

FABRICOM

EUROOPA KOHTU OTSUS (teine koda)

3. märts 2005 *

Liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03,

mille esemeks on EÜ asutamislepingu artikli 234 alusel esitatud eelotsusetaotlused, mille esitas 27. detsembri 2002. aasta otsustega Conseil d'Etat (Belgia), mis saabusid Euroopa kohtu kantseleisse vastavalt 29. ja 22. jaanuaril 2003 menetluses

Fabricom SA

versus

Belgia riik,

EUROOPA KOHUS (teine koda),

koosseisus: koja esimees C. W. A. Timmermans (ettekandja); kohtunikud C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric ja J. N. Cunha Rodrigues,

kohtujurist: P. Léger,

kohtusekretär: R. Grass,

* Kohtumenelluse keel: prantsuse.

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

— Fabricom SA, esindaja: *avocat* J. Vanden Eynde ja *avocat* J.-M. Wolter,

— Austria valitsus, esindaja: M. Fruhmann,

— Soome valitsus, esindaja: T. Pynnä,

— Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: K. Wiedner ja B. Stromsky,

olles 11. novembri 2004. a kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

¹ Eelotsusetaotlused käsitlevad nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1;

ELT eriväljaanne 06/01, lk 322), mida muudeti Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. oktoobri 1997. aasta direktiiviga 97/52/EÜ (EÜT L 328, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 3; edaspidi „direktiiv 92/50”), ja eriti selle artikli 3 lõike 2; nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 1; ELT eriväljaanne 06/02, lk 110), mida muudeti direktiiviga 97/52 (edaspidi „direktiiv 93/36”), ja eriti selle artikli 5 lõike 7; nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163), mida muudeti direktiiviga 97/52 (edaspidi „direktiiv 93/37”), ja eriti selle artikli 6 lõike 6; ning samuti nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194), mida muudeti Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. veebruari 1998. aasta direktiiviga 98/4/EÜ (EÜT L 101, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 91; edaspidi „direktiiv 93/38”), ja eriti selle artikli 4 lõike 2 tõlgendamist koostoimes proportsionaalsuse põhimõttega, kaubavahetuse ja töösuse vabadusega ning õigusega omandile. Lisaks käsitlevad samad taotlused nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise valdkonna kaebuste lahendamise korra kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), ja eriti selle artikli 2 lõike 1 punkti a ja artiklit 5; ning nõukogu 25. veebruari 1992. aasta direktiivi 92/13/EMÜ vee-, energia-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 76, lk 14; ELT eriväljaanne 06/01, lk 315), ja eriti selle artiklite 1 ja 2 tõlgendamist.

- 2 Kõnealused eelotsusetaotlused on esitatud kohtuasjas Fabricom SA (edaspidi „Fabricom”) *versus* Belgia riik siseriiklike õigusnormide — vastavalt millele on teatud juhtudel keelatud isikul, kes vastutab riigihanke ettevalmistustööde eest, ning ettevõtjal, kes on selle isikuga seotud, riigihankemenetluses osaleda — õiguspärasuse kohta.

Õiguslik raamistik

Ühenduse õigusnormid

- 3 Nõukogu 22. detsembri 1994. aasta otsusele 94/800/EÜ, mis puudutab Euroopa Ühenduse nimel tema pädevuse valdkonnas Uruguay vooru multilateraalsetel läbirääkimistel (1986–1994) saavutatud kokkulepete sõlmimist (EÜT L 336, lk 1; ELT eriväljaanne 11/21, lk 80; edaspidi „riigihankelepingute kokkulepe“) lisatud riigihankelepingute kokkuleppe VI artikli lõige 4 näeb ette:

„Tellijatel ei ole lubatud konkurentsi piirata võival viisil küsida ega vastu võtta nõuannet, mida võidakse kasutada teatava hanke tehniliste kirjelduste ettevalmistamisel, äriühingutelt, kellel võiksid olla ärihuvid selle riigihanke suhtes.”

- 4 Direktiivi 92/50 artikli 3 lõige 2 sätestab:

„Tellijad tagavad, et ei esineks vahetegemist eri teenuseosutajate vahel.”

- 5 Direktiivi 93/36 artikli 5 lõige 7 näeb ette:

„Tellijad tagavad, et ei esineks vahetegemist tarnijate vahel.”

