otsuse vastuvõtmisel suurem.

20 — Kohtumäärus Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, punkti 24 lõpp) ja kohtuotsus TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punkt 32).

21 — Vt kohtuotsus Syfait jt (C-53/03, EU:C:2005:333, punkt 37).

organid on käsitatavad kohtuna.²² Pealegi, teatud juhtudel eriti siseriiklike asutuste puhul, kes vastutavad riigihangete valdkonnas kaebuste lahendamise eest direktiivi 89/665 alusel, on Euroopa Kohus tunnistanud, et eelotsusetaotluse esitanud organ on käsitatav kohtuna, ilma et ta oleks tõstatanud küsimuse niisuguste õigusnormide olemasolu kohta.²³

44. Käesolevas asjas tuleb märkida, et mitte ainult oluline osa Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) liikmetest ja eelkõige liikmed, kelle roll otsuste tegemisel on olulisem, on hõlmatud konkreetse tagasikutsumise vastaste tagatisega, nimelt põhiseadusliku tagatisega, vaid toimikust nähtub, et muud asjaolud tugevdavad selle organi sõltumatust võimalikust väljastpoolt tulenevast sobimatust sekkumisest ja survest. Nii on Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) käsitatav kolmanda isikuna asutuse suhtes, kes on teinud otsuse, mille peale on põhikohtuasjas kaebus esitatud.²⁴ Täpsemalt puudub igasugune funktsionaalne side Erhvervsstyrelseniga (Taani ettevõtlusamet), kes annab tema kasutusse sekretariaadi, ja samuti avaliku sektori hankijatega, kelle aktid on tema menetluses vaidlustatud.²⁵ Lisaks täidab Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) oma ülesandeid täiesti autonoomselt, ilma mis tahes hierarhilise või alluvussuhteta ja saamata ükskõik kellelt korraldusi või juhiseid.²⁶ Kõik tema liikmed on kohustatud oma ülesandeid täitma sõltumatult.²⁷ Lisaks, kuna Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) võib muu hulgas tuvastada otsuste või hankelepingute õigusvastasuse ning teha seoses lepingute sõlmimisega ettekirjutusi, täidab ta sisuliselt õigusemõistmise ülesannet.²⁸

45. Lõpuks olgu meenutatud, et direktiivis 89/665 nimetatud siseriiklike asutuste – kes vastutavad riigihangete valdkonnas kaebuste lahendamise eest – õigusliku staatuse hindamise kontekstis on Euroopa Kohus juba kinnitanud, et tegemist on ELTL artikli 267 tähenduses „kohtuga”, paljude muude siseriiklike organite puhul, mis on sisuliselt sarnased käesolevas kohtuasjas eelotsusetaotluse esitanud organiga.²⁹

46. Kõiki neid kaalutlusi arvestades ei tule minu arvates kahtluse alla seada järeldusi, mille Euroopa Kohus tegi kohtuotsuses Unitron Scandinavia ja 3-S ning mille kohaselt Klagenævnet for Udbud (riigihangete vaidlustuskomisjon) on „kohus” ELTL artikli 267 tähenduses.

B. Eelotsuse küsimus

47. Oma eelotsuse küsimuses palub eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitada, kas direktiivi 2004/17 artiklis 10 koostoimes sama direktiivi artikliga 51 ette nähtud võrdse kohtlemise põhimõtet tuleb tõlgendada nii, et niisuguses olukorras, nagu on käsitlusel põhikohtuasjas, on selle põhimõttega vastuolus see, kui hankija sõlmib lepingu pakkujaga, kes ei olnud taotlenud eelvalikus osalemist ja keda ei olnud seetõttu eelnevalt välja valitud.

