



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 7. märtsil 2019¹

Kohtuasi C-41/18

Meca Srl
versus
Comune di Napoli,
menetluses osales:
Sirio Srl

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Campania maakonna halduskohus, Itaalia))

Eelotsusemenetlus – Riigihankelepingud – Fakultatiivsed hankemenetlusest kõrvaldamise alused –
Lubatavus – Lõplik pakkumuse edukaks tunnistamine, millega kaebaja nõustub –
Eelotsusemenetluse eseme äralangemine – Raske eksimus ametialaste käitumisreeglite vastu –
Eelneva lepingu lõpetamine puuduste tõttu lepingu täitmisel – Kohtus vaidlustamine, mis takistab
hankijal kuni kohtumenetluse lõpetamiseni lepingurikkumist hinnata

1. Riigihankeid käsitlevad Itaalia õigusnormid näevad ette, et (uuest) hankemenetlusest võib kõrvale jätta taotleja, kellega sõlmiti eelnev leping, kuid kelle lepingu täitmisel esines olulisi puudusi, mille tagajärjel see (esimene) leping lõpetati.
2. Need õigusnormid näivad aga viitavat sellele,² et hankija ei või uue hankemenetluse taotlejate usaldusväärsuse hindamisel neid puudusi hankemenetlusest kõrvaldamise alusena arvesse võtta, kui ettevõtja, kelle tegevuses esines puudusi, on (esimese) lepingu lõpetamise kohtus vaidlustanud.
3. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul on vaja välja selgitada, kas see kohtusse kaebamise õiguslik tagajärg on kooskõlas direktiivi 2014/24/EL³ aluspõhimõtetega ja konkreetselt selle artikliga 57.

¹ Algkeel: hispaania.

² Nende õigusnormide sisu tõlgendamises on lahknemusi. Vt käesoleva ettepaneku punktid 27–29.

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65).

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus. Direktiiv 2014/24

4. Põhjenduses 101 on märgitud:

„Lisaks tuleks avaliku sektori hankijatele anda võimalus menetlusest kõrvaldada ettevõtjaid, kes on osutunud ebausaldusväärseteks, näiteks keskkonna- või sotsiaalsete kohustuste täitmata jätmise pärast, sealhulgas puudega inimeste juurdepääsu nõude eiramise pärast, või muu raske ametialaste eeskirjade rikkumise tõttu, näiteks konkurentsieeskirjade või intellektuaalomandi õiguste rikkumine. Tuleks selgitada, et raske ametialaste eeskirjade rikkumine võib muuta ettevõtja aususe küsitavaks ning seega riigihankelepingu sõlmimiseks sobimatuks, sõltumata sellest, kas asjaomasel ettevõtjal oleks muidu olemas lepingu täitmiseks vajalik tehniline ja majanduslik suutlikkus.

Võttes arvesse, et avaliku sektori hankija vastutab oma võimaliku eksliku otsuse tagajärgede eest, peaks avaliku sektori hankijatel olema samuti võimalik võtta seisukoht, et on raskelt eksitud ametialaste eeskirjade vastu, kui enne lõpliku ja siduva otsuse tegemist kohustusliku kõrvaldamise aluse kohta saavad nad mis tahes asjakohasel viisil näidata, et ettevõtja on rikkunud oma kohustusi, sealhulgas kohustust tasuda makse või sotsiaalkindlustusmakseid, kui siseriiklikus õiguses ei ole sätestatud teisiti. Neil peaks olema samuti võimalik kõrvaldada taotlejad ja pakkujad, kelle tegevus varasemates hankemenetlustes on osutanud suurtele puudustele seoses oluliste nõuetega, näiteks ei ole suudetud täita kohustusi, tarnitud toote või osutatud teenusega seoses on esinenud olulisi puudusi, mistõttu ei ole olnud võimalik neid kavandatud otstarbel kasutada, või on aset leidnud sobimatu käitumine, mis põhjustab tõsiseid kahtlusi ettevõtja usaldusväärsuse suhtes. Siseriiklikus õiguses tuleks näha ette selliste kõrvaldamiste maksimaalne kestus.

Fakultatiivseid kõrvalejätmise põhjuseid kohaldades peaksid avaliku sektori hankijad pöörama erilist tähelepanu proportsionaalsuse põhimõttele. Väikesed rikkumised peaksid ainult erandjuhtudel viima ettevõtja kõrvaldamiseni. Siiski võivad korduvad väikesed rikkumised seada kahtluse alla ettevõtja usaldusväärsuse ja põhjendada tema kõrvaldamist“.

5. Artiklis 57 („Kõrvaldamise alused“) on sätestatud:

„[...]

4. Avaliku sektori hankija võib jätta ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvale või liikmesriigid võivad temalt nõuda ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvalejätmist, kui ettevõtja on ühes järgmises olukorras:

[...]

c) kui avaliku sektori hankija suudab mis tahes asjakohaste vahenditega tõendada, et ettevõtja on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, mis muudab ta aususe küsitavaks;

[...]

g) kui ettevõtja puhul on esinenud tõsiseid või pidevaid puudujääke varasema riigihankelepingu või avaliku sektori hankijaga sõlmitud varasema hankelepingu või varasema kontsessioonilepingu kohase olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud enneaegselt lõpetada, makstud kahjutasu või rakendatud sellega võrreldavaid sanktsioone;

[...]

