



Kohtulahendite kogumik

EUROOPA KOHTU OTSUS (viies koda)

11. juuli 2019*

Eelotsusetaotlus – Asjade ja ehitustööde riigihankelepingute sõlmimine – Direktiiv 2014/24/EL – Artikli 28 lõige 2 – Piiratud hankemenetlus – Ettevõtjad, kellele on tehtud ettepanek esitada pakkumus – Vajadus, et väljavalitud taotleja oleks õiguslikult ja sisuliselt sama isik kui pakkumuse esitaja – Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte

Kohtuasjas C-697/17,

mille ese on ELTL artikli 267 alusel Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) 19. oktoobri 2017. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 11. detsembril 2017, menetluses

Telecom Italia SpA

versus

Ministero dello Sviluppo Economico,

Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA,

menetluses osales:

OpEn Fiber SpA,

EUROOPA KOHUS (viies koda),

koosseisus: koja president E. Regan, Euroopa Kohtu president K. Lenaerts viienda koja kohtuniku ülesannetes, kohtunikud C. Lycourgos, E. Juhász (ettekandja) ja I. Jarukaitis,

kohtujurist: M. Campos Sánchez-Bordona,

kohtusekretär: ametnik R. Şereş,

arvestades kirjalikku menetlust ja 15. novembri 2018. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades seisukohti, mille esitasid:

- Telecom Italia SpA, esindajad: *avvocato* F. Lattanzi, *avvocato* F. Cardarelli ja *avvocato* F. S. Cantella,
- Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, esindajad: *avvocato* F. Isgrò, *avvocato* P. Messina ja *avvocato* D. Cutolo,

* Kohtumenetluse keel: itaalia.

- OpEn Fiber SpA, esindaja: *avvocata* L. Torchia,
 - Itaalia valitsus, esindaja: G. Palmieri, keda abistas *avvocato dello Stato* G. Aiello,
 - Euroopa Komisjon, esindajad: G. Conte, P. Ondrůšek ja T. Vecchi,
 - EFTA järelevalveamet, esindajad: M. Sánchez Rydelski ja C. Zatschler,
- olles 23. jaanuari 2019. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,
on teinud järgmise

otsuse

- 1 Eelotsusetaotlus käsitleb küsimust, kuidas tõlgendada Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 5) artikli 28 lõiget 2.
- 2 Eelotsusetaotlus esitati seoses Telecom Italia SpA viie hagiga, milles viimane palus tühistada Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA (edaspidi „Infratel“) – tegemist on äriühinguga, millele Ministero dello Sviluppo Economico (Itaalia majandusarengu minister) on usaldanud Itaalias lai- ja ultralairiba võrgu loomise projektide haldamise – otsused seoses mitmes Itaalia maakonnas (Abruzzo, Molise, Emilia Romagna, Lombardia, Toscana ja Veneto) avalike ultralairibavõrkude ehitamise, hooldamise ja haldamise hankelepingute sõlmimisega.

Õiguslik raamistik

Liidu õigus

Direktiiv 2004/17/EÜ

- 3 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT 2004, L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19), artikli 51 lõikes 3 oli ette nähtud:

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

Direktiiv 2014/24

- 4 Direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 12 kohaselt on „taotleja“ „ettevõtja, kes taotleb osalemist või keda on kutsutud osalema piiratud hankemenetluses, konkurentsipõhises läbirääkimistega hankemenetluses, väljakuulutamiseteta läbirääkimistega hankemenetluses, võistlevas dialoogis või innovatsioonipartnerluses“.
- 5 Selle direktiivi artikkel 28 „Piiratud hankemenetlus“ on sõnastatud järgmiselt:

„1. Piiratud hankemenetluse puhul võib iga ettevõtja esitada hanketeate peale osalemistaotluse, mis sisaldab V lisa vastavalt kas B või C osas ette nähtud teavet, esitades kvalitatiivse valiku tegemiseks avaliku sektori hankija poolt nõutava teabe.

[...]

2. Pakkumuse võivad esitada ainult need ettevõtjad, kellele avaliku sektori hankija teeb esitatud teabe hindamise põhjal vastava ettepaneku. Avaliku sektori hankija võib piirata menetluses osalema kutsutavate vastavaks tunnustatud taotlejate arvu artikli 65 kohaselt.