22 — Vt Euroopa Kohtu analüüs kohtuotsustes Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punktid 37–43), Syfait jt (C-53/03, EU:C:2005:333, punktid 30–37) ja kohtumääruses Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, punktid 25–30). Isegi kohtuotsuses TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) tugines Euroopa Kohus kahele tegurile ehk sisemist aspekti ja välimist aspekti puudutavale, kui ta leidis, et Teleklagenævnet (telekommunikatsioonivaldkonna vaidlustuskomisjon) ei ole sõltumatu (vt käesolev ettepanek, punkt 35).

23 — Vt näiteks kohtuotsus HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punktid 24–28).

24 — Vt kohtuotsus Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 19 ja seal viidatud kohtupraktika).

25 — Vt *a contrario* kohtuotsus Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punktid 37–40).

26 — Vt kohtuotsus Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 19 ja seal viidatud kohtupraktika).

27 — Vt 11. augusti 2011. aasta määruse nr 887 riigihangete vaidlustuskomisjoni kohta artikli 1 lõige 4. Selle elemendi asjakohasuse kohta vt kohtuotsus Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punkt 35).

28 — Vt kohtuotsus Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punkt 37).

29 — Vt kohtuotsus Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 26 ja seal viidatud kohtupraktika).

48. Eelotsuse küsimus kuulub faktilisse konteksti, kus kahest ettevõtjast koosnev ühendus, mis on asutatud äriühingu vormis ja on riigihankemenetluses eelnevalt välja valitud, lõpetab ühise tegevuse, kuna üks tema kahest liikmest on pankrotis, ning kus avaliku sektori hankija lubab allesjäänud liikmel ühenduse asemel jätkata menetluses osalemist ning lõpuks sõlmib temaga lepingu vaatamata asjaolule, et kõnealust liiget kui sellist eelnevalt välja ei valitud. Just niisugusele olukorrale viitab eelotsusetaotluse esitanud kohus oma eelotsuse küsimuses.

49. Eelotsuse küsimus puudutab seega sisuliselt avaliku sektori hankija võimalust võrdse kohtlemise põhimõtet arvesse võttes lubada ettevõtjate ühenduse liikmel, keda isiklikult eelnevalt ei ole välja valitud, riigihankemenetluses astuda ühenduse asemele.

1. Kohaldatavad õigusnormid

50. Kõigepealt tuleb märkida, et direktiivis 2004/17 puuduvad erisätted ettevõtjate ühenduse koosseisu muutmise kohta.

51. Direktiivi ainus säte, mis reguleerib ettevõtjate ühendust, on artikli 11 lõige 2³⁰, mis siiski ei puuduta ühenduse muutmist riigihankemenetluses. Seega, kuna direktiivis puuduvad normid vastavate muudatuste tegemiseks, tuleb jõuda järeldusele, et muudatuste reguleerimine kuulub liikmesriikide pädevusse.³¹ Neil asjaoludel tuleb vajaduse korral siseriiklikul seadusandjal üldjuhul või avaliku sektori hankijal erijuhtumil kehtestada vastavad eeskirjad.³²

52. Siinkohal tuleb veel välja tuua, et kohtuotsuses Makedoniko Metro ja Michaniki³³ leidis Euroopa Kohus, et direktiiviga 93/37 riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kohta³⁴ ei ole vastuolus siseriiklikud õigusnormid, millega keelatakse pärast pakkumuste esitamist muuta ettevõtjate niisuguse ühenduse koosseisu, kes osaleb riigihankemenetluses.

53. Käesolevas asjas tuleneb siiski eelotsusetaotlusest esiteks, et Taani õigusnormides puuduvad erisätted ettevõtjate ühenduse koosseisu muutmise kohta, ning teiseks, et ka avaliku sektori hankija ei näinud hanketeates selles osas ette erinorme.

54. Neil asjaoludel on hankemenetluses ettevõtjate ühenduse koosseisus muudatuste tegemise lubatavuse küsimus allutatud liidu õiguskorra osaks olevatele õiguse üldpõhimõtetele, sealhulgas nimelt direktiivi 2004/17 artiklis 10 ette nähtud võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetele ning see on piiritletud nende põhimõtete järgimisega.

