



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 11. mail 2023¹

Kohtuasi C-66/22

**Infraestruturas de Portugal, S. A,
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A**

versus

**Toscca – Equipamentos em Madeira Ld^a,
menetluses osales:
Mota-Engil Railway Engineering, SA**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Supremo Tribunal Administrativo (kõrgeim halduskohus, Portugal))

Eelotsusetaotlus – Direktiiv 2014/24/EL – Riigihanked – Fakultatiivsed kõrvaldamisalused – Artikli 57 lõike 4 punkt d – Ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvaldamine – Konkurentsivastase tegevuse eest karistamine – Automaatne kõrvaldamine konkurentsiameti varasema otsuse põhjal – Avaliku sektori hankija õigus hinnata kõrvaldamise aluse esinemist – Artikli 57 lõige 6 – Pakkuja sobivus ja usaldusväärsus – Põhjendus – Pakkumismenetluses tuvastatud konkurentsivastane tegevus

1. Käesolevas eelotsusetaotluses tuleb Euroopa Kohtul tõlgendada direktiivi 2014/24/EL² artikli 57 lõike 4 punkti d, millest tulenevalt võivad avaliku sektori hankijad jätta ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvale, kui ettevõtja on sõlminud kokkuleppeid teiste ettevõtjatega konkurentsi moonutamise eesmärgil.

2. Eelotsusetaotlus on esitatud menetluses, milles käsitletakse lepingu sõlmimist ettevõtjaga, keda on varem karistatud selle eest, et ta kooskõlastas konkurentsi piirava tegevuse raames oma tegevust teiste ettevõtjatega (hinnakokkulepped ja turu jagamise kokkulepped).

¹ Algkeel: hispaania.

² 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

1. Direktiiv 2014/24

3. Artiklis 56 („Üldpõhimõtted“) on sätestatud:

„1. Lepingud sõlmitakse artiklite 67–69 kohaselt sätestatud kriteeriumite alusel, tingimusel et avaliku sektori hankija on vastavalt artiklitele 59–61 kontrollinud, et täidetud on kõik järgmised tingimused:

[...]

b) pakkumuse on teinud pakkuja, keda ei ole artikli 57 alusel kõrvale jäetud[...].“

4. Artiklis 57 („Kõrvaldamise alused“) on ette nähtud:

„[...]

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;

d) kui avaliku sektori hankijal on piisavalt usaldusväärseid andmeid, mille alusel järeldada, et ettevõtja on sõlminud kokkuleppeid teiste ettevõtjatega konkurentsi moonutamise eesmärgil;

[...]

5. [...]

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 usaldusväärset, 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.

Ettevõtjal, kes on lõpliku otsusega hankemenetluses või kontsessiooni andmise menetluses osalemisest kõrvaldatud, ei ole õigust selle otsusega määratud kõrvaldamise perioodil kasutada käesolevas lõikes kirjeldatud võimalust nendes liikmesriikides, kus kõnealune otsus kehtib.

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 usaldusväärse 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.“

2. Direktiiv 2014/25/EL³

5. Artiklis 80 („Kõrvaldamise aluste ja kvalifitseerimise tingimuste kasutamine vastavalt direktiivile 2014/24/EL“) on sätestatud:

„1. Kvalifitseerimissüsteemi alusel kvalifitseerimist taotlevate ettevõtjate kõrvaldamise ja väljavalimise objektiivsed eeskirjad ja kriteeriumid ning taotlejate ja pakkujate kõrvaldamise ja väljavalimise objektiivsed eeskirjad ja kriteeriumid avatud, piiratud või läbirääkimistega hankemenetluse, võistleva dialoogi või innovatsioonipartnerluse korral võivad hõlmata direktiivi 2014/24/EL artiklis 57 loetletud kõrvaldamise aluseid kõnealuses direktiivis sätestatud tingimustel.

Kui võrgustiku sektori hankija on avaliku sektori hankija, hõlmavad kõnealused kriteeriumid ja eeskirjad direktiivi 2014/24/EL artikli 57 lõigetes 1 ja 2 loetletud kõrvaldamise aluseid kõnealuses artiklis sätestatud tingimustel.

Kui liikmesriigid seda nõuavad, hõlmavad kõnealused kriteeriumid ja eeskirjad direktiivi 2014/24/EL artikli 57 lõikes 4 loetletud kõrvaldamise aluseid kõnealuses artiklis sätestatud tingimustel.

[...]“.

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

B. Portugali õigus

1. Dekreetseadus nr 18/2008, riigihangete seadustik (Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos)⁴

6. Artikkel 55 („Takistused“) näeb ette:

„Taotlejaks, pakkujaks või rühmituse liikmeks ei või olla üksused:

[...]

c) kellele on määratud karistus raske ametialaste eeskirjade rikkumise tõttu ja keda ei ole vahepeal rehabiliteeritud, kui tegemist on füüsilise isikuga, või kui tegemist on juriidilise isikuga, siis kelle haldus-, juhtimis- või kontrolliorganile on rakendatud nimetatud halduskaristust ja nad jätkavad oma ülesannete täitmist;

[...]

f) kellele on määratud täiendava sanktsioonina karistuste määramise otsuses kindlaks määratud ajavahemikul riigihankemenetlustes osalemise keeld, mis on sätestatud erinormides, eelkõige [...] konkurents-, [...]alastes karistussüsteemides.“

7. Artikli 70 („Pakkumuste analüüs“) lõikes 2 on sätestatud:

„2 – Pakkumused jäetakse hankest kõrvale, kui nende analüüsimisel ilmneb:

[...]

g) veenvaid kaudseid tõendeid tegude, kokkulepete, praktika või teabe kohta, mis võivad rikkuda konkurentsieeskirju.“

2. Konkurentsiseadus nr 19/2012 (Ley n.º 19/2012 da Concorrência)⁵

8. Artikli 71 („Täiendavad sanktsioonid“) lõike 1 punktis b on nähtud ette, et kui see on rikkumise raskuse ja rikkumise toimepanija süü tõttu õigustatud, võib Autoridade de Concorrência (konkurentsiamet, edaspidi „AC“) määrata koos trahviga täiendava sanktsiooni, mis seisneb teatavates riigihankemenetlustes osalemise õigusest ilmajätmises, tingimusel, et tegevus, mis on trahviga karistatava rikkumise aluseks, leidis aset kas asjaomase riigihanke ajal või selle tõttu.

⁴ Dekreetseadus nr 18/2008, riigihangete seadustik (Decreto-lei n.º 18/2008, Código de Contratos Públicos) (Diário da República nr 20/2008, I seeria, 29.1.2008), hetkel kehtiv redaktsioon 31. augusti 2017. aasta dekreetseadusega nr 111-B/2017 (Decreto-lei n.º 111-B/2017) muudetud kujul (edaspidi „dekreetseadus nr 111-B/2017“) (Diário da República nr 168/2017, 2.º täiendus, I seeria, 31.8.2017).

⁵ 8. mai 2012. aasta seadus nr 19/2012, millega kiidetakse heaks uus konkurentsiseadus (Lei n.º 19/2012, aprova o novo regime jurídico da concorrência; Diário da República, I. seeria, nrº89, 8.5.2012).