[...]“

Itaalia õigus

- 6 Itaalia 18. aprilli 2016. aasta seadusandliku dekreediga nr 50, millega rakendatakse direktiivi 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta, direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ning direktiivi 2014/25/EL vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihangete kohta ning korraldatakse ümber ehitustööde, teenuste ja asjade riigihangete kehtiv regulatsioon (decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; *GURI* nr 91 regulaarne lisa, 19.4.2016; edaspidi „hankeseadustik“), võeti Itaalia õigusesse üle eespool nimetatud direktiivid.
- 7 Hankeseadustiku artikliga 61 „Piiratud menetlus“ võeti üle direktiivi 2014/24 artikli 28 lõige 2. Selle artikli lõikes 3 on ette nähtud:

„Pärast esitatud teabe hindamist hankija poolt võivad pakkumuse esitada vaid taotlejad, kellele on tehtud ettepanek esitada pakkumus.“

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimus

- 8 Infratel algatas 2016. aasta mais majandusarengu ministeeriumi nimel piiratud hankemenetluse mitme Itaalia maakonna (Abruzzo, Molise, Emilia Romagna, Lombardia, Toscana ja Veneto) nn valgetel aladel avaliku passiivse ultralairibavõrgu ehitamise, hooldamise ja haldamise hankelepingute sõlmimiseks.
- 9 See hankemenetlus toimus riigiabikava SA.41647 (2016/N) („Strategia Italiana Banda Ultra-Larga“) rakendamise raames; Itaalia ametiasutused olid sellest abikavast teatanud 10. augustil 2015 ning see oli heaks kiidetud komisjoni 30. juuni 2016. aasta otsusega C(2016) 3931 final.
- 10 Kõnealune hankeleping oli jagatud viide ossa ning hankemenetlus koosnes järgmisest kolmest etapist:
 - osalemistaotluste esitamine (hiljemalt 18. juulil 2016);
 - väljavalitud taotlejatele pakkumuse esitamise ettepaneku tegemine (hiljemalt 9. augustil 2016), ja
 - pakkumuste esitamine (hiljemalt 17. oktoobril 2016).
- 11 Telecom Italia ning lisaks eeskätt Metroweb Sviluppo Srl ja Enel OpEn Fiber SpA (edaspidi „OpEn Fiber“) esitasid osalemistaotlused kõigi viie hankeosa kohta. Ehkki Metroweb Sviluppo valiti välja, ei esitanud ta lõpuks pakkumust.