5. Avaliku sektori hankija jätab igal hetkel menetluse käigus ettevõtja menetlusest kõrvale, kui selgub, et asjaomane ettevõtja on enne menetlust või menetluse käigus toimepandud teost või tegematajätmisest tulenevalt ühes lõigetes 1 ja 2 osutatud olukordadest.

Igal hetkel menetluse käigus võib avaliku sektori hankija ettevõtja menetlusest kõrvale jätta või liikmesriigid võivad temalt nõuda ettevõtja kõrvalejätmist, kui selgub, et asjaomane ettevõtja on enne menetlust või menetluse käigus toimepandud teost või tegematajätmisest tulenevalt ühes lõikes 4 osutatud olukordadest.

6. Iga ettevõtja, kes on mõnes lõigetes 1 ja 4 osutatud olukorras, võib esitada tõendeid selle kohta, et tema poolt võetud meetmed on piisavad tõendamaks tema usaldusväärsust, olenemata vastava kõrvaldamise aluste olemasolust. Kui selliseid tõendeid peetakse piisavateks, siis ei kõrvaldata asjaomast ettevõtjat hankemenetlusest.

Selleks peab ettevõtja tõendama, et on maksnud või võtnud kohustuse maksta hüvitist kuriteo või väärteoga põhjustatud mis tahes kahju eest, selgitanud põhjalikult asjaolusid, tehes uurimisorganitega aktiivset koostööd, ning võtnud konkreetseid tehnilisi ning organisatsiooni ja töötajatega seotud meetmeid, mis võimaldavad vältida edasisi kuritegusid või väärtegusid.

Ettevõtja võetud meetmete hindamisel võetakse arvesse kuriteo või väärteo raskust ja konkreetseid asjaolusid. Kui meetmeid peetakse ebapiisavateks, saadetakse ettevõtjale sellise otsuse põhjendus.

[...]

7. Liikmesriigid kehtestavad käesoleva artikli rakendamise tingimusi käsitlevad õigusnormid, võttes arvesse liidu õigust. Eelkõige määravad nad kindlaks kõrvaldamise perioodi maksimaalse pikkuse, kui ettevõtja ei ole võtnud lõikes 6 nimetatud meetmeid oma usaldusväärsuse tõendamiseks. Kui kõrvaldamise perioodi ei ole lõplikus otsuses kehtestatud, ei tohi see periood olla pikem kui viis aastat alates süüdimõistva kohtuotsuse tegemise kuupäevast lõikes 1 osutatud juhtumite puhul ning kolm aastat alates asjaomase sündmuse toimumise kuupäevast lõikes 4 osutatud juhtumite puhul.“

B. Itaalia õigus. Seadusandlik dekreet nr 50/2016⁴

6. Artikli 80 lõike 5 punktis c on ette nähtud:

„Hankija kõrvaldab hankemenetlusest [...] ettevõtja, kelle suhtes [...] hankija suudab asjakohaste vahenditega tõendada, et ettevõtja on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, mis muudab tema aususe või usaldusväärsuse küsitavaks. Selliste eksimuste hulka kuuluvad: varasema hanke- või kontsessioonilepingu täitmisel esinenud märkimisväärsed puudujäägid, mis on toonud kaasa lepingu ennetähtaegse lõpetamise, mida ei ole kohtus vaidlustatud või mida kohus on kinnitanud või mille eest on välja mõistetud kahjutasu või rakendatud sellega võrreldavaid sanktsioone; püüe mõjutada sobimatul viisil hankija otsustusprotsessi või saada konfidentsiaalseid andmeid, et neid enda huvides ära kasutada; valeandmete või eksitava teabe esitamine – sealhulgas hooletusest –, mis võib mõjutada kõrvaldamise, valiku või lepingu sõlmimise kohta tehtavaid otsuseid, või valikumenetluse nõuetekohaseks toimimiseks vajalike andmete esitamata jätmine“.

4 18. aprilli 2016. aasta seadusandlik dekreet nr 50. 18. aprilli 2016. aasta seadusandlik dekreet nr 50, millega rakendatakse direktiivid 2014/23/EL, 2014/24/EL ja 2014/25/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta, riigihangete kohta ning vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihangete kohta, ning kehtiva ehitustööde, teenuste ja asjade riigihangete regulatsiooni ümberkorraldamise kohta: riigihangete seadustik (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, nonchè per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI nr 91, 19.4.2016 – Regulaarne lisa nr 10; edaspidi „CCP“).

II. Kohtuvaidluse faktilised asjaolud ja eelotsuse küsimus

7. Äriühing Sirio Srl osales 2016/2017. õppeaastal hankes, mille korraldas Napoli omavalitsusüksus koolitoitlustajateenuse osutamiseks ja mille ta võitis eduka pakkujana.

8. Lepingu täitmise ajal leidis aset toidumürgituse juhtum, sest tarnitud toiduainetes oli kolibaktereid, mille tõttu haigestusid lapsed ja töötajad.

