



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
esitatud 9. septembril 2021¹

Kohtuasi C-461/20

**Advania Sverige AB,
Kammarkollegiet
versus
Dustin Sverige AB**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Högsta förvaltningsdomstolen (Rootsi kõrgeim halduskohus))

Eelotsusetaotlus – Riigihange – Direktiiv 2014/24/EL – Artikli 72 lõike 1 punkti d alapunkt ii – Lepingute muudatused nende kehtivusajal – Maksejõuetus – Raamlepingute üleminek algse töövõtja pankroti väljakuulutamise korral – Uus töövõtja – Mõiste „lepingu oluline muudatus“ – Erand uue hankemenetluse korraldamise kohustusest – Tingimused

I. Sissejuhatus

1. Käesolev kohtuasi, mis on seotud riigihankeid käsitleva direktiiviga 2014/24/EL², puudutab üht erandit hankemenetluse korraldamise kohustusest ehk seda, kui lepingu pooleks olev isik muutub lepingu täitmise ajal maksejõetuks. Kõnealune erand on sätestatud direktiivi 2014/24 artikli 72 lõike 1 punkti d alapunktis ii (edaspidi „vaidlusalune säte“).

2. Euroopa Kohtult küsitakse, millistel tingimustel see erand kohaldamisele kuulub, ning täpsemalt, kas nende tingimuste kohaselt on nõutav, et algse töövõtja asendaja võtab lisaks asjaomase lepingu täitmisele üle ka vähemalt teatud osa algse töövõtja majandustegevusest.

3. Küsimus on esitatud ühelt poolt Kammarkollegiet (Rootsi õigus-, rahandus- ja haldusteenuste amet) ja algse töövõtja asendanud Advania Sverige AB (edaspidi „Advania“) ning teiselt poolt põhikohtuasjas vaidluse all olevatest lepingutest huvitatud äriühingu Dustin Sverige AB (edaspidi „Dustin“) vahelises vaidluses. Viimane vaidlustab algul raamlepingute pooleks olnud Misco AB pankroti väljakuulutamisele järgnenud raamlepingute ülemineku Advaniale ilma direktiivile 2014/24 vastavat konkurssi korraldamata ning ilma, et lepingu üleminekuga oleks kaasnenum Misco majandustegevuse vähemalt osalist üleandmist eelkõige osas, mis võimaldas nende raamlepingute täitmist.

¹ Algkeel: prantsuse.

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).

4. Algse eduka pakkuja maksejõuetuks muutumine, millele järgneb tema asendamine uue töövõtjaga, on põhimõtteliselt ootamatu ja erakordne olukord, kuna üldjuhul võetakse kõikvõimalikud ettevaatusabinõud pakkujate maksejõulisuse tagamiseks. Nagu põhikohtuasi kinnitab, on siiski tegemist probleemiga, millega avaliku sektori hankijad mõnikord ettevõtjate puhul silmitsi satuvad ning mida seadusandja on esimest korda otsustanud käsitleda vaidlusaluses sättes. Euroopa Kohtul palutakse vaagida, kas selle sätte kohaselt on lubatav uue töövõtja nimetamine – eelkõige kui seda teeb pankrotihaldur – ilma konkurssi korraldamata ja ilma, et uuel töövõtjal oleks kohustust võtta üle teatud osa algse töövõtja majandustegevusest, ning seejuures minemata vastuollu riigihangete üldpõhimõtetega, mille kaitsmine on direktiivi 2014/24 eesmärk.

5. Oma analüüsi tulemusena teen Euroopa Kohtule ettepaneku asuda seisukohale, et vaidlusaluses sättes ette nähtud erand ei nõua, et algse töövõtja asendajana lepingu pooleks saav uus töövõtja peab üle võtma ka teatud osa algse töövõtja majandustegevusest.

II. Õiguslik raamistik

A. Direktiiv 2014/24

6. Direktiivi 2014/24 põhjendustes 107 ja 110 on märgitud:

„(107) Euroopa Liidu Kohtu asjaomast kohtupraktikat arvesse võttes on vaja selgitada tingimusi, mille puhul lepingu muutmine täitmise ajal nõuab uut hankemenetlust. Uut hankemenetlust on vaja juhul, kui esialgsesse lepingusse tehakse olulisi muudatusi, eelkõige seoses lepingupoolte vastastikuste õiguste ja kohustustega, sealhulgas intellektuaalomandi õiguste jaotumisega. Sellised muudatused näitavad lepingupoolte kavatsust lepingu olulised tingimused uuesti läbi rääkida. Eelkõige tuleb seda teha juhul, kui muudetud tingimused oleksid menetluse tulemusi mõjutanud, kui need oleksid kehtinud esialgse menetluse ajal.

[...]

(110) Kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega ei tohiks riigihanget uuesti välja kuulutamata asendada edukat pakkujat teise ettevõtjaga, näiteks kui leping lõpetatakse selle täitmisel esinenud puuduste tõttu. Siiski peaks lepingut täitval edukal pakkujal olema võimalik läbida lepingu täitmise ajal näiteks sisemiste ümberkorralduste, ühinemiste, ülevõtmiste ja omandamiste või maksejõuetuse tulemusena teatavaid struktuurimuutusi, eelkõige juhul, kui leping on sõlmitud rohkem kui ühe ettevõtjaga. Selliste muutuste puhul ei peaks automaatselt nõudma uusi hankemenetlusi kõigi asjaomase pakkuja täidetavate riigihankelepingute suhtes.“

7. Direktiivi artikli 18 „Riigihanke üldpõhimõtted“ lõikes 1 on sätestatud:

„Avaliku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistvalt ja proportsionaalselt.

Riigihanke kavandamisel ei tohi lähtuda eesmärgist jätta see käesoleva direktiivi kohaldamisalast välja või konkurentsi kunstlikult piirata. [...]“

8. Kõnealuse direktiivi artikli 57 lõike 4 punktis b on sätestatud:

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

[...]

b) kui ettevõtja on pankrotis või tema suhtes on algatatud maksejõuetus- või likvideerimismenetlus, tema vara haldab likvideerija või kohus, ta on sõlminud kokkuleppe võlausaldajatega, peatanud äritegevuse või on siseriiklike õigusnormide alusel toimuva samalaadse menetluse tõttu analoogses olukorras;“.

9. Direktiivi 2014/24 artiklis 72 „Lepingute muudatused nende kehtivusajal“ on sätestatud:

„1. Lepinguid ja raamlepinguid võib ilma käesoleva direktiivi kohaselt uut hankemenetlust korraldamata muuta järgmistel juhtudel:

[...]

d) kui uus töövõtja asendab seda töövõtjat, kellega avaliku sektori hankija algselt lepingu sõlmis, ühel järgmisel põhjusel:

[...]

ii) algse töövõtja täielik või osaline asendamine, tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest, sealhulgas ülevõtmisest, ühinemisest, omandamisest või maksejõuetuks muutumisest, teise algseid kvalitatiivseid kvalifitseerimise tingimusi täitva ettevõtjaga, kui sellega ei kaasne muid olulisi lepingu muudatusi ning selle eesmärk ei ole käesoleva direktiivi kohaldamisest kõrvale hoida, [...]

[...]

e) kui muudatused ei ole sõltumata oma väärtusest lõike 4 tähenduses olulised.

[...]

