Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 8. mail 2019[1]

Kohtuasi C-267/18

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA
versus
Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Curtea de Apel Bucureşti (Bukaresti apellatsioonikohus, Rumeenia))

Eelotsusetaotlus – Direktiiv 2014/24/EL – Riigihanked – Fakultatiivsed hankemenetlusest kõrvaldamise alused – Ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldamine põhjusel, et varasem hankeleping öeldi üles alltöövõtust hankijale teatamata jätmise tõttu – Mõiste „tõsised või pidevad puudujäägid“ – Varasema lepingu ülesütlemise kohta teabe esitamata jätmine – Lepingu täitmisel alltöövõtu kasutamisest teatamine – Eesmärgid ja otstarve – Teabe esitamata jätmise raskus

1. Direktiiviga 2014/24/EL[2] on lubatud riigihankemenetlusest kõrvaldada pakkuja, kelle puhul on esinenud „tõsiseid või pidevaid puudujääke varasema riigihankelepingu […] olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud enneaegselt lõpetada“ (artikli 57 lõike 4 punkt g).

2. Rumeenia kohus esitab Euroopa Kohtule oma kahtlused seoses küsimusega, kas see õigusnorm on kohaldatav, kui „varasem leping [on tulnud] ennetähtaegselt lõpetada“ seetõttu, et edukas pakkuja on osa ehitustööd teostanud allhanke korras, sellest ametiasutust teavitamata. Lisaks sellele ei teatanud see ettevõtja varasema lepingu enne tähtaega ülesütlemisest ka uues riigihankemenetluses (teisele) hankijale.

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus. Direktiiv 2014/24

3. Põhjenduses 101 on ette nähtud:

„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.

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).

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“.

4. 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;

h) ettevõtja on hankemenetlusel osalemisest kõrvaldamise aluste puudumise või kvalifitseerimise tingimuste täitmise kontrollimiseks nõutavate andmete esitamisel esitanud valeandmeid, on jätnud sellise teabe esitamata või ei ole suuteline esitama artikli 59 kohaselt nõutavaid täiendavaid dokumente, […]

[…]

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 aluse 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.

[…]“.

5. Artiklis 71 „Allhanked“ on märgitud:

„[…]

2. Avaliku sektori hankija võib hankedokumentides paluda või liikmesriik võib nõuda, et pakkuja osutaks oma pakkumuses sellele, milliste lepingu osade suhtes kavatseb ta sõlmida allhankelepingu kolmandate isikutega, ja kõik allhankelepingute kavandatavad täitjad.

[…]

5. Ehitustööde hankelepingute puhul ja nende teenuste osas, mida osutatakse rajatisel avaliku sektori hankija otsese järelevalve all, nõuab avaliku sektori hankija pärast lepingu sõlmimist ja hiljemalt siis, kui algab lepingu täitmine, et peatöövõtja teataks talle selliste ehitustööde või teenustega seotud ja selleks hetkeks teadaolevate alltöövõtjate nimed, kontaktandmed ja seaduslikud esindajad. Avaliku sektori hankija nõuab, et peatöövõtja teataks talle selle teabe mis tahes muutustest lepingu kehtivusaja jooksul ning sama teabe ka mis tahes uute alltöövõtjate kohta, kes asjaomaste ehitustööde või teenustega järgnevalt seotud on.

Olenemata esimesest lõigust võivad liikmesriigid sätestada kohutuse, et nõutav teave edastatakse otse peatöövõtja kohta.

Kui see on käesoleva artikli lõike 6 punkti b kohaldamise eesmärgil vajalik, lisatakse nõutavale teabele artikli 59 kohased alltöövõtjate endi kinnitused. […]

6. Artikli 18 lõikes 2 osutatud kohustuste rikkumise vältimiseks võib võtta asjakohaseid meetmeid, näiteks:

[…]

b) avaliku sektori hankija võib kooskõlas artiklitega 59, 60 ja 61 kontrollida, kas alltöövõtjate kõrvaldamine artikli 57 kohaselt on põhjendatud, või liikmesriigid võivad temalt selle kontrollimist nõuda. Sellistel juhtudel nõuab avaliku sektori hankija, et ettevõtja asendaks alltöövõtja, kelle puhul kontrollimine näitas kohustusliku kõrvaldamise aluste olemasolu. Avaliku sektori hankija võib nõuda või liikmesriik võib teda kohustada nõudma, et ettevõtja asendaks alltöövõtja, kelle puhul kontrollimine näitas mittekohustusliku kõrvaldamise aluste olemasolu.

[…]“.