II. Faktilised asjaolud, kohtuvaidlus ja eelotsuse küsimused

9. Äriühing Infraestruturas de Portugal, S.A (edaspidi „Infraestruturas“) kuulutas 18. jaanuaril 2019 välja riigihanke, et sõlmida tarneleping kreosoodiga immutatud männipuidust vaiade ja liiprite ostmiseks baashinnaga 2 979 200 eurot.⁶

10. Ettevõtja Toscca – Equipamentos em Madeira, Lda. (edaspidi „Toscca“) ja ettevõtja Futrifer, Indústrias Ferroviárias, S.A (edaspidi „Futrifer“) osalesid hankemenetluses, esitades kumbki eraldi pakkumise.

11. AC määras 12. juunil 2019. aastal Futriferile trahvi konkurentsieskirjade rikkumise eest 2014. aastal ja 2015. aastal toimunud hankemenetluses^{7, 8}

12. AC leidis, et Futrifer ja teised sama valdkonna ettevõtjad kooskõlastasid oma tegevust, sõlmides hinnakokkulepped ja jagades omavahel ära raudteevõrgustiku hooldamise teenuste turu, rikkudes seeläbi seaduse nr 19/2012 artikli 9 lõiget 1 ja ELTL artikli 101 lõiget 1.

13. Võttes arvesse kohtuasja asjaolusid ja Futriferi esitatud kokkuleppemenetluse ettepanekut, ei pidanud AC oma otsuses vajalikuks rakendada Futriferile täiendava sanktsioonina seaduse nr 19/2012 artikli 71 lõike 1 punktis b ette nähtud lepingu sõlmimise keeldu.⁹

14. Infraestruturas sõlmis 27. juulil 2019. aastal vaidlusaluse hankelepingu Futriferiga.

15. Toscca esitas nimetatud otsuse peale kaebuse Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (Viseu haldus- ja maksukohus, Portugal; edaspidi „Viseu TAF“). Äriühing nõudis lepingu sõlmimise otsuse tühistamist, Futriferi esitatud pakkumise kõrvale jätmist ja hankelepingu sõlmimist Toscca endaga. Oma nõude põhjendamiseks tugines ta eelkõige AC otsusele, millega määrati Futriferile karistus.

16. Esimese astme kohus jättis Toscca kaebuse rahuldamata, tõlgendades CCP artikli 70 lõike 2 punkti g nii, et seda kohaldatakse ainult juhul, kui tõendid konkurentsi moonutamise kohta ilmnevad kohtuasjas käsitletavas hankemenetluses.

17. Toscca esitas Viseu TAFi kohtuotsuse peale apellatsioonkaebuse Tribunal central administrativo nortele (põhjapiirkonna apellatsiooniaseme halduskohus, Portugal). Tribunal central administrativo norte leidis, et esimeses kohtuastmes oli CCP artikli 70 lõike 2 punkti g valesti tõlgendatud, ning tühistas seetõttu 29. mai 2020. aasta otsusega vaidlustatud kohtuotsuse ja kohustas Infraestruturast sõlmima hankelepingu Tosccaga.

18. Infraestruturas ja Futrifer esitasid apellatsioonimenetluses tehtud otsuse peale kassatsioonkaebuse Supremo Tribunal Administrativo (Portugali kõrgeim halduskohus), kes tühistas kohtuotsuse põhjenduste puudumise tõttu ja saatis kohtuasja lahendamiseks tagasi Tribunal central administrativo nortesse (põhjapiirkonna apellatsiooniaseme halduskohus).

⁶ Hankemenetlus 2019/S 015-030671, mis avaldati 22. jaanuari 2019. aasta ELT lisas (ELT 2019, S 15, lk 1).

⁷ Tegemist oli ühe riigi osalusega äriühingu korraldatud hankemenetlustega, mille eesmärk oli hankida Portugali raudteevõrgustiku seadmete ja rööbaste hooldusteenuseid.

⁸ Toimik PRC/2016/6. Futriferi kohta käiv teave on esitatud dokumendis „Lõplik otsus kokkuleppemenetluses (mittekonfidentsiaalne versioon)“.

⁹ Vt 12. juuni 2019. aasta otsuse punkt 231 jj.

19. Tribunal central administrativo norte (põhjapiirkonna apellatsiooniaseme halduskohus) tühistas oma 2. juuni 2021. aasta otsusega uuesti esimese kohtuastme kohtuotsuse ja kohustas Infrastrukturst sõlmima hankelepingu Tosccaga.

20. Infraestruturas ja Futrifer esitasid 2. juuni 2021. aasta otsuse peale kaebuse Supremo Tribunal Administrativo (kõrgeim halduskohus), kes esitab Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas direktiivi 2014/24/EL artikli 57 lõike 4 punktis d ette nähtud kõrvaldamisalus [„reserva de decisão“] on hankija otsustada jäetud küsimus?
2. Kas liikmesriigi seadusandja võib täielikult asendada otsuse, mille peab avaliku sektori hankija direktiivi 2014/24/EL artikli 57 lõike 4 punkti d alusel tegema, konkurentsiameti üldise otsusega (otsuse mõjuga) rakendada täiendavat sanktsiooni, mis seisneb teatud ajavahemikul riigihankemenetlustes osalemise keelus ja mis määratakse konkurentsieeskirjade rikkumise eest trahvi määramisel?
3. Kas avaliku sektori hankija otsust ettevõtja „usaldusvääruse“ kohta konkurentsieeskirjade järgimise (või eiramise) seisukohast väljaspool konkreetset hankemenetlust tuleb käsitada nii, et selle ettevõtja sobivusele on vaja anda põhjendatud hinnang, mis kujutab endast Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 41 lõike 2 punktis c ette nähtud õiguse heale haldusele konkreetset väljendust?
4. Kas võib asuda seisukohale, et Portugali õiguses CCP artikli 55 lõike 1 punktis f valitud lahendus – mille kohaselt sõltub ettevõtja kõrvaldamine hankemenetlusest konkurentsiameti otsusest väljaspool konkreetset hankemenetlust toime pandud konkurentsieeskirjade rikkumise tõttu täiendava sanktsiooni määramise kohta, mis seisneb riigihankemenetlustes osalemise keelus, arvestades, et selles menetluses on just konkurentsiamet see, kes hindab võetud eneserehabilitatsiooni meetmete asjakohasust – on kooskõlas liidu õigusega ja eelkõige direktiivi 2014/24/EL artikli 57 lõike 4 punktiga d?
5. Kas liidu õigusega ja eriti direktiivi 2014/24/EL artikli 57 lõike 4 punktiga d on kooskõlas ka Portugali õiguses CCP artikli 70 lõike 2 punktis g ette nähtud lahendus, et pakkumuse võib seetõttu, et on veenvaid kaudseid tõendeid tegude, kokkulepete, praktika või teabe kohta, mis võivad rikkuda konkurentsieeskirju, hankest kõrvale jätta üksnes konkreetses hankemenetluses, milles need tegurid tuvastatakse?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

21. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtus 2. veebruaril 2022.

22. Kirjalikud seisukohad on esitanud Futrifer, Toscca, Tšehhi, Ungari ja Portugali valitsus ning Euroopa Komisjon.

23. Samad pooled, välja arvatud Tšehhi ja Poola valitsus, osalesid kohtuistungil, mis toimus 7. märtsil 2023.

IV. Õiguslik hinnang

A. Sissejuhatavad märkused

1. Kohaldatav direktiiv

24. Eelotsusetaotluse esitanud kohus palub tõlgendada ainult direktiivi 2014/24, viitamata direktiivile 2014/25. Direktiiviga 2014/25 reguleeritakse vee-, energeetika-, *transpordi-* ja postiteenuste valdkonnas tegutsevate avaliku sektori hankijate sõlmitud riigihankelepinguid.

