

KOHTUJURISTI ETTEPANEK

M. POIARES MADURO

esitatud 17. detsembril 2008¹

1. Käesolev hagi, mille Euroopa Komisjon esitas Kreeka vastu, käsitleb Kreeta saarel asuva elektrijaamaga seotud riigihankelepingut. Komisjon väidab, et kuna hankija esiteks ei avaldanud hanketeadeid ja teiseks ei põhjendanud õigel ajal ühe pakkumuse tagasilükkamist, siis on hankija rikkunud nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivis 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused, ette nähtud kohustusi².

Vaidluse aluseks olevad asjaolud

2. 2003. aasta juulis avaldas Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (Kreeka avalik-õiguslik elektriettevõtja, edaspidi „DEI”) hanketeate kahe termoelektrilise seadme ostmiseks ja paigaldamiseks Kreeta saarel asuvasse Athinolakose elektrijaama. DEI leidis, et esitatud pakkumused ei vastanud täielikult hanketeate

tingimustele ning projekt katkestati. 2004. aasta mais avaldati sama projektiga seoses uus hanketeade, mis erines veidi esimesest. Kõik viis pakkumust, mis esitati vastuseks teisele hanketeatele, lükati tagasi kui „nõuetele mittevastavad”, sest need ei vastanud täielikult teatavatele tehnilise kirjelduse nõuetele, ja menetlus katkestati uuesti.

3. 14. detsembril 2004. aastal kirjutas DEI uut hanketeadeid avaldamata teises voorus osalenud viiele pakkujale ja palus neil esitada 15 päeva jooksul oma „viimane hinnapakumine”, millest on kõrvaldatud kõik eelmistes pakkumustes esinenud lahknevused projekti kirjeldustest, eelkõige tehnilisest kirjeldusest. Kirjas selgitas DEI, et muu hulgas „juhtumi üldise arenguloo tõttu”, „aja tõttu, mis on vajalik kahe uue seadme paigaldamiseks (vastavalt 29 ja 31 kuud)”, „vajaduse tõttu rahuldada õigel ajal Kreeta saare elektrivajadus, mis muutub alates 2007. aastast tungivaks” ja „eelmiste pakkumismenetluste mittehulldavatest tulemustest tingitud ettenägematu viivituse tõttu lepingu sõlmimisel” otsustas ta hanketeadeid mitte avaldada. Kõik viis teises voorus osalenud pakkujat esitasid uue pakkumuse.

1 – Algkeel: inglise.

2 – EÜT 1993, L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194.

4. 7. veebruaril 2005. aastal saatis DEI ühele pakkujatest kirja, lükates tema pakkumuse põhjendusi esitamata tagasi. Kõnealune pakkuja saatis DEI-le kolm kirja (10. ja 11. veebruaril ja 10. märtsil 2005) ning arenguministeeriumile kaks kirja (17. ja 31. märtsil 2005), milles palus pakkumuse tagasilükkamist põhjendada. DEI vastas lõpuks 4. aprillil 2005. Seejärel esitas pakkuja Monomeles Protodikio Athinon'ile (Ateena esimese astme kohus) taotluse ettekirjutuse tegemiseks, kuid tema taotlus jäeti 7. juuli 2005. aasta otsusega rahuldamata. 15. septembril 2005. aastal sõlmis DEI lepingu teise pakkujaga.

5. Tagasilükatud pakkumuse esitanud pakkuja esitas kaebuse Euroopa Komisjonile, kes – leides, et DEI menetlus oli läbiviidud vastuolus ühenduse õigusega ja võttes arvesse lepingu väga suurt maksumust – algatas Kreeka vastu rikkumismenetlust. Kuna komisjoni ei rahuldanud Kreeka ametiasutuste vastus tema märgukirjale ja põhjendatud arvamusele, esitas ta hagiavalduse, paludes Euroopa Kohtul tuvastada, et Kreeka on rikkunud kohustusi, mis on sätestatud direktiivi 93/38/EMÜ artikli 20 lõike 2 punktis a, mis käsitleb väljakuulutamisetähtaegade menetlust, ning artikli 41 lõikes 4, mis käsitleb tagasilükatud pakkumuse esitanud pakkujatele oma otsuse põhjendamise kohustust.