B. Liikmesriigi õigus. Riigihangete seadus nr 98/2016 (Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, edaspidi „seadus nr 98/2016“)

6. Artiklis 167 on sätestatud:

„(1) Hankija kõrvaldab hankelepingu või raamlepingu sõlmimise menetlusest kõik ettevõtjad, kes on ühes järgmistest olukordadest:

[…]

g) ettevõtja on oluliselt või korduvalt rikkunud eelnevalt sõlmitud hankelepingust, valdkondlikust lepingust või kontsessioonilepingust tulenevaid põhikohustusi ning selliste rikkumiste tulemusel on see leping tulnud üles öelda, makstud kahjutasu või rakendatud muid võrreldavaid sanktsioone;

h) kui ettevõtja on tunnistatud süüdi hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise või kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks hankijale teabe esitamisel valeandmete esitamises, on jätnud sellised andmed esitamata või ei ole suuteline esitama nõutavaid tõendavaid dokumente;

[…]

(8) Lepinguliste kohustuste olulisteks rikkumisteks lõike 1 punkti g tähenduses loetakse näiteks lepingu täitmata jätmist, selliste toodete või teenuste või ehitustööde tarnimist või osutamist või tegemist, millega seoses esineb olulisi puudusi, mis muudavad need lepingus ette nähtud otstarbeks sobimatuks.“

7. Artiklis 171 on sätestatud:

„(1) Iga ettevõtja, kes on mõnes artiklites 164 ja 167 osutatud hankemenetlusest kõrvaldamise olukorras, võib esitada tõendeid selle kohta, et tema poolt võetud meetmed on piisavad tõendamaks konkreetselt tema usaldusväärsust vaatamata kõrvaldamise alustele.

(2) Kui hankija leiab, et ettevõtja poolt lõike 1 kohaselt esitatud tõendid on piisavad, et tõendada konkreetselt tema usaldusväärsust, ei kõrvalda hankija ettevõtjat hankemenetlusest.

(3) Tõendid, mida ühes artiklites 164 ja 167 nimetatud olukordadest olev ettevõtja võib lõike 1 kohaselt hankijale esitada, käsitlevad asjaolu, et ta on maksnud või võtnud kohustuse maksta hüvitist süüteo või muu õigusrikkumisega põhjustatud võimaliku kahju eest, selgitanud kõiki süüteo või muu õigusrikkumise asjaolusid, tehes uurimisorganitega aktiivset koostööd, ning võtnud konkreetsed ja sobivad tehnilised, korralduse ja töötajatega seotud meetmed, näiteks suhete katkestamine ebaseaduslikult käituvate isikute ja organisatsioonidega, töötajate ümberkorraldusmeetmed, kontrolli- ja aruandlussüsteemide rakendamine ning siseauditistruktuuri loomine, et kontrollida õigusnormide ja muude eeskirjade täitmist, samuti vastutuse ja kahju hüvitamise alaste sise-eeskirjade vastuvõtmine, et vältida edasisi süütegusid ja muid õigusrikkumisi.

[…]“.

II. Kohtuvaidluse faktilised asjaolud ja eelotsuse küsimus

8. Râmnicu Vâlcea (Rumeenia) kohaliku omavalitsuse valitsus sõlmis 3. oktoobril 2010 äriühinguga Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (edaspidi „Delta“) ja kahe teise äriühinguga, kellega koos see äriühing moodustas ajutise ettevõtjate ühenduse („ajutine ühendus 1“) ehitustööde hankelepingu puhkekompleksi renoveerimiseks ja moderniseerimiseks.

9. Omavalitsusüksuse valitsus otsustas 7. juunil 2017 lepingu üles öelda, tuues põhjenduseks, et ajutine ühendus 1 oli lepingut rikkunud, tehes olulisi ehitustööosi ilma tema eelneva loata allhanke korras, samas kui hankedokumendid sisaldavad klauslit, et lepingu täitmises ei või osaleda allhankijaid ilma hankija nõusolekuta. [3]

10. Lepingu enne tähtaega ülesütlemise kohta ajutisest ühendusest 1 tulenevatel põhjustel tehti 25. juulil 2017 kanne veebiplatvormi Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektrooniline riigihankesüsteem; edaspidi „elektrooniline süsteem“).

11. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (Riiklik Maanteeamet, edaspidi „CNAIR“) algatas 27. juulil 2017 riigihankemenetluse, mille ese on ehitustööde hange „Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350“ (Bâldana-Titu maantee DN 7 30 + 950 – 52 + 350 km 4-realiseks laiendamise projekt ja ehitus) eeldatava maksumusega 210 627 629 Rumeenia leud (46 806 139,78 eurot) ja kestusega 84 kuud.

12. Delta moodustas koos kahe teise äriühinguga uue ajutise ettevõtjate ühenduse („ajutine ühendus 2“) ja osales menetluses pakkujana. Hankemenetluses osalemise taotluses kinnitas ta, et tema puhul ei esine mingeid hankest kõrvaldamise aluseid.

13. CNAIRi hindamiskomisjon leidis elektroonilisest süsteemist järele vaadates Râmnicu Vâlcea omavalitsusüksuse valitsuse väljastatud sertifikaadi ajutise ühenduse 1 ja selle valitsuse vahelise lepingu ülesütlemise kohta.