4. Hankelepingu või raamlepingu kehtivusajal tehtud muudatust käsitatakse lõike 1 punkti e tähenduses olulisena, kui sellega muutub hankeleping või raamleping olemuselt olulisel määral võrreldes algselt sõlmitud hankelepingu või raamlepinguga. Ilma et see piiraks lõigete 1 ja 2 kohaldamist, käsitatakse muudatust igal juhul olulisena, kui on täidetud üks või mitu järgmist tingimust:

a) muudatusega lisatakse tingimusi, mis oleksid võimaldanud osaleda ka muudel kui algselt välja valitud taotlejatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumusi või mis oleksid hankemenetlusesse kaasanud täiendavaid osalejaid, kui neid oleks rakendatud algses hankemenetluses;

b) muudatusega muudetakse lepingu või raamlepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamaks viisil, mida ei olnud algses lepingus või raamlepingus ette nähtud;

- c) muudatusega laiendatakse lepingu või raamlepingu reguleerimisala märkimisväärselt;
- d) kui uus töövõtja asendab seda töövõtjat, kellega avaliku sektori hankija algselt lepingu sõlmis, muudel kui lõike 1 punktis d ette nähtud põhjustel.

[...]“

B. Rootsi õigus

10. Riigihangete seaduse (2016:1145) (lag (2016:1145) om offentlig upphandling, edaspidi „LOU“)³ 17. peatüki artiklis 13 on sätestatud, et lepingut või raamlepingut võib ilma uut hankemenetlust korraldamata muuta, asendades ühe töövõtja teisega, kui on täidetud järgmised tingimused:

„1) uus töövõtja asendab pärast ettevõtte restruktureerimist, eelkõige ülevõtmist, ühinemist, omandamist või maksejõuetuks muutumist täielikult või osaliselt algse töövõtja ja

2) asjaolu, et uus töövõtja asendab täielikult või osaliselt algse töövõtja, ei too kaasa muid olulisi muudatusi lepingus või raamlepingus.“

11. Eelotsusetaotluse esitanud kohus täpsustab, et teisest tingimusest tuleneb, et selline töövõtja asendamine eeldab seda, et uue töövõtja puhul ei esine selles seaduses ette nähtud hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid ja et ta vastab algse riigihanke kvalifitseerimistingimustele.

III. Põhikohtuasi, eelotsuse küsimus ja menetlus Euroopa Kohtus

12. Kammarkollegiet viis LOU alusel läbi piiratud hankemenetluse⁴ IT-vahendite, eelkõige arvutite, monitoride ja tahvelarvutite soetamiseks.

13. Esitatud tingimustele vastavust tõendasid 17 taotlejat, nende hulgas Advania. Piiratud hankemenetluse normide kohaselt⁵ oli Kammarkollegiet ette näinud, et kui neile tingimustele vastab rohkem kui üheksa taotlejat, esitatakse osalemiskutse üheksale parimale. Nende hulka Advania ei kuulunud.

14. Erinevates valdkondades sõlmiti raamlepingud kuue pakkujaga. Miscoga sõlmiti neli raamlepingut, mis hõlmasid kõiki asjasse puutuvaid valdkondi. Dustiniga sõlmiti raamlepingud neist kahes valdkonnas.

15. Misco palus 4. detsembri 2017. aasta kirjas Kammarkollegietilt luba oma nelja raamlepingu üleminekuks Advaniale. 12. detsembril 2017 kuulutati välja Misco pankrot. 18. jaanuaril 2018 sõlmis pankrotihaldur Advaniaga lepingu, milles nähti ette nelja raamlepingu üleminek. Kammarkollegiet andis üleminekuks loa 2018. aasta veebruaris.

³ Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et praeguseks on see seadus kehtetuks tunnistatud.

⁴ Selle menetluse üksikasjad on sätestatud direktiivi 2014/24 artiklis 28.

⁵ Vt direktiivi 2014/24 artikkel 65 „Nõuetele vastavate taotlejate arvu piiramine osalemiskutse esitamisel“.

16. Selle ülemineku järgselt pöördus Dustin Förvaltningsrätten i Stockholmi (Stockholmi halduskohus, Rootsi) poole, taotledes Advania ja Kammarkollegiet vaheliste raamlepingute tühistuse tuvastamist.

17. Nimetatud kohus jättis nõude rahuldamata. Ta otsustas, et Advania oli raamlepingud saanud ning võtnud üle need Misco tegevusharud, mis võimaldasid nende raamlepingute täitmist, nagu LOU 17. peatüki artikkel 13 nõuab.

18. Dustin esitas selle kohtuotsuse peale apellatsioonkaebuse Kammarrätten i Stockholmile (Stockholmi haldusajade apellatsioonikohus, Rootsi), kes rahuldab selle, leides, et neli Advania ja Kammarkollegiet vahelist raamlepingut on tühistatud. Kammarrätten i Stockholm (Stockholmi haldusajade apellatsioonikohus) tuvastas, et Kammarkollegiet andis loa raamlepingute üleandmiseks Misco maksejõuetuks muutumise tõttu. Siiski leidis ta vastupidi esimese astme kohtule, et muud majandustegevust peale kõnealuste raamlepingute Misco Advaniale praktiliselt üle ei andnud, mistõttu ei saanud viimast käsitada Misco üld- või erioigusjärglasena LOU 17. peatüki artikli 13 tähenduses. Apellatsioonikohus tõi eelkõige esile selle, et Advaniasse asus tööle vaid üks Misco töötaja, et Advaniale edastatud Misco klientide nimekiri ei olnud täielikult aja- või asjakohane ning et polnud ühtki tõendit, mis kinnitaks, et Advania oleks jätkanud koostööd Misco alltöövõtjatega.

19. Advania ja Kammarkollegiet esitasid nimetatud teise astme kohtu otsuse peale kassatsioonkaebuse Högsta förvaltningsdomstolenile (Rootsi kõrgeim halduskohus). Kassatsioonkaebuses ei vaidlusta nad apellatsioonikohtu hinnanguid osas, mis puudutavad pankrotipesast üle läinud varasid ja kohustusi. Siiski leiavad nad, et sellise ülemineku puhul on täidetud üld- või erioigusjärgluse nõue LOU 17. peatüki artikli 13 ja direktiivi 2014/24 tähenduses.

20. Advania ja Kammarkollegiet hinnangul ei nõua ei LOU ega direktiiv 2014/24, et uuele töövõtjale oleks lisaks raamlepingutele üle läinud teatud laadi või teatud mahus majandustegevus.

21. Dustin omalt poolt leiab, et sõnastusest „algse töövõtja üld- või erioigusjärglane“, mis seondub vaidlusaluses sättes sisalduva mõistega „ettevõtte restruktureerimi[ne]“, tuleneb, et uus töövõtja peab koos raamlepinguga osaliselt või täielikult üle võtma algse töövõtja majandustegevuse, mis seostub kõnealuste lepingute täitmisega.

22. Neid erinevaid tõlgendusi arvesse võttes rõhutab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et vajab selgitusi, mis puudutavad vaidlusaluse sätte ulatust ja eelkõige seda, mida mõista „algse töövõtja [täieliku või osalise asendamise all], tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest, sealhulgas ülevõtmisest, ühinemisest, omandamisest või maksejõuetuks muutumisest“.

23. Neil asjaoludel otsustas Högsta förvaltningsdomstolen (Rootsi kõrgeim halduskohus) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas asjaolu, et uus töövõtja on üle võtnud algse töövõtja raamlepingust tulenevad õigused ja kohustused pärast seda, kui algne töövõtja on kuulutatud maksejõuetuks ja pankrotihaldur on lepingu üle andnud, tähendab seda, et uus töövõtja loetakse algse töövõtja õigusjärglasena sellistel tingimustel, nagu on ette nähtud direktiivi 2014/24 artikli 72 lõike 1 punkti d alapunktis ii?“

24. Eelotsusetaotlus, mis kannab 15. septembri 2020. aasta kuupäeva, saabus Euroopa Kohtusse 24. septembril 2020.

25. Kirjalikud seisukohad esitasid Advania, Kammarkollegiet, Dustin, Austria valitsus ja Euroopa Komisjon.

IV. Analüüs

26. Vaidlusaluse sätte ulatusele hinnangu andmiseks juhin kõigepealt tähelepanu sellele, et nagu Euroopa Kohus kohtuotsuses pressetext Nachrichtenagentur⁶ leidis, võib lepingupartneri asendamist uuega üldiselt pidada riigihankelepingu oluliste tingimuste muutmiseks. See seisukoht kajastub ka direktiivi 2014/24 artikli 72 lõike 4 punktis d.