2. Võrdse kohtlemise põhimõte riigihankemenetluses

55. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt nõuab võrdse kohtlemise põhimõte, et sarnaseid olukordi ei käsitletaks erinevalt ja erinevaid olukordi ei käsitletaks ühtemoodi, välja arvatud juhul, kui selline kohtlemine on objektiivselt õigustatud³⁵.

30 — Vt käesolev ettepanek, punkt 7. See artikkel on direktiivi 2014/25 artikli 37 lõigetes 2 ja 3 sisuliselt üle võetud.

31 — Vt analoogia alusel seoses nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiviga 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163), kohtuotsus Makedoniko Metro ja Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47, punkt 61).

32 — Nende normide andmisel peab seadusandja või avaliku sektori hankija alati järgima õiguse üldpõhimõtteid. Vt selle kohta direktiivi 2004/17 põhjendus 9 ja veel konkreetsemalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18 ehitustööde riigihanklepingute, asjade riigihanklepingute ja teenuste riigihanklepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132) põhjendus 2. Vt ka direktiivi 2014/25 põhjendus 2.

33 — C-57/01, EU:C:2003:47, punktid 61 ja 63.

34 — Vt 31. joonealune märkus.

35 — Vt muu hulgas kohtuotsused Fabricom (C-21/03 ja C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 27 ja seal viidatud kohtupraktika) ning Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 30).

56. Euroopa Kohus on korduvalt kinnitanud, et pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte ning avaliku sektori hankijate kohustus tagada selle põhimõtte järgimine vastab liidu riigihankenormide põhisusele.³⁶

57. Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte, mille eesmärk on soodustada hankemenetluses osalevate ettevõtjate vahelise terve ja tegeliku konkurentsi arengut, nõuab kõigile pakkujatele pakkumuse koostamisel võrdsete võimaluste tagamist ning tähendab seega, et kõigi pakkujate esitatud pakkumustele peavad kehtima samad tingimused³⁷. Nimetatud põhimõte tähendab, et pakkujatel peavad olema võrdsed võimalused *kogu riigihankemenetluse jooksul*, nimelt nii pakkumuste ettevalmistamise kui ka avaliku sektori hankija poolt pakkumuste hindamise ajal³⁸.

58. Tõsi on aga see, et Euroopa Kohus on leidnud, et üks riigihangete valdkonna õigusnormide eesmärgi on saavutada võimalikult suur konkurentsile avatus ning et liidu õiguse huvides on, et oleks tagatud võimalikult paljude pakkujate osavõtt hankemenetlusest,³⁹ kusjuures see võimalikult suur konkurentsile avatus on ette nähtud mitte ainult arvestades liidu huvi kaupade ja teenuste vaba liikumise valdkonnas, vaid ka avaliku sektori hankija enda huvides, kellel on seeläbi laiem võimalus valida soodsaim ja asjaomase üldsuse vajadustele kõige paremini vastav pakkumus.⁴⁰

59. Riigihanke valdkonnas tuleb siiski arvesse võtta nii eesmärki tagada tõhus konkurents kui ka pakkujate vahel võrdsuse põhimõtte järgimist. Seega, kui Euroopa Kohus on kinnitanud, et võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldamine hankemenetlustes ei ole eesmärk iseenesest, vaid seda tõlgendades peab lähtuma sellega seatud eesmärkidest⁴¹, saab eesmärki saavutada võimalikult suur konkurentsile avatus ellu viia ja täita siiski ainult tingimusel, et ettevõtjad osalevad hankemenetluses võrdsetel alustel mis tahes diskrimineerimiseta⁴². Arvestades, et tõhusa konkurentsi edendamine on osa laiemast eesmärgist edendada konkurentsi, mis enne tõhusalt toimimist peab olema aus, kaasneb sellega tingimata piirang, et järgitakse pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.⁴³