9. Seda asjaolu arvestades andis Napoli omavalitsusüksus 29. juunil 2017: a) korralduse teenuse osutamine peatada ning sõlmis selle osutamiseks lepingu äriühinguga Meca, kes oli jäänud hankemenetluses teiseks, ja b) lõpetas lepingu Sirioga ning jättis tagatisraha tagasi maksmata.

10. Sirio vaidlustas lepingu lõpetamise tsiviilkohtus (Tribunale di Napoli (Napoli kohus, Itaalia)) kohtuvaidluses, milles on menetlus veel pooleli.

11. Napoli omavalitsusüksus korraldas 2017/2018. õppeaastal koolitoitlustajateenuse uue hanke, mis oli jagatud kümneks osaks ja milles osales Sirio.

12. Hankija võttis CCP artikli 80 lõike 5 punkti c kohaselt 1. augusti 2017. aasta aktiga Sirio pakkumuse hankeosa nr 7 kohta vastu, hindamata eelneva lepingu rikkumise raskusastet.

13. Meca, kes osales samuti 2017/2018. õppeaasta koolitoitlustamisteenuse hankes, vaidlustab Sirio hankesse lubamise eelotsusetaotluse esitanud kohtus. Tema arvates oleks hankija pidanud hindama Sirio usaldusväärsust pärast toidumürgituse juhtumit, selle asemel, et konstateerida, et Sirio oli eelmise lepingu lõpetamise kohtus vaidlustanud.

14. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et niisugustel juhtudel nagu käesolevas asjas, ei ole Itaalia õiguse rangel kohaldamisel hankijal võimalik pakkuja usaldusväärsust hinnata. Tema arvates on Itaalia seadusandja eelistanud haldusasutuse läbi viidud hindamise peatamist, jättes hindamise tervenisti kohtuliku kontrolli hooleks, mis liiatigi keskendub lepingu lõpetamise nõuetekohasusele, mitte ettevõtja usaldusväärsusele.

15. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul ei sõltu rikkumise raskusaste objektiivsest asjaolust, vaid selle ettevõtja subjektiivsest otsusest, kellega sõlmitud leping lõpetatakse enne tähtaja lõppu, vaidlustada lepingu lõpetamine tsiviilkohtus. Kohtule hagi esitamisest tulenevalt uues hankes automaatselt osaleda lubamine stimuleerib ametialaste eeskirjade rikkumisi ignoreerima ja järelikul võtab ettevõtjatelt stiimulid võtta asjakohaseid heastamise meetmeid (mis on ette nähtud direktiivi 2014/24 põhjenduses 102) selleks, et rikkumised, mille tõttu eelnev leping lõpetati, ei korduks.

16. Nendel asjaoludel esitab Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Campania maakonna halduskohus, Itaalia) Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas selliste liidu põhimõtetega nagu õiguspärase ootuse kaitse ja õiguskindluse põhimõte, mis on sätestatud Euroopa Liidu toimimise lepingus (ELTL), ning nendest tulenevate põhimõtetega, nagu võrdse kohtlemise, diskrimineerimiskeelu, proportsionaalsuse ja tõhususe põhimõte, mis on sätestatud direktiivis 2014/24, ning selle direktiivi artikli 57 lõike 4 punktidega c ja g on keelatud kohaldada niisuguseid liikmesriigi õigusnorme, nagu need Itaalia normid, mis on sätestatud seadusandliku dekreed nr 50/2016 artikli 80 lõike 5 punktis c ja mis jätavad juhul, kui kohtus vaidlustatakse see, et varasema hankelepingu täitmisel on esinenud märkimisväärsed puudusi, mille tagajärjel on eelmine hankeleping lõpetatud enne tähtaja lõppu, hankija ilma kõigist võimalustest pakkuja usaldusväärsust hinnata, kuni tsiviilkohtus on vaidluse lõplikult lahendanud, ning ilma, et ettevõtja oleks tõendanud, et ta on võtnud parandusmeetmeid, et rikkumised heastada ja nende kordumist vältida?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

17. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtus 22. jaanuaril 2018.

18. Kirjalikud seisukohad on esitanud Sirio, Napoli omavalitsusüksus, Itaalia ja Ungari valitsus ning komisjon. 13. detsembril 2018 peetud kohtuistungil osalesid ainult komisjon ja Itaalia valitsus.

IV. Õiguslik analüüs

A. Väidetav eelotsusetaotluse eseme äralangemine

19. Sirio on seisukohal, et Meca vaidlustatud akt, s.o 1. augusti 2017. aasta akt, millega lubati Siriol hankemenetluses osaleda, ei takistanud nimetatud menetluse käiku, mille tulemusel sõlmiti 2017/2018. õppeaastaks 7. novembril 2017 (uus) leping Sirioga.

20. Kuna seda viimast haldusotsust ei vaidlustatud, väidab Sirio, et eelotsusetaotlus on esemetu, sest olenemata selle tulemusest on *teise* lepingu sõlmimine lõplik ja kohtuotsus seda ei mõjuta.

21. Ma ei usu siiski, et sellest piisab, et tunnistada, et eelotsusetaotlus on muutunud vastuvõetamatuks. Minu arvates on 1. augusti 2017. aasta akti vaidlustamise menetlus pooleli ja selle lahendus ei sõltu sellest, kas Meca on nõustunud 7. novembri 2017. aasta lepingu sõlmimisega.