25. Riigihankelepingu, mille sõlmimine on vaidlustatud, eesmärk on tarnida elemente raudteesektori taristu jaoks, see tähendab ühe transpordisektori jaoks. Euroopa Kohtu küsimustele vastates olid kõik kohtuistungil osalenud ühel meelel, et nimetatud leping jääb direktiivi 2014/25 kohaldamisalasse, mida kohaldatakse „tegevuste suhtes, mis on seotud võrgustike käitamise või avalikkusele transporditeenuse pakkumisega rongiga“ (artikkel 11).

26. Igal juhul on eelotsusetaotluse esitanud kohtu otsustada lepingu tingimuste põhjal, kas vaidlusalust lepingut reguleerib direktiiv 2014/24 või pigem, ja nagu kõik näib viitavat, direktiiv 2014/25.

27. On tõsi, et praktilisest seisukohast ei erine ühe või teise direktiivi mõju vaidlusaluse punkti puhul märgatavalt: kuigi juhul, kui kohaldamisele peaks kuuluma direktiiv 2014/25, mainitakse selle artiklis 80 „direktiivi 2014/24/EL artiklis 57 loetletud kõrvaldamise aluseid kõnealuses direktiivis sätestatud tingimustel“.¹⁰

28. Direktiivi 2014/25 kohaldamine võib aga avaldada teatavat (vaieldavat) mõju liikmesriikide „pädevusele“ lisada liikmesriigi õigusse fakultatiivseid kõrvaldamisaluseid, nagu selgitan allpool.¹¹

29. Olles seda täpsustanud, viitan edaspidi direktiivi 2014/24 artiklile 57.

2. Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti d ülevõtmine Portugali õigusse

30. Komisjoni esitatud kirjalik seisukoht algatas arutelu, mis jätkus kohtuistungil, liikmesriikide kaalutusõiguse üle jätta liikmesriigi õigusse üle võtmata direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 4 sätestatud fakultatiivsed kõrvaldamisalused.

31. Komisjoni mõttekäik on järgmine:

- nii direktiivi 2014/24 artikli 57 lõige 4 kui ka põhjendus 101 näitavad, et seadusandja ei soovinud jätta liikmesriikidele vabadust valida selle vahel, kas uued kõrvaldamisalused üle võtta või mitte. See võimalus on antud avaliku sektori hankijatele, välja arvatud juhul, kui liikmesriigid kohustavad hankijaid nimetatud aluseid kohaldama. Vastupidi ei ole liikmesriikidel võimalik vältida ühe või mitme sellise aluse ülevõtmist;
- Portugali õigusse ei ole lisatud fakultatiivset kõrvaldamisalust, mis käsitleb teiste ettevõtjatega konkurentsi moonutamiseks sõlmitud kokkuleppeid.

¹⁰ Vt analoogia alusel 10. novembri 2022. aasta kohtuotsus Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, punktid 39 ja 40).

¹¹ Käesoleva ettepaneku punkt 46.

32. Komisjoni tõstatatud probleemi võiks käsitleda käesolevas eelotsusetaotluses, kui esitatud väidetest teine oleks õige: kuna fakultatiivset kõrvaldamisalust ei ole liikmesriigi õigusse üle võetud, tuleks uuesti läbi mõelda, kas Euroopa Kohtu senine praktika,¹² mis käsitleb liikmesriikide pädevust võtta see kõrvaldamisaluste kategooria üle või mitte, vajab kohandamist või tuleks seda lausa parandada.

33. Nagu ma allpool selgitan, leian ma, et komisjoni teine väide (mida toetavad osa eelotsusemenetluses esitatud kirjalikke seisukohti) ei vasta tegelikkusele.

34. Dekreetseadusega nr 111-B/2017 muudeti CCPd, et võtta üle direktiivid 2014/24 ja 2014/25. Portugali seadusandja kinnitab selle artiklis 1 sõnaselgelt, et nimetatud seadusega „võetakse üle“ muu hulgas direktiivid 2014/24 ja 2014/25.¹³

35. CCP uues redaktsioonis sisalduvad kõrvaldamisalused („impedimentos“) on loetletud artikli 55 lõike 1 punktides a–l, milles kajastatakse teatud nüanssidega direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikeid 1 ja 4.

36. Mis puudutab vaidlusalust kõrvaldamisalust, siis käsitletakse seda CCP artikli 55 lõike 1 punktis f järgmiselt: „taotlejaks [...] ei või olla üksused, kellele on määratud täiendava sanktsioonina karistuste määramise otsuses kindlaks määratud ajavahemikul riigihankemenetlustes osalemise keeld, mis on sätestatud erinormides, eelkõige [...] konkurentsi-, [...]alastes karistussüsteemides“.

37. Lisaks sisaldab CCP veel ühte sätet (artikli 70 lõike 2 punkt g), millega antakse korraldus jätta kõrvale pakkumused, mille analüüsi käigus ilmneb „veenvaid kaudseid tõendeid tegude, kokkulepete, praktika või teabe kohta, mis võivad rikkuda konkurentsieeskirju“.¹⁴

38. Neid kahte sätet silmas pidades on mul raske mõista mõningaid Futriferi ja Portugali valitsuse kirjalikus seisukohas esitatud väiteid (viimase väited olid mitmetähenduslikud ja ta ei selgitanud neid kohtuistungil)¹⁵ selle kohta, et CCPga ei võetud üle direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti d.

¹² 19. juuni 2019. aasta kohtuotsuse Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, punkt 33; edaspidi „kohtuotsus Meca“) ning 30. jaanuari 2020. aasta kohtuotsuse Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 34) peamist teesi kinnitatakse 3. juuni 2021. aasta kohtuotsuses Rad Service jt (C-210/20, EU:C:2021:445, punkt 28) järgmises sõnastuses: „[...] Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõigete 4 ja 7 kohaselt võivad liikmesriigid nimelt jätta kohaldamata nendes sätetes nimetatud fakultatiivsed hankemenetlusest kõrvaldamise alused või jätta need lisamata riigisisestesse õigusnormidesse rangusega, mis võib varieeruda sõltuvalt juhtumist, olenevalt riigisisesele tasandil valitsevatest õiguslikest, majanduslikest või sotsiaalsetest kaalutlustest“.

¹³ Siinkohal ei ole tähtis, et dekreetseadusega nr 111-B/2017 jäeti muutmata mõni varem kehtinud CCP säte.

¹⁴ Nimetatud sättele tugineb Tossca kõigis oma kirjalikes seisukohtades, et väita, et „Portugali seadusandja võttis direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti d üle, säilitades CCP artikli 70 lõike 2 punkti g sõnastuse (hetkel kehtivad 2017. aasta muudatustest tulenevas versioonis)“. Kohtujuristi kursiiv.

¹⁵ Tema kirjalike seisukohtade punktid 80–84. Kui lugeda neid koos eelmiste punktidega, rõhutavad need kokkuvõttes seda, et Portugali seadusandja võttis CCP artikliga 70 koostoimes artikli 55 lõike 1 punktiga f üle vaidlusaluse kõrvaldamisaluse. Portugali valitsus märgib seda oma seisukoha punktis 71 sõnaselgelt: „CCP artikli 55 lõike 1 punktis f ja artikli 70 lõike 2 punktis g sätestatud on täielikult kooskõlas direktiivis 2014/24 sätestatuga, eelkõige selle artikli 57 lõike 4 punktis d sätestatuga“.