14. Olles Delta ja Râmnicu Vâlcea omavalitsusüksuse valitsuse eelnevalt ära kuulanud, kõrvaldas CNAIRi hindamiskomisjon 18. detsembril 2017 ajutise ühenduse 2 riikliku maantee laiendamise riigihankemenetlusest. Ta tõi seejuures põhjenduseks, et varasema lepingu enne tähtaega ülesütlemine ja sellest asjaolust teises hankemenetluses teatamata jätmine on seaduse nr 98/2016 artikli 167 lõike 1 punktides g ja h ette nähtud hankemenetlusest kõrvaldamise alused.

15. Ajutine ühendus 2 palus hankijal menetlusest kõrvaldamise otsus tagasi võtta ja tema pakkumust uuesti hinnata. Kuna CNAIR ei vastanud, esitas nimetatud ühendus vaidlustuse riiklikule vaidlustuskomisjonile (edaspidi „vaidlustuskomisjon“).

16. Vaidlustuskomisjon jättis 2. veebruaril 2018 vaidlustuse rahuldamata, olles kinnitanud, et:

– ta on pädev kontrollima pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise otsuse õiguspärasust ja seda, kas on tegemist seaduses sätestatud hankest kõrvaldamise olukorraga, kuid mitte analüüsima sertifikaadi õiguspärasust;

– kuna nimetatud dokumendi puhul kehtib õiguspärasuse eeldus, tõendab see varasemast riigihankelepingust tulenevate kohustuste rasket rikkumist;

– ajutine ühendus 2 oli tuginenud ainult sellele, et sertifikaat ei ole õiguspärane, toomata tõendeid iseenda usaldusväärsuse tõendamiseks vastavalt seaduse nr 98/2016 artiklile 171.

17. Vaidlustuskomisjoni otsuse peale esitati 16. veebruaril 2018 kaebus eelotsusetaotluse esitanud kohtule. Kaebuses väideti kokkuvõttes: a) et sertifikaat ei ole sobiv selleks, et tõendada, et Delta oli oma lepingulisi kohustusi tõsiselt ja korduvalt rikkunud, ja b) et isegi kui see dokument kajastab tegelikkust, ei saa selles märgitut käsitada hankest kõrvaldamise alusena, mis seisneb lepinguliste kohustuste raskes või korduvas rikkumises. [4]

3 Samas otsuses arvutati välja sellest tulenev kahju summas 2 345 299,70 Rumeenia leud (RON) (521 000 eurot).

4 Delta lisas, et nii sertifikaat kui ka selles nimetatud väidetavad rikkumised on kohtus vaidlustatud.

18. Nendel asjaoludel esitab Curtea de Apel București (Bukaresti apellatsioonikohus, Rumeenia) Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas 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 g võib tõlgendada nii, et hankelepingu ülesütlemine põhjusel, et osa ehitustööde kohta sõlmiti alltöövõtulepingud ilma hankija loata, kujutab endast tõsist või pidevat puudujääki varasema riigihankelepingu kohase olulise nõude täitmisel, mis viib ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldamiseni?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

19. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtus 17. aprillil 2018.

20. Kirjalikud seisukohad on esitanud Delta, Rumeenia valitsus ja Euroopa Komisjon. Kohtuistungil, mis peeti 27. veebruaril 2019, osalesid Delta, Austria valitsus ja komisjon.

IV. Hinnang

A. Sissejuhatav märkus

21. Asja arutava kohtu küsimus piirdub direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti g tõlgendamisega. Arvan siiski, et vastavalt Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktikale[5] võib vastus hõlmata selle direktiivi teisi sätteid, mis on seotud samade faktiliste asjaoludega, et anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule hindamiselemendid, mis hõlbustavad tema tööd.

22. Konkreetselt vastab lepingu enne tähtaega ülesütlemisega seotud hankemenetlusest kõrvaldamise alus kindlasti direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktile g. Kuid eelotsusetaotluses endas[6] on märgitud, et hankija hindamiskomisjoni hinnangul oli „asjaomasele pakkumusele […] kohaldatav ka […] seaduse nr 98/2016 artikli 167 lõike 1 punkt h“. Kuna see õigusnorm kajastab liikmesriigi õiguses hankemenetlusest kõrvaldamise alust, mis on ette nähtud direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis h, võib Euroopa Kohtu vastus olla täielikum, kui vastus hõlmab küsimust, kuidas mõjutab viimati nimetatud hankemenetlusest kõrvaldamise alus vaidlusaluseid asjaolusid.[7]

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

23. Nagu ma oma ettepanekus kohtuasjas Meca[8] märkisin, on direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikes 4 ettevõtja teguviiside hulgas, mille tõttu võib olla õigustatud ta 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 enneaegselt lõpetada […]“ (punkt g).