22. Konkreetselt võib 1. augusti 2017. aasta akti võimalik tühiseks tunnistamine kas 7. novembril 2017 sõlmitud lepingu kehtetuks muuta või – kui see ei ole võimalik – olla vastavalt riigisisesele õigusele kooskõlas direktiivi 89/665/EMÜ artikli 2 lõike 1 punktiga c⁵ aluseks sellele, et määrata Mecale tekitatud võimaliku kahju hüvitamine.

23. Olen seega arvamusel, et eelotsusetaotlus ei ole esemetu.

B. Täpsustused liikmesriigi õigusnormide tõlgendamise kohta

24. Eelotsusetaotluse esitanud kohus lähtub eeldusest, et CCP artikli 80 lõike 5 punkt c, mille kohaselt tuleneb „riigisisese kohtupraktika tõlgendamisest“ „vältimatu seadusjärgne kohustus“⁶ taotleja, kes on pärast seda, kui tema eelmine leping on oluliste puuduste tõttu lepingu täitmisel enne tähtaja lõppu lõpetatud,⁷ selle lõpetamise kohtus vaidlustanud, hankes osalema lubada.

⁵ Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiv riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1989, L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246).

⁶ Eelotsusetaotlus, punkt 2.3.

⁷ Eelotsusetaotluse esitanud kohus näib lähtuvat eeldusest, et Sirio kui toidumürgituse eest vastutava isiku puhul esines „tõsiseid või pidevaid puudujääke varasema riigihankelepingu kohase olulise nõude täitmisel“. Selle kvalifitseerimise kohta ei ole eelotsusetaotluses ühtegi küsimust esitatud.

25. Kehtiv liikmesriigi õigusnorm on eelmisega (seadusandlik dekreet nr 163/2006) võrreldes muutunud.⁸ Viimase kohaselt pidi hankija suutma „asjakohaste vahenditega tõendada“, et pakkuja on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, mille tõttu on õigustatud ta hankest kõrvale jätmine. Uues regulatsioonis CCP-s on seevastu kombineeritud direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktid c ja g, mille tulemus on eespool juba ära märgitud.

26. CCP artikli 80 lõike 5 punkt c sisaldab kõrvaldamise alusena üldises sõnastuses raskeid eksimusi ametialaste käitumisreeglite vastu ja seejärel on täpsustatud, et „selliste eksimuste hulka kuuluvad“ „varasema hanke- või kontsessioonilepingu täitmisel esinenud märkimisväärsed puudujäägid, mis on toonud kaasa lepingu lõpetamise enne tähtaja lõppu“. Nende puuduste tõttu on asjaomast pakkujat võimalik hankemenetlusest kõrvaldada siiski ainult siis, kui lepingu lõpetamist „ei ole kohtus vaidlustatud või kui seda on kohtumenetluse lõpus kinnitatud“.

27. Näib aga, nagu Itaalia valitsus kohtuistungil selgitas, et pärast eelotsusetaotluse esitamist on Consiglio di Stato (Itaalia riiginõukogu)⁹ kohtupraktikat muudetud, millest lähtuvalt on valitsuse seisukohad muutunud.

28. Itaalia valitsus tõlgendab seda arvamust¹⁰ nii, et hankija võib ka siis, kui eelmine leping lõpetati enne tähtaja lõppu oluliste puuduste tõttu, mis on omistatavad isikule, kes kandideerib uues hankes, on *sub iudice*, omal äranägemisel neid puudusi hinnata viimase hankest kõrvaldamise alusena, ootamata ära, kuni tsiviilasjas tehakse kohtuotsus.

29. Loomulikult ei saa Euroopa Kohus sekkuda sellesse arutellu liikmesriigi õigusnormi tõlgendamise üle, mis on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ainupädevuses, mistõttu:

- kui viimane peab võimalikuks võtta aluseks seisukoht, mis tuleneb Itaalia valitsuse sõnul Consiglio di Stato (Itaalia riiginõukogu) 13. novembri 2018. aasta arvamusest, võib ta tõlgendada CCP artikli 80 lõike 5 punkti c kooskõlas direktiiviga 2014/24 samamoodi, nagu asja arutav kohus oma eelotsusetaotluses ise märgib, mille tõttu tegelikult eelotsusetaotluse vajadus kaob;
- kui, vastupidi, eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et see riigisisese õigusnormi tõlgendus on *contra legem*, säilitab eelotsusetaotlus oma täieliku mõtte.

30. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu väljendatud kahtlustele vastamiseks lähtun seega riigisisese õigusnormi tõlgendusest, mille ta on ise aluseks võtnud. Seepärast – eelotsusetaotluse sõnastust kasutades – eeldan, et liikmesriigi õigusnormi kohaselt „[jätakse] juhul, kui kohtus vaidlustatakse see, et varasema hankelepingu täitmisel on esinenud märkimisväärsed puudusi, mille tagajärjel on eelmine hankeleping lõpetatud enne tähtaja lõppu, hankija ilma kõigist võimalustest pakkuja usaldusväärsust hinnata, kuni tsiviilkohus on vaidluse lõplikult lahendanud“.