- 6 Direktiivi 93/37 artikli 6 lõige 6 sätestab:

„Tellijad tagavad, et ei esineks vahetegemist tööettevõtjate vahel.”

- 7 Vastavalt direktiivi 93/38 artikli 4 lõikele 2:

„Tellijad tagavad, et ei esineks vahetegemist eri tarnijate, töövõtjate ja teenuseosutajate vahel.”

- 8 Direktiivi 97/52 kümnes põhjendus, mille sõnastus on sarnane direktiivi 98/4 kolmeteistkümnendale põhjendusele, täpsustab:

„Tellijad võivad küsida või vastu võtta nõuandeid, mida võidakse kasutada teatava hanke tehniliste kirjelduste ettevalmistamisel, tingimusel et kõnealused nõuanded ei ole konkurentsi piirava mõjuga”.

- 9 Direktiivi 89/665 artikkel 2 näeb ette:

„1. Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 kindlaksmääratud läbivaatamise korraga võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

- a) võtta esimesel võimalusel vahemenetluse korras ajutisi meetmeid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, sealhulgas meetmeid, mille eesmärk on riigihankelepingu sõlmimise menetluse või tellijate otsuste rakendamise peatamine või nende peatamise tagamine;

[...].”

10 Direktiivi 92/13 artikkel 1 kehtestab:

«1. Liikmesriigid võtavad vajalikud meetmed tagamaks, et tellijate tehtud otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ja eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas järgmiste artiklitega ja eriti artikli 2 lõikega 8 põhjusel, et kõnealused otsused on vastuolus hankeid reguleeriva ühenduse õigusega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega, kui on tegemist:

- a) nõukogu direktiivi 90/531/EMÜ rakendusalasasse kuuluvate pakkumismenetlustega;

ja

- b) kõnealuse direktiivi artikli 3 lõike 2 punkti a järgimisega tellijate puhul, kelle suhtes kohaldatakse nimetatud sätet.

2. Liikmesriigid tagavad, et ettevõtjate vahel, kes võivad esitada kahjunõude seoses mõne pakkumismenetlusega, ei ole mingit diskrimineerimist seetõttu, et käesolevas direktiivis tehakse vahet ühenduse õigust rakendavate siseriiklike eeskirjade ja muude siseriiklike eeskirjade vahel.

3. Liikmesriigid tagavad, et läbivaatamise kord oleks võimalike liikmesriikide poolt kehtestatavate üksikasjalike eeskirjade kohaselt kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada. Eelkõige võivad liikmesriigid nõuda, et läbivaatamist taotlev isik peab olema eelnevalt teatanud tellijale väidetavast rikkumisest või kavatsusest taotleda läbivaatamist.”

11 Direktiivi 92/13 artikkel 2 sätestab:

„1. Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 kindlaksmääratud läbivaatamise korraga võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

kas

- a) võtta esimesel võimalusel vahemenetluse korras ajutisi meetmeid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, sealhulgas meetmeid, mille eesmärk on pakkumismenetluse või tellijate otsuste rakendamise peatamine või nende peatamise tagamine;

ja

- b) jätta kõrvale ebaseaduslikud otsused või tagada nende kõrvalejätmine ning kõrvaldada lepinguteatest, perioodilisest eelteatest, kvalifitseerimissüsteemi kehtestamise teatest, pakkumiskutsesest, lepingu dokumentidest ning teistest kõnesolevat pakkumismenetlust käsitlevatest dokumentidest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad;

või

- c) võtta võimalikult kiiresti, võimaluse korral vahemenetlusega ja vajaduse korral küsimust käsitleva lõppmenetlusega meetmeid, v.a punktides a ja b sätestatud, kõigi kindlakstehtud rikkumiste heastamiseks ja asjaomastele huvidele kahju tekitamise vältimiseks, esitades eelkõige korralduse konkreetse summa maksmiseks juhtudel, kui rikkumist ei ole heastatud ega välditud.

Liikmesriigid võivad valida selle võimaluse kas kõigi tellijate puhul või objektiivsete kriteeriumide alusel määratletud tellijarühmade puhul, säilitades igal juhul asjaomastele huvidele tekitatava kahju vältimiseks sätestatud meetmete tõhususe;

[...]