5 22. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus Impresa Edilux ja SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 20): „[a]sjaolu, et eelotsusetaotluse esitanud kohus on eelotsuse küsimuse sõnastuses viidanud vaid liidu õiguse teatud sätetele, ei takista Euroopa Kohut esitamast sellele kohtule kogu tõlgenduslikku teavet, mis võib viimasel aidata menetletavat kohtuasja lahendada, olenemata sellest, kas liikmesriigi kohus on neile aspektidele oma küsimustes viidanud või mitte. Sellisel juhul on Euroopa Kohtu ülesanne tuletada liikmesriigi kohtu esitatud asjaolude kogumist ja eelkõige eelotsusetaotluse põhjendustest need liidu õiguse aspektid, mida on vaidluse eset silmas pidades vaja tõlgendada“.

6 Punkt 15.

7 Lepingu rikkumise analüüsi võiks ühtlasi seostada ka direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis c sätestatud hankemenetlusest kõrvaldamise alusega (s.t raskelt eksimisega ametialaste käitumisreeglite vastu). Ma siiski ei laienda analüüsi sellele aspektile.

8 7. märtsi 2019. aasta ettepanek (C-41/18, EU:C:2019:183, punktid 38–45).

24. Direktiivi 2014/24 põhjendusest 101 nähtub, et punktis c osutatud eksimused ametialaste käitumisreeglite vastu on valdavalt *lepinguvälised*, s.t need on eeskirjade eiramised, mis toimuvad üldjuhul väljaspool lepingulisi suhteid. 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 tegevus on seevastu iseloomulik *lepingu* rikkumine.

25. Siiski on tõsi, et mõni lepingurikkumine võib samal ajal kujutada rasket eksimist ametialaste käitumisreeglite vastu, s.t varasema halduslepingu raames toime pandud piisavalt olulist rikkumist selleks, et see annaks alust lepingusuhe üles öelda.

26. Sellest seisukohast oleks nende kahe punkti vaheline seos omane *lex generalis*'e (punkt c) suhtele *lex specialis*'ega (punkt g), mis võimaldab tugineda üldnormi eesmärkidele ja põhjendustele selleks, et välja selgitada põhimõtted, millest punktis g sätestatud reegli tõlgendamisel lähtuda.

27. Mõlema hankemenetlusest kõrvaldamise aluse aluskiviks on eduka pakkuja suhte hankijaga üks oluline aspekt, s.o esimese *usaldusväärsus*, millel põhineb hankija usaldus tema vastu. Kuigi direktiivis 2004/18[9] ei olnud sõnaselgelt sellele elemendile viidatud, on Euroopa Kohus võtnud enda peale see kohtupraktikasse vermida.[10]

28. Direktiiv 2014/24 sisaldab usaldusväärsust suhte põhikomponendina, eeskätt siis, kui käsitletakse 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 raames „mis põhjustab tõsiseid kahtlusi ettevõtja usaldusväärsuse suhtes".

29. Tähtsus, mida on omistatud ettevõtja *usaldusväärsusele*, ilmneb direktiivi 2014/24 artikli 57 mõnes lõikes (6 ja 7), kuivõrd need võimaldavad ettevõtjal võtta meetmeid, et tõendada, et ta on usaldust väärt vaatamata sellele, et esineb mõni hankemenetlusest kõrvaldamise alus. Sel viisil on *usaldusväärsuse* aspekt taotleja subjektiivsete tunnustega seonduvate hankemenetlusest kõrvaldamise aluste läbiv komponent.

30. Direktiivi 2014/24 artikli 57 eesmärgi kohaselt peab hankija aga saama seda komponenti (taotleja usaldusväärsus) vabalt hinnata, ilma et teiste avaliku sektori asutuste hinnangud oleksid talle siduvad. Niisuguste eksimuste ulatust, mis kätkevad endas lepingu oluliste nõuete nii rasket rikkumist, et see õigustas usalduse kaotamise tõttu eelneva lepingu ülesütlemist, on pädevad hindama hankijad ja ainult nemad.

31. Nagu juba märgitud, on direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis g ette nähtud hankemenetlusest kõrvaldamise alus, mida käesolevas kohtuasjas kohaldati, asjakohane, kui ettevõtja puhul esines varasema lepingu täitmisel olulise nõude järgimisel tõsiseid või pidevaid puudujääke[11], mille tulemusel see leping tuli enne tähtaega üles öelda.

9 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).

10 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 Connexxion 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).

11 Selles artiklis on *puudujääkide* puhul kasutatud mitmust. Arvan siiski, et see kriteerium on pigem kvalitatiivne kui kvantitatiivne, nii et ainult üks tõsine puudujääk võib iseenesest olla piisav hankemenetlusest kõrvaldamiseks. Samamoodi väitsid ka komisjon ja Austria valitsus kohtuistungil. Direktiivi 2014/24 põhjenduses 101 on seal nimetatud „suurte puuduste" kohta näidete toomisel kasutatud ainsust seoses kohustuse täitmata jätmisega „tarnitud toote või osutatud teenusega seoses" või „sobimatu käitumi[sega], mis põhjustab tõsiseid kahtlusi ettevõtja usaldusväärsuse suhtes". Kordan, et kõik sõltub meetme proportsionaalsusest võrreldes rikkumise raskusega.