I. Hanketeate puudumine

6. Kohaldatav säte on direktiivi 93/38 artikli 20 lõike 2 punkt a, milles on sätestatud: „[t]ellijad [mõiste „tellijad” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hankijad”] võivad kasutada menetlust, mille puhul eelnevat hankekuulutust [mõiste „hankekuulutus” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hanketeade”] ei esitata, järgmistel juhtudel: [...] kui vastuseks eelnevale hanketeatele ei ole esitatud ühtki pakkumist [mõiste „pakkumine” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „pakkumus”] või nõuetele vastavat pakkumust, tingimusel et algseid lepingutingimusi ei ole oluliselt muudetud”. Nagu Kreeka valitsus on õigesti märkinud, annab kõnealune säte hankijatele võimaluse hanketeadet mitte avaldada, kui täidetud on kõik kolm järgmist tingimust: i) selline teade on juba avaldatud, ii) ühtegi pakkumust või nõuetele vastavat pakkumust ei ole esitatud ja iii) algseid lepingutingimusi ei ole oluliselt muudetud.

7. On selge, et käesoleval juhul on esimene tingimus täidetud. Teise ja kolmanda tingimuse täitmise suhtes on Kreeka valitsus ja komisjon eriarvamusel.

Nõuetele mittevastava pakkumuse mõiste

8. DEI lükkas teise hanketeate peale esitatud pakkumused tagasi kui „nõuetele mittevas-

tavad", sest need ei vastanud täielikult teatavatele tehnilise kirjelduse nõuetele. Kas ta iseloomustas pakkumusi õigesti? Teisisõnu, kuidas tuleks tõlgendada mõistet „nõuetele mittevastav”? See on oluline küsimus, sest vastusest oleneb, kas hankija võib sõlmida lepingu hanketeadet avaldamata. Kui esitatud pakkumusi saab kirjeldada kui „nõuetele mittevastavaid”, ei ole täiendav hanketeade vajalik; kui aga tagasilükatud pakkumusi ei saa pidada „nõuetele mittevastavateks”, on hankija kohustatud kogu menetlust kordama.

9. Komisjon on seisukohal, et „nõuetele mittevastavaks” saab pidada üksnes pakku-must, mis ei vasta ilmselgelt hankija vajadus-tele; muud vähem olulised puudused võivad põhjendada pakkumuse tagasilükkamist, kuid ei muuda seda „nõuetele mittevastavaks” ega anna seega hankijale võimalust sõlmida leping tavapärase hankemenetluseta. Kreeka valitsus aga pooldab mõiste „nõuetele mittevastav” vabamat määratlust. Omistades suurt tähtsust direktiivi preambuli põhjendusele 45, kus on sätestatud, et „asjaomaste [hankijate] kohal-datavad eeskirjad peaksid moodustama heade kaubandustavade raamistiku ja olema võima-likult paindlikud”, väidab ta, et hankijatel peaks olema ulatuslik kaalutusõigus kõikide hanketeates esitatud kriteeriumidele täielikult mittevastavate pakkumuste tagasilükkamisel nende „nõuetele mittevastavuse” tõttu ja nad peaksid saama jätkata uut hanketeadet aval-damata.