60. Siinkohal tuleb ka märkida, nagu seda on rõhutanud teatavad menetluse astujad, et pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttel võib olla oluline roll enne hankelepingu sõlmimist, kui erinevad pakkujad omavahel konkureerivad. Pärast lepingu sõlmimist keskendub huvi seevastu lepingu täitmisele. Niisuguses kontekstis ei tekita sündmused, nagu lepingu sõlminud ühenduse muutmine, üldjuhul küsimusi pakkujate võrdse kohtlemise suhtes, vaid pigem küsimusi, mis puudutavad asjaomase lepingu oluliste tingimuste võimalikku muutmist⁴⁴ või lepingu nõuetekohase täitmise ohtu seadmist⁴⁵.

36 — Vt selle kohta kohtuotsused *Fabricom* (C-21/03 ja C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 26) ning *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45 ja seal viidatud kohtupraktika).

37 — Vt selle kohta kohtuotsused komisjon vs. *CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 110) ja *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 33).

38 — Vt selle kohta kohtuotsus *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, punktid 33 ja 34), *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45 ja seal viidatud kohtupraktika) ning kohtumäärus *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, punkt 38). Kohtujuristi kursiiv.

39 — Vt selle kohta kohtuotsused *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 26) ja *CoNISM* (C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37).

40 — Kohtuotsus *CoNISM* (C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37). Läbirääkimistega menetluste puhul on „piisava” konkurentsi nõue ka sõnaselgelt välja toodud direktiivi 2004/17 artikli 54 lõikes 3, mida on mainitud käesolevas ettepanekus, punkt 9.

41 — Vt selle kohta kohtuotsus *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 29).

42 — Vt kohtujuristi ettepanek, *Léger*, liidetud kohtuasjad *Fabricom* (C-21/03 ja C-34/03, EU:C:2004:709, punkt 22) ning kohtujuristi ettepanek, *Poiares Maduro*, kohtuasi *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:544, punkt 23).

43 — Vt selle kohta kohtujuristi ettepanek, *Poiares Maduro*, liidetud kohtuasjad *La Cascina jt* (C-226/04 ja C-228/04, EU:C:2005:524, punkt 26).

44 — Vt kohtuotsus *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 40 jj).

45 — Sellega seoses olgu märgitud, et direktiivi 2014/25 artikli 89 lõike 1 punkti d alapunkt ii reguleerib sõnaselgelt juhtumit, kus pärast hankelepingu sõlmimist muutub lepingupool. Nimetatud sättes on ette nähtud, et puudub vajadus viia läbi uus hange muu hulgas juhul, kui selle isiku asemele, kellega hankija algselt hankelepingu sõlmis, astub uus lepingupool „algse töövõtja täielik[ul] või osali[sel] asendami[sel], tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest, sealhulgas ülevõtmisest, ühinemisest, omandamisest või maksejõuetuks muutumisest, teise algseid kvalitatiivseid kvalifitseerimise tingimusi täitva ettevõtjaga, kui sellega ei kaasne muid olulisi hankelepingu muudatusi ning selle eesmärk ei ole [...] direktiivi kohaldamisest kõrvale hoida”.

61. Neid põhimõtteid arvesse võttes tuleb analüüsida piire, mis niisugusel juhul nagu käesolevas asjas on võrdse kohtlemise põhimõttega kehtestatud avaliku sektori hankija võimalusele lubada enne hankelepingu sõlmimist ettevõtjal, kes esialgu ei olnud välja valitud, astuda teise ettevõtja asemele, milleks on eelnevalt välja valitud ühendus, kuhu esimene ettevõtja kuulus.

3. Võimalus riigihankemenetluses lubada ettevõtjal, keda ei ole eelnevalt välja valitud, asuda teise ettevõtja asemele

62. Ilmne on see, et menetluse astujate vahel puudub vaidlus asjaolu üle, et eelvalikuga hankemenetlustes saavad üksnes eelnevalt välja valitud pakkujad esitada pakkumusi ning seega saab lepingu sõlmida ainult nendega.