Siseriiklikud õigusnormid

- 12 Kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeidi, millega muudeti kuninga 8. jaanuari 1996. aasta dekreeiti ehitustööde, asjade ja teenuste riigihankelepingute ning riiklike ehitustööde kontsessioonide kohta (9. aprilli 1999. aasta *Moniteur belge*, lk 11690; edaspidi „kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreet, millega muudeti kuninga 8. jaanuari 1996. aasta dekreeiti“), artikkel 32 näeb ette:

„[...]

1. Isikutel, kes on tegelenud ehitustööde-, asjade- või teenustealaste teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega, ei ole lubatud esitada osalemistaotlust või riigihanke pakkumist, mis on seotud nende ehitustööde, asjade või teenustega.

2. Ettevõtjal, kes on seotud lõikes 1 nimetatud isikutega, ei ole lubatud esitada osalemistaotlust või riigihanke pakkumist välja arvatud juhul, kui ta tõendab, et see ei anna temale õigustamatut eeliseisundit sellisel viisil, mis kahjustab tavapäraseid konkurentsitingimusi.

„Seotud ettevõtja“ on mis tahes ettevõtja, millele lõikes 1 nimetatud isik võib otseselt või kaudselt avaldada valitsevat mõju või mis võib avaldada valitsevat mõju lõikes 1 nimetatud isikule või millele koos lõikes 1 nimetatud isikuga avaldab omandiõiguse, rahalise osaluse või neid ettevõtteid reguleerivate eeskirjade alusel valitsevat mõju

teine ettevõtja. Eeldatakse, et ettevõtjal on teise ettevõtja suhtes valitsev mõju, kui ta otseselt või kaudselt:

- 1° omab enamust ettevõtja kapitalist, või
- 2° kontrollib enamust ettevõtja väljalastud aktsiatega määratud häältest, või
- 3° võib nimetada enam kui poole ettevõtja haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest.

Enne ettevõtja võimalikku väljaarvamist tema õigustamatu eelisseisundi tõttu, mida ta eeldatavasti on omandanud, on tellija kohustatud tegema sellele ettevõtjale tähtis kirjas ettepaneku, et viimane esitaks kaheteistkümne kalendripäeva jooksul, välja arvatud juhul, kui tulenevalt asja asjaoludest võimaldab kutse pikemat tähtaega, õigustused, mis on seotud eriti tema sidemetega, iseseisvuse astmega ja kõikide tingimustega, mille kohaselt on võimalik väita, et valitsevat mõju ei esine või see ei mõjuta asjassepuutuvat hankelepingut.

3. Lõikeid 1 ja 2 ei kohaldata:

- 1° riigihangetele, mis sisaldavad nii projekti koostamist kui selle elluviimist;
- 2° väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega riigihangetele, seaduse artikli 17 lõike 2 tähenduses menetluse algatamisel.”

- 13 Kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeidi, millega muudeti kuninga 10. jaanuari 1996. aasta dekreeidi ehitustööde, asjade ja teenuste riigihangete kohta vee-, energia-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris (28. aprilli 1999. aasta *Moniteur belge*, lk 14144; edaspidi „kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreet, millega muudeti kuninga 10. jaanuari 1996. aasta dekreeidi“), artikli 26 sõnastus on sisuliselt sarnane kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeidi, millega muudeti kuninga 8. jaanuari 1996. aasta dekreeidi, artikli 32 sõnastusega.

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

- 14 Fabricom on ehitustöid teostav ettevõtja, kes esitab regulaarselt riigihanke pakkumisi eriti vee-, energia-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris.

Kohtuasi C-21/03

- 15 Fabricom esitas 25. juunil 1999 Conseil d'Etat'le hagi, milles ta taotles kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeidi, millega muudeti kuninga 10. jaanuari 1996. aasta dekreeidi, artikli 26 tühistamist.
- 16 Tema väite kohaselt on kõnealune säte nimelt vastuolus nii pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttega, direktiiviga 92/13 tagatud kohtuliku läbivaatamise tõhususe põhimõttega, proportsionaalsuse põhimõttega, kaubavahetuse ja tööstuse vabadusega kui ka Roomas 4. novembril 1950 allkirjastatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni lisaprotokollis 1 sätestatud õigusega omandile.