32. Sellest sõnastusest tuleneb ennekõike, et pakkuja poolt toime pandud eeskirjade eiramine peab olema olnud piisavalt raske („tõsine“) selleks, et õigustada proportsionaalsuse põhimõtte seisukohast lepingu enne tähtaega ülesütlemist.

33. Nimetatud sätte mõne keeleversiooni võrdlemine [12] näitab, et selle hankemenetlusest kõrvaldamise aluse puhul on vaja, et on rikutud mõnda varasemas riigihankelepingus sätestatud olulist kohustust. Niisugune kohustus võib olla nii sisuline kui ka vormiline, sest miski ei takista, et on vormilisi kohustusi, mis on riigihankelepingu täitmisel olulised. [13]

34. Hankemenetlusest kõrvaldamiseks ei piisa seega üksnes varasema riigihankelepingu ühepoolselt ülesütlemisest. Hankija peab lisaks hindama töövõtjale omal ajal süüks pandud rikkumist ja kontrollima, kas see vastab või mitte direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti g nõuetele.

35. Euroopa Kohus ei tohi asuda eelotsusetaotluse esitanud kohtu asemele faktiliste asjaolude hindamisel ega selle rikkumise raskuse hindamisel, mille tõttu Delta hankemenetlusest kõrvaldati. Seega on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne kontrollida, kas selles kohtuasjas oli munitsipaalpuhkeala ehitustööde jaoks ilma loata alltöövõtu kasutamine [14] tõsine puudujääk ajutise ühenduse 1 ja Râmnicu Vâlcea omavalitsusüksuse valitsuse vahelise lepingu täitmisel.

36. Euroopa Kohus võib siiski anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule tema enda hinnangu jaoks mõne tarviliku viite.

37. Esiteks tuleb analüüsida hankedokumente ja seda, mil määral oli selles kehtestatud konkreetselt töövõtja kohustus teatada oma kavatsusest teostada osa ehitustöödest allhanke korras ja taotleda selleks hankijalt luba. Rumeenia valitsuse sõnul olid olemas konkreetsed lepingutingimused, mille alusel ei võinud ilma hankija nõusolekuta lepingu täitmises osaleda ükski alltöövõtja. [15]

38. Ei tohi unustada, et vastavalt direktiivi 2014/24 artikli 71 lõikele 2 võib „[a]valiku sektori hankija […] hankedokumentides paluda […], et pakkuja osutaks oma pakkumuses sellele, milliste lepingu osade suhtes kavatseb ta sõlmida allhankelepingu kolmandate isikutega, ja kõik allhankelepingute kavandatavad täitjad“. Ainult nende andmete põhjal saab hankija hinnata, kas alltöövõtja on omakorda usaldusväärne. [16]

39. Hankedokumentide klauslil, mis nõuab sellist etteteatamist, on seega kindel õiguslik alus liidu õiguses. Selle lisamine vastab pealegi direktiivi 2014/24 eesmärgile osas, mis puudutab alltöövõtu kavatsustest ja alltöövõtjate andmete teatamise korda.

12 Hispaaniakeelses versioonis kasutatakse väljendit *requisito de fondo*, aga ülejäänud keeleversioonides viidatakse pigem selle nõude *sisule*: näiteks prantsuskeelses (*obligation essentielle*); ingliskeelses (*substantive requirement*); saksakeelses (*einer wesentlichen Anforderung*) ja itaaliakeelses versioonis (*requisito sostanziale*).

13 Alltöövõtu kasutamise tahtlik varjamine, mille pakkuja vaikib maha selleks, et kõrvale hiilida klauslitest, mis peegeldavad direktiivi 2014/24 kohustuslikke norme, võib – ehkki see on näiliselt vormiline – tingida suure kahju ja seda võib kahjust ja pettuse eesmärgist tulenevalt kvalifitseerida tõsiseks.

14 Delta kinnitab, et tegelikult ei olnud tegu alltöövõtuga, vaid suhtega teise ettevõtjaga teenuste osutamiseks ja materjalide tarnimiseks. Näib, et eelotsusetaotlus, milles sisalduva faktiliste asjaolude kirjelduse peab Euroopa Kohus aluseks võtma, lähtub eeldusest, et alltöövõtt toimus tegelikult.

15 Tema kirjalike seisukohtade punkt 17. Kohtuistungil vaieldi selle klausli (nr 23.6) sisu üle, mille olemasolu lepingus Delta tunnistas.