- 12 Infratel avaldas 9. jaanuaril 2017 vastavaks tunnistatud pakkujate nimekirja ja 24. jaanuaril 2017 edukate pakkujate esialgse paremusjärjestuse. OpEn Fiber oli paremusjärjestuses esikohal kõigi viie hankeosa puhul ja Telecom Italia oli paremusjärjestuses teisel kohal, välja arvatud osa nr 4, mille puhul ta oli kolmandal kohal.
- 13 Kuna Telecom Italia ei olnud asjaomase menetluse tulemusega rahul, esitas ta taotluse tutvuda selle menetluse toimikus sisalduvate dokumentidega.
- 14 Neist dokumentidest nähtub, et väljavalimise etapi ja pakkumuste esitamise tähtpäeva vahel, milleks oli 17. oktoober 2016, olid valdusühingud Enel SpA ja Metroweb Italia SpA sõlminud 10. oktoobril 2016 siduva raamlepingu, mis nägi ette, et OpEn Fiber omandab kõik Metroweb SpA aktsiad (sellele äriühingule kuulus Metroweb Sviluppo); selle omandamisega kaasnes äriühingute ühinemine selliselt, et Metroweb SpA ja seega Metroweb Sviluppo ühendati OpEn Fiberiga. Selle raamlepingu alusel otsustati Metroweb Sviluppo ühinemine OpEn Fiberiga 23. jaanuaril 2017.
- 15 Sellest koondumisest oli Euroopa Komisjonile teatatud 10. novembril 2016 vastavalt nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määrusele (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2004, L 24, lk 1; ELT eriväljaanne 08/03, lk 40). Komisjon loobus koondumise kohta vastuväidete esitamisest 15. detsembri 2016. aasta otsusega (juhtum M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (ELT 2017, C 15, lk 1).
- 16 Telecom Italia vaidlustas asjaomase viie hankeosa puhul pakkumuse edukaks sõlmimise otsused viie kaebusega, mis ta esitas Tribunale amministrativo regionale del Laziole (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia), kes jättis need kõik rahuldamata. Seejärel esitas Telecom Italia kõnealuse kohtu nende otsuste peale apellatsioonkaebuse Consiglio di Statole (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu).
- 17 Consiglio di Statol (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) on kahtlusi, kas direktiivi 2014/24 artikli 28 kohaldamisalasse kuuluvas sellises piiratud menetluses, nagu on kõne all põhikohtuasjas, on kohaldatav õigusliku ja sisulise isikusamasuse nõue, mille Euroopa Kohus sedastas seoses direktiivi 2004/17 artikliga 51 oma 24. mai 2016. aasta kohtuotsuses MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).
- 18 See kohus juhib lisaks tähelepanu sellele, et pakkumuste esitamise tähtpäeval, milleks oli 17. oktoober 2016, oli põhikohtuasjas kõne all olev ühinemine ainult alanud; lõpule viidi see alles hiljem, mistõttu nimetatud kuupäeval ei olnud OpEn Fiberi struktuur muutunud.
- 19 Selle kohtu sõnul on võimatu tõendada, et pooled soovisid ühinemislepinguga sõlmida konkurentsivastase keelatud kokkuleppe, mille eesmärk oleks olnud konkurentsi piiramine põhikohtuasjas kõne all oleva hankemenetluse raames.
- 20 Neil asjaoludel otsustas Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas direktiivi 2014/24 artikli 28 lõike 2 esimest lauset tuleb tõlgendada nii, et piiratud hankemenetluses peavad väljavalitud ettevõtjad olema õiguslikult ja sisuliselt täpselt samad isikud kui pakkumuse esitajad, ning eeskätt, kas seda sätet tuleb tõlgendada nii, et leping, mis on sõlmitud kahte väljavalitud ettevõtjat kontrollivate valdusühingute vahel hetkel, mis jääb väljavalimise ja pakkumuste esitamise vahele, on selle sättega vastuolus, kui: a) sellise lepingu eesmärk ja tagajärg on (muu hulgas) ühinemine selliselt, et üks väljavalitud ettevõtja ühendatakse teisega (Euroopa Komisjon on kusjuures sellele tehingule loa andnud); b) ühinemise tagajärjed avaldusid alles pärast seda, kui ühendav ettevõtja oli pakkumuse esitanud (mistõttu ei olnud tema struktuur pakkumuse esitamise ajal teistsugune kui väljavalimise ajal), ja c) ühendatud ettevõtja (kelle struktuur ei olnud pakkumuste esitamise tähtpäeval muutunud) otsustas hiljem nagnii jätta piiratud hankemenetluses osalemata, tõenäoliselt vastavalt valdusühingute vahel sõlmitud lepingus ette nähtud plaanile?“