10. Minu arvates on Kreeka valitsuse tõlgendus liiga lai. Hankijate kaalutusõiguse ulatuse hindamisel tuleks alustada asutamis-lepingus sätestatud tingimustest. Kohtuasjas Teleaustria leidis Euroopa Kohus, et avalike teenuste kontsessioonid ei kuulu riigihanke direktiivide kohaldamisalasse, kuid lisas, et selliseid lepinguid sõlmivad hankijad on siiski kohustatud järgima asutamislepingu aluspõ-himõtteid ja eriti kodakondsuse alusel diskri-mineerimise keelu põhimõtet, millest tuleneb läbipaistvuse tagamise kohustus.³ Seejärel selgitas kohus seda, milles seisneb läbipaist-vuse tagamise kohustus: „hankijatele pandud läbipaistvuse tagamise kohustuse sisuks on tagada vastav avalikustatuse tase kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab teenuste osutamisel avatud konkurentsi ning samuti hankemenetluse erapooletuse kont-rolli”.⁴ Järelikult on riigihangete läbipaistvuse tagamise nõue sätestatud ühenduse esmases õiguses ning see hõlmab vähemalt teataval määral avalikustamist. Avalikustamine on kahekordselt oluline: esiteks teavitatakse potentsiaalseid pakkujaid ärivõimalusest, mis omakorda võib suurendada konkurentsi lepingu sõlmimisel, sest tõenäoliselt esita-takse rohkem pakkumusi; teiseks hoiab avali-kustamine ära erapoolikuse ja korruptsiooni,

3 – 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-324/98: Teleaustria (EKL 2000, lk I-10745, punktid 60 ja 61).

4 – *Ibidem*, punkt 62.

sest see võimaldab kontrollida hankemenetlust.⁵ Euroopa Kohtu praktikas on läbi paistvus seotud diskrimineerimise keeluga ja seda käsitatakse vahendina, mis tagab ühenduse õiguse aluspõhimõtete järgimise.⁶

kedagi soosida.”⁹ Seega kõrvaldab tõhus konkurents tõkked, mis takistavad uute ettevõtjate turuletulekut; sellest saavad kasu hankijad, kes võivad valida suurema hulga pakkumuste vahel ja seega saavad kuludele vastavat tulu, ning see aitab säilitada riigi-hankemenetluse kui sellise aususe.

11. Veel üks asjaolu, mida tuleb mõiste „nõuetele mittevastav” tõlgendamisel arvesse võtta, on see, et üks riigihanke-eeskirjade eesmärk on tõhusa konkurentsi arendamine turul. Oma hiljutises otsuses kohtuasjas komisjon vs. Itaalia, milles komisjon väitis, et Itaalia on jätnud täitmata mitmes direktiivis, sh direktiivis 93/38 sätestatud kohustused, sedastas Euroopa Kohus, et „[Direktiivide] eesmärk on välistada tegevus, mis piirab konkurentsi üldiselt ja eelkõige teiste liikmesriikide kodanike osalemist riigihangetes, et rakendada ellu EÜ artiklis 43 ja 49 sätestatud asutamisevabadus ja teenuste osutamise vabadus”.⁷ Nagu Euroopa Kohus on varasemas direktiivi 93/37/EMÜ⁸ käsitlenud kohtuasjas selgitanud, on „direktiivi [...] põhieesmärk avada riiklike ehitustööde lepingud konkurentidele. Avatus ühenduse konkurentidele kooskõlas direktiivis sätestatud menetlustega tagab, et ametiasutused ei saa

12. Nagu eespool mainitud kohtuasjadest nähtub, tuleneb hanketeate avaldamise nõue ühenduse esmasest õigusest ja endastmõistatavalt tuleb seda järgida. Lepingu sõlmimine eelnevat hanketeadet avaldamata võib kahjustada mitte ainult potentsiaalseid pakkujaid, vaid ka üldsust, kelle maksudest riigihankeprojekte rahastatakse, ning võib moonutada konkurentsi riigihangete turul, kahjustades sellega asutamislepingus sätestatud ühenduse põhivabadusi käsitlevate sätete tõhusust. Seetõttu tuleb sätet, mis lubab hankijal loobuda hanketeate avaldamisest, tõlgendada kitsalt. Direktiivi 93/38 artikli 20 lõige 2 on selline säte. Selle auguses väidetakse, et hankija

5 – Hankijate kohustus tagada läbipaistvus on selgelt sätestatud uutes riigihankedirektiivides. Uue avalikku sektorit puudutava direktiivi (Euroopa parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132)) artiklis 2 ja uue kommunaalteenuste direktiivi (Euroopa parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT 2004, L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19)) artiklis 10 on sätestatud, et nad tegutsevad „läbipaistval viisil”.