- 17 Belgia riik vaidlustab Fabricom'i esitatud väited.
- 18 Seoses kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeidi, millega muudeti kuninga 10. jaanuari 1996. aasta dekreeiti, artikliga 26 väidab Conseil d'Etat, et vastavalt kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeidi preambuli ja sellele eelneva ettekande (Rapport au Roi) sõnastusele on kõnealuse sätte eesmärk takistada riigihankelepingut saada soovival isikul kasutada vaba konkurentsi põhimõttega vastuolus olevat eelisseisundit, mis on saadud seoses teadusuuringutega, katsetega, uurimustöödega või arendustegevusega, mis on selle lepinguga seotud.
- 19 Vastavalt Conseil d'Etat väitele keelab kõnealune säte üldiselt ja ilma vahetemiseta osaleda hankemenetluses või esitada pakkumist sellel isikul, kes tegeleb teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega ning sellest tulenevalt ka asjaomasel ettevõtjal, kes on selle isikuga seotud. Lisaks ei anna nimetatud säte viimasele — vastupidiselt seotud ettevõtjale ettenähtuga — ühtegi võimalust tõendada, et arvestades asja asjaoludega ei olnud tal võimalik omandada selle toimingu tulemusena eelisseisundit, mis rikuks võrdsust pakkujate vahel. See säte ei näe sõnaselgelt ette tellija kohustust avaldada kindlaksmääratud tähtaja jooksul oma arvamust õigustuste kohta, mida on esitanud seotud ettevõtja selleks, et tõendada, et tegemist ei ole valitseva mõjuga või et see ei avalda mõju asjassepuutuvale hankelepingule.
- 20 Leides, et kuna vaidluse lahendamiseks on vaja tõlgendada riigihanke direktiivide teatud sätteid, otsustas Conseil d'Etat menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiiviga 93/38 [...], eriti selle artikli 4 lõikega 2, ning direktiiviga 98/4 [...] koostoimes proportsionaalsuse põhimõttega; kaubavahetuse ja tööstuse vabadusega; omandiõiguse austamisega, mis on tagatud eelkõige Euroopa

inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni 20. märtsi 1952. aasta lisaprotokolliga, on vastuolus asjaolu, et on keelatud esitada osalemistaotlust või ehitustööde, asjade või teenuste riigihanke pakkumist isikutel, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega, mis on seotud nende ehitustööde, asjade või teenustega ilma, et sellel isikul oleks võimalust tõendada, et antud juhu asjaolusid arvestades ei kahjusta saadud kogemus konkurentsist?

2. Kas vastus eelmisele küsimusele oleks erinev, kui eespool nimetatud direktiive koostoimes sama põhimõtte, vabaduse ja õigusega oleks tõlgendatud suunatuna ainult eraõiguslikele ettevõtjatele või ettevõtjatele, kes osutavad tasulist teenust?

3. Kas direktiivi 92/13 [...], eriti selle artikleid 1 ja 2, tuleb tõlgendada selliselt, et tellijal on õigus tagasi lükata kuni pakumiste läbivaatamise lõppemiseni osalemistaotlust või riigihanke pakkumist — mille on esitanud ettevõtja, kes on seotud isikuga, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega seoses ehitustööde, asjade või teenustega — isegi siis, kui tellija küsitluse tulemusena see ettevõtja kinnitab, et ta ei ole omandanud sellist õigustamatut eelisseisundit, mis kahjustaks tavapäraseid konkurentsitingimusi?"

Kohtuasi C-34/03

- 21 Fabricom esitas 8. juunil 1999 Conseil d'Etat'le hagi, milles ta taotles kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeidi, millega muudeti kuninga 8. jaanuari 1996. aasta dekreeti, artikli 32 tühistamist.