27. Põhimõtteliselt järeldub sellest, et algse eduka pakkuja asendamine kujutab endast lepingu olulist muudatust⁷, millega kaasneb uue hankemenetluse korraldamine vastavalt läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetele, millest tuleneb kohustus tagada konkurents kõigi erinevate liikmesriikide potentsiaalselt huvitatud taotlejate vahel⁸.

28. Erandina on vaidlusaluses sättes sätestatud võimalus määrata algsele edukale pakkuja tema maksejõuetuks muutumise korral asendaja ilma sellist menetlust läbi viimata.

29. Küsimus on selles, millistel tingimustel see erand täpselt kohaldamisele kuulub, ja eelkõige, kas on vaja, et asendaja võtaks üle vähemalt osa algse eduka pakkuja majandustegevusest.

30. Euroopa Kohtule on esitatud kaks vaidlusaluse sätte vastandlikku tõlgendust.

31. Esimese tõlgenduse kohaselt, mida toetavad Kammarkollegiet, Advania ja Austria valitsus, tuleb vaidlusalust sätet tõlgendada nii, et algse töövõtja asendamisel tema maksejõuetuks muutumise tõttu ei ole nõutav, et koos lepingu üleminekuga uuele töövõtjale võtaks viimane üle ka teatud osa algse töövõtja majandustegevusest. Nad leiavad, et kui selle sätte sõnastust tuleks mõista nii, et mingisugune majandustegevuse üleminek peab toimuma, siis aheneksid selle sätte kohaldamise võimalused oluliselt.

32. Teine tõlgendus, mida toetavad Dustin ja komisjon, lähtub vastupidi eeldusest, et uus töövõtja võtab üle vähemalt osa algse töövõtja majandustegevusest. Dustin leiab, et vastasel juhul jääksid peaaegu vabad käed hankemenetluse tulemusena sõlmitud lepingutega kauplemiseks.

33. Dustini ja komisjoni hinnangul on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete rikkumise ning seeläbi konkurentsi tagamise eesmärgi kahjustamise vältimiseks oluline, et säiliks algse eduka pakkuja sisuline isikusamasus ehk et asendajale antaks üle raamlepingu täitmiseks kasutatud vahendid või vähemalt osa neist, et säiliks järjepidevus algse töövõtja ja tema asendaja vahel. Komisjon möönab, et see võib olla võimatu, kui algse töövõtja majandustegevus on täielikult lakanud. Ent komisjoni hinnangul oleks ka sellises olukorras algsete pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks siiski vajalik, et avaliku sektori hankija pöörduks esmajärjekorras nende poole, näiteks vastavalt nende paremusjärjestusele algse hankemenetluse lõpus.

⁶ 19. juuni 2008. aasta kohtuotsus (C-454/06, edaspidi „kohtuotsus pressetext“, EU:C:2008:351, punkt 40). Selle kohtuotsuse mõju käsitlen üksikasjalikumalt käesoleva ettepaneku punktides 70–78.

⁷ Vt selle kohta kohtuotsus pressetext, punkt 47, ja direktiivi 2014/24 artikli 72 lõike 1 punkt e.

⁸ Vt 7. septembri 2016. aasta kohtuotsus Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 28). Neile põhimõtetele ja konkurentsi tagamise kohustusele on osutatud direktiivi 2014/24 artiklis 18.

34. Panused on kõrged. Euroopa Kohtul palutakse täpsustada, kui avar on avaliku sektori hankija kaalutusõigus algse eduka pakkuja asendamisel viimase maksejõuetuks muutumise korral.

35. Minu arvates ei toeta vaidlusaluse sätte sõnastus tõlgendust, mille on välja pakkunud Dustin ja komisjon. Püüan järgnevas analüüsis näidata, et seda sätet tuleb sisustada, lähtudes esimesest tõlgendusest, ning tugineda seejuures sätte sõnastusele (jagu A), selle sisemisele ja välisele kontekstile ehk seda ümbritsevatele sätetele ja ettevalmistavatele töödele (jagu B) ning seadusandja eesmärkidele (jagu C).

A. Vaidlusaluse sätte sõnastus

36. Märgin kõigepealt, et direktiivi 2014/24 artikli 72 lõike 1 sõnastuse kohaselt võib raamlepinguid ilma uut hankemenetlust korraldamata muuta viiel juhul, mis on loetletud selle sätte punktides a–e. Punkti d alapunktis ii, mida Euroopa Kohtul tõlgendada palutakse, on algse töövõtja maksejõuetuks muutumine sõnaselgelt nimetatud ühena neist juhtudest, mil raamlepingu võib ilma uut hankemenetlust korraldamata uuele töövõtjale anda, ehkki selline muudatus kujutab endast lepingu olulist muudatust.

37. Vaidlusalune säte seab kõnealuse erandi kohaldamisele mitu tingimust, ent algse töövõtja majandustegevuse osalise ülevõtmise nõuet nende hulgas otseselt ei ole.

38. Neid tingimusi on kolm ja need on järgmised.

- Uus töövõtja on ettevõtja, kes vastab *kvalitatiivsetele kvalifitseerimise tingimustele*. Vaidlust pole selles, et see tingimus on täidetud sellises olukorras nagu põhikohtuasjas, kus uus töövõtja – käesoleval juhul Advania – kuulus nende ettevõtjate hulka, kes taotlejatena kvalifitseeriti⁹.
- Uue töövõtjaga asendamisega ei kaasne *muid olulisi lepingu muudatusi*. Selle tingimuse osas ei näi eelotsusetaotluse esitanud kohtu kirjeldatu põhjal põhikohtuasjas samuti kahtlusi tekkivat.
- Uue töövõtjaga asendamise *eesmärk ei ole direktiivi 2014/24 kohaldamisest kõrvale hoida*. Kõnealust asendamist ei tohi ära kasutada vahendina, mille abil valib avaliku sektori hankija endale meelepärase töövõtja huvitatud kandidaatide vahel konkurssi läbi viimata. Selle viimase, direktiivis sätestatud riigihangete korraldamise eeskirjadest kõrvalehoidmise vältimise eesmärki kandva tingimuse juurde tulen hiljem tagasi¹⁰. Täpsustan aga kohe, et eelotsusetaotluse esitanud kohus ei anna mõista, et põhikohtuasjas oleks uue töövõtja määramise eesmärgiks olnud nende eeskirjade kohaldamise vältimine.

39. Dustin ja komisjon leiavad aga, et vähemalt teatud osas algse töövõtja majandustegevuse ülevõtmise vajadus tuleneb kaudselt vaidlusaluse sätte sõnastusest, mille kohaselt asendatakse algne töövõtja „täielik[ult] või osali[selt]“ teise ettevõtjaga „tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest, sealhulgas ülevõtmisest, ühinemisest, omandamisest või maksejõuetuks muutumisest“¹¹.

⁹ Vt käesoleva ettepaneku punkt 13.

¹⁰ Vt käesoleva ettepaneku punktid 84, 86 ja 87.

¹¹ Kohtujuristi kursiiv.

40. Märgin, et vaidlusaluse sätte erinevates keeleversioonides on sõnastus veidi erinev. Kui selle sätte inglisi- ja prantsuskeelses versioonis on kasutatud sõnastust „üld- või erioigusjärglus“, siis vaidlusaluse sätte rootsikeelses versioonis on öeldud, et algne töövõtja asendatakse „osaliselt või täielikult“ teise ettevõtjaga.