39. Tõepoolest näitab nende kahe CCP sätte lugemine minu hinnangul, et Portugali seadusandjal oli selge kavatsus lisada (või säilitada)¹⁶ oma õiguskorras klausel, mis sisaldub direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis d. Nii see viimane kui ka kaks nimetatud riigisisest sätet püüavad riigihangete valdkonnas võidelda ettevõtjatevaheliste kokkulepete vastu, mille eesmärk on moonutada konkurentsi.

40. Hoopis teine asi on see, kas nimetatud kõrvaldamisalust sellisel viisil reguleerides on Portugali seadusandja järginud rangelt direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti d või, vastupidi, on ta võtnud vastu lahendused, mis seda moonutavad, kalduvad selle aluspõhimõtetest kõrvale või vähendavad selle ulatust põhjendamatult.

41. Euroopa Kohus on korranud, et „[...] kui mõni liikmesriikidest on kord otsustanud ühe direktiivis 2014/24 ette nähtud fakultatiivsetest kõrvaldamise alustest oma õigusesse üle võtta, peab ta järgima selle põhitunnuseid, nagu on ette nähtud selles direktiivis. Täpsustades, et liikmesriigid peavad „käesoleva artikli rakendamise tingimusi“ täpsustades võtma „arvesse liidu õigust“, keelab direktiivi 2014/24 artikli 57 lõige 7 liikmesriikidel moonutada selles sättes kehtestatud fakultatiivseid kõrvaldamise aluseid või eirata eesmäärke ja põhimõtteid, millest kõik need alused on inspireeritud.“¹⁷

42. Selle põhjal, mida hiljem selgitan, leian ma, et direktiivi artikli 57 lõike 4 punkti d sisu on Portugali õigusnormidega riigisisesesse õiguskorda üle võetud nii, et see ei ole direktiiviga täielikult kooskõlas: nimelt piiratakse CCP artikli 55 lõike 1 punktis f põhjendamatult hankija õigust jätta kõrvale kokkumängus osalenud pakkujad, nõudes, et nende käitumisele oleks varem kohaldatud täiendavat sanktsiooni, mis seisneb riigihankemenetlustes osalemise keelus, mille on määranud AC.

43. Ma leian, et see asjaolu ei tähenda siiski seda, et ülevõtmist ei ole toimunud, vaid et ülevõtmine on olnud puudulik. Lisaks võib sellise puuduse vajaduse korral kõrvaldada CCP artikli 70 lõike 2 punkti g *laiema* tõlgendamisega, see tähendab tõlgendusega, mis on kohandatud vastavalt direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktiga d (kooskõlaline tõlgendus).¹⁸

44. Kokkuvõttes leian ma, et käesolev eelotsusemenetlus ei ole sobilik selleks, et alustada uuesti arutelu liikmesriikide õiguse üle mitte võtta fakultatiivseid kõrvaldamisaluseid liikmesriigi õigusesse üle, kui Portugali seadusandja on otsustanud just vastupidist lahendust kasutada (isegi kui see lahendus ei ole liidu õiguse seisukohast nii rahuldav, kui see peaks olema).

¹⁶ Direktiivi sätete liikmesriigi õigusesse ülevõtmise kohustuse täitmiseks piisab sellest, kui liikmesriigi õigusakt sisaldab juba enne õigusnorme, mis neid sätteid sisuliselt hõlmavad. Direktiivi ülevõtmisel ei ole tingimata nõutud selle siduva sisu formaalset ja tekstilist ülevõtmist sellest *hilisemas* õigusnormis. Vt selle kohta 10. juuni 2021. aasta kohtuotsus *Ultimo Portfolio Investment* (Luxembourg) (C-303/20, EU:C:2021:479, punktid 33–36). Eelkõige sätestatakse selle punktis 35, et selleks, et selgitada välja, „kas riigisiseses õigusnormid rakendavad piisavalt konkreetsest direktiivist tulenevaid kohustusi, ei tule arvesse võtta mitte ainult õigusnorme, mis on konkreetselt vastu võetud selle direktiivi ülevõtmiseks, vaid ka kõiki olemasolevaid ja kohaldatavaid õigusnorme kogumis.“

¹⁷ Kohtuotsus *Meca* (punkt 33).

¹⁸ Tundub, et see oli Tribunal Central Administrativo Norte (põhjapiirkonna apellatsiooniaseme halduskohus) tees 29. mai 2020. aasta kohtuotsuses, millega rahuldati *Toscca* nõue. Seda saab järelada Infrastruktuurase argumentidest, mis on esitatud eelotsusetaotluse toimiku punktis 7: see kohus leiab, et CCP artikli 70 lõike 2 punkt g „hõlmab samuti ilmtingimata *varasemaid juhtumeid*, kus on viiteid hankes osalejate konkurentsivastasele tegevusele, kes ei osale või kellele ei viidata pakkuja pakkumuses“ (kohtujuristi kursiiv).

45. Euroopa Kohtu senine praktika liikmesriikide sellealase õiguse kohta ei eira loogiliselt võttes kohustust (ELTL artikkel 288), et direktiiv on saavutatava tulemuse seisukohalt liikmesriigi jaoks siduv. Sellest eeldusest lähtudes on Euroopa Kohtu erinevad kohtukoosseisud olnud seisukohal, et direktiivi 2014/24 rakendamist seoses fakultatiivsete kõrvaldamisalustega tuleb järgida eespool osutatud tingimustel.¹⁹

46. Arutelu taasalustamine, millele ma eespool viitasin, oleks lisaks väga tundlik teema, sest selle tulemus

- võib tähendada, et fakultatiivsed kõrvaldamisalused muutuvad kohustuslikeks väljaspool riikide sekkumist, millele osutatakse direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 7;
- võib killustada ühtset korda, mille põhjal viidatakse direktiivis 2014/25 kõrvaldamisaluseid käsitletavatele direktiivi 2014/24 sätetele. Vastavalt direktiivi 2014/25 artikli 80 lõike 1 kolmandale lõigule hõlmavad kõrvaldamise eeskirjad ja kriteeriumid direktiivi 2014/24/EL artikli 57 lõikes 4 loetletud fakultatiivseid kõrvaldamise aluseid, *kui liikmesriigid seda nõuavad*.

B. Esimene eelotsuse küsimus

47. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis d ette nähtud kõrvaldamisalus on hankija „otsustada jäetud küsimus“.

48. Euroopa Kohus on juba sellele küsimusele vastuse andnud: „nagu nähtub direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 sõnastusest, soovis liidu seadusandja anda pakkujate valimise etapis selle hindamise, kas taotleja või pakkuja tuleb riigihankemenetlusest kõrvale jätta, ainult hankijale“.²⁰

49. See Euroopa Kohtu seisukoht on kooskõlas direktiivi 2014/24 artikli 56 lõike 1 punktiga b: hankija peab kontrollima, et „pakkumuse on teinud pakkuja, keda ei ole artikli 57 alusel kõrvale jäetud“. Seega peab ta igal juhul otsustama, kas pakkuja tuleb hankemenetlusest kõrvale jätta.