Eelotsusetaotluse vastuvõetavus

- 21 Infratel, OpEn Fiber ja Itaalia valitsus leiavad, et eelotsusetaotlus tuleb tunnistada vastuvõetamatuks nii seetõttu, et see ei ole põhikohtuasja seisukohast asjakohane, kui ka seetõttu, et see on oletuslik, või ka seetõttu, et see ei väljenda eelotsusetaotluse esitanud kohtu tegelikku kahtlust.
- 22 Sellega seoses tuleb märkida, et üksnes asja menetleva ja selle lahendamise eest vastutava liikmesriigi kohtu ülesanne on kohtuasja eripära arvesse võttes hinnata nii eelotsuse vajalikkust asjas otsuse langetamiseks kui ka Euroopa Kohtule esitatavate küsimuste asjakohasust. Järelikult on juhul, kui esitatud küsimused puudutavad liidu õiguse tõlgendamist, Euroopa Kohus põhimõtteliselt kohustatud neile vastama. Euroopa Kohus võib keelduda liikmesriigi kohtu esitatud eelotsuse küsimusele vastamast vaid siis, kui on ilmne, et taotletaval liidu õiguse tõlgendusel puudub igasugune seos põhikohtuasja faktiliste asjaolude või esemega, kui probleem on oletuslik või kui Euroopa Kohtule ei ole teada vajalikke faktilisi või õiguslikke asjaolusid, et anda tarvilik vastus talle esitatud küsimustele (10. juuli 2018. aasta kohtuotsus Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, punkt 31 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 23 Käesoleval juhul nähtub eelotsusetaotlusest, et põhikohtuasjas kõne all olevat hankemenetlust reguleerivad hanketeates esitatud tingimused, millest üks viitab hankeseadustiku artiklile 61, millega võetakse riigisisesele õigusesse üle direktiivi 2014/24 artikkel 28. Lisaks ei võimalda ükski toimiku element asuda seisukohale, et taotletaval liidu õiguse tõlgendusel puudub seos põhikohtuasja faktiliste asjaolude või esemega või et see on oletuslik. Nagu märkis eelotsusetaotluse esitanud kohus, on esitatud küsimuse eesmärk nimelt võimaldada tal kindlaks teha, kas kõnealune direktiivi 2014/24 sätte nõuab, et väljavalitud ettevõtjad ja pakkumuse esitajad oleksid piiratud hankemenetluse raames täpselt samad.
- 24 Ehkki Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) esitab tõesti põhjused, mis tema arvates toetavad direktiivi 2014/24 artikli 28 teatavat tõlgendust, ei tähenda see siiski, et tal ei oleks selle sätte tähenduse suhtes kahtlusi. Oma seisukohta väljendades teeb see kohus eelotsusemenetluse raames lojaalset koostööd Euroopa Kohtuga ja vastab dokumendi „Soovitused liikmesriikide kohtutele eelotsuse taotlemiseks“ (ELT 2018, C 257, lk 1) punktis 17 sisalduvale soovitusel, et „[e]elotsusetaotluse esitanud kohus võib ka märkida lühidalt oma seisukoha esitatud eelotsuse küsimustele antava vastuse suhtes“, mis võib selle punkti 17 kohaselt „Euroopa Kohtule kasulik olla“.
- 25 Neil asjaoludel tuleb asuda seisukohale, et eelotsusetaotlus on vastuvõetav.

Eelotsuse küsimuse analüüs

- 26 Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib oma küsimusega sisuliselt teada saada, kas direktiivi 2014/24 artikli 28 lõike 2 esimest lauset tuleb tõlgendada nii, et sellega on nõuet, et väljavalitud ettevõtjad peavad olema õiguslikult ja sisuliselt samad isikud kui pakkumuse esitajad, silmas pidades vastuolus see, kui piiratud hankemenetluse raames esitab pakkumuse väljavalitud taotleja, kes on võtnud taotleja väljavalimise etapi ja pakkumuste esitamise etapi vahel sõlmitud ning pärast pakkumuste esitamise etappi täidetud ühinemislepinguga kohustuse ühendada endaga üks teine väljavalitud taotleja.
- 27 Direktiivi 2014/24 artikli 28 lõike 2 esimese lause kohaselt võivad pakkumuse esitada ainult need ettevõtjad, kellele avaliku sektori hankija teeb esitatud teabe hindamise põhjal vastava ettepaneku.
- 28 See eeskiri on ette nähtud mitmest etapist koosneva piiratud hankemenetluse ja eeskätt taotlejate väljavalimise ja pakkumuste esitamise etapi jaoks.