41. Kõnealuses kontekstis näivad need mõisted aga üldjoontes samatähenduslikud.

42. Minu meelest on kõik Euroopa Kohtule seisukohti esitanud pooled õigesti asetanud rõhu mõistele „õigusjärglus“ [prantsuse keeles „succession“, direktiivi eestikeelses versioonis „asendamine“], millest tuleneb, et uus töövõtja on algse töövõtja üld- või erioigusjärglane. See tuleb veelgi selgemalt välja ingliskeelsest versioonist, kus on täpsustatud, et asendamine toimub üld- või erioigusjärglusest „tingituna“¹².

43. Sellest tuleneb, et uus töövõtja võtab kas täielikult või osaliselt üle algse töövõtja vara. Rõhutan siiski, et mõistet „osa“ ei ole vaidlusaluses sättes määratletud. Vastav osa võib olla suurem või väiksem sõltuvalt sündmusest, millest see õigusjärglus tekkis¹³. Selle sõnastuse grammatiline tõlgendamine lubab niisiis asuda seisukohale, et uus töövõtja võib üle võtta üksnes riigihankelepingu või raamlepingu.

44. Täpsustan, et mõiste „osa“ ei võimalda seevastu asuda seisukohale, et üle võiks anda üksnes ühe osa hanklepingust või raamlepingust, kuna sel juhul oleks tegemist hanklepingu või raamlepingu olulise muudatusega ja see oleks vastuolus tingimusega, mille kohaselt ei tohi muid „olulisi muudatusi“ olla. Nimelt võib raamlepingu kohaldamisala vähendamine minu arvates selgelt muuta lepingu majanduslikku tasakaalu uue töövõtja kasuks viisil, mida algses raamlepingus ette nähtud ei olnud, ning seetõttu kujutada endast „olulist muudatust“ direktiivi 2014/24 artikli 72 lõike 4 punkti b tähenduses.

45. Sellest järeldub, et uus töövõtja, kes algse eduka pakkuja õigusjärglasena teda asendab, peab üle võtma raamlepingu või riigihanklepingu tervikuna. Teisisõnu peab ta nõustuma kõigi sellest lepingust tulenevate õiguste ja kohustustega¹⁴.

46. Nagu vaidlustatud sätte ülejäänud osas täpsustatud, peab õigusjärgluse tinginud sündmuseks olema äriühingu restruktureerimine, mis võib toimuda erinevates vormides. Seadusandja loetleb neist näitena, ja seega mitteammendavalt, nelja. Tõden komisjoni eeskujul, et kolme esimese näite ehk ülevõtmise, ühinemise ja omandamise puhul on üks sarnasus. Kõigil neil kolmel juhul kaasneb osutatud tehingutega asjaomase ettevõtte järjepidevus ehk selle majandustegevuse ning selleks vajalike ainelist ja inimressursside kasutamise jätkamine.

47. Neljanda näitena nimetatud maksejõuetuks muutumise puhul seevastu ei jää ettevõtte tingimata alles. Võimalikud on mitu olukorda. Mõistagi võidakse kogu ettevõtte käitamist jätkata, ent selle tegevus võidakse ka lõpetada ja selle varad müüa, seejuures ükskhaaval. Viimasel juhul võidakse raamleping, mis kujutab endast ühte ettevõtte varaüksustest, eraldivõetuna üle anda kolmandale isikule, ilma et viimane võtaks üle mis tahes muud selle ettevõtte vara.

48. Üksnes vaidlusaluse sätte sõnastusest ei paista mulle midagi, mis sunniks arvama, et algse töövõtja maksejõuetuks muutumise korral tuleks lisaks tema vara hulka kuuluva raamlepingu uuele töövõtjale üleandmisele tingimata üle anda ka teatud osa muust talle kuulunud varast.

¹² Inglisekeelne versioon on järgmine: „as a consequence of universal or partial succession into the position of the initial contractor“.

¹³ Vt käesoleva ettepaneku punktid 46 ja 47.

¹⁴ Märgin, et selles osas ei ole vaidlust. Dustin rõhutab, et raamlepingut ei saaks uuele töövõtjale üle anda üksnes osaliselt.

49. Seega ei jaga ma komisjoni seisukohta, mille kohaselt asjaolu, et kolme esimese näite puhul algse eduka pakkuja majandustegevus jätkub ning et maksejõuetuks muutumine on tema sõnutsi paigutatud nende näidetega samale tasandile, eeldab, et algse töövõtja majandustegevus jätkub kas tervikuna või vähemalt osaliselt. Selle institutsiooni hinnangul ei ole seadusandja niisiis pidanud silmas sellist olukorda, kus algse töövõtja majandustegevus täielikult lõppeb.

50. Leian omalt poolt, et kuna mõiste „maksejõuetuks muutumine“ ulatust direktiivi 2014/24 tekstis sõnaselgelt piiratud ei ole, ei saa seda mõistet sisustada nii kitsalt, nagu komisjon seda teeb.

51. Sellist tõlgendust toetab minu hinnangul ka vaidlusaluse sätte kontekst.

B. Vaidlusaluse sätte kontekst

52. Minu arvates näitavad ettevalmistavad tööd, et maksejõuetuks muutumine ei kujuta endast sellist restruktureerimise näidet, mis sarnaneb ülevõtmise, ühinemise ja omandamisega, mille puhul peaks uue töövõtja näol olema algse ettevõtjaga võrreldes tegemist sisuliselt sama isikuga¹⁵, mistõttu peab ta säilitama teatud osa viimase majandustegevusest, mille abil viimane täitis kõnealust riigihankelepingut. Neist ettevalmistavatest töödest ilmneb vastupidi, et seadusandja on algusest peale silmas pidanud maksejõuetuks muutumist laias tähenduses ehk ülevõtmisest, ühinemisest ja omandamisest erineva olukorrana.

53. Märgin esmalt, et riigihangete rohelises raamatus¹⁶ kutsus komisjon huvitatud isikuid üles avaldama arvamust konkreetset edukat pakkujat puudutavate muudatuste kohta, kui viimase olukord muutub tingituna sündmustest, mille tõttu kaotab ta võimekuse lepingut täita, nagu pankrot. Komisjon rõhutas, et arutada tuleks, kas liidu tasandil on vaja kehtestada õigusnormid, mis võimaldavad avaliku sektori hankijatel sellistele olukordadele vastava lahenduse leida, või pole seda vaja teha. Samuti küsis komisjon neilt huvitatud isikutelt, kas nad leiavad, et liidu õiguses peaks olema sõnaselgelt ette nähtud avaliku sektori hankija kohustus või õigus teatud juhtudel tarnijat vahetada või leping lõpetada, ning kas uue tarnija nimetamiseks tuleks ette näha eraldi menetlus¹⁷.

54. Eelkõige pidas komisjon silmas võimalust asendada algne töövõtja maksejõuetuks muutumise korral lihtsustatud menetluses, anda lepingu täitmine algse hankemenetluse tulemusena paremuselt teiseks jäänud pakkujale või taasavada konkurss üksnes selles algses menetluses osalenud pakkujate vahel, tingimusel et see algne konkurss ei toimunud väga ammu¹⁸.