8 Direktiivide 2004/17 ja 2004/18/EÜ Itaalia õigusesse ülevõtmise kohta (12. aprilli 2006. aasta seadusandlik dekreet nr 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Ehitustööde, teenuste ja asjade riigihangete seadustik, millega rakendatakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (GLURI nr 100, 2.5.2006 – Regulaarne lisa nr 107)). Artikli 38 lõike 1 punktis f, mis on ära toodud 11. detsembri 2014. aasta kohtuotsuse Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435) punktis 8, oli sätestatud: „Järgmised isikud kõrvaldatakse ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise menetlusest ning nendega ei sõlmita vastavaid lepinguid: [...] f) isik, kes on hankija põhjendatud hinnangu alusel toiminud hanketeate avaldanud hankija poolt temaga sõlmitud riigihankelepingu täitmisel raske hooletusega või pahauskselt või kes on oma kutsetegevuse raames toime pannud raske eksimuse, mida hankija on mis tahes viisil tõendanud“.

9 Ta viitas konkreetselt 13. novembri 2018. aasta arvamusele nr 2616/2018.

10 Arvamus ei ole oma nõuandva iseloomu tõttu võrdne kohtuotsusega, mis tehakse õigusemõistmise ülesannetes. Pealegi esitas Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) nüüd kohtu staatuses Euroopa Kohtule 15. mail 2018 (s.t pärast seda eelotsusetaotlust) analoogse eelotsuse küsimuse (kohtuasi Sicilville, C-324/18, milles on menetlus Euroopa Kohtus pooleli).

C. Fakultatiivsed kõrvaldamise alused vastavalt direktiivile 2014/24

31. Direktiivis 2004/18/EÜ¹¹ olid fakultatiivsete kõrvaldamise aluste loetelus kõige tähtsamad need, milles asetati rõhku pakkujale („[hankemenetluses] osalemisest võib välja jätta iga ettevõtja“), samas kui direktiivis 2014/24 on rõhuasetus pigem hankijal („hankija [võib] jätta ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvale“).

32. Pärast seda on mõlemas direktiivis ette nähtud rida fakultatiivseid kõrvaldamise aluseid ning seejärel jäetud liikmesriikidele teatav kaalutusõigus¹², kui nad otsustavad need põhjused oma riigisisestesse õigusnormidesse integreerida. Ka selles viimases aspektis ei ole direktiivides olulisi erinevusi:

- Direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 viimases lõigus oli märgitud, et „[l]iikmesriigid määravad kindlaks käesoleva lõike rakenduskorra ühenduse ja siseriikliku õiguse alusel“.
- Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 7 on sätestatud, et „[l]iikmesriigid kehtestavad käesoleva artikli rakendamise tingimusi käsitlevad õigusnormid, võttes arvesse liidu õigust“.¹³

33. Euroopa Kohus on selle kaalutusõiguse kohta, mis kehtib direktiivis 2004/18 ette nähtud fakultatiivsete kõrvaldamise aluste suhtes, kinnitanud, et:

- väljakujunenud kohtupraktika kohaselt „[ei näe] direktiivi 2004/18 artikli 45 lõige 2 [...] ette selles sättes kehtestatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluste ühetaolist kohaldamist liidu tasandil, kuivõrd liikmesriikidel on õigus jätta need hankemenetlusest kõrvaldamise alused üldse kohaldamata või võtta need oma õigusnormidesse üle rangusastmega, mis võib olla erinev vastavalt liikmesriigi tasandil valitsevatele õiguskorraga seonduvatele, majanduslikele või sotsiaalsetele kaalutlustele. Selles raamistikus on liikmesriikidel õigus kõnealuses sättes kehtestatud kriteeriume leevendada või paindlikumaks muuta“¹⁴;
- „[l]iikmesriikidel on [...] teatav kaalutlusruum direktiivi 2004/18 artikli 45 lõikes 2 ette nähtud valikuliste hankemenetlusest kõrvaldamise aluste rakenduskorra kindlaksmääramisel“.¹⁵

34. Sellel kaalutusõigusel põhineski Sirio, Napoli omavalitsusüksus ja Itaalia (nagu see oli esitatud tema kirjalikes, mitte kohtuistungil esitatud seisukohtades) ja Ungari valitsuse põhiseisukoht: kui on võimalik fakultatiivne kõrvaldamise alus riigisisestesse õigusesse ülevõtmata jätta, siis seda enam võib riigisiseste õigusnormidega piirata selle aluse tõhusust, seades selle tingimuseks, et peavad olema täidetud teatud nõuded (näiteks see, et varasema lepingu eelnev lõpetamine seetõttu, et edukas pakkuja on lepingut rikkunud, on muutunud lõplikuks, kui see on kohtus vaidlustatud).

11 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 eriväljaanne 06/07, lk 132).

12 Nii väitsin ma ettepanekus kohtuasjas Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:487, punkt 58): uus direktiiv, nagu eelmine annab „liikmesriikidele fakultatiivsete hankemenetlusest kõrvaldamise aluste „kohaldamise tingimuste“ kindlaks määramiseks ulatusliku kaalutusõiguse“.