6 – Vt muu hulgas 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-275/98: Unitron Scandinavia (EKL 1999, lk I-8291, punkt 31); 18. oktoobri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-19/00: SIAC (EKL 2001, lk I-7725, punkt 41); 19. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas C-454/06: presstext (EKL 2008, lk I-4401, punkt 32).

7 – 21. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-412/04: komisjon vs. Itaalia Vabariik (EKL 2008, lk I-619, punkt 2).

8 – Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1993, L 199, lk 54, ELT eriväljaanne 06/02, lk 163).

9 – 12. juuli 2001. aasta otsus kohtuasjas C-399/98: Ordine degli Architetti (EKL 2001, lk I-5409, punkt 75). Vt samas tähenduses 27. novembri 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-285/99 ja 286/99: Impresa Lombardini (EKL 2001, lk I-9233, punkt 35) ja 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle (EKL 2005, lk I-1, punkt 44).

võib sõlmida lepingu eelneva hanketeateta ja seejärel esitatakse ammendav loetelu juhtudest, mil see on võimalik. Euroopa Kohus on juba kõnealuse sätte õige tõlgendamise kohta sedastanud kohtuasjas komisjon vs. Kreeka, mis puudutas selle sätte punkte c ja d, mis käsitlevad vastavalt lepinguid, mida tehnilistel või kunstilistel põhjustel saab täita ainult üks konkreetne töövõtja, ja kiireloomulisi olukordi: „[a]lustuseks tuleb rõhutada, et kuna direktiivi 93/38 artikli 20 lõike 2 punktid c ja d kalduvad kõrvale riigihankelepingute sõlmimise menetlust reguleerivatest eeskirjadest, tuleb neid tõlgendada kitsalt”.¹⁰ Käesolev kohtuasi tuleb lahendada vastavalt punktile a (käsitleb olukorda, kus ei ole esitatud ühtegi pakkumust või „nõuetele mittevastavat” pakkumust), mida tuleb tõlgendada sama kitsalt nagu punkte c ja d, võttes arvesse, et ei artikli 20 lõike 2 mõte ega sätte ega Euroopa Kohtu poolt kohtuasjas komisjon vs. Kreeka tehtud otsus ei õigusta teistsugust tõlgendust.

Hankija, kes tahab „kedagi soosida”, kui kasutada Euroopa Kohtu sõnu kohtuotsuses Ordine degli Architetti, saab hõlpsasti leida pakkumuses kohad, mis ei vasta täielikult lepingutingimustele, lükata pakkumus tagasi kui „nõuetele mittevastav” ja seejärel sõlmida leping eelnevat uute pakkumuste esitamise kutset avaldamata. See on nii eelkõige põhjalikke tehnilisi teadmisi nõudvate suurte projektide puhul, mille lepingutingimused on mõistagi väga keerulised. See aga on just see oht, mida ühenduse riigihanke-eeskirjad, olgu need siis sätestatud asutamislepingus või teistes õigusaktides, peavad vältima. Komisjoni tõlgendus aga, mille kohaselt hankija saab pakkumuse kui „nõuetele mittevastava” tagasi lükata ja seega jätkata hanketeadet avaldamata üksnes siis, kui pakkumus ei vasta hankija vajadustele, jätab hankijale esitatud pakkumuste hindamisel piisavalt suure kaalutlusruumi, tagades samal ajal ühenduse riigihanke-eeskirjade järgimise.

13. Eeltoodud analüüsi arvesse võttes ei ole mõiste „nõuetele mittevastav” lai tõlgendus, mida pooldab Kreeka valitsus, vastuvõetav. Kui hankijatel lubatakse tugineda isegi esitatud pakkumuste väikestele puudustele, et need „nõuetele mittevastavatena” tagasi lükata, siis tähendab see tegelikkuses neile ulatusliku kaalutlusõiguse andmist otsustamisel, kas avaldada hanketeade või mitte.