16 Direktiivi 2014/24 põhjendus 105: „[…] [T]uleks sõnaselgelt sätestada, et liikmesriikidel peaks olema võimalik minna kaugemale, näiteks laiendades läbipaistvusega seotud kohustusi, […] lubades või nõudes seda, et avaliku sektori hankijad kontrolliksid, et alltöövõtjad ei ole üheski olukorras, mille puhul oleks õigustatud ettevõtjate kõrvaldamine. […]“.

40. Kui direktiiv 2004/18 oli selles küsimuses napisõnaline,[17] kuna selles oli ainult mainitud, et väikeste ja keskmise suurusega ettevõtjate riigihankelepingute turule kaasamise soodustamiseks on soovitav lisada allhankeid käsitlevad sätted,[18] siis direktiivis 2014/24 rõhutatakse, miks on nii oluline „läbipaistvus alltöövõtuahelas".

41. Konkreetselt on direktiivi 2014/24 põhjendustes selgitatud, et „see annab avaliku sektori hankijatele teavet selle kohta, kes ehitusplatsidel viibivad […] Tuleks selgitada, et nõutava teabe esitamise kohustus on igal juhul peatöövõtjal, kas siis *konkreetsete klauslite alusel, mida iga avaliku sektori hankija kõikides hankemenetlustes ette näeb*, või siis kohustuste alusel, mida liikmesriigid peatöövõtjale panevad üldiselt kohaldatavate sätetega"[19].

42. Rangelt normatiivsest vaatenurgast on direktiivi 2014/24 artikli 71 lõike 6 punktis b sätestatud, et „avaliku sektori hankija võib […] kontrollida, kas alltöövõtjate kõrvaldamine artikli 57 kohaselt on põhjendatud, või liikmesriigid võivad temalt selle kontrollimist nõuda". Loogiliselt nõuab see kontrollimine seda, et edukas pakkuja on eelnevalt hankijaid teavitanud, et ta kavatseb kasutada osa töö puhul alltöövõttu.

43. Selle eeldusega arvestades tuleb järgmiseks kontrollida, kas alltöövõtu kasutamisest teatamise kohustuse täitmata jätmisega kaasnes hankedokumentide kohaselt lepingu enne tähtaega ülesütlemine. Sellisel juhul ei tee hankija lepingu ülesütlemisel midagi enamat, kui „peab rangelt kinni […] enda poolt kindlaks määratud kriteeriumidest" kohtuotsuse Connexxion Taxi Services[20] tähenduses.

44. Teiseks peab eelotsusetaotluse esitanud kohus hindama, kas lepingu täitmine vahetult ainult valitud töövõtja poolt oli *oluline* kohustus hankija taotletud eesmärgi saavutamiseks. Vastasel juhul, s.t kui ilmneb, et alltöövõtu kasutamine selle ehitustööde hankelepingu raames on mõistlik, isegi kui on ette nähtud kohustus eelnevalt teatada ja seejärel hankijalt luba saada, tuleb kaaluda, kas selline teatamata jätmine (ja seega kohustusliku loa puudumine) ei olnud lihtsalt halduslik viga, millel ei ole suuremat tähtsust ja mida saab tagantjärele parandada.[21]

45. Kolmandaks võib eelotsusetaotluse esitanud kohus kaaluda, mil määral mõjutas alltöövõtt olulist osa munitsipaalpuhkekeskuse ehitustöödest ja kas alltöövõtja osalemine mõjutas nende ehitustööde teostamist negatiivselt.[22]

46. Need hindamised on olulised selleks, et otsustada hankemenetlusest kõrvaldamise meetme üle proportsionaalsuse põhimõtte seisukohast[23]. Kui esimeses lepingus oma kohustusi rikkunud ettevõtja teguviis ei ole teatud tõsidusega (näiteks, kui see on ainult *vähetõsine*), on võimalik, et ettevõtja teisest lepingu hankemenetlusest kõrvaldamine ei ole põhjendatud, kuna see on ebaproportsionaalne.

17 Direktiivi 2004/18 (artikkel 25) ja direktiiv 2014/24 (artikkel 71) allhankekorra võrdlemisel ilmneb, et sisuliselt on säilinud kohustus hankijale teatada, kui hankedokumentides on nii ette nähtud, milline osa ehitustöödest tehakse allhanke korras, nagu ka kavandatud alltöövõtjate andmed.

18 Direktiivi 2004/18 põhjendus 32.

19 Direktiivi 2014/24 põhjendus 105. Kohtujuristi kursiiv.

20 14. detsembri 2016. aasta kohtuotsus (C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 38 ja seal viidatud kohtupraktika).

21 See on üks võimalustest, millele osutab komisjon oma kirjalikes seisukohtades (koos teistega, nagu võimalus, et ajutine ühendus 1 soovis hankijat alltöövõtja identiteedi suhtes eksitusse viia).

22 Rumeenia valitsus on seisukohal, et kuigi eelotsusetaotluses ei ole täpsustatud, kas lepingu täitmises esines puudujääke, näitab ajutise ühenduse 1 vastutuse tuvastamine, et neid oli.