13 Kuigi nendes kahes tekstis on liikmesriigi õigusele viidatud erinevalt, on see erinevus minu arvates pigem stiiliküsimus. Igal juhul on direktiivi 2004/18 juhtum, mis võiks olla asjakohane käesoleva eelotsusemenetluse lahendamiseks (kui faktilised asjaolud leidsid aset selle kehtivusajal), artikli 45 lõike 2 punkti d juhtum (raske eksimus ametialaste käitumisreeglite vastu), mis on nüüd sätestatud direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis c ja milles ei ole viidatud liikmesriigi õigusele.

14 14. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 29 ja seal viidatud kohtupraktika).

15 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 32).

35. Kuid nende argumendis ei võeta piisavalt arvesse, et liikmesriikide õigus selles aspektis ei ole absoluutne.¹⁶ Kui mõni liikmesriikidest on kord otsustanud ühe direktiivis 2014/24 ette nähtud fakultatiivsetest kõrvaldamise alustest¹⁷ oma õigusesse üle võtta, peab ta järgima selle põhitunnuseid, nagu on selles direktiivis ette nähtud.

36. Kuna direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 7 on ette nähtud, et liikmesriigid peavad „käesoleva artikli rakendamise tingimusi“ täpsustades võtma „arvesse liidu õigust“, keelab selle direktiivi artikli 57 lõige 7 liikmesriikidel selles õigusnormis sätestatud fakultatiivseid kõrvaldamise aluseid oma riigisiseste õigusnormidega moonutada või eirata eesmärgi ja reguleerivaid põhimõtteid, millest on kõik need alused direktiivi 2014/24 enda ühtses raamistikus inspireeritud.

37. Nagu ma järgnevalt selgitan, ei vasta Itaalia õigusnorm, mille kohta on esitatud eelotsusetaotlus, direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis g ette nähtud fakultatiivse hankemenetlusest kõrvaldamise aluse põhitunnustele.

D. Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis g ette nähtud fakultatiivne hankemenetlusest kõrvaldamise alus

38. Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 4 on ettevõtja teguviiside hulgas, mille tõttu on õigustatud nad hankemenetlusest kõrvaldada, nimetatud nii „raskelt eksi[mist] ametialaste käitumisreeglite vastu, mis muudab [ettevõtja] aususe küsitavaks“ (punkt c), kui ka „tõsiseid [...] puudujääke varasema riigihankelepingu [...] kohase olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud lõpetada enne tähtaja lõppu [...]“ (punkt g).

39. Direktiivi 2014/24 põhjendusest 101 nähtub, et punktis c osutatud eksimused ametialaste käitumisreeglite vastu on valdavalt *lepinguvälist* laadi, s.t need on eeskirjade eiramised, mis toimuvad üldjuhul väljaspool lepingusuhteid. See on nii keskkonna- või sotsiaalsete kohustuste täitmata jätmise, konkurentsieeskirjade või intellektuaal- või tööstusomandi õiguste rikkumise või maksu- või sotsiaalkindlustuse kohustuste rikkumise korral. Punktis g nimetatud karistatav tegevus on seevastu tüüpiline *lepingu* rikkumine.

40. Tõsi on, et mõni lepingurikkumine võib samal ajal kujutada endast eksimist ametialaste käitumisreeglite vastu, s.t varasema halduslepingu raames toime pandud piisavalt olulist rikkumist selleks, et see annaks aluse lepingusuhe lõpetada.

41. Sellest seisukohast oleks nende kahe punkti vaheline seos selline, mis on omane *lex generalis*'ele (punkt c) ja *lex specialis*'ele (punkt g) ja mis võimaldaks tugineda üldjuhul ette nähtud eesmärkidele ja põhjendustele selleks, et välja selgitada põhimõtted, millest punktis g sätestatud reegli tõlgendamisel tuleb lähtuda.¹⁸

42. Mõlemad hankemenetlusest kõrvaldamise alused rajanevad hanke võitnud eduka pakkuja ja hankija vahelise suhte peamisel komponendil, s.o esimese *usaldusväärsus*, millel põhineb hankija usaldus tema vastu. Kuigi direktiivis 2004/18 ei olnud sõnaselgelt sellele elemendile viidatud, on Euroopa Kohus võtnud enda peale see kohtupraktikasse vermida.¹⁹

16 Oma ettepanekus kohtuasjas Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:487, punkt 53) tuletasin ma 10. juuli 2014. aasta kohtuotsusele Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punktid 29, 31 ja 32) tuginedes meelde, et selle õiguse kasutamine liikmesriikide poolt ei ole siiski tingimusteta.

17 Itaalia valitsus väitis kohtuistungil, et nimetatud CCP artikli 80 lõikes 5 on tunnistanud selle territoriaalse kohaldamisala jaoks kohustusliku kõrvaldamise alusena seda, mis on direktiivis 2014/24 ainult fakultatiivne.

18 Tegelikult on Itaalia seadusandja mõlemal juhul lähtunud ühest põhimõttest, kuigi on lisanud menetlusliku tingimuse (olukorrad *sub iudice*), mille üle on praegu vaidlus ja mis on kohaldatav ainult eelneva lepingurikkumise suhtes.