- 29 Direktiivi 2014/24 artikli 28 lõike 2 esimese lause sõnastusest tuleneb, et pakkuja peab põhimõtteliselt olema väljavalitud taotleja.
- 30 See säte ei näe midagi ette seoses muutustega, mis võivad toimuda väljavalitud taotleja struktuuris või majanduslikus seisundis ja tehnilises pädevuses.
- 31 Euroopa Kohus analüüsis direktiivi 2004/17 puudutavas analoogses kontekstis küsimust, milline mõju on sellistel muutustel läbirääkimistega hankemenetluse korral, 24. mai 2016. aasta kohtuotsuses MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), võttes arvesse liidu õiguse üldpõhimõtteid, eeskätt võrdse kohtlemise põhimõtet ja sellest tulenevat läbipaistvuse põhimõtet ning liidu õiguse eesmärke riigihankeõiguses.
- 32 Selles osas tuleb märkida, et võrdse kohtlemise põhimõte ja läbipaistvuskohustus nõuavad eeskätt seda, et pakkujatel peavad olema võrdsed võimalused nii siis, kui nad valmistavad oma pakkumusi ette, kui ka siis, kui hankija neid hindab, ning need põhimõtted on liidu riigihanke-eeskirjade aluseks (24. mai 2016. aasta kohtuotsus MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 33 Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte, mille eesmärk on soodustada hankemenetluses osalevate ettevõtjate vahelise terve ja tegeliku konkurentsi arengut, nõuab kõigile pakkujatele pakkumuse koostamisel võrdsede võimaluste tagamist ning tähendab seega, et kõigi pakkujate pakkumustele peavad kehtima samad tingimused. Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte range kohaldamine läbirääkimistega menetluse raames tähendaks seda, et üksnes väljavalitud taotlejad võivad esitada pakkumused ja saada pakkujateks (vt selle kohta 24. mai 2016. aasta kohtuotsus MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punktid 38 ja 39).
- 34 Selline seisukoht põhineb direktiivi 2014/24 artikli 28 lõikel 2, mille kohaselt „[p]akkumuse võivad esitada ainult need ettevõtjad, kellele avaliku sektori hankija teeb esitatud teabe hindamise põhjal vastava ettepaneku“; see eeldab, et väljavalitud taotlejad on õiguslikult ja sisuliselt samad isikud kui pakkumuse esitajad (vt analoogia alusel 24. mai 2016. aasta kohtuotsus MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 40).
- 35 Euroopa Kohus on siiski ka leidnud, et läbirääkimistega menetluse raames võib üks kahest ettevõtjast, kes kuulusid väljavalitud ettevõtjate ühendusse, astuda ühenduse asemele pärast selle lõpetamist ja osaleda menetluses võrdsuse põhimõtet rikkumata edasi, tingimusel et on tõendatud, et see ettevõtja ise vastab hankija poolt alguses määratletud nõuetele, ja et tema menetluses edasi osalemine ei kahjusta teiste pakkujate konkurentsiolukorda (vt selle kohta 24. mai 2016. aasta kohtuotsus MT Højgaard ja Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 48 ja resolutsioon).
- 36 Tuleb märkida, et selle kohtuotsuse aluseks olnud kohtuasjas oli väljavalitud ettevõtja isik muutunud nii õiguslikult kui ka sisuliselt, sest esiteks ei osalenud menetluses edasi mitte väljavalitud ettevõtjate ühendus kui selline, vaid üks selle ühenduse ettevõtjatest, ja teiseks oli esialgse taotleja majanduslik seisund ja tehniline pädevus halvenenud, kuna asjaomastest ettevõtjatest üks ei vastanud enam majandusliku seisundi ja tehnilise pädevuse nõuetele. Sellegipoolest ei takistanud see muudatus menetluses edasi osalemist tingimusel, et Euroopa Kohtu määratletud tingimused on täidetud.
- 37 Sellega seoses on oluline rõhutada, et käesolevas kohtuasjas on seevastu tegemist olukorraga, kus ühe pakkuja seisund ja pädevus on paranenud ühe teise väljavalitud taotleja omandamise teel.
- 38 Seega tuleb kindlaks teha, kas sellistel asjaoludel on väljavalitud taotlejate identiteet õiguslikult ja sisuliselt muutnud.
- 39 Käesoleval juhul ei ole vaidlust selles, et OpEn Fiberi puhul on täidetud nõue, et väljavalitud taotleja ja pakkumuse esitaja isik on õiguslikult sama.