55. Algses direktiivi ettepanekus¹⁹, mille väljatöötamisel võeti arvesse rohelise raamatu kohta saadud kommentaare, tegi komisjon ettepaneku, et erand riigihankemenetluse korraldamise kohustusest kohaldub äriühingu restruktureerimise või maksejõuetuse korral²⁰. Seega eristas

¹⁵ Ettevõtjate „sisulise isikusamasuse“ mõistet kasutatakse pakkujate esitatud pakkumuste vastavuse kontrollimisel ja see on seotud „õigusliku isikusamasuse“ mõistega. Esialgu välja valitud taotleja ja pakkumuse esitaja peab olema õiguslikult ja sisuliselt sama isik (vt 24. mai 2016. aasta kohtuotsus MT Højgaard ja Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 40) ja 11. juuli 2019. aasta kohtuotsus Telecom Italia (C-697/17, EU:C:2019:599, punkt 34)). Rõhutan siiski, et see nõue peab olema täidetud hankemenetluse läbiviimise, mitte hankelepingute täitmise etapis.

¹⁶ Komisjoni 27. jaanuari 2011. aasta „Roheline raamat ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Euroopa hanketuru tõhustamine“ (KOM(2011) 15 (lõplik), edaspidi „roheline raamat“).

¹⁷ Vt rohelise raamatu küsimus 41.

¹⁸ Vt rohelise raamatu lk 25 ja 61. joonealune märkus.

¹⁹ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta (KOM(2011) 896 (lõplik), edaspidi „direktiivi ettepanek“).

²⁰ Vt direktiivi ettepaneku artikli 72 lõige 3.

komisjon selgelt neid kahte olukorda, täpsustades direktiivi ettepaneku preambulis, et silmas peetakse sellist liiki olukordi, mis on käsitatavad „struktuurimuudatustena“, ehk sisemisi ümberkorraldusi, ühinemisi ja ülevõtmisi ning maksejõuetust²¹.

56. Asjaolu, et vaidlusaluse sätte lõplikus sõnastuses seda eristust sõnaselgelt tehtud ei ole ning et seadusandja on eelistanud esitada näitliku loetelu silmas peetavatest olukordadest, ei tähenda minu meelest seda, et ta oleks ühelt poolt maksejõuetuks muutumise ning teisalt ülevõtmise, ühinemise ja omandamise paigutanud samale tasandile selles osas, mis puudutab majandustegevuse üleandmist uuele töövõtjale.

57. Minu analüüsi toetab mõiste „restruktureerimine“ tähendus, mis ei piirdu üksnes selliste juhtudega, mil asjaomase ettevõtte majandustegevus säilitatakse²².

58. Leian seega, et seadusandja soovis seda, millist liiki olukordi silmas peetakse, täpsustada vaidlusaluses sättes endas ja mitte üksnes direktiivi 2014/24 preambulis, nagu varem välja pakutud, andmata siiski mõista, et kõik need olukorrad on sarnaste tunnustega selles osas, mis puudutab riigihankelepingu täitmist võimaldava majandustegevuse ülevõtmist esialgselt töövõtjalt.

59. Seda tõlgendust toetab minu meelest ka vaidlusalust sätet direktiivi 2014/24 siseselt ümbritsev kontekst.

60. Vaidlusalune säte paikneb direktiivi artiklis 72 „Lepingute muudatused nende kehtivusajal“, mille erinevates lõigetes on hoolikalt kirjeldatud erinevaid erandeid hankemenetluse korraldamise kohustusest ning nende erandite kohaldamise tingimusi. Lõigetes 1 ja 2 on loetletud juhud, mil hankelepinguid ja raamlepinguid võib muuta ilma uut hankemenetlust korraldamata, ning lõikes 5 on veel rõhutatud, et neis kahes lõikes nimetamata juhtudel on nõutav uue hankemenetluse korraldamine. Lõikes 4 on täpsustatud, mida peetakse hankelepingu või raamlepingu oluliseks muudatuseks, rõhutades, et uue töövõtja nimetamine on käsitatav sellise muudatusena, *välja arvatud* muu hulgas lõike 1 punktis d sätestatud juhtudel, ja seega eelkõige vaidlusaluses sättes täpsustatud maksejõuetuks muutumise korral.

61. Artiklis 72 on iga silmas peetava juhu osas täpsustatud, millistel tingimustel erandid hankemenetluse korraldamise kohustusest kohalduvad. Ent nagu ma juba märkisin, ei ole seal mainitud kohustust anda algse töövõtja maksejõuetuks muutumise korral uuele töövõtjale üle vähemalt teatud osa algse töövõtja majandustegevusest.

62. Kuna tegemist on erandiga riigihankemenetluse korraldamise üldnormist, tuleb vaidlusalust sätet „maksejõuetuks muutumise“ mõiste osas loomulikult tõlgendada kitsalt. Sellegipoolest ei või see tõlgendus võtta sellelt erandilt soovitatavat toimet. Minu meelest nii aga juhtuks²³, kui „maksejõuetuks muutumise“ mõiste hõlmaks üksnes neid olukordi, mille puhul on asjaomase ettevõtte käitamist vähemalt osaliselt võimalik jätkata, ning kui sellele mõistele ei omistataks selle

²¹ Vt direktiivi ettepaneku põhjendus 47.

²² Nagu ilmneb ka Prantsusmaa Riiginõukogu rahandusküsimuste osakonna (Conseil d'État, Section des finances) 8. juuli 2000. aasta arvamusest (Lepingute üleandmine – nr 141654), võib restruktureerimise põhjustada hankelepingu pooleks oleva isiku surm või lõppemine.

²³ Vaidlusaluse sätte soovitava toime kahjustamise kohta vt ka käesoleva ettepaneku punktid 92–94.

tavapärasest laiemast tähendusest. Rõhutan siinkohal, et mõistet „maksejõuetus“ kasutatakse üldiselt ja minu meelest saab see hõlmata kõiki direktiivi 2014/24 artikli 57 lõike 4 punktis b mainitud maksejõuetuse juhtumeid²⁴.

63. Leian niisiis, et maksejõuetuks muutumisega seotud erandi kohaldamiseks ei pea olema täidetud muid tingimusi peale nende kolme, mida on mainitud vaidlusaluses sättes ja millele juhtisin tähelepanu käesoleva ettepaneku punktis 38.

64. Seda analüüsi toetab direktiivi põhjendus 110, kus on märgitud, et lepingu täitmise ajal aset leidnud eduka pakkuja „teatavate struktuurimuutuste“ korral, sealhulgas maksejõuetuse korral, ei ole uue hankemenetluse väljakuulutamise tingimata vajalik. Väljend „teatavad struktuurimuudatused“ on sedavõrd üldine, et sunnib mõistat „ettevõtte restruktureerimine“ sisustama iseäranis laialt. Esitatud näited hõlmavad ettevõtja struktuuri mõjutada võivaid sündmusi ja on sedavõrd mitmekesised nagu puhtalt sisemised ümberkorraldused, maksejõuetuks muutumine ja äriühingu ülevõtmine.

65. Minu poolt vaidlusalusele sättele pakutavat tõlgendust, mille kohaselt ei ole selle sätte sõnastusest ega kontekstist võimalik järeldada, et algse töövõtja maksejõuetuks muutumisega seotud erand on kohaldatav vaid tingimusel, et teatud osa algse töövõtja majandustegevusest läheb üle uuele töövõtjale, toetavad lisaks ka direktiivi 2014/24 eesmärgid.

C. Direktiivi 2014/24 eesmärgid

66. Seadusandja eesmärgid ilmnevad direktiivi ettepaneku seletuskirjast.

67. Kinnitades kõigi liikmesriikide taotlejate vahelise konkurentsi tagamise eesmärgi ning korrates seetõttu läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid, soovis seadusandja esiteks arvesse võtta muid eesmärgi²⁵ ning teiseks lisada teatud annuse paindlikkust ja lihtsustusi normide kohaldamisel²⁶. Nii on direktiivi ettepanekus rõhutatud tahet vähendada formalismi ja läheneda pragmaatiliselt konkreetsetele probleemidele, millega avaliku sektori hankijad ning pakkujad on kokku puutunud, võttes arvesse Euroopa Kohtu praktikat.