19 20. märtsi 2018. aasta kohtuotsus komisjon vs. Austria (Riigi trükikoda) (C-187/16, EU:C:2018:194, punktid 88 ja 91); 14. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 28) ja 9. veebruari 2006. aasta kohtuotsus La Cascina jt (C-226/04 ja C-228/04, EU:C:2006:94, punkt 21).

43. Direktiiv 2014/24 sisaldab usaldusväarsust suhte põhielemendina, käsitledes konkreetselt rasket eksimust ametialaste käitumisreeglite vastu. Vastavalt põhjenduse 101 esimesele lõigule võivad hankijad hankemenetlusest kõrvaldada „ettevõtjaid, kes on osutunud ebausaldusväärseteks“. Sama põhjenduse teine lõik käsitleb niisugust käitumist varasemate lepingute täitmisel, „mis põhjustab tõsiseid kahtlusi ettevõtja usaldusväarsuse suhtes“.

44. Tähtsus, mida on omistatud ettevõtja *usaldusväarsusele*, ilmneb direktiivi 2014/24 artikli 57 mõnes lõikes (6 ja 7), võimaldades tal võtta meetmeid, et tõendada, et ta on usaldust väärt, vaatamata sellele, et esineb mõni hankemenetlusest kõrvaldamise alus. Sel viisil on *usaldusväarsus* taotleja subjektiivsete hankemenetlusest kõrvaldamise aluste läbiv komponent.

45. Direktiivi 2014/24 artikli 57 eesmärgi kohaselt peab hankijal olema seega võimalus seda komponenti (taotleja usaldusväarsus) vabalt hinnata, ilma et teiste ametiasutuste hinnangud oleksid talle siduvad. Niisuguste eksimuste ulatust, mis kätkevad endas lepingu oluliste nõuete nii rasket rikkumist, et see õigustab usalduse kaotamise tõttu eelneva lepingu lõpetamist, on pädevad hindama hankijad ja ainult nemad.²⁰

E. Itaalia õigusnorm direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 seisukohast

46. Itaalia õigusnormides ette nähtud tingimustega on seatud veel üks *lisatingimus*, mis ei vasta direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikele 4 ega ole kooskõlas selle õigusnormi ülejäänud sätetega. Pealegi võib see välja viia teisi pakkujaid, kes on toime pannud raskeid eksimusi, diskrimineerivate tulemusteni. Isegi kui on võimalik, et vaidluse esemeks olev riigisisene õigusnorm on inspireeritud teatavast kohtuliku kaitse kontseptsioonist,²¹ väljendub see lõpuks lepingu raske rikkumise premeerimises, mille tagajärgedest rikkumise toimepanija *tegelikult* vabastatakse ainuüksi seepärast, et ta on esitanud hagi.

47. Käsitlen lühidalt neid kahte Itaalia õigusnormi tunnust.

1. Liikmesriigi õigusnormi ja direktiivi 2014/24 vastuolu

48. Nagu komisjon õigesti märgib, ei ole direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis g nimetatud vajadust oodata ära lõplik kohtuotsus selleks, et hinnata olulisi või pidevaid puudusi varasema hanke eduka pakkuja tegevuses.

49. Analoogetel asjaoludel on Euroopa Kohus tol ajal kehtinud liidu õiguse seisukohast tuvastanud, et:

- raske eksimuse korral ametialaste käitumisreeglite vastu võib rasket pettust andmete esitamisel või selliste andmete esitamata jätmist (mis on ette nähtud direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 punktides d ja g) tõendada, kui ostja suudab seda mis tahes viisil tõendada „[...] ilma et seejuures oleks nõutav, et ettevõtja oleks jõustunud kohtuotsusega süüdi mõistetud“.²²

²⁰ Pakkujate poolt toime pandud eeskirjade eiramine peab olema olnud piisavalt raske („oluline“) selleks, et õigustada proportsionaalsuse põhimõtte seisukohast lepingu ennetähtaegset lõpetamist.

²¹ Ungari valitsus on seisukohal, et kui pakkuja lepingu lõpetamise vaidlustab, siis toimib süütuse presumptsioon tema kasuks ja peab tal lubama hankemenetluses osaleda, kuivõrd tema lepingurikkumine ei ole lõplikult tuvastatud.

²² 11. detsembri 2014. aasta kohtuotsus *Croce Amica One Italia* (C-440/13, EU:C:2014:2435, punkt 28), kohtujuristi kursiiv.

- „[D]irektiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkt d annab hankijatele õiguse tuvastada kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu eksimine mis tahes viisil, mida nad suudavad tõendada. Lisaks tuleb mainida, et erinevalt selle sama lõike punktist c ei nõuta kõnealuse lõike punkti d tähenduses kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu eksimise tuvastamiseks *jõustunud kohtuotsust*“.²³

50. Euroopa Kohus keeldus seega sellest, et ametialaste käitumisreeglite vastu eksimisega seoses hankemenetlusest kõrvaldamise aluse hindamine võiks sõltuda eelneva kohtuotsuse olemasolust (välja arvatud juhul, kui see on liidu õigusnormis endas ette nähtud), tõlgendades direktiivi 2004/18 artikli 45 lõiget 2 selliselt.