14. Direktiivi 93/38 artikli 20 lõike 2 punkti c laiale tõlgendusele toetumise õigustamisel tugines Kreeka valitsus peamiselt direktiivi preambuli põhjendusele 45, milles on sätestatud, et kommunaalteenuste riigihanke-eeskirjad peaksid olema „võimalikult paindlikud”. Sellest järeldab Kreeka valitsus, et kõnealuse sektori hankijatele on jätud lai kaalutlusõigus direktiivi sätete, sh „nõuetele mittevastavaid” pakkumusi käsitleva sätte kohaldamisel ja lepingute sõlmimisel eelnevat hanketeadet avaldamata. Selle väite vastu räägib kaks asjaolu.

¹⁰ – 2. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas C-394/02: komisjon vs. Kreeka Vabariik (EKL 2005, lk I-4713, punkt 33).

15. Esiteks ei ole põhjendus 45 eraldiseisev õigusnorm, mis tagab õigusi või kehtestab kohustusi. See on, nagu kõik direktiivide preambulid, pigem selgitav, st põhjenduse eesmärk on aidata neil, kes direktiivi tõlgendavad, mõista direktiivi eesmärke ja selle vastuvõtmise tausta. Käesoleva kohtuasja puhul selgitab põhjendus 45, miks ühenduse seadusandja on võtnud kommunaalteenuste sektori jaoks vastu riigihanke-eeskirjad, mis on leebemad kui eeskirjad, mida kohaldatakse teistes sektorites, näiteks teenuste või tarnete sektoris. Veelgi olulisem on asjaolu, et artikli 20 lõige 2 iseenesest on näide kommunaalteenuste sektoris kohaldatavast paindlikumast lähenemisviisist, sest ta lubab hankijal jätkata hanketeadet avaldamata suuremal hulgal juhtudel, kui teisi sektoreid reguleerivad direktiivid.¹¹ Teisisõnu otsustas ühenduse seadusandja direktiivi 93/38 konkreetseid sätteid vastu võttes ise, millises osas peaksid kommunaalteenuste eeskirjad olema paindlikumad ja oleks vale eeldada, et põhjendus 45 annab lisaks direktiivi juba niigi paindlikele sätetele hankijatele veel suurema kaalutusõiguse.

16. Teiseks, nagu olen juba rõhutanud, on Euroopa Kohus leidnud, et avalikustamine on

asutamislepinguga hankijatele pandud positiivne kohustus. Kõrvalekalded nimetatud kohustusest peavad olema sõnaselgelt seaduses sätestatud ja neid tuleb tõlgendada kitsalt. Isegi kui direktiivi 93/38 tõlgendamisel kehtiks selline üldine paindlikkuse põhimõte, ei oleks see ühenduse esimeses õiguses sätestatud kohustuste suhtes ülimuslik.

17. Lõpetuseks tuleb käsitleda ka eri riigihankedirektiivide vahelisi seoseid. Kreeka valitsus on jõuliselt vastu vaieldud komisjoni arvamusele, et direktiivi 93/38 tõlgendamisele võib kaasa aidata selle vaatlemine koos avalikku sektorit puudutavate direktiividega. Ta väidab, et esimeses on kasutusele võetud eeskirjade süsteem, mis on eriomane kommunaalteenuste sektorile ja selle võrdlemine ehitustööde lepinguid või tarnelepinguid reguleerivate eeskirjadega oleks vale. Ma ei ole selle väitega nõus. Eraldiseisvaid õigusnorme esineb väga harva. Eeskirjade puhul tuleb arvesse võtta tausta; need omavad mõtet siis, kui neid käsitletakse laiemas õiguslikus keskkonnas, kus need toimivad. Riigihangete valdkonnaga seoses on Euroopa Kohus sageli viidanud riigihankedirektiividele kui eeskirjade kogumile, mis teenivad ühiseid eesmärke ja tuginevad samadele põhimõtetele. Olen juba maininud kohtuotsust komisjon *vs.* Itaalia, milles Euroopa Kohus sedastas, et direktiivide 92/50,¹² 93/36,¹³ 93/37 ja 93/38