- 40 Seevastu eelotsusetaotlusest nähtub, et väljavalimise etapi ja pakkumuste esitamise tähtpäeva vahel sõlmisid kahe pakkuja, see tähendab OpEn Fiberi ja Metroweb Sviluppo haldusühingud siduva raamlepingu, mille eesmärk oli Metroweb Sviluppo ühinemine OpEn Fiberiga ühendamise teel. Kuivõrd oli siduvalt kohustatud selleks, et OpEn Fiber omandab Metroweb Sviluppo vara, ja kuivõrd OpEn Fiber võis seega mõistlikult arvestada oma tulevases tegevuses Metroweb Sviluppo vahenditega (ehkki ta ootas veel komisjoni otsust), siis tuleb tuvastada, et ehkki asjaomase ühinemise konkreetseid ja lõplikud tagajärjed avaldusid alles pärast pakkumuste esitamist, ei olnud OpEn Fiber kuupäeval, mil ta välja valiti, ning seesama äriühing pakkumuste esitamise tähtpäeval sisuliselt sama isik.
- 41 Seetõttu tuleb analüüsida, kas vaatamata sellele, et tegemist ei olnud sisuliselt sama isikuga, võib käesoleva kohtuotsuse punktis 36 nimetatud 24. mai 2016. aasta kohtuotsuses MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 48) esile toodud kriteeriume arvestades asuda seisukohale, et ei ole rikutud võrdsuse põhimõtet.
- 42 Sellega seoses on oluline rõhutada, et nagu nähtub käesoleva kohtuotsuse punktist 37, töötati need kriteeriumid välja kohtuasja raames, milles tehti eespool viidatud 24. mai 2016. aasta kohtuotsus MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), mis käsitles sisuliselt olukorda, kus esialgu väljavalitud taotleja seisund ja pädevus halvenesid, samas kui käesolevas kohtuasjas on kõne all olukord, kus ühe pakkuja seisund ja pädevus paranesid seeläbi, et ta omandas ühe teise väljavalitud taotleja. See erinevus olukordade vahel mõjutab käesoleval juhul vältimatult kõnealuseid kriteeriume, kuivõrd pakkuja seisundi ja pädevuse halvenemine võib vastupidi tema seisundi ja pädevuse paranemisele põhjustada hankemenetluse raames raskusi.
- 43 Nimelt võiks see, kui pakkumus lubatakse esitada pakkujal, kelle majanduslik seisund ja tehniline pädevus on pärast väljavalimist oluliselt halvenenud, tingida väljavalimise korra kõrvaldamise, kuivõrd sellist pakkujat, kelle seisund ja pädevus oli niimoodi halvenenud, ei oleks tingimata välja valitud.
- 44 Läbirääkimistega hankemenetluse korral on hankija huvides see, et kui pakkujad on juba kord välja valitud, siis säilitavad nad oma majandusliku seisundi ja tehnilise pädevuse kogu menetluse vältel, sest selle seisundi ja pädevuse halvenemine võib ohustada hankemenetluse eesmärki, milleks on valida välja pakkuja, kes suudab täita asjaomase hankelepingu.
- 45 Seevastu ei ole hankija huvidega vastuolus see, kui pakkuja majanduslik seisund ja tehniline pädevus pärast väljavalimist paranevad. Võib isegi asuda seisukohale, et on täiesti normaalne, et pakkuja varustab end vahenditega, mis võimaldavad tal olla kindel, et ta on võimeline tagama hankelepingu nõuetekohase täitmise.
- 46 See majandusliku seisundi ja tehnilise pädevuse paranemine võib hõlmata teiste ettevõtjate vahenditele tuginemist ja vajaduse korral mingi ettevõtja, sealhulgas samas läbirääkimistega hankemenetluses osaleva ettevõtjaga osalist või täielikku ühinemist.
- 47 Nende kaalutlustega arvestades tuleb tuvastada, et olukorras, kus ettevõtja majanduslik seisund on ainuüksi paranenud, on põhimõtteliselt täidetud kriteerium, mille kohaselt tuleb sisuliselt tuvastada, et ettevõtja, kes soovib pakkujana edasi osaleda hankemenetluses – kui tema isik ei ole õiguslikult või sisuliselt väljavalimise etapis ja pakkumuste tähtpäeval sama –, peab tõendama, et ta vastab endiselt hankija poolt alguses määratletud nõuetele.
- 48 Seoses küsimusega, kas käesoleval juhul on täidetud kriteerium, mille kohaselt pakkuja jätkuv osalemine hankemenetluses ei tohi kahjustada teiste pakkujate konkurentsiolekorda, tuleb märkida, et hankeid reguleerivatest õigusnormidest eraldiseisvate liidu õiguse sätete eesmärk on just nimelt selle tagamine, et vaba ja moonutamata konkurentsi siseturul ei ohustaks sellised ühinemistehingud, nagu on kõne all põhikohtuasjas. Kui ettevõtja käitumine on nende erieeskirjadega kooskõlas, ei saa seega