68. Nagu ka õiguskirjanduses esile tuuakse²⁷, siis kui varem keskendusid riigihankeid käsitlevad direktiivid *riigihankemenetluse korraldamise* suhtes kohaldatavatele normidele ja eelkõige taotlejate vahelise konkurentsi tagamisele *enne* hankelepingute sõlmimist, siis direktiiv 2014/24²⁸ puudutab ka *riigihankelepingute täitmist* ning seega lepingu sõlmimisele *järgnevat* etappi, mis hõlmab lepingute võimalikku muutmist nende kehtivusajal.

69. Viimati öelduga seoses on direktiivis 2014/24 täielikult arvesse võetud Euroopa Kohtu praktikat ja see kodifitseeritud. Näitan aga, et direktiiviga on mindud selgelt palju kaugemale. Seal ette nähtud uudsetele lahendustele hinnangu andmiseks on kasulik uurida seda kohtupraktikat ja seda, kuidas see direktiivis kajastub.

²⁴ Vt käesoleva ettepaneku punkt 8.

²⁵ Eelkõige keskkonnakaitse, innovatsiooni, tööhõive ja sotsiaalse kaasamise edendamine (vt direktiivi ettepaneku seletuskirja punkt 1).

²⁶ Vt direktiivi ettepaneku seletuskirja.

²⁷ Vt eelkõige Treumer, S., „Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive“, *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, lk 148.

²⁸ Need märkused käivad ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/25/EL, 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), kohta.

70. Kohtuotsus pressetext²⁹ on selles valdkonnas määrava tähtsusega. Selle kohtuotsuse aluseks olnud kohtuasi oli seotud täitmisel oleva riigihankelepingu muutmisega ja puudutas eelkõige eduka pakkuja isikut. Euroopa Kohus märkis, et olemasolev direktiiv seda küsimust ei käsitlenud³⁰, kuigi see sisaldas asjakohaseid viiteid.

71. Euroopa Kohus rõhutas, et selle direktiivi eesmärk oli tagada nii menetluste läbipaistvus kui ka pakkujate võrdne kohtlemine ning vastata seeläbi põhieesmärgile, milleks on avatud konkurents tagamine kõigis liikmesriikides³¹. Ta järeldas sellest, et riigihankelepingu kehtivusaja jooksul selle sätetesse muudatuste tegemise korral on tegemist uue lepingu sõlmimisega, kui need muudatused on algse lepingu tingimustest oluliselt erinevad. Euroopa Kohus täpsustas, mida tuleb mõista *oluliste muudatustena*, märkides, et need hõlmavad lepingusse selliste tingimuste lisamist, mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti³².

72. Euroopa Kohus järeldab sellest, et lepingupartneri, kellega avaliku sektori hankija algul lepingu sõlmis, *asendamist uuega* võib üldiselt pidada riigihankelepingu ühe olulise tingimuse muutmiseks³³.

73. Kohtuotsuses pressetext on täpsustatud, millistes olukordades ei ole edukat pakkujat puudutavad teatud muudatused siiski käsitatavad oluliste muudatustena.

74. Nii on see juhul, kui – nagu selle kohtuotsuse aluseks olnud kohtuasjas – algse eduka pakkuja majandustegevus läheb üle tema tütarettevõtjale, kes on saajaprotsendiliselt tema kontrolli all, keda ta juhib ja kellega ta jagab solidaarvastutust ning kui kokkulepitud koguteenuse osas ei muutu midagi. Selline kokkulepe on üksnes lepingupartneri *sisemine ümberkujundamine*, mis ei muuda oluliselt algse lepingu tingimusi³⁴.

75. Samuti on see juhul, kui edukas pakkuja on börsil noteeritud aktsiaseltsiks olev juriidiline isik. Euroopa Kohus rõhutas, et pelgalt sellise äriühingu olemusest tuleneb, et tema aktsionärid võivad iga hetk vahetuda. Sellest tuleneb, et selline olukord ei sea põhimõtteliselt kahtluse alla niisuguse äriühinguga sõlmitud riigihankelepingu kehtivust³⁵.

76. Euroopa Kohus lisas, et see järeldus kohaldub ka selliste registrisse kantud piiratud vastutusega ühistuna loodud juriidiliste isikute suhtes nagu kohtuotsuse pressetext aluseks olnud kohtuasjas. Võimalikud hilisemad muudatused sellise ühistu liikmete ringis ei tähenda põhimõtteliselt olulist muudatust temaga sõlmitud lepingus³⁶.

²⁹ Vt käesoleva ettepaneku punkt 26.

³⁰ Vt kohtuotsus pressetext, punkt 30. Jutt on nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivist 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT 1992, L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322).

³¹ Vt kohtuotsus pressetext, punktid 31 ja 34.

³² Vt kohtuotsus pressetext, punkt 35.

³³ Vt kohtuotsus pressetext, punkt 40.

³⁴ Vt kohtuotsus pressetext, punkt 45.

³⁵ Vt kohtuotsus pressetext, punkt 51.

³⁶ Vt kohtuotsus pressetext, punkt 52.

77. Need kaalutlused kajastuvad täielikult direktiivis 2014/24: ühelt poolt vaidlusaluses sättes ning teiselt poolt selle preambuli põhjendustes 107 ja 110. Põhjenduses 107 on otseselt viidatud Euroopa Kohtu praktikale ning põhjenduses 110 on mainitud nii sisemisi ümberkorraldusi kui ka ühinemisi, ülevõtmisi ja omandamisi, millega kaasnevad muudatused aktsionäride või liikmete ja seega omanike ringis.

78. Rõhutan siiski, et direktiiv 2014/24 ei piirdu kohtuotsuses pressetext antud juhiste arvessevõtmisega, vaid seal käsitletakse ka teist liiki olukordi.

79. Nimelt kui Euroopa Kohus täpsustas, millistes olukordades ei ole edukat pakkujat puudutav muudatus käsitatav *olulise muudatusena* ega tingi seega uue riigihankemenetluse korraldamist, siis direktiivi 2014/24 vaidlusaluses sättes on lisaks täpsustatud juhtumid, mil konkursi uuesti läbiviimist ei nõua ka selline eduka pakkujaga seotud muudatus, mis tavaolukorras on käsitatav *olulise muudatusena*.

80. Nii on see eelkõige ühinemise, ülevõtmise ja omandamise korral, kui vaidlusaluses sättes loetletud tingimused on täidetud.

81. Käesolevas kohtuasjas huvitab Euroopa Kohut eelkõige aga direktiivis 2014/24 konkreetselt ette nähtud maksejõuetuks muutumise juhtum, millele ta seni ei ole veel pidanud oma hinnangut andma.

82. Selle viimati nimetatud olukorra käsitlemine on uudne nii riigihangete valdkonda reguleerivate liidu õigusaktide kui ka direktiivi 2014/24 vastuvõtmise ajal olemas olnud kohtupraktika seisukohast. See on vastuseks ühele lepingute täitmisel tekkinud praktilisele probleemile.

83. Probleemiks on see, kuidas tagada, et juhul kui avaliku sektori hankija satub olukorda, kus edukas pakkuja ei suuda maksejõuetuks muutumise tõttu enam riigihankelepingut täita, saaks määrata asendaja ilma, et see põhjustaks uue hankemenetluse korraldamisega seotud liigset viivitust ja asjaomase hanke ebamõistlikku kallinemist. Vaidlusaluse sätte eesmärk on see probleem lahendada, nähes ette nii avaliku sektori hankija kui ka eduka pakkuja ja tema võlausaldajate huvidest lähtuva lahenduse. Tuleb aga tõdeda, et maksejõuetusest põhjustatud probleem ei ole väiksem sõltuvalt sellest, kas maksejõuetuks muutunud ettevõtja jääb osaliselt alles või lõppeb selle tegevus täielikult. Asendaja tuleb leida igal juhul. Neid olukordi sõnaselgelt eristamata näib seadusandja olevat soovinud lahendada pragmaatiliselt kõik sellised olukorrad, tagades siiski direktiivi 2014/24 artikli 18 lõikes 1 nimetatud riigihankeid reguleerivate põhimõtete järgimise, eelkõige avaliku sektori hankijatele seatud keelu piirata kunstlikult konkurentsi, vältides direktiivi kohaldamist.