51. Selle kohtupraktika saab üle kanda menetluses olevale kohtuasjale, et välja tuua, kuidas ei ole CCP artikli 80 lõike 5 punkt c selle kohtupraktikaga kooskõlas: kui eelnev leping lõpetatakse, siis piisab sellest, et pakkuja selle ennetähtaegse lõpetamise vaidlustab, selleks et hankija ei võiks hilisemas hankes enam tema vastu tugineda lepingurikkumisele.

52. Selliselt ei ole raskel lepingurikkumisel, mille on toime pannud edukas pakkuja ja mille vastu on hankija reageerinud vastastikuse lepingu lõpetamisega (mis on õiguspärane, kui üks kohustatud isikutest jätab oma kohustused täitmata), tagajärgi edasiste hankemenetluste jaoks, kui edukas pakkuja vaidlustab lepingusuhte enne tähtaja lõppu lõpetamise tsiviilkohtus.

53. Kuna liikmesriigi õigusnormiga on kohtus vaidlustamisele antud niisugune automaatne õigusmõju, on sellega võetud hankijalt õigus hinnata täies ulatuses taotleja usaldusväärsust, sest ta ei saa kaaluda eelneva lepingu oluliste puuduste tõttu ennetähtaegset lõpetamist olulise tegurina.

54. Hankijale seatud piirang, juhul kui eelneva lepingu rikkumine on *sub judice*, võtab temalt võimaluse pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada „igal hetkel menetluse käigus [...], kui selgub, et asjaomane ettevõtja on enne menetlust või menetluse käigus toimepandud teost või tegematajätmisest tulenevalt ühes lõikes 4 osutatud olukordadest“, nagu on sätestatud direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 5.

55. Seega on liikmesriigi õigusnormiga hankija tegutsemisruumi, mis on sõnaselgelt kaitstud direktiivi 2014/24 artikliga 57 ja kohtupraktikaga, milles on tõlgendatud direktiivi 2004/18 analoogseid sätteid, alusetult piiratud, takistades hankijal kontrollida, kas esineb hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid, niikaua, kuni lepingu ennetähtaegse lõpetamise suhtes algatatud tsiviilkohtumenetluses tehakse kohtuotsus.

56. Samamoodi takistab CCP artikli 80 lõike 5 punkt c hankijal hinnata, kas pakkuja on võtnud piisavad meetmed oma usaldusväärsuse tõendamiseks, olenemata sellest, kas esineb asjakohane hankemenetlusest kõrvaldamise alus (direktiivi 2014/24 artikli 57 lõige 6).

2. Diskrimineerimine teiste raskete eksimuste tõttu hankemenetlusest kõrvaldatud pakkujate suhtes

57. Vaidlusalune liikmesriigi õigusnorm võib põhjustada diskrimineerimist pakkujate suhtes, kes on toime pannud lepingurikkumisest erinevaid raskeid eksimusi ametialaste käitumisreeglite vastu ja on nende hindamise kohtus vaidlustanud. Nende puhul ei ole CCP artikli 80 lõike 5 punktiga c seatud hankijale piiranguid vabalt ja põhjendatult hinnata, kas neil puudub nõutav usaldusväärsus.

²³ 13. detsembri 2012. aasta kohtuotsus Forposta ja ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 28), kohtujuristi kursiiv.

58. See pakujate erinev kohtlemine, kui nii ühtede kui ka teiste puhul esinevad analoogsed fakultatiivsed hankemenetlusest kõrvaldamise alused, ei ole õigustatud. Eristav element (vaidlustamise menetlemine on pooleli) sõltub ainult sellest, et lepingut rikkunud pool on oma eelneva lepingu lõpetamise enne tähtaja lõppu vaidlustanud, piirates sel viisil hankija tavapäraseid hindamisvolutusi.

59. Olukord on eriti tundlik, kui leping on piiriülene, sest see võib ette tulla „eeskätt teiste liikmesriikide ettevõtjate puhul, kes on asjaomaste riigisiseste õigusnormide sõnastuse ja kohaldamise tingimustega vähem tuttavad“.²⁴

60. Kuna tsiviilasjas hagi esitamine sõltub ainuüksi lepingupoole tahtest, ei sõltuks tema rikkumise raskusastme tuvastamine objektiivsest elemendist, vaid välisest ja võrdlemisi subjektiivsest tegurist (üksnes otsusest esitada hagi), mis ei oleks aga piisav teiste pakujate puhul, kes on eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, eriti nende puhul, kes asuvad teistes liikmesriikides.

V. Ettepanek

61. Esitatud arutluskäiku arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Campania maakonna halduskohus, Itaalia) eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta artikli 57 lõike 4 punktidega c ja g on vastuolus liikmesriigi õigusnorm, mille alusel piisab üksnes eelneva riigihankelepingu enne tähtaja lõppu lõpetamine oluliste puuduste tõttu selle täitmisel kohtus vaidlustamisest selleks, et hankija ei saaks uues hankemenetluses hinnata seda käitumist ja sellest tulenevat pakkuja usaldusväärst hankemenetlusest kõrvaldamise alusena seni, kuni vastavas kohtumenetluses tehakse lõplik kohtuotsus.

²⁴ 14. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 42).