23 Direktiiv 2014/24 viitab meetme proportsionaalsusele, ka seoses kohustuslike hankemenetlusest kõrvaldamise alustega, nagu maksude või sotsiaalkindlustusmaksete maksmata jätmine (artikli 57 lõike 3 teine lõik).

47. Neljandaks, kui tuvastatakse niisuguse hankemenetlusest kõrvaldamise aluse olemasolu, on direktiivi 2014/24 artikli 57 lõikega 6 (üle võetud seaduse nr 98/2016 artikliga 171) ikkagi lubatud, et asjaomane pakkuja võib esitada tõendeid, mis näitavad, et ta on pärast oma varasemat teguviisi osutunud usaldusväärseks.[24]

48. Lõpuks ei takista Delta väide, et Râmnicu Vâlcea omavalitsusüksuse valitsuse otsuse suhtes, millega ajutise ühenduse 1 leping üles öeldi, on kohtuvaidlused pooleli,[25] iseenesest selle hankemenetlusest kõrvaldamise aluse kohaldamist. Nagu ma oma ettepanekus kohtuasjas Meca[26] väitsin, ei saa ainuüksi asjaolu, et lepingu enne tähtaega ülesütlemise otsus on vaidlustatud, olla takistuseks, mille tõttu ei saa hankija hinnata seda põhjustanud teguviisi ja sellest tulenevalt hankija usaldusväärsust.

C. Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis h ette nähtud hankemenetlusest kõrvaldamise alus

49. Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis h ettevõtja riigihankemenetlusest kõrvaldamise põhjendatud juhtude hulgas on:

– et ettevõtja „on hankemenetlusel osalemisest kõrvaldamise aluste puudumise või kvalifitseerimise tingimuste täitmise kontrollimiseks nõutavate andmete esitamisel esitanud valeandmeid“, ja

– et ta „on jätnud sellise teabe esitamata“[27].

50. Euroopa Kohus käsitles esimest nendest juhtudest, kui ta tõlgendas kohtuotsuses Esaprojekt[28] direktiivi 2004/18 sätet [s.o artikli 45 lõike 2 punkti g), millega oli analoogses sõnastuses lubatud ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldada hankijale valeandmete esitamise tõttu.

51. Selles kohtuotsuses leidis Euroopa Kohus, et valeandmete esitamine ei pea olema tahtlik, vaid piisab „teatud raskusega hooletuse[st] ehk hooletuse[st], millel võib olla määrav mõju hankemenetlusest kõrvaldamise, valiku või lepingu sõlmimise otsustele“. Kuna tookord oli tegemist sellise hooletusega, võis ettevõtjat pidada „süüdi“ olevaks, mille tõttu oli õigustatud „hankija otsus[…] nimetatud ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldada“[29].

52. Teist juhtu käsitleti kohtuotsuses Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato[30] seoses direktiivi 2004/18 vastava sättega.[31] Selles kohtuasjas oli pakkuja oma pakkumuses maha vaikinud andmed ühe juhataja karistusõigusliku olukorra kohta, kes oli süüdi mõistetud mitmes süüteos. Euroopa Kohus leidis, et sellest asjaolust piisas pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamiseks.[32]

24 Eelotsusetaotluse punktis 21 on kinnitatud, et ajutine ühendus 2 „tugines ainult sellele, et sertifikaat ei ole õiguspärane, toomata tõendeid iseenda usaldusväärsuse tõendamiseks […]“. Kohtuistungil Delta ei väitnud, et ta oleks võtnud oma teguviisi nõuetekohasuse ise tagamiseks meetmeid, et taastada oma usaldusväärsus (ta ainult väitis, et ta püüdis alltöövõtust teatamata jätmist tookord heastada).

25 Eelotsusetaotluse punktis 12 viidatakse neile pooleliolevatele menetlustele.

26 C-41/18, EU:C:2019:183.

27 Kuigi eri keeleversioonid, mida ma vaatasin, erinevad jaatuse või eituse kasutamise poolest verbide kõrval (itaalia keeles *non ha trasmesso*; inglise keeles *has withheld*; prantsuse keeles *a caché*; saksa keeles, *zurückgehalten*; portugali keeles *tiver retido*; rumeenia keeles *nu a divulgat*), usun, et sisuliselt kirjeldavad need sama teguviisi.

28 4. mai 2017. aasta kohtuotsus (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 *Ibidem*, punktid 71 ja 77.

30 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 Vastavalt direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 punktile g võib „lepingust osalemisest […] välja jätta iga ettevõtja, […] kes on jätnud [selle jao alusel nõutavad] andmed esitamata“.

32 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus (C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 48): „Nii võib ka see, kui hankijat ei teavitata endise juhataja kriminaalkorras karistatavast tegevusest, olla tegur, mis võimaldab kõrvaldada pakkuja hankemenetlusest selle sätte alusel“.