- 22 Väited, mida Fabricom esitas, on olemuselt samad, mis kohtuasjas C-21/03. Märkused, mida Conseil d'Etat esitas seoses eespool nimetatud artikliga 32, on identsed märkustega, mille ta esitas kohtuasjas C-21/03, mis oli seotud kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreediga, millega muudeti kuninga 10. jaanuari 1996. aasta dekreeti, artikliga 26.
- 23 Eespool nimetatud asjaolusid arvesse võttes otsustas Conseil d'Etat menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas direktiiviga 92/50 [...], eriti selle artikli 3 lõikega 2; direktiiviga 93/36 [...], eriti selle artikli 5 lõikega 7; direktiiviga 93/37, eriti selle artikli 6 lõikega 6 ning direktiiviga 97/52 [...], eriti selle artikli 2 lõike 1 punktiga b ja artikli 3 lõike 1 punktiga b koostoimes proportsionaalsuse põhimõttega; kaubavahetuse ja tööstuse vabadusega; omandiõiguse austamisega, mis on tagatud eelkõige Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni 20. märtsi 1952. aasta lisaprotokolliga, on vastuolus asjaolu, kui on keelatud esitada osalemistaotlust või ehitustööde, asjade või teenuste riigihanke pakkumist isikutel, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega, mis on seotud nende ehitustööde, asjade või teenustega ilma, et sellel isikul oleks võimalust tõendada, et antud juhu asjaolusid arvestades ei kahjusta saadud kogemus konkurentsi?
2. Kas vastus eelmisele küsimusele oleks erinev, kui eespool nimetatud direktiive koostoimes sama põhimõtte, vabaduse ja õigusega oleks tõlgendatud suunatuna ainult eraõiguslikele ettevõtjatele või ettevõtjatele, kes osutavad tasulist teenust?
3. Kas direktiivi 89/665 [...], eriti selle artikli 2 lõike 1 punkti a ja artiklit 5, tuleb tõlgendada selliselt, et tellijal on õigus tagasi lükata kuni pakkumiste

läbivaatamise lõppemiseni osalemistaotlust või riigihanke pakkumist — mille on esitanud ettevõtja, kes on seotud isikuga, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega seoses ehitustööde, asjade või teenustega — isegi siis, kui tellija küsitluse tulemusena see ettevõtja kinnitab, et ta ei ole omandanud sellist õigustamatut eelisseisundit, mis kahjustaks tavapäraseid konkurentsitingimusi?”

- 24 Euroopa Kohtu presidendi 4. märtsi 2003. aasta määrusega on kohtuasjad C-21/03 ja C-34/03 kirjaliku ja suulise menetluse ning kohtuotsuse huvides liidetud.

Eelotsuse küsimused

Esimene küsimus liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03

- 25 Eelotsust taotleva siseriikliku kohtu poolt esitatud esimene küsimus liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 seisneb põhiliselt selles, kas ühenduse õiguse viidatud sätetega on vastuolus õigusnorm, mille näevad ette kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeedi, millega muudeti kuninga 10. jaanuari 1996. aasta dekreeedi, artikkel 26 ja kuninga 25. märtsi 1999. aasta dekreeedi, millega muudeti kuninga 8. jaanuari 1996. aasta dekreeedi, artikkel 32, mille kohaselt on keelatud esitada osalemistaotlust või ehitustööde, asjade või teenuste riigihanke pakkumist isikutel, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega, mis on seotud nende ehitustööde, asjade või teenustega ilma, et sellele isikule oleks antud võimalus tõendada, et antud juhu asjaolusid arvestades ei kahjusta saadud kogemus konkurentsi? (edaspidi „põhikohtuasja norm”).

- 26 Sellega seoses tuleb meelde tuletada, et kohustus austada võrdse kohtlemise põhimõtet on olemuselt kooskõlas riigihangete direktiividega, mis näevad ette eelkõige tõhusa konkurentsi soodustamist nendes valdkondades, mis kuuluvad vastavalt nende kohaldamisaladesse ning milles on väljendatud hankelepingu sõlmimise tingimused, mille eesmärgiks on sellise konkurentsi tagamine (17. septembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-513/99: Concordia Bus Finland, EKL 2002, lk I-7213, punkt 81 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 27 Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale nõuab võrdse kohtlemise põhimõte, et võrreldavaid olukordi ei tohi kohelda erineval viisil ja et erinevaid olukordi ei tohi kohelda võrdväärsetena; välja arvatud need juhtumid, kui teatud kohtlemine on objektiivselt põhjendatud (14. detsembri 2004. aasta otsus kohtuasjas: C-434/02: Arnold André, EKL 2004, lk I-11825, punkt 68 ja seal viidatud kohtupraktika ning otsus kohtuasjas: C-210/03: Swedish Match, EKL 2004, lk I-11893, punkt 70 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 28 Isiku puhul, kes on tegelenud nende ehitustööde-, asjade- või teenustealaste teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega, mis olid seotud riigihankega (edaspidi „teatud ettevalmistustöid teostanud isik“), ei pruugi pakkumismenetluses osalemise seisukohalt olla tegemist sama olukorraga, kui isiku puhul, kes neid töid teostanud ei ole.
- 29 Ühest küljest võib teatud ettevalmistustöodes osalenud isik tegelikult olla oma pakkumise koostamisel eelisseisundis informatsiooni tõttu, mille ta võis kõnealuse riigihanke sisu kohta neid ettevalmistustöid tehes saada. Niisiis peavad kõikidel pakkujatel oma pakkumiste koostamisel olema samad võimalused (vt selle kohta 25. aprilli 1996. aasta otsus kohtuasjas C-87/94: komisjon v. Belgia, EKL 1996, lk I-2043, punkt 54).