50. Eespool esitatud kategoorilist väidet tuleb siiski nüanssidega täiendada, kui pädeva asutuse varasemas lõplikus otsuses on tuvastatud käitumine, mis välistab hankemenetlustes osalemise või kui pakkujal on keelatud riigihangetes osaleda.

51. Küsimuse sõnastamise kontekstis (st pakkujale on omistatud konkurentsivastane tegevus) on kolm võimalikku stsenaariumi:

- kui ettevõtja on varem lõpliku otsusega konkurentsivastase tegevuse tõttu hankemenetluses osalemisest kõrvaldatud (direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 6 viimane lõik),²¹ peab hankija nimetatud keelust kinni pidama. Süüdimõistetud ettevõtjal ei ole õigust kasutada võimalust tõendada oma usaldusväärsusust (eneserehabilitatsiooni meetmed) otsusest tuleneva kõrvalejätmise aja jooksul liikmesriigis, kus nimetatud otsus on täitmisele pööratav;²²

¹⁹ Eespool 12. joonealune märkus.

²⁰ Kohtuotsus Meca (punkt 34).

²¹ Lepingu sõlmimise keeld võis olla määratud lõpliku otsusega õiguskorra muudes valdkondades toime pandud rikkumise tõttu. Jään edaspidi konkurentsiameti kehtestatud nõuete juurde, sest käesolevas asjas oli see nii.

²² Vt analoogse sätte tõlgendamise kohta Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivis 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (ELT 2014, L 94, lk 1) 11. juuni 2020. aasta kohtuotsus Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punkt 20).

- kui osalemise keeldu ei ole määratud mitte lõpliku otsusega, vaid see on määratud AC otsusega, ei ole hankija sellega vääramatult seotud: hankija võib kontrollida, kas asjaomane ettevõtja on võtnud parandusmeetmed, millele ma eespool viitasin, ja lubada tal kõigest hoolimata riigihankemenetluses osaleda;
- sama juhtub *a fortiori* ka siis, kui AC ei ole keelanud hankemenetlustes osalemist, aga on määranud ettevõtjale kokkumängu eest karistuse.

52. Järgmiste eelotsuseküsimuste analüüsimisel keskendun ma just esitletud hüpoteesidest teisele ja kolmandale. Esimesele küsimusele selle sõnastusega võrdväärselt laias laastus vastamiseks pean piisavaks vastust, milles viidatakse üldreeglile, ilma et see piiraks direktiivist 2014/24 tulenevate erandite kohaldamist.

C. Teine eelotsuse küsimus

53. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib kokkuvõttes teada, kas liikmesriigi seadusandja võib direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti d kontekstis „täielikult asendada otsuse, mille peab avaliku sektori hankija [tegema]“ teise AC otsusega, milles rakendatakse ettevõtjale täiendavat sanktsiooni, mis seisneb riigihankemenetlustes osalemise keelus.

54. Seadus nr 19/2012 võimaldab AC-l määrata konkurentsivastase tegevusega tegelevale ettevõtjale lisaks trahvile täiendava sanktsiooni²³, mis seisneb teatud ajavahemikul riigihankemenetlustes osalemise keelus (artikli 71 lõike 1 punkt b).

55. Kuid nagu ma juba selgitasin, otsustas AC sõnaselgelt, et Futriferile ei ole asjakohane täiendavat sanktsiooni kohaldada.

1. Vastuvõetamatus

56. Sellest eeldusest lähtudes on küsimus vaidlusaluse asja seisukohast hüpoteetiline, hoolimata sellest, kui suurt huvi asja lahendava kohtu poolt tõstatatud probleem teistest vaatenurkadest ja ka üldiselt võib pakkuda.

57. Küsimus oleks mõttekas juhul, kui eelotsusetaotluse esitanud kohtu palvel tuleks AC otsuse alusel, millega keelatakse hankemenetlustes osalemine, uurida, mil määral on see otsus piisav selleks, et „asendada“ sellega (hilisem) hankija otsus.

58. Kuna Futriferi suhtes algatatud menetluses väidetakse aga vastupidi just seda, et AC ei kehtestanud talle teadlikult täiendavat sanktsiooni, mis seisneb hankemenetlustes osalemise keelamises, ei näe ma, mis kasu oleks käesolevas kohtuasjas sellest, kui otsustada selle (olematu) keelu tagajärgede üle.

59. Seetõttu on teine eelotsuse küsimus vastuvõetamatu.²⁴

²³ Seaduses nr 19/2012 liigitatakse selline keeld „sanktsioonide“ alla. Seetõttu pole alust arutada selle õigusliku olemuse üle, mille üle arutletakse muudes õigussüsteemides.

²⁴ Futrifer peab vastuvõetamatuks kogu eelotsusetaotlust, sest ükski küsimus, millest kõiki peab Futrifer üldisteks ja hüpoteetilisteks, ei ole kohtuasja lahendamisel tähtis. Komisjon heidab kokkuvõtlikumalt ette seda, et asja arutav kohus „näib kutsuvat Euroopa Kohut üles tegema laiaulatuslikku ja peaaegu abstraktset otsust direktiivi 2014/24 ülevõtmise kohta“, kuid ei lähe nii kaugele, et vaidlustada eelotsusetaotluse vastuvõetavust. Mina omalt poolt leian, et Futriferi kriitika on asjakohane teise ja neljanda eelotsuseküsimuse puhul.

2. Teise võimalusena sisuline analüüs

60. Selgitan oma eespool mainitud seisukohta juhuks, kui Euroopa Kohus ei nõustu sellega ja otsustab käesolevat eelotsuse küsimust sisuliselt käsitleda.

61. Minu hinnangul ei ole (jättes kõrvale juhtumid, kus osalemiskeeld on määratud lõpliku otsusega)²⁵ AC otsus, millega keelatakse ettevõtjal hankemenetlustes osalemine, hankija jaoks sellisel määral siduv, et see „võib täielikult asendada [tema] otsuse“.

62. Hankija võib tõepoolest ka selle hüpoteesi korral kontrollida, kas karistatud ettevõtja on võtnud direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 6 osutatud parandusmeetmed, ja lubada tal kõigele vaatamata riigihankemenetluses osaleda.

63. Meenutan, et ettevõtjal on ühemõtteline õigus tõendada eneserehabilitatsiooni meetmetega oma usaldusväärust, mis tuleneb otse direktiivi 2014/24 mainitud artikli 57 lõikest 6.²⁶

64. Minu pakutud lahendus (jättes hankijale õigus kontrollida parandusmeetmeid hoolimata konkurentsiameti kehtestatud hankemenetlustes osalemise keelust) võimaldab leida tasakaalu kahe lähenemisviisi vahel:

- ühest küljest lähenemisviis, mille eesmärk on säilitada hankija õigused, kes peab saama taotleja usaldusväärust vabalt hinnata, ilma et teiste avaliku sektori asutuste hinnangud oleksid talle siduvad;²⁷
- teisest küljest lähenemisviis, milles austatakse süüdistuse esitamise eest vastutavate ametiasutuste ülesandeid, eelkõige konkurentsivastase tegevuse valdkonnas.²⁸ Hankija peab nende ametiasutuste otsuseid arvesse võtma, kuna lõppude lõpuks „saab konkurentsi piiravat tegevust pidada tuvastatuks alles pärast sellise otsuse tegemist, mis selle tegevuse õiguslikult nii kvalifitseerib“.²⁹

65. Siiski on tõsi, et nagu Euroopa Kohus on direktiivi 2014/24 põhjendust 102 arvestades sedastanud³⁰, on liikmesriikidel „[ulatuslik kaalutusruum] nende asutuste määratlemisel, kelle ülesanne on hinnata parandusmeetmete sobivust. Selles osas [...] võivad anda selle hindamisülesande muudele asutustele kui hankijad või võrgustiku sektori hankijad“.³¹

66. Kokkuvõttes võib hankija artikli 57 lõike 4 punkti d sätete kohaldamise hindamisel alternatiivselt

- kas jätta teiste ametiasutuste eelnevate otsuste puudumisel ise ettevõtja kõrvale, kui on piisavalt usaldusväärseid andmeid, mille alusel järeldada, et ettevõtja on sõlminud kokkuleppeid teiste ettevõtjatega konkurentsi moonutamise eesmärgil;

²⁵ Vt käesoleva ettepaneku punktid 50 ja 51.