11 – Nagu komisjon on rõhutanud, toetab seda seisukohta, et sõna „paindlikkus“ selgitab direktiiviga 93/38 sätestatud riigihanke-eeskirjade olemust, analoogia alusel uue kommunaalteenuste direktiivi, millega asendati direktiiv 93/38, põhjendus 28. Selles on seoses postiteenustega sätestatud: „postiteenuseid osutavate tellivate asutuste sõlmitavad lepingud [peaksid] olema allutatud käesoleva direktiivi eeskirjadele, sh artiklis 30 toodutele, mis, kaitstes põhjenduses 9 viidatud põhimõtete rakendamist, loovad heade äritavade raamistiku ja võimaldavad suuremat paindlikkust, kui pakub [...] direktiiv 2004/18/EÜ [...]”. Siinkohal võrreldakse uut kommunaalteenuste direktiivi uue avalikku sektorit puudutava direktiiviga, et selgitada, mis mõttes on esimese sätet viimase omadest paindlikumad.

12 – Nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiv 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT 1992, L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322).

13 – Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord (EÜT 1993, L 199, lk 1; ELT eriväljaanne 06/02, lk 110).

ühine eesmärk on välistada konkurentsivastane tegevus riigihangete valdkonnas,¹⁴ ning võib tuua ka teisi näiteid hiljutistest kohtuotsustest, kus Euroopa Kohus viitab sellele, et riigihankedirektiivi tuleb käsitleda süstemaatilisel ja ühtsel.¹⁵ Kas Euroopa Kohus siis ei teadnud, et iga direktiiv reguleerib eri valdkonna riigihankeid ja et nendega kehtestatud eeskirjad on erinevad? Nii see küll ei olnud. Euroopa Kohus pidas silmas seda, et direktiivid kujutavad endast nendevahelistest erinevustest hoolimata eeskirjade kogumit, mille ühine eesmärk on tagada, et riigihankemenetlused on ausad, avatud ja tõhusad.

Lepingutingimused

19. Kuna teine artikli 20 lõike 2 punktis a sätestatud kolmest tingimusest oli täitmata, ei saanud DEI kõnealusele sättele tugineda, sõltumata sellest, kas algsed lepingutingimused jäid samaks või mitte. Terviklikkuse huvides selgitan siiski lühidalt, miks ma arvan, et komisjonil oli õigus, kui ta väitis, et algeid tingimusi oli oluliselt muudetud.

18. Kokkuvõttes leian, et kvalifitseerides tagasilükatud pakkumuse „nõuetele mittevastavaks” ja jättes hanketeate avaldamata, rikkus DEI direktiivi 93/38 artikli 20 lõiget 2.

14 – 21. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-412/04: komisjon vs. Itaalia (*ELT C 92, 12.4.2008, lk 2, punkt 2*).

15 – Vt muu hulgas 27. veebruari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-373/00: Truley (EKL 2003, lk I-1931, punkt 42) („väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb ka, et riigihankelepingute sõlmimise menetlusi kooskõlastavate ühenduse direktiivide eesmärk on vältida ohtu, et lepingu sõlmimisel eelistavad hankijad oma riigi pakkujaid või taotlejaid ja välistada võimalus, et riigi, piirkondliku või kohaliku omavalitsuse rahastatav või kontrollitav organ või muu avalik-õiguslik organ võib lähtuda mittemajanduslikest kaalutlustest”); vt ka kohtuotsus pressetext, punkt 31 („Kohtupraktikast tuleneb, et riigihankel käsitlevate ühenduse õigusnormide põhieesmärk on teenuste vaba liikumise ning avatud ja ausa konkurentsi tagamine kõikides liikmesriikides”). 17. septembri 2002. aasta otsuses kohtuasjas C-513/99: Concordia Bus Finland (EKL 2002, lk I-7213, punkt 91) leidis Euroopa Kohus, et „[n]endes tingimustes ei ole mingit põhjust tõlgendada erinevalt kahte sätet, mis on seotud ühenduse õiguse sama valdkonnaga ja mille sõnastused sisuliselt kattuvad”. Euroopa Kohtu sõnul on kriteeriumiks tõlgendatavate sätete sisu; kui sisu on sama, peab ka tõlgendus olema sama.