- 30 Teisest küljest võib kõnealune isik sattuda olukorda, mis võib viia huvide konfliktini selles mõttes — nagu õigustatult mainis ka Euroopa Ühenduste Komisjon — et juhul, kui ta on ise kõnealuse riigihanke pakkuja, võib ta ilma, et tal endal oleks kavatsust, mõjutada riigihanke tingimusi tema jaoks soodsal viisil. Selline olukord kahjustab konkurentsi pakkujate vahel.
- 31 Selle tagajärjel, kui võtta arvesse sellist olukorda, milles võib olla teatud ettevalmistustöid teostanud isik, ei saa väita, et võrdse kohtlemise põhimõte kohustab kohtlema seda isikut võrdväärselt kõikide teiste pakkujatega.
- 32 Samas väidavad nii Fabricom kui ka Soome ja Austria valitsus sisuliselt seda, et erinev kohtlemine, mis on sätestatud sellise õigusnormiga nagu põhikohtuasja norm ja mis seisneb selles, et keelab isikul, kes on teostanud teatud ettevalmistustöid, osaleda asjassepuutuvast pakkumismenetluses, ei ole objektiivselt õigustatud. Selline keeld on tegelikult ebaproportsionaalne. Vastavalt nende väidetele oleks kõikide pakkujate võrdne kohtlemine ka siis hästi tagatud, kui kohaldataks menetlust, mille tulemusena oleks võimalik hinnata iga konkreetset juhtumit eraldi sellest seisukohast, et kas teatud ettevalmistustööde teostamise fakt on andnud neid töid teostanud isikule konkurentsieelse teiste pakkujate ees. Selline meede seaks teatud ettevalmistustöid teostanud isikule vähem piiranguid.
- 33 Seoses sellega tuleb väita, et selline õigusnorm nagu põhikohtuasjas, ei anna teatud ettevalmistustöid teostanud isikule ühtegi võimalust tõendada, et tema juhtumi puhul käesoleva otsuse punktides 29 ja 30 esile toodud probleemid ei tõstatu.
- 34 Niisiis läheb selline norm kaugemale kui oleks kõikide pakkujate võrdse kohtlemise eesmärgil vajalik.

- 35 Tegelikkuses võib nimetatud sätte kohaldamine kaasa tuua selle, et teatud ettevalmistustöid teostanud isik arvatakse välja riigihanke pakkumismenetlusest ka siis, kui tema poolt nimetatud tööde teostamine ei kujuta endast mitte mingisugust ohtu pakkujate vahelisele konkurentsile.
- 36 Eespool nimetatud asjaolusid arvesse võttes tuleb esimesele küsimusele, mis esitati liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03, vastata, et direktiiviga 92/50, ja eriti selle artikli 3 lõikega 2; direktiiviga 93/63, ja eriti selle artikli 5 lõikega 7; direktiiviga 93/37, ja eriti selle artikli 6 lõikega 6 ning direktiiviga 93/38, ja eriti selle artikli 4 lõikega 2 on vastuolus õigusnorm, mille näevad ette kuningas 25. märtsi 1999. aasta dekreedid, millega muudeti kuningas 10. jaanuari 1996. aasta dekreeti, artikkel 26 ja kuningas 25. märtsi 1999. aasta dekreedid, millega muudeti kuningas 8. jaanuari 1996. aasta dekreeti, artikkel 32, mille kohaselt on keelatud esitada osalemistaotlust või ehitustööde, asjade või teenuste riigihanke pakkumist isikutel, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega, mis on seotud nende ehitustööde, asjade või teenustega ilma, et sellele isikule oleks antud võimalus tõendada, et antud juhu asjaolusid arvestades ei kahjusta saadud kogemus konkurentsi.