²⁶ 14. jaanuari 2021. aasta kohtuotsus RTS infra ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punkt 48).

²⁷ Viitan oma järeldustele kohtuasjas Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, punkt 30).

²⁸ 24. oktoobri 2018. aasta kohtuotsus Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, punktid 25 ja 26, edaspidi „kohtuotsus Vossloh Laeis“).

²⁹ Kohtuotsus Vossloh Laeis, punkt 39.

³⁰ „Eelkõige peaks [liikmesriikidel] olema vabadus otsustada, kas nad soovivad jätta asjakohaste hindamiste läbiviimise konkreetsete avaliku sektori hankijate ülesandeks või usaldavad selle teistele ametiasutustele kas tsentraalsel või detsentraalsel tasandil.“

³¹ 11. juuni 2020. aasta kohtuotsus Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punkt 29).

- või kui asjakohane asutus on konkurentsivastaseid kokkuleppeid kontrollinud³² ja kui see asutus on otsustanud keelata riigihangetes osalemise või seda mitte teha, hinnata, kas taotleja või pakkuja võetud parandusmeetmed tõendavad tema usaldusväarsust ja teda ei tuleks sellest tulenevalt hankemenetlusest kõrvale jätta vastavalt direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikele 6. Liikmesriik võib siiski usaldada parandusmeetmete hindamise asutusele, kes ei ole avaliku sektori hankija, ja sellisel juhul tuleb sellest hinnangust kinni pidada.

D. Kolmas eelotsuse küsimus

67. Tundub, et kolmanda eelotsuse küsimuse sõnastus sisaldub tegelikult kahte küsimust:

- ühest küljest küsimust, kas „avaliku sektori hankija otsust ettevõtja „usaldusväarsuse“ kohta konkurentsieeskirjade järgimise (või eiramise) seisukohast“ tuleb käsitada „väljaspool konkreetset hankemenetlust“;
- teisest küljest küsimust, kas see hinnang ettevõtja „sobivusele“ peab olema „piisavalt põhjendatud“ hankija „sõltumatu otsusega“, mille teised pakkujad võivad vaidlustada.³³

68. Taaskord on eeldus, millest see küsimus justkui alguse saab, et hankija otsusele on eelnenud AC otsus täiendava meetme kohta (hankemenetlustes osalemise keeld). Sellest lähtuvalt soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas täiendavate meetmete aluseks olevad põhjused on „sama tüüpi ja samalaadsed“ kui „usaldusväarsuse hinnang“, mille hankija peab andma.³⁴

69. Kui küsimust niimoodi mõista, seisaks see (oma hüpoteetilise olemuse tõttu) silmitsi sama vastuvõetamatuse probleemiga, nagu mainisin teise küsimuse juures. Asja lahendav kohus viitab aga oma argumentatsioonis võimalusele, et hankija otsustab tunnistada ettevõtja sobivust hoolimata sellest, et teda on karistatud kokkumängu eest, kui need sanktsioonid ei hõlmanud hankemenetlustes osalemise keeldu.³⁵

70. Seetõttu annan oma vastuse kahele küsimusele eelotsusetaotluse esitanud kohtu lähenemise põhjal, millele ma just viitasin.

1. Usaldusväarsus või sobivus, mida hindab hankija

71. Tegelikult tuleneb vastus sellele eelotsuse küsimuse osale sellest, mida ma juba kahele eelmisele küsimusele vastuseks välja pakkusin. Hankijale jääb pärast konkurentsiameti otsust täiel määral alles õigus hinnata taotleja või pakkuja usaldusväarsust ülaltoodud tingimustel.

³² Konkurentsiameti ja hankijate otsuste vahelise seose kohta vt kohtuotsuse Vossloh Laeis punktid 25–33.

³³ Eelotsusetaotluse punkti 2.2.6 kolmas lõik.

³⁴ Asja menetleva kohtu väitel „ei näita hankelepingu sõlmija üles mingit huvi teha ise otsus pakkuja „usaldusväarsuse“ kohta [...]. Vastupidi, ta kaitseb väidet, et ta ei pea sellist otsust tegema, sest see sisaldub juba AC tehtud otsuses“ (eelotsusetaotluse punkti 2.2.6 viies lõik).

³⁵ See näib ilmnevat mitte väga selgelt eelotsusetaotluse punktist 2.2.6.

72. Direktiivi 2014/24 põhjenduse 101 kohaselt „tuleks avaliku sektori hankijatele anda võimalus kõrvaldada hankemenetlusest ettevõtjaid, kes on osutunud *ebausaldusväärseteks*, näiteks [...] *muu raske ametialaste eeskirjade rikkumise tõttu, näiteks konkurentsieeskirjade [...] rikkumine*.”³⁶ Sama põhjenduse teine lõik käsitleb niisugust käitumist varasemate lepingute raames, „mis põhjustab tõsiseid kahtlusi ettevõtja usaldusväärsuse suhtes“.³⁷

73. Ei ole üllatav, et seda põhjendust silmas pidades sedastab Euroopa Kohus järgmist: „hankija õigus jätta pakkuja hankemenetlusest kõrvale peab hankijal eelkõige võimaldama hinnata iga pakkuja ausust ja usaldusväärsust“.³⁸

74. Fakultatiivsed hankest kõrvaldamise alused võimaldavad liikmesriikidel täita üldist huvi pakkuvaid eesmärgi ja nendega püütakse igal juhul tagada pakkuja usaldusväärsus,³⁹ hoolsus, ametialane ausus ja tõsine suhtumine.⁴⁰

75. Euroopa Kohus on täpsemalt sedastanud, et „direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 eesmärgi“ osas on „hankija õigus või isegi kohustus jätta hankemenetlusest kõrvale pakkumuse esitanud ettevõtja, [...] eelkõige mõeldud selleks, et hankija saaks hinnata iga ettevõtja ausust ja usaldusväärsust“.⁴¹

76. Muus osas nõuab direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti d range tõlgendamine, et pakkuja aususe ja usaldusväärsuse kontrollimine laieneks tema *varasemale* konkurentsivastasele tegevusele, mitte ainult „konkreetselt“ hankemenetluse raames sõlmitud koostöökokkulepetele, mille hankija peab lahendama.