20. Teises hanketeates märgiti, et hankija ja pakkujate tehnilise kirjelduse vahelised lahknevused ei ole lubatud. Pakkumused, mis ei vastanud täielikult hankija nõutud kirjeldusele, võis siiski vastu võtta tingimusel, et esinenud lahknevused on seotud pakkuja poolt kasutatavate seadmete tehniliste omadustega, need on hankedokumentides eraldi loetletud ega mõjuta elektrijaama üldist tööd. Sellisel juhul ei pidanud pakkuja lahknevusi kõrvaldama ega täiendavaid rahalisi kulutusi kandma. Menetluse kolmandas voorus paluti aga pakkujatel kõrvaldada oma kulul kõik eelmises pakkumuses esinenud lahknevused ja esitada selle kohta siduv kinnitus.

21. Kreeka valitsus väidab, et artikli 20 lõike 2 ei keela kõikide algsete lepingutingimuste muutmist, vaid ainult nende muutmist, mis on „olulised”. Kui ettekandja-kohtunik küsis kohtuistungil, kuidas selgitada asjaolu, et lõpuks sõlmiti leping ühega viiest pakkujast, kelle pakkumus lükati esialgu tagasi, kuigi Kreeka valitsuse väitel ei vastanud ükski teises voorus esitatud viiest pakkumusest nõuetele ja kolmandas voorus ei olnud olulised parandused lubatud, siis väitis Kreeka valitsuse esindaja, et ainsad muudatused, mida DEI palus kolmandas voorus teha, puudutasid teises voorus avastatud lahknevusi tehnilisest kirjeldusest, mille tõttu pakkumus oli tagasi lükatud, samal ajal kui muud lepingutingimused jäid samaks.

selline muudatus pakkujate seisukohast tõepoolest oluline, sest see välistab juba alguses pakkujad, kes ei suuda või ei soovi oma algsest pakkumusest lahknevusi kõrvaldada ega vastavaid kulusid kanda. Selliseid algsete lepingutingimuste muudatusi tuleks alati käsitada „olulistena”. Lisaks sellele, nagu olen juba rõhutanud, tuleb sätet, mis lubab hankijal sõlmida leping eelnevat hanketeadet avaldamata, nagu artikli 20 lõike 2 punkti a, tõlgendada kitsalt, sest sellega tehakse erand asutamislepingul põhinevast läbipaistvuse nõudest. Seetõttu võib hankija jätta hanketeate avaldamata üksnes siis, kui asjaomased muudatused ei saa tegelikult ega tõenäoliselt hankemenetlust mõjutada. Käesolevas kohtuasjas ei saa öelda, et lepingutingimuste muudatus oli ebaoluline või ei olnud piisavalt oluline artikli 20 lõike 2 punkti a tähenduses.

22. Nõustun Kreeka valitsusega selles, et asjaomaseks kriteeriumiks on lepingutingimuste muudatuse *olulisus*, kuid ma ei ole veendunud, et kõnealune muudatus oli ebaoluline või ei olnud piisavalt oluline artikli 20 lõike 2 punkti a tähenduses. Kolmandas voorus võeti kasutusele uus oluline tingimus: pakkujad pidid oma kulul kõrvaldama kõik lahknevused, samal ajal kui teise vooru hanketeate tingimuste kohaselt olid sellised lahknevused vastuvõetavad. On selge, et hankija ise pidas nimetatud uut kohustust oluliseks; muidu ei oleks ta palunud osalevatel pakkujatel esitada siduvat kinnitust. Samamoodi on lepingutingimuste