84. Viimati öelduga seoses rõhutan kõigepealt, et juhul, kui algne edukas pakkuja muutub maksejõuetuks, on konkurss raamlepingu sõlmimiseks juba toimunud³⁷ ning pakkumuses, mille alusel leping sõlmiti, ei saa enam olulisi muudatusi teha. Nagu vaidlusaluses sättes sõnaselgelt sätestatud, siis juhul, kui tehakse muid olulisi muudatusi peale lepingupartneri muutmise, ei ole üks kolmest vaidlusaluses sättes sätestatud tingimusest³⁸ täidetud ning tuleb korraldada uus hankemenetlus.

³⁷ Vt Treumer, S., kes rõhutab, et „riigihankemenetluse normid on oma rolli juba täitnud“ („Regulations of Contract Changes Leading to a Duty to Retender the Contract: the European Commission’s Proposals of December 2011“, *Public Procurement Law Review*, 2012, 5, lk 135–166).

³⁸ Vt käesoleva ettepaneku punktis 38 mainitud teine tingimus.

85. Eduka pakkuja maksejõuetuks muutumine ei ole küll harva esinev sündmus, ent kujutab endast erakorralist olukorda, mida avaliku sektori hankija ega algne edukas pakkuja ei ole üldjuhul ette näinud ega soovinud. Juhin tähelepanu sellele, et majanduslik ja finantsseisund on üks kolmest direktiivi 2014/24 artiklis 58 sätestatud taotlejate kvalifitseerimise kriteeriumist. Pealegi on ettevõtja maksejõuetus direktiivi artikli 57 lõike 4 punkti b tähenduses sõltuvalt liikmesriigi õigusest kas kohustuslik või valikuline hankemenetlusest kõrvaldamise alus.

86. Tulenevalt maksejõuetuks muutumise erakorralisusest on üldiselt välistatud see, et eduka pakkuja asendamine uue töövõtjaga on avaliku sektori hankija poolne manööver direktiivi 2014/24 kohaldamise vältimiseks. Rõhutan, et risk, et tegemist on sellise manöövriga, on veelgi väiksem juhul, kui – nagu põhikohtuasjas – on nimetatud pankrotihaldur, kes ei esinda mitte avaliku sektori hankija huve, vaid eduka pakkuja võlausaldajate omi ja teostab oma ülesandeid kohtu järelevalve all.

87. Seda, et asjaomased isikud sellist manöövrit teinud ei ole, tuleb igal juhul kontrollida liikmesriigi kohtul. Viimane peab eelkõige kontrollima, et sellist vastavust kvalifitseerimise kriteeriumidele nagu see, mis puudutab eduka pakkuja finantsseisundit, kontrolliti korralikult. Maksejõuetuks muutumise kuupäev, eelkõige juhul, kui see on lähedane lepingu sõlmimise kuupäevale, võib olla üks viide sellele, et sellele kvalitatiivsele kriteeriumile vastavust ei kontrollitud õigesti. Seoses sellise asjaga nagu põhikohtuasjas käsitletav märgin, et Euroopa Kohtule ei ole selle kohta esitatud ühtki täpsustust, ent eelotsusetaotluse esitanud kohus ei ole kuidagi mõista andnud, et asjaomastel pooltel oleks olnud kavatsus vältida direktiivi 2014/24 kohaldamist.

88. Tõden viimaks, et kui maksejõuetuks muutunud eduka pakkuja vara valitsemiseks on määratud pankrotihaldur, on uue töövõtja valimine eelkõige selle pankrotihalduri, mitte aga avaliku sektori hankija ülesanne. Juhin aga tähelepanu sellele, et vastavalt direktiivi 2014/24 artikli 1 lõikele 2, mis puudutab selle direktiivi eesmärki, määratletakse hanget kui asjade või teenuste hankimist riigihankelepingu alusel avaliku sektori hankijate *valitud* ettevõtjatelt. Seega kui seda valikut ei tee hankija, ei ole hankemenetluse korraldamine direktiivi 2014/24 seisukohast nõutav isegi juhul, kui avaliku sektori hankija peab lepingupartneri heaks kiitma.

89. Kuna tegemist on lepinguga, millest tulenevad uue töövõtja ja avaliku sektori hankija vahelised vastastikused kohustused, on selline heakskiit, ilma et seda oleks direktiivis 2014/24 ette nähtud, vajalik tegelikult liikmesriikide lepinguõigusest tulenevalt. Avaliku sektori hankijaga võib olla isegi nõu peetud ning ta võib olla osalenud teatud läbirääkimistes uue töövõtja nimetamise algetapis, nagu see näib olevat toimunud põhikohtuasjas³⁹. See ei ole minu arvates aga piisav asumaks seisukohale, et avaliku sektori hankija „valis“ lepingupartneri direktiivi 2014/24 tähenduses⁴⁰.

90. On selge, et võimalus nimetada algse töövõtja maksejõuetuks muutumise korral uus töövõtja ilma uut hankemenetlust korraldamata toob riigihangete valdkonda märkimisväärse kaalutlusõiguse. Minu meelest vastab see aga seadusandja kavatsusele, järgides direktiivi 2014/24 artikli 18 lõikes 1 nimetatud põhimõtteid, juhul kui on täidetud need kolm selle erandi kohaldamist piiravat tingimust, mida on nimetatud käesoleva ettepaneku punktis 38.

³⁹ Vt käesoleva ettepaneku punkt 15.

⁴⁰ Sue Arrowsmith leiab siiski, et kui avaliku sektori hankijale jääb võimalus mõjutada lepingupartneri valikut, lähtudes muudest põhjustest peale nende, mis puudutavad tema majandus- ja finantsseisundit, valib tema töövõtja ja selline valik peaks toimuma hankemenetluses; vt *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulations in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3. trükk, 2014, punktid 6–290.

91. Dustini ja komisjoni tõlgendus, mille kohaselt saab uue töövõtja nimetada üksnes siis, kui ta võtab üle vähemalt osa hankelepingu täitmist võimaldavast algse töövõtja majandustegevusest, läheks lisaks sellele, et seadusandja ei ole seda sõnaselgelt ette näinud, minu meelest vaidlusaluse sätte mõttest kaugemale ning tekitaks rohkem probleeme kui lahendaks.

92. Märgin esiteks, et kohustus võtta üle teatud osa algse töövõtja majandustegevusest vähendaks märkimisväärselt maksejõuetusega seotud erandi ulatust, kuna paljudel juhtudel lõppeb ettevõtte tegevus täielikult. Lisaks sellele võib küsida, millises ulatuses tuleks algse töövõtja majandustegevus üle anda, et see erand oleks kohaldatav.

93. Teiseks võib selline kohustus eriliselt keeruliseks muuta pankrotihalduri ülesande täitmise. See võiks olla isegi vastuolus talle maksejõuetuse valdkonda reguleerivatest liikmesriigi õigusaktidest tuleneva pädevusega pidada võlausaldajate huvides läbirääkimisi⁴¹.