77. Selline järeldus tuleneb eelkõige direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 5 teisest lõigust, milles on sätestatud, et avaliku sektori hankija võib ettevõtja menetlusest kõrvale jätta, kui selgub, et „asjaomane ettevõtja on *enne menetlust* või menetluse käigus toimepandud teost või tegematajätmisest tulenevalt ühes lõikes 4 osutatud olukordadest“.⁴²

78. Eelnevatele kaalutlustele tuleb lisada, et avaliku sektori hankija võib alternatiivselt tugineda direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktile c, võttes pakkuja kõrvalejätmise otsuse aluseks asjaolu, et pakkuja on pannud toime raske ametialaste eeskirjade rikkumise.

³⁶ Kohtujuristi kursiiv.

³⁷ Vt kohtuotsus Meca (punkt 30).

³⁸ Samas, punkt 29.

³⁹ Nagu ma märkisin oma ettepanekus kohtuasjas Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, punkt 28), „direktiiv 2014/24 sisaldab usaldusväärsust suhte põhikomponendina“ hankija ja taotlejate vahelise suhte puhul.

⁴⁰ 10. juuli 2014. aasta kohtuotsus Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punktid 29, 31 ja 32).

⁴¹ 30. jaanuari 2020. aasta kohtuotsus Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 41).

⁴² Kohtujuristi kursiiv.

79. Raske ametialaste eeskirjade rikkumise mõiste, mida käsitletakse Portugali õiguses kõrvaldamisalusena,⁴³ võib hõlmata ka konkurentsivastast tegevust, isegi kui selle kohta on olemas eraldi kõrvaldamisalus: seda kinnitab eespool osutatud direktiivi 2014/24 põhjendus 101, milles (koosõlas Euroopa Kohtu seisukohaga seoses eelmise direktiiviga)⁴⁴ loetakse raskeks ametialaseks rikkumiseks konkurentsieeskirjade rikkumine.⁴⁵

80. Nagu kohtuistungil rõhutati, on tõsi, et see võimalus eeldab kahe fakultatiivse kõrvaldamisaluselise osalist kattumist. Arvan siiski, et kui nende suhet peetakse üksteist täiendavaks, toetab see direktiivi 2014/24 eesmärkide täitmist.

81. Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis d kirjeldatud juhul oleks hankijal loogiline kasutada seda kõrvaldamisalusel. Ülejäänud tegevuste puhul, mis rikuvad küll konkurentsieeskirju, kuid ei seisne „kokkulepetes teiste ettevõtjatega“, saab kasutada punktis c esitatud üldisemat väidet.

82. Kui eesmärk on anda avaliku sektori hankijale pakkujate ja taotlejate usaldusväärseuse hindamiseks suurim võimalik suutlikkus, ei näe ma põhjust piirata tema pädevust, piiritledes, milliseid „konkurentsieeskirjade rikkumisi“ on toime pandud. Taaskord on direktiivi 2014/24 põhjenduses 101 selle direktiivi artikli 57 lõike 4 punktide c ja d kasutamine lubatud eespool osutatud tingimustel. Seetõttu tekib normide kollisioon, mille tõlgendaja peab lahendama, rakendades seda normi, mis vastab kõige paremini iga juhtumi asjaoludele.

2. Põhjendamiskohustus

83. Hankija on kohustatud „hindama asjaomase üksuse käitumist konkreetselt ja individuaalselt“.⁴⁶ Selle hindamise raames tuleb tehtud otsust põhjendada, mis annab selle adressaatidele ja võimalikele konkurentidele võimaluse seda kohtus vaidlustada.⁴⁷

84. Kui üks konkurentidest on väitnud (nagu käesoleval juhul), et teise puhul esineb kõrvaldamise aluseid vastavalt direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktile d, peab avaliku sektori hankija selgitama konkreetselt, miks ta seda pakkujat usaldusväärseks peab. Kui see on asjakohane, tuleb põhjenduses käsitleda ka parandusmeetmete hindamist, mille karistatud pakkuja on võtnud.⁴⁸

85. Põhjenduse nõue on täidetud, kui avaliku sektori hankija tugineb otseselt või neile viidates argumentidele, mida võttis arvesse valdkondlik asutus (käesoleval juhul AC), kui sedastas, et ettevõtja on sõlminud teistega kokkuleppeid, et moonutada konkurentsi.

⁴³ CCP artikli 55 lõike 1 punktis c keelatakse pakkuumuse esitamine füüsilistele ja juriidilistele isikutele, kellele on määratud raske ametialaste eeskirjade rikkumise tõttu mõni haldussanksioon.

⁴⁴ 4. juuni 2019. aasta kohtumäärus Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132) artikli 45 lõike 2 esimese lõigu kohta.

⁴⁵ „Konkurentsivastase koostööga seotud kõrvaldamise aluse kohaldamisala: hõlmab kooskõlastatud tegevust ja seoseid kõrvaldamisega ametialaste eeskirjade raske rikkumise tõttu“ kohta on asjakohane lugeda Euroopa Komisjoni teatise, mis käsitleb riigihangetes esineva konkurentsivastase koostööga võitlemise vahendeid ja suuniseid selle kohta, kuidas kohaldada sellise koostöö tõttu menetlustest kõrvaldamise alust, punkti 5.2 (2021/C 91/01).

⁴⁶ 7. septembri 2021. aasta kohtuotsus Klaipešos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 157), milles on tsiteeritud 9. novembri 2017. aasta kohtuotsust LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, punkt 39) ja selles viidatud kohtupraktikat.

⁴⁷ Samas, punkt 120.

⁴⁸ Vastavalt direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 6 kolmandale lõigule „[k]ui [ettevõtja võetud] meetmeid peetakse ebapiisavateks, saadetakse ettevõtjale sellise otsuse põhjendus“. See säte ei takista siiski põhjenduse esitamist vastupidisel juhul, kui mõni muu konkureeriv ettevõtja nõuab seda, et õigustada oma konkurenti kõrvale jätmist.

E. Neljas eelotsuse küsimus

86. Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb selles, kas „Portugali õiguses CCP artikli 55 lõike 1 punktis f valitud lahendus“ on kooskõlas direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktiga d.

87. Selle CCP sätte tõlgendus (mida Euroopa Kohus peab järgima, kuna tõlgenduse allikaks on Portugali kõrgeim halduskohus) on asja arutava kohtu kohaselt järgmine: kui ettevõtja kõrvaldatakse hankemenetlusest „väljaspool konkreetset hankemenetlust toime pandud konkurentsieeskirjade rikkumise“ tõttu, seab CCP artikli 55 lõike 1 punkt f sellise kõrvaldamise sõltuvusse sellest, mida otsustab AC „rikkumise tõttu täiendava sanktsiooni määramise kohta, mis seisneb riigihankemenetlustes osalemise keelust“. Eelotsusetaotluse esitanud kohus lisab, et käesolevas asjas hindab AC võetud parandusmeetmete asjakohasust.

88. Samade põhjuste tõttu nagu teise eelotsuse küsimuse analüüsimisel⁴⁹, on tegemist hüpoteetilise küsimusega, sest

- ühest küljest välistas AC Futriferi tegevusele reageerimisel täiendava sanktsiooni;
- teisest küljest ei nähtu toimikust, et mõni vaidluses osalev ettevõtja oleks viidanud direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 6 osutatud parandusmeetmete võtmisele selleks, et pääseda mõnest (olematust) eelnevast hankemenetlustes osalemise keelust.

89. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimused ületavad seega kohtuasja asjaolude kontekstis vaidluse piirid ning nende kohta on *de facto* vaja Euroopa Kohtu nõuandvat arvamust aspektide kohta, mis ei ole kohtuasja asjaoludega seotud.