23. Võttes arvesse, et DEI lükkas viis teises voorus esitatud pakkumust tagasi seetõttu, et need ei vastanud täielikult nõutud tehnilisele kirjeldusele, ei saanud ta kolmandas voorus tegelikult ühega nimetatud viiest pakkujast lepingut sõlmida, ilma et tema pakkumust oleks enne muudetud. Seega muutis DEI kolmandas voorus lepingutingimusi, tagamaks, et pakkujad kohustuvad kõrvaldama kõik lahknevused, ja palus neil koostada vastavaid kulusid sisaldav uus hinnapakku-

mine. Kui DEI oleks avaldanud uue hanke-teate, oleks tegemist olnud täiesti nõueteko-hase menetlusega. Selle asemel palus ta pakkumuse esitada ainult viiel kindlal pakkujal, kuigi algseid lepingutingimusi oli oluliselt muudetud. Seda tehes rikkus ta direktiivi 93/38 artikli 20 lõike 2 punkti a.

mida DEI arvesse võttis, oli vajadus kiiresti tegutseda.

Kiireloomulisus

24. Direktiivi 93/38 artikli 20 lõike 2 punktis d on sätestatud, et eelneva hanketeateta menet-lust võib kasutada „äärmise vajaduse korral, kui [hankijate] poolt ettenägematute sünd-muste tagajärjel tekkinud kiireloomulise olukorra tõttu ei ole võimalik avatud või piiratud menetluse tähtjast kinni pidada”. Komisjon väidab, et viis, kuidas DEI põhjendas oma kirjas teise vooru viiele pakkujale otsust jätkata eelnevat hanketeadet avaldamata (näiteks viited Kreeta „tungivale elektrivajadusele”, „ajale, mis on vajalik kahe uue seadme paigaldamiseks”, „ettenägema-tule viivitusele”) näitab, et ta ei tuginenud mitte ainult artikli 20 lõike 2 punktile a, vaid ka artikli 20 lõike 2 punktile d. Kreeka valitsus ei ole sellega nõus. Ta väidab, et DEI tugines algusest peale üksnes artikli 20 lõike 2 punk-tile ja selgitas, et eelneva hanketeateta menet-lust kasutati seetõttu, et kaks eelmist vooru ei andnud rahuldavat tulemust. Seda peetigi silmas sõnadega „juhtumi üldise arenguloo tõttu”. Olukorra kiireloomulisusele viitamine on teisejärguline ja näitab, et üks asjaolusid,

25. On tõsi, et 14. detsembri 2004. aasta kirja sõnastus jätab mulje, nagu tooks DEI üheks eelneva hanketeateta menetluse kasutamise põhjenduseks asja kiireloomulisuse. Pole siiski selge, kas see on artikli 20 lõike 2 punktil d põhinev eraldiseisev põhjendus. Võttes arvesse, et Kreeka valitsus ei tugine kõnealusele punktile, ei ole Euroopa Kohtul igal juhul vaja kõnealust küsimust täiendavalt uurida.

II. Põhjenduste esitamisega viivitamine

26. Direktiivi 93/38 artikli 41 lõikes 4 on sätestatud: „I, II, VII, VIII ja IX lisas käsitletud tegevusvaldkonnas tegutsevad [hankijad] teatavad kohe pärast kirjaliku taotluse saamist tagasi lükatud kandidaadile või pakkujale tema kandidatuuri või [pakkumuse] tagasilükkamise põhjustest ning vastavaks tunnistatud [pakkumuse] teinud pakkujale valitud [pakkumuse] sisu ja suhtelised eelised, samuti eduka pakkuja nime”. Komisjon väidab, et tagasilükatud pakkumuse esitanud pakkujale tema pakkumuse taga-

silükkamise põhjustest teatamist kahekuulise viivitusega ei saa pidada „kohe” teatamiseks kõnealuse sätte tähenduses. Kreeka valitsus mõõnab, et teatamisega mõningal määral viivitati, kuid väidab, et hindamisel, kas ta on rikkunud artikli 41 lõiget 4, on kriteeriumiks see, kas rikuti pakkuja ühenduse õigusest tulenevaid õigusi. Lisaks väitis Kreeka valitsuse esindaja kohtuistungil, et artikli 41 lõike 4 ettevalmistavatest materjalidest – komisjon tegi algselt ettepaneku määrata põhjuste esitamise tähtajaks