Teine küsimus liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03

- 37 Eelotsust taotleva siseriikliku kohtu poolt esitatud teine küsimus liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 seisneb põhiliselt selles, kas vastus esimesele küsimusele on erinev, kui direktiive 92/50, 93/36, 93/37 ja 93/38 koostoimes proportsionaalsuse põhimõtte, kaubanduse ja tööstuse vabadusega ning õigusega omandile tõlgendada suunatuna ainult eraõiguslikele ettevõtjatele või ettevõtjatele, kes osutavad tasulist teenust?

- 38 Tuleb mainida, et see küsimus lähtub hüpoteesist, mida ei saa aktsepteerida.
- 39 Tegelikult ei ole kõnealustes direktiivides mitte ühtegi sellist vihjet, mis võimaldaks tõlgendada neid suunatuna — mis puudutab nende kohaldamist riigihankemenetluses osalevatele või osaleda kavatsevatele ettevõtjatele — ainult eraõiguslikele ettevõtjatele või ettevõtjatele, kes pakuvad tasu eest teenust. Pealegi on võrdse kohtlemise põhimõttega vastuolus see, kui ainult eraõiguslikele ettevõtjatele või ettevõtjatele, kes osutavad teenust tasu eest, kehtib põhikohtuasja norm, mis ei kehti ettevõtjatele, kellel puuduvad sellised omadused ja kes on samuti teostanud selliseid ettevalmistustöid.
- 40 Seega ei tule anda vastust liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 esitatud teisele küsimusele.

Kolmas küsimus kohta liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03

- 41 Eelotsust taotleva siseriikliku kohtu poolt esitatud kolmas küsimus liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 seisneb põhiliselt selles, et kas direktiivi 89/665, eriti selle artikli 2 lõike 1 punkti a ja artiklit 5 ning direktiivi 92/13, eriti selle artikleid 1 ja 2 tuleb tõlgendada selliselt, et tellijal on õigus tagasi lükata kuni pakkumiste läbivaatamise lõppemiseni osalemistaotlust või riigihanke pakkumist — mille on esitanud ettevõtja, kes on seotud isikuga, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega seoses ehitustööde, asjade või teenustega — isegi siis, kui tellija küsitluse tulemusena see ettevõtja kinnitab, et ta ei ole omandanud sellist õigustamatut eelisseisundit, mis kahjustaks tavapäraseid konkurentsitingimusi.

- 42 Seoses sellega tuleb meelde tuletada, et kui antud asi puudutab kohtumenetluse eeskirju, mille eesmärk on tagada ühenduse õigusest tulenevate õiguste kaitse nendele kandidaatidele ja pakkujatele, keda tellija otsused on kahjustanud, ei tohi need eeskirjad ohustada direktiivi 89/665 kasulikku mõju (12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-470/99: *Universale-Bau jt*, EKL 2002, lk I-11617, punkt 72).
- 43 Samas peavad direktiivide 89/665 ja 92/13 sätted, mille eesmärk on kaitsta pakkujaid tellijate omavoli eest, tugevdama olemasolevaid mehhanisme selleks, et kindlustada tõhus ühenduse õigusega ettenähtud hankemenetlust reguleerivate õigusnormide kohaldamine, eriti etapis, kus on veel võimalik õigusrikkumist heastada. Selline kaitse ei pruugi olla tõhus, kui pakkujad ei ole suutelised neid õigusnorme tellijate suhtes kasutama (24. juuni 2004. aasta otsus kohtuasjas C-212/02: *komisjon v. Austria*, kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 20 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 44 Tellija võimalus lükata edasi kuni pakkumismenetluse väga edasijõudnud etapini otsuse langetamist selle kohta, kas lubada ettevõtjal, kes on seotud isikuga, kes on teostanud teatud ettevalmistustöid, osaleda menetluses või esitada pakkumist, samas kui sellel tellijal on kogu vajaminev informatsioon otsuse langetamiseks, jätab selle ettevõtja ilma võimalusest kasutada ühenduse hankemenetluse alaseid õigusnorme tellija vastu selles etapis, mis on vaid tellija otsustuse pädevuses ja mida viimane võib vajadusel pikendada kuni selle hetkeni, kui õigusrikkumist ei ole enam võimalik heastada.
- 45 Selline olukord võib kergesti ohustada direktiivide 89/665 ja 92/13 kasulikku mõju, kuna see viib huvitatud isikute ühenduse õigusest tulenevate õiguste kasutamise õigustamatu edasilükkamiseni. Teisest küljest on see vastuolus direktiivide 89/665 ja 92/13 eesmärgiga, mis seisneb pakkujate kaitsmises tellijate suhtes.