90. Vastuvõetamatuse vastuväitest möödapääsemiseks võib ka küsimuse ümber sõnastada, mõistes seda nii, et küsimus tekib juhul, kui AC tunnistab kokkumängu tõendatuks ja karistab selle eest trahviga, kuid ei lisa sellele hankemenetlustes osalemise keeldu.

91. Minu pakutav vastus tugineb igal juhul eeltoodud kaalutlustele, olenemata sellest, kas küsimus on ümber sõnastatud või on tegemist teise võimalusega. Seega:

- direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktiga d ei ole kooskõlas riigisisene õigusnorm (ega selle tõlgendus), mille kohaldamise eeltingimuseks nõutakse, et konkurentsiamet oleks teinud varem otsuse;
- liikmesriigid võivad anda parandusmeetmete hindamise avaliku sektori hankijast eraldiseisva asutuse pädevusse, näiteks AC pädevusse. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab kontrollima, kas see on Portugali õiguses nii, ja juhul, kui see on nii, kontrollima, kas „selleks kehtestatud riigisisene kord vastab kõigile [direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 6] sätestatud nõuetele“.⁵⁰

⁴⁹ Erinevus teise eelotsuse küsimusega seisneb selles, et siin pöörab eelotsusetaotluse esitanud kohus tähelepanu sellele, et Portugali õiguse kohaselt on AC-l pärast täiendava sanktsiooni määramist, mis seisneb hankemenetlustes osalemise keelust, samuti pädevus otsustada sanktsioneeritud ettevõtja rehabiliteerimise üle.

⁵⁰ 11. juuni 2020. aasta kohtuotsus Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punktid 31 ja 38 ning resolutiivosa punkt 2).

F. Viies eelotsuse küsimus

92. Eelotsusetaotluse esitanud kohus keskendub CCP artikli 70 lõike 2 punktile g, et küsida, kas selle sisu on kooskõlas direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktiga d.

93. Eelotsusetaotluse esitanud kohus sedastab seda CCP artiklit tõlgendades, et „pakkumuse võib seetõttu, et on veenvaid kaudseid tõendeid tegude, kokkulepete, praktika või teabe kohta, mis võivad rikkuda konkurentsieeskirju, hankest kõrvale jätta üksnes konkreetses hankemenetluses, milles need tegurid tuvastatakse“.

94. CCP artikkel 70 asub vähemalt sõna otseses mõttes hankemenetluse järgmises etapis: kui artiklit 55 kohaldatakse hanke esimeses etapis (ettevõtja valimine kvalitatiivsete kriteeriumide põhjal), käsitletakse artiklis 70 järgmist etappi (esitatud pakkumuste analüüs). Sellesse etappi jõudmiseks peab taotleja või pakkuja loogiliselt võttes läbima esimese etapi, see tähendab, et teda ei kõrvaldata enne teist etappi hankemenetlusest.

95. Liikmesriigi sättele ei saa midagi ette heita, kui selle tõlgendus jätab avaliku sektori hankijale igal juhul alles õiguse hinnata, kas pakkuja on enne konkreetset hankemenetlust, mille hankija peab läbi viima, tegelema konkurentsivastaste tegevusega, mille tõttu tuleb ta kõrvaldada.

96. Teisisõnu ei rikota ühtegi direktiivi 2014/24 sätet, kui CCP artikli 70 lõike 2 punktis g piirdatakse sellega, et avaliku sektori hankijale antakse pädevus kõrvaldada ise menetlusest pakkuja pakkumine, kui tuvastatakse, et pakkumine on esitatud kokkumängu tulemusena asjaomases hankemenetluses.⁵¹

97. Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti d sõnastus on piisavalt lai, et hõlmata kõiki võimalusi pakkumaks avaliku sektori hankijale teavet pakkuja tegevusest, mille eesmärk on moonutada konkurentsi.

98. Kohtuasja Vossloh Laeis ettepanekus väitsin ma, et direktiivi 2014/24 artiklis 57 määratakse hankijatele uurimise kõrvaltähendust omavaid ülesandeid⁵² ning Euroopa Kohus võttis selles asjas tehtud otsuses sama seisukoha.⁵³

99. Nimetatud ülesandeid kasutades on hankijatel olemas pädevus, et tuvastada käimasolevas hankemenetluses pakkujate vahel sõlmitud kokkuleppeid, mis moonutavad konkurentsi. Nagu komisjon märgib, on võimalik, et konkurentsivastase käitumise tõendamise tekitab hankijale raskusi. Lisaks sellele, et sellised raskused ei ole praktikas ületamatud, ei õigusta need avaliku sektori hankija pädevuse piiramist kokkumängu hindamisel, mille olemasolu ta ise tuvastab.

⁵¹ Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab otsustama, kas CCP artikli 70 lõike 2 punkti g võib lisaks tõlgendada tähenduses, millele ma viitasin 18. joonealuses märkuses.

⁵² C-124/17, EU:C:2018:316, punktid 46–49.

⁵³ Kohtuotsus Vossloh Laeis, punkt 24 jj.

V. Kokkuvõte

100. Esitatud arutluskäiku arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku tunnistada vastuvõetamatuks teine ja neljas eelotsuse küsimus ning vastata Supremo Tribunal Administrativo (Portugali kõrgeim halduskohus) 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 punkti d

tuleb tõlgendada nii, et

- selles sättes osutatud fakultatiivset kõrvaldamisalust peab hindama avaliku sektori hankija nii, et muude ametiasutuste otsused ei ole tema jaoks siduvad, välja arvatud juhul, kui ettevõtja on kõrvaldatud lõpliku otsusega hankemenetlustes osalemisest, nimetatud otsusega määratud kõrvaldamise perioodil liikmesriigis, kus kõnealune otsus kehtib;
- avaliku sektori hankija peab esitama otse või viidete kaudu põhjendused selle kohta, miks ta lubab hankemenetluses osaleda pakkujal, keda on varem karistatud konkurentsivastase tegevuse toimepanemise tõttu;
- sellega ei ole vastuolus liikmesriigi õigusnorm, millega antakse avaliku sektori hankijale õigus kõrvaldada hankemenetlusest pakkumus seetõttu, et on veenvaid kaudseid tõendeid tegude, kokkulepete, praktika või teabe kohta, mis võivad rikkuda konkurentsieeskirju konkreetsetes hankemenetlustes, milles selline tegevus tuvastatakse.

Teise võimalusena soovitan Euroopa Kohtul vastata teisele ja neljandale eelotsuse küsimusele järgmiselt:

- kui konkurentsiamet on määranud ettevõtjale täiendava sanktsiooni, mis seisneb teatud ajavahemikul riigihankemenetlustes osalemise keelus, jääb avaliku sektori hankijale alles õigus nimetatud ettevõtjat hankemenetlusest mitte kõrvaldada, kui esinevad direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 6 kirjeldatud asjaolud;
- ettevõtjal on õigus esitada tõendeid piisavate meetmete võtmise kohta, et tõendada oma usaldusväarsust direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 6 kohaselt, mida avaliku sektori hankija (või liikmesriigi õiguse alusel selleks volitatud asutus) peab hindama, kaasa arvatud juhul, kui konkurentsiamet on määranud ettevõtjale täiendava sanktsiooni, mis seisneb hankemenetlustes osalemise keelus.