53. Kuigi direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti h sõnastusest võib paista, et „[raskus]“ on nõutav ainult valeandmete esitamise, mitte teabe esitamata jätmise puhul, leian ma, et see ei ole nii. Nii tegevuse (moonutamine) kui ka tegevusetuse (varjamine) puhul on oluline see, et teave, mida antakse moonutatult või mida varjatakse, mõjutab hankija otsust. Arvan, et see on taas proportsionaalsuse põhimõtte tagajärg.

54. Käesolevas eelotsusetaotluses, nagu ma juba märkisin, ei käsitle eelotsusetaotluse esitanud kohus hankemenetlusest kõrvaldamise alust, mida ma praegu analüüsin, erinevalt sellest, mida tegi hankija.[33] Kuna Delta jättis nimelt CNAIRile teatamata, et tema varasem riigihankeleping oli üles öeldud alltöövõttu käsitleva klausli rikkumise tõttu, otsustas see organ kohaldada (koos eelmises punktis juba analüüsitud hankemenetlusest kõrvaldamise alusega) seaduse nr 98/2016 artikli 167 lõiget 1, s.t riigisisest õigusnormi, mis kajastab direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkti h.

55. Kui nendel asjaoludel eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et oleks vaja peatuda teisel hankemenetlusest kõrvaldamise alusel, mida kohaldas CNAIR, tuleb arvesse võtta teabe varjamise eripäraseid asjaolusid ning samuti selle teguviisi raskust.

56. Konkreetselt ei piisa hankija eest teabe varjamise raskuse hindamiseks tuvastamisest, et pakkuja vaikis maha võimaliku hankemenetlusest kõrvaldamise aluse olemasolu. Lisaks on tingimata vaja kaaluda esitamata jäetud teabe olulisust.

57. Niisuguses kohtuasjas nagu käesolev, kus varem on leping üles öeldud ja selle kohta on tehtud ametlik kanne,[34] kohustas lojaalsuse põhimõte Deltat algusest peale sellest objektiivsest asjaolust hankijat teavitama, ilma et see takistaks Deltal esitada hankijale teavet, mida ta peab vajalikuks tõendamaks, et tema hinnangul kohustuste rikkumist ei olnud või et see oli vähetõsine.[35]

58. Igal juhul tuleb liikmesriigi kohtul kohtuasja faktilisi asjaolusid kaaluda, et proportsionaalsuse põhimõtet arvestades välja selgitada, kas pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine ühel või teisel alusel oli piisavalt põhjendatud.

V. Ettepanek

59. Esitatud arutluskäigust lähtuvalt teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Curtea de Apel București (Bukaresti apellatsioonikohus, Rumeenia) eelotsuse küsimusele järgmiselt:

„1. 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 g tuleb tõlgendada nii, et:

– hankijal on põhimõtteliselt õigus kõrvaldada ehitustööde riigihankemenetlusest ettevõtja, kellega sõlmitud varasem riigihankeleping on enne tähtaega üles öeldud seetõttu, et ta rikkus klauslit, millega talle kehtestati osa nende ehitustööde tegemiseks alltöövõtu kasutamiseks kohustusliku loa saamiseks teatamiskohustus;

33 Kohtuistungil viitas komisjon võimalusele, et artikli 57 lõike 4 punkti h kasutatakse hankemenetlusest kõrvaldamiseks.

34 Austria valitsus rõhutas kohtuistungil, et riigihankelepingu enne tähtaega ülesütlemine on tegur, mille olulisust ei saa alahinnata ja mis tuleb hilisemates hankemenetlustes tingimata välja tuua.

35 Delta tunnistas kohtuistungil, et ta ei märkinud seda asjaolu Euroopa ühtses hankedokumendis, väites, et vormil ei ole märkuste lahtrit. Kuid miski ei oleks tal takistanud, kui ta oleks soovinud lepingu ülesütlemise üksikasju selgitada, esitada need selgitused eraldi dokumendis.

– liikmesriigi kohtu ülesanne on kohtuasja konkreetseid asjaolusid arvestades ja proportsionaalsuse põhimõtet kohaldades kindlaks teha, kas (esimene) riigihankeleping öeldi enne tähtaega üles selles lepingus sätestatud olulise nõude täitmisel esinenud tõsise puudujäägi tõttu, mis on piisav selleks, et ettevõtja (teisest) hankemenetlusest kõrvaldada.

2. Direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punkt h ei keela hankijal kõrvaldada (teisest) riigihankemenetlusest pakkujat, kes on tema eest varjanud varasema lepingu enne tähtaega ülesütlemist tõsiste puudujääkide tõttu selles (esimeses) lepingus sätestatud olulise nõude täitmisel. Liikmesriigi kohtu ülesanne on proportsionaalsuse põhimõtet arvestades hinnata selle teabe varjamise raskust.“