- 46 Seega tuleb vastata liidetud kohtuasjades C-21/3 ja C-34/03 esitatud küsimusele, et direktiiviga 89/665, eriti selle artikli 2 lõike 1 punktiga a ja artikliga 5 ning direktiiviga 92/13, eriti selle artiklitega 1 ja 2, on vastuolus asjaolu, et tellijal on õigus tagasi lükata kuni pakkumiste läbivaatamise lõppemiseni osalemistaotlust või riigihanke pakkumist — mille on esitanud ettevõtja, kes on seotud isikuga, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega seoses ehitustööde, asjade või teenustega — isegi siis, kui tellija küsitluse tulemusena see ettevõtja kinnitab, et ta ei ole omandanud sellist õigustamatut eelisseisundit, mis kahjustaks tavapäraseid konkurentsitingimusi.

Kohtukulud

- 47 Et põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus poolleiloleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse siseriiklik kohus. Euroopa Kohtule märkuste esitamisega seotud kulusid, v.a poolte kohtukulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (teine koda) otsustab:

1. Nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiviga 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, mida muudeti Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. oktoobri 1997. aasta direktiiviga 97/52/EÜ, ja eriti selle artikli 3 lõikega 2; nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiviga 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord, mida muudeti direktiiviga 97/52, ja eriti selle artikli 5 lõikega 7; nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiviga 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord, mida muudeti direktiiviga 97/52, ja eriti selle artikli 6 lõikega 6; ning nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiviga 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused, mida muudeti nõukogu 16. veebruari 1998. aasta

Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiviga 98/4/EÜ, ja eriti selle artikli 4 lõikega 2 on vastuolus õigusnorm, mille näevad ette kuningas 25. märtsi 1999. aasta dekreedid, millega muudeti kuningas 10. jaanuari 1996. aasta dekreeti ehitustööde, asjade ja teenuste riigihangete kohta vee-, energia-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris, artikkel 26 ning kuningas 25. märtsi 1999. aasta dekreedid, millega muudeti kuningas 8. jaanuari 1996. aasta dekreeti ehitustööde, asjade ja teenuste riigihanke ning kontsessioonilepingu avalike tööde kohta, artikkel 32, mille kohaselt on keelatud esitada osalemistaotlust või ehitustööde, asjade või teenuste riigihanke pakkumist isikutele, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega, mis on seotud nende ehitustööde, asjade või teenustega ilma, et sellele isikule oleks võimalus tõendada, et asjaolusid arvestades ei kahjusta saadud kogemus konkurentsi.

2. Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiviga 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise valdkonna kaebuste lahendamise korra kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta, ja eriti selle artikli 2 lõike 1 punktiga a ja artikliga 5 ning nõukogu 25. veebruari 1992. aasta direktiiviga 92/13/EMÜ vee-, energia-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta, ja eriti selle artiklitega 1 ja 2 on vastolus asjaolu, et tellijal on õigus tagasi lükata kuni pakkumiste läbivaatamise lõppemiseni osalemistaotlust või riigihanke pakkumist — mille on esitanud ettevõtja, kes on seotud isikuga, kes on tegelenud teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega seoses ehitustööde, asjade või teenustega — isegi siis, kui tellija küsitluse tulemusena see ettevõtja kinnitab, et ta ei ole omandanud sellist õigustamatut eelisseisundit, mis kahjustaks tavapäraseid konkurentsitingimusi.

Allkirjad