63. Ma nõustun vastava lähenemisega, mille otsene õiguslik alus – nagu MTHZ õigesti toonitab – on direktiivi 2004/17 artikli 51 lõige 3. Kuna kõnealuses sättes on ette nähtud, et avaliku sektori hankijad „kontrollivad, et *väljavalitud* pakkujate esitatud pakkumised vastaksid” nõuetele, siis eeldatakse sellega, et eelnevalt välja valitud ettevõtja ja pakkumuse esitanud ettevõtja on sama isik.⁴⁶ Põhimõte seisneb seega selles, et eelnevalt välja valitud ettevõtja ning ettevõtja, kes esitab pakkumuse ja kellega võidakse sõltuvalt olukorrast sõlmida hankeleping, peavad olema õiguslikult ja sisuliselt sama isik.

64. Siinkohal tuleb täpsustada, et vastupidi kohtuistungil komisjoni väidetule puudub minu arvates kahtlus, et käesoleval juhul ei ole I/S-i vormis asutatud ühendus ja Aarsleff ei õiguslikult ega sisuliselt sama isik. Kuigi Aarsleff oli I/S-i üks osanik, puudub kahtlus, et ta on juriidiline isik, kes on sisuliselt ja õiguslikult eraldiseisev ühendusest, mille liige ta oli.

65. Eelnevat selgitust arvestades tekib küsimus, kas võrdse kohtlemise põhimõtet, nagu seda tõlgendatakse käesoleva ettepaneku punktides 55–59, arvesse võttes on põhimõttest, et eelnevalt välja valitud pakkuja ja pakkumuse esitanud pakkuja peavad olema sama isik, lähtuvalt lubatud teha erandeid muu hulgas põhikohtuasjas esinevatel asjaoludel.

66. Minu arvates aga ei saa see põhimõte olla absoluutse ulatusega ja ilma eranditeta. Ma leian, et esineda võib – küll piiratud hulk – juhtumeid, kus pakkuja isiku muutmine menetluse jooksul peaks olema lubatud, eelkõige lähtudes nõudest säilitada riigihankemenetluses võimalikult suur konkurentsile avatus.

67. Siiski, nagu ma märkisin käesoleva ettepaneku punktis 59, kuna nimetatud nõudele seatakse piirid võrdse kohtlemise põhimõtte järgimisega, siis ei saa avaliku sektori hankija pakkujaid ebavõrdselt kohelda, esitades põhjendusena nõude, et riigihankemenetlus peab konkurentsile olema maksimaalselt avatud. Eelnevalt välja valitud pakkuja ja pakkumuse esitanud pakkuja sama isiku põhimõttest võimalike erandite suhtes – mille puhul samuti erandina üldpõhimõttest tuleb kasutada piiravat lähenemist⁴⁷ – kehtib seega absoluutne piirang, et järgitakse pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.

68. Olles need põhimõtted kindlaks teinud, tuleb küsida, milline lähenemine *in concreto* võimaldab kõige paremini ühitada – põhikohtuasjas käsitletavaga sarnasel juhul omavahel vastuolus olla võivad – nõuded, mis on tingitud pakkujate võimaluste võrdsuse rangest järgimisest ja konkurentsi maksimaalsest avatusest.

69. Kõik menetluse astujad pakuvad välja erineva lähenemisviisi.

46 – Väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluste reguleerimisel on direktiivi 2014/25 artikli 47 lõige 2 selles osas veel selgem, kuna selles on ette nähtud, et „[l]äbirääkimistel võivad osaleda ainult need ettevõtjad, keda võrgustiku sektori hankija kutsus esitatud teabe hindamise põhjal läbirääkimistel osalema”.

47 – Vt selle kohta kohtuotsused Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, punkt 24) ning Pfeiffer jt (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 52 ja seal viidatud kohtupraktika).

70. Kõigepealt välistan ma käesoleva ettepaneku punktis 66 toodud põhjustel lähenemise, mida toetab MTHZ ja mille kohaselt ei tuleks kunagi erandeid teha eelnevalt välja valitud ettevõtja ja pakkumuse esitanud ettevõtja vastavuse põhimõttest.

71. Mis puudutab komisjoni, siis ta leiab sisuliselt, et kui ettevõtja, keda ei ole eelnevalt välja valitud – nagu juhul, kui ühenduse liige jääb ühendusse –, vastab hanketingimustele, ei ole võrdse kohtlemise põhimõttega vastuolus, kui avaliku sektori hankija lubab tal menetluses edasi osaleda. Siiski ei ole vastava lahendusega tagatud, et rangelt järgitakse pakkujate võimaluste võrdväarsuse nõuet.

72. Asjaolu, et uus ettevõtja järgib hanketingimusi⁴⁸, on küll vajalik tingimus, et pakkujaid ei diskrimineeritaks. Siiski ei ole üksnes selline asjaolu iseenesest piisav tagamaks, et saades loa hankemenetluses osalemiseks hiljem kui teised pakkujad, ei ole uuel ettevõtjal menetlusse astumisel konkurentsieeliseid. Niisugused eelised võivad esineda näiteks teabe kujul, mida teistel pakkujatel ei olnud,⁴⁹ kui nad otsustasid hankemenetluses osaleda.⁵⁰

73. Taani valitsus leiab, et käesoleva juhtumiga sarnases olukorras ei ole võrdse kohtlemise põhimõttega vastuolus, kui hankija võiks eelneva väljavalmimise ja hankelepingu sõlmimise vahel heaks kiita pakkuja isiku muudatused, eeldusel et täidetud on kaks tingimust. Esiteks peab pakkuja, kelle isik on muutunud, ise täitma allesjäänud kujul eelvalikuks ette nähtud vastavuse nõuded ning teiseks ei tohi pakkuja isiku muudatus mõjutada eelnevalt välja valitud taotlejate ringi selles tähenduses, et isegi kui eelvalikus oleks pakkuja allesjäänud osa osalenud algusest peale uues vormis, oleks eelnevalt välja valitud ikkagi samad taotlejad.

74. Ma leian aga, et ka see lahendus ei ole rahuldav. Esimene tingimus vastab minu arvates sellele, mida nõutakse komisjoni välja pakutud lahenduses. Mis puudutab teist tingimust, siis ma ei usu, et oleks piisav, kui isikut puudutav muudatus ei mõjuta eelnevalt välja valitud taotlejate ringi, selleks et tagatud oleks pakkujate võimaluste võrdsuse range järgimine. Käesoleva ettepaneku punktis 72 tooduga samadel kaalutlustel olen ma arvamusel, et asjaolust, et ühtki ettevõtjat ei jätetud menetlusest alusetult välja ega ühelgi ei lubatud alusetult selles osaleda, mis on samuti diskrimineerimise vältimiseks vajalik tingimus, ei piisa pakkujate võimaluste võrdsuse nõude järgimise tagamiseks.

75. Ma olen seisukohal, et kui puuduvad sõnaselged eeskirjad, mille eelnevalt on andnud seadusandja või avaliku sektori hankija, on otstarbekas, kui hankija viib läbi juhtumipõhise analüüsi *in concreto* kõigi faktiliste asjaolude alusel, mis on talle teada, selleks et kontrollida, kas kõnealune isikut puudutav muudatus toob kaasa olukorra, kus pakkujatel ei ole hankemenetluses võrdseid võimalusi, eriti – kuid mitte ainult – nende pakkumuste sõnastamisel. Analüüsi eesmärk on iseäranis kontrollida, kas vastav muudatus annab uuele pakkujale konkurentsieelise, muutes sellega konkureerimise protsessi.

76. Hulk isikut puudutava muudatuse juhtumeid on aga *in abstracto* võimalik ning selles kontekstis puudub vajadus neid analüüsida. Ma märgin üksnes, et juhul kui isiku muutmine on eranditult vormilise, mitte aga sisulise ulatusega, kuna see seisneb näiteks eranditult vormi muutumises või sisemises ümberkorraldamises, millel ei ole olulisi tagajärgi⁵¹, on ebatõenäoline, et vastav muudatus tekitaks olukorra, mis toob kaasa võimaluste ebavõrdsuse.

48 — Pealegi ei ole selge, kas selle ettepaneku kohaselt peaks uue ettevõtja vastama hanketingimustele hetkel, mil toimus muudatus, või peab ta nendele tingimustele vastama ajal, mil kõik teised pakkujad valiti eelnevalt välja.

49 — Seoses juhtumiga, kus Euroopa Kohus võttis võimalikke konkurentsieeliseid arvesse teabe tõttu, mille pakkuja oleks võinud saada kõnealuse riigihanke kohta, vt kohtuotsus *Fabricom* (C-21/03 ja C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 29).

50 — Lisaks tuleb märkida, et komisjon ise mõonab oma seisukohtades, et tema välja pakutud kriteerium ei võimalda tagada, et konkurentsi moonutamise oht oleks täielikult välistatud.

51 — Vt analoogia alusel kohtuotsus *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, punktid 43–45).

77. Siiski olen ma arvamusel, et niisugune olukord nagu põhikohtuasjas, kus ühendus, mis on asutatud juriidilise isiku õiguslikus vormis, mis on eraldiseisev ühenduse moodustavatest ettevõtjatest, lõpetab tegevuse ja menetluses asendatakse ühenduse allesjäänud liikmega, ei kujuta endast isiku muutmist, millel on eranditult vormiline, mitte aga sisuline ulatus.

78. Neil asjaoludel leian ma, et eelotsusetaotluse esitanud kohtul tuleb temale teada olevate faktiliste asjaolude alusel *in concreto* tuvastada, kas käesoleval juhul tõi Banedanmarki otsus endaga kaasa erinevate menetluses osalenud pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumise, ning iseäranis, kas hetkel, mil Aarsleffil lubati astuda I/S-i asemele, sai ta menetluses konkurentsieeliseid, võrreldes teiste pakkujatega.

79. Lähtudes teabest, mis on Euroopa Kohtu toimikus, piirdun ma siinkohal järgmiste kaalutlustega.

80. Kõigepealt toonitab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et tõendatuks tuleb lugeda see, et kui Aarsleff oleks otse esitanud taotluse, selle asemel et teha seda ühenduse vahendusel, mille tegevus lõpetati, oleks ta ise olnud eelnevalt välja valitud. Siiski ei välista see asjaolu minu arvates, et käesoleval juhul võiks tegemist olla võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumisega. Käesolevas kohtuasjas otsustav küsimus ei ole vaid (või üksnes) see, kas Aarsleff oleks (hüpoteetiliselt) võidud ise eelnevalt välja valida, vaid kas teda oleks erinevalt koheldud – mis andis talle konkurentsieelise – hetkel, mil tal lubati ainsana osaleda menetluses, ilma et teda oleks eelnevalt välja valitud.

81. Edasi ilmneb, et Aarsleff sai otsustada osaleda ise hankemenetluses teabe alusel, mis teistel pakkujatel puudus, kui nad tegid otsuse selles hankes osalemiseks.⁵² Eelkõige väitis MTHZ, et kui Aarsleff sai pärast Pihli pankroti väljakuulutamist ja seega ühenduse tegevuse lõpetamist loa teha vastav otsus, oli ta esiteks teadlik nende ettevõtjate täpsest arvust, kes osalesid selles menetluses ja kes olid pakkumuse esitanud, ning teiseks teadis ta, et selle ühenduse esitatud pakkumus, kuhu Aarsleff kuulus, oli hinnatud paremuselt teiseks. Peale selle tuleb kõigi nende asjaolude kohta ka lisada, et pärast Pihli pankroti väljakuulutamist oli Aarsleffil võimalus üle võtta rohkem kui 50 Pihli töötajat, sealhulgas võtmeisikud hankemenetlusega seotud projekti elluviimisel⁵³.

82. Niisugune olukord, milles kaks ettevõtjat enne riigihankemenetluse algust otsustavad luua ühenduse, mille ainueesmärk on osaleda selles menetluses, eeldab, et need kaks ettevõtjat võtsid pärast projektiga seotud võimaluste ja riskide hindamist vastu ärilise otsuse osaleda koos hankemenetluses ning jagada sellega seotud tulu ja riske. Neil asjaoludel tuleb analüüsida *in concreto*, kas ühele neist kahest ettevõtjast antud võimalus menetluse hilisemas staadiumis, kus menetluse käiku puudutavaid ebakindlaid tegureid on vähem, muuta oma ärilist otsust, mis võimaldab tal menetluses üksi osaleda, ei võimalda teda teiste pakkujatega võrreldes erinevalt kohelda ja too kaasa konkurentsieelist. Tuleb kontrollida, kas vastav hilisem äriline otsus tehti tegelikult teabe alusel, mis erineb sellest, mis oli teistel pakkujatel, kui nad võtsid vastu otsuse osaleda menetluses konkreetses vormis või koosseisus, ilma et seejärel oleks neil võimalus seda muuta.

52 — Sellega seoses vt käesolev ettepanek, 49. joonealune märkus.

53 — Sellega seoses on asjakohane märkida, et Banedanmarki poolt teistele pakkujatele saadetud teatisest (mainitud käesolevas ettepanekus, punkt 20) ilmneb, et ta võttis arvesse seda asjaolu, kui ta otsustas lubada Aarsleffil asuda selle ühenduse asemele, mis on nüüdseks tegevuse lõpetanud.

V. Ettepanek

83. Eespool toodud kaalutluste põhjal teen ma Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Klagenævnet for Udbudi (riigihangete vaidlustuskomisjon) esitatud eelotsuse küsimusele järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, artikli 51 lõiget 3 tuleb tõlgendada nii, et üldjuhul peavad eelvalikuga riigihankemenetluses eelnevalt välja valitud ettevõtja ja samas menetluses pakkumuse esitav ettevõtja olema õiguslikult ja sisuliselt sama isik.
2. Niisuguses olukorras, nagu on käsitlusel põhikohtuasjas, kus kaks ettevõtjat on riigihankemenetluses osalemiseks loonud äriühingu vormis ühenduse ja neist ühe suhtes on pärast ühenduse eelnevat väljavalimist, kuid enne hankelepingu sõlmimist algatatud maksejõuetusmenetlus, mistõttu on ühendus ühise tegevuse lõpetanud, tuleb direktiivi 2004/17 artiklit 10 tõlgendada nii, et avaliku sektori hankija on kohustatud *in concreto* analüüsi põhjal, mis rajaneb kõigil talle teada olevatel faktilistel asjaoludel, kontrollida, kas ühenduse allesjäänud liikmele, keda algselt ei olnud eelnevalt välja valitud, võimaliku loa andmine ühenduse asemel menetluses osalemise jätkamiseks toob kaasa olukorra, kus pakkujatel ei ole menetluses võrdseid võimalusi, eriti oma pakkumuste koostamisel. See on nii eriti juhul, kui ühenduse allesjäänud liikmel on olnud võimalik teha riigihankemenetluses otsuseid teabe alusel, mida teistel pakkujatel ei olnud ajal, kui nad pidid tegema sama otsuse, ja kui tal oli võimalus pärast menetluse algust saada projekti elluviimiseks võtmeandmed, mida tal ei olnud ajal, kui ta oleks pidanud välja valitama.