94. Jagan siinkohal Austria valitsuse seisukohta, et ainult hankelepingute või raamlepingute üleandmine võib sõltuvalt majandussektorist olla tavapärane või mitte. Ehitusettevõtja maksejõuetuse korral näiteks võib teatud suurte ehitusobjektide üleandmisega kaasneda ka materjalide ja töötajate üleandmine. Seevastu ei pruugi see tingimata nii olla IT-teenuste või IT-vahendite tarnimise korral. Lisaks rõhutan selle valitsuse eeskujul, et juhtub, et maksejõuetuks muutunud ettevõtja saab siiski oma tegevust jätkata tingimusel, et ta mõne riigihankelepingu loovutab. Kui aga see võimalus tuleks välistada, siis ei muudaks see võimatuks mitte üksnes töövõtja asendamist, vaid võiks ohustada ka maksejõuetusmenetluse eesmärki kaitsta võlausaldajate huvides võimalikult palju olemasolevat ettevõtet.

95. Kolmandaks ei oleks selline konkurentsieeskirjadest möödaminemise vältimise eesmärgil seatav vara üleandmise nõue mitte ainult koormav lahendus, vaid võib ka kahelda selle vajalikkuses, kuivõrd riigihankelepingu loovutamine on igal juhul võimalik vaid vaidlusaluses sättes kirjas oleval tingimusel, et see ei kujuta endast vahendit direktiivi 2014/24 kohaldamisest kõrvalehoidmiseks.

96. Neljandaks käsitlen neid erilisi probleeme, mille tekitab komisjoni seisukoht, mis puudutab pankrotihalduri kohustust pöörduda algse eduka pakkuja majandustegevuse täieliku lakkamise korral algsete pakkuja poole.

97. Kordan, et komisjoni hinnangul ei kavatsenud seadusandja silmas pidada juhtumit, mille puhul algse töövõtja majandustegevus täielikult lakkab⁴². See institutsioon möönab aga, et selline olukord võib tekkida⁴³ ning et riigihankeleping võib olla ainus allesjääv vara.

⁴¹ Käesoleva kohtuasja toimikust ilmneb, et selline pädevus on ette nähtud Rootsi ja Austria õiguses. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. mai 2015. aasta määruse (EL) 2015/848 maksejõuetusmenetluse kohta (ELT 2015, L 141, lk 19) põhjenduses 22 on rõhutatud, et eri riikide materiaalõiguses on selles valdkonnas väga suuri erinevusi. Vt sel teemal ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. juuni 2019. aasta direktiiv (EL) 2019/1023, mis käsitleb ennetava saneerimise raamistikke, võlgadest vabastamist ja äritegevuse keeldu ning saneerimis-, maksejõuetus- ja võlgadest vabastamise menetluste tõhususe suurendamise meetmeid, ning millega muudetakse direktiivi (EL) 2017/1132 (saneerimise ja maksejõuetuse direktiiv) (ELT 2019, L 172, lk 18), eelkõige selle põhjendused 1, 4, 7, 8 ja 12.

⁴² Vt käesoleva ettepaneku punkt 49.

⁴³ Vt käesoleva ettepaneku punkt 33.

98. Komisjon leiab, et sellisel juhul on võimalik vaidlusalust sätet tõlgendada nii, et erand uue hankemenetluse korraldamise kohustusest on kohaldatav tingimusel, et riigihankalepingut pakutakse mittediskrimineerivalt ja võrdselt kõigile algsetele pakkujatele, kes vastasid kvalifitseerimistingimustele, näiteks pöördudes nende poole nende paremusjärjestuses⁴⁴.

99. Rõhutan siiski esiteks, et sellist tingimust vaidlustatud säte ei sisalda ning see näib olevat seadusandja tahtega vastuolus. Nagu ma käesoleva ettepaneku punktides 53 ja 54 juba märkisin, kavandas komisjon ettevalmistavate tööde käigus võimalust, et pankroti korral kohaldub erimenetlus, nähes eelkõige ette, et avaliku sektori hankija pöördub uuesti algsete pakkujate poole. Lõpuks seda ettepanekut direktiivi 2014/24 sisse ei viidud ega asendatud seda ka ühegi teisega. Järeldan sellest, et algsete pakkujate poole pöördumise kohustuse lükkas seadusandja selgelt tagasi.

100. Teiseks, kui riigihankalepingut või raamlepingut tuleb pakkuda algsetele pakkujatele nende paremusjärjestuses, tähendab see, et see tuleb anda esimesele neist, kes nõustub. See lähenemine ei võta arvesse seda, et avaliku sektori hankija peab uue töövõtja heaks kiitma⁴⁵. Endisel pakkujal, isegi kui ta asetus algse eduka pakkuja järel parimale kohale, ei ole automaatselt õigust saada lepingut sellistel tingimustel.

101. Kolmandaks, kui pankrotihaldur on sunnitud niimoodi algsete pakkujate poole pöörduma, võib ta jääda ilma võimalusest otsida võlausaldajate huvides ülevõtja, kes maksab kõige rohkem. Minu arvates ei tulene aga direktiivist 2014/24 kuidagi, et liidu seadusandja oleks kavatsenud liikmesriigi õigusega pankrotihalduritele antud volitusi selliselt piirata⁴⁶.

102. Niisiis ei saa ma komisjoni tõlgendusega nõustuda.

103. Seevastu leian, nagu eelnevast analüüsist ilmneb, et kui vaidlusaluses sättes ette nähtud ja käesoleva ettepaneku punktis 38 osutatud kolm tingimust on täidetud, lahendab selle sätte tõlgendamine nii, et see võimaldab uuele töövõtjale üle anda üksnes varem sõlmitud raamlepingu või riigihankalepingu ilma, et uue hankemenetluse korraldamine oleks vajalik, ja ilma, et uus töövõtja peaks võtma üle muud algse töövõtja majandustegevust, konkreetse ettevõtjate elulise probleemi nii, et järgitakse riigihankalepingute sõlmimist reguleerivaid põhimõtteid, mis on kirjas direktiivi 2014/24 artikli 18 lõikes 1.

V. Ettepanek

104. Kõiki eeltoodud kaalutlusi silmas pidades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Högsta förvaltningsdomstoleni (Rootsi kõrgeim halduskohus) eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta artikli 72 lõike 1 punkti d alapunkti ii tuleb tõlgendada nii, et see, kui uus töövõtja võtab üle algsele töövõtjale raamlepingust tulenevad õigused ja kohustused pärast seda, kui pankrotihaldur on selle raamlepingu talle loovutanud

⁴⁴ Komisjon märgib, et sedalaadi lahendus näib olevat valitud Itaalia õiguses. Rõhutan, et direktiivi 2014/24 ülevõtmist puudutavate Itaalia õigusaktide kommentaarides märgivad Marion Comba ja Sara Richetto, et see liikmesriik on Lgs 50/2016 artiklis 110 D ette näinud hankija võimaluse pöörduda algsete pakkujate poole nende paremusjärjestuses (vt Treumer, S., ja Comba, M., *Modernising Public Procurement: The Approach of EU Member States*, Elgar, 2018, 7. peatükk, lk 149).

⁴⁵ Vt käesoleva ettepaneku punkt 89.

⁴⁶ Täpsustan, et sellest ei tulene, et asendaja võiks ilma direktiivi 2014/24 kohast uut hankemenetlust korraldamata nimetada algse eduka pakkuja igasuguste finantsraskuste korral. On vaja, et oleks alustatud formaalselt ametlikku maksejõuetusmenetlust nagu põhikohtuasjas.

tingituna algse töövõtja pankrotist, tähendab, et uus töövõtja asendab osaliselt või täielikult algse töövõtja selle sätte tähenduses. Ei ole vajalik, et koos lepingu üleminekuga antaks uuele töövõtjale üle teatud osa raamlepingu täitmisega seotud algse töövõtja majandustegevusest.