asuda seisukohale, et tema osalemine sellises tehingus võib iseenesest kahjustada teiste pakkujate konkurentsiolukorda juba ainuüksi seetõttu, et ühendava üksuse majanduslik seisund ja tehniline pädevus paranevad.

- 49 Seega peab selline ühinemine, nagu on kõne all põhikohtuasjas, toimuma kooskõlas liidu õigusnormidega ja eeskätt määrusega nr 139/2004.
- 50 Eelotsusetaotlusest aga nähtub, et käesoleval juhul loobus komisjon 15. detsembril 2016 selle määruse alusel teatatud koondumisele vastuväidete esitamisest.
- 51 Tuleb veel lisada, et ehkki võrdsuse põhimõtet ei riku juba iseenesest tõik, et kaks väljavalitud taotlejat on ühinenud, ei saa samas välistada, et ühinemistehingu pooled võisid vahetada enne ühinemise toimumist tundlikku teavet hankemenetluse kohta. See võib aga pakkumuste esitamisel anda ühendavale pakkujale õigustamatud eelised teiste pakkujate ees, kahjustades vältimatult viimaste konkurentsiolukorda (vt analoogia alusel 17. mai 2018. aasta kohtuotsus Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 29).
- 52 Sellisest olukorrast piisab põhimõtteliselt selleks, et hankija ei võtaks ühendava pakkuja pakkumust arvesse (vt analoogia alusel 17. mai 2018. aasta kohtuotsus Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 31).
- 53 Kuid sellist teabevahetust, mis võib – nagu komisjon täheldas oma seisukohtades – lisaks rikkuda määruse nr 139/2004 artiklit 7, mis käsitleb selle määruse kohaldamisalasse kuuluvate koondumiste peatamist loa andmiseni, nagu ka ELTL artiklit 101, ei saa siiski eeldada. Euroopa Kohtu käsutuses olevast teabest nähtubki, et käesoleval juhul ei ole tõendatud mingisugust salajast tegevust.
- 54 Kõigist eeltoodud kaalutlustest tuleneb, et direktiivi 2014/24 artikli 28 lõike 2 esimest lauset tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole nõuet, et väljavalitud ettevõtjad peavad olema õiguslikult ja sisuliselt samad isikud kui pakkumuse esitajad, silmas pidades vastuolus see, kui piiratud riigihankemenetluses esitab pakkumuse väljavalitud taotleja, kes on võtnud väljavalimise etapi ja pakkumuste esitamise etapi vahel sõlmitud ning pärast pakkumuste esitamise etappi täidetud ühinemislepinguga kohustuse ühendada endaga üks teine väljavalitud taotleja.

Kohtukulud

- 55 Kuna põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus pooleli oleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse liikmesriigi kohus. Euroopa Kohtule seisukohtade esitamisega seotud kulusid, välja arvatud poolte kohtukulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (viies koda) otsustab:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta artikli 28 lõike 2 esimest lauset tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole nõuet, et väljavalitud ettevõtjad peavad olema õiguslikult ja sisuliselt samad isikud kui pakkumuse esitajad, silmas pidades vastuolus see, kui piiratud riigihankemenetluses esitab pakkumuse väljavalitud taotleja, kes on võtnud väljavalimise etapi ja pakkumuste esitamise etapi vahel sõlmitud ning pärast pakkumuste esitamise etappi täidetud ühinemislepinguga kohustuse ühendada endaga üks teine väljavalitud taotleja.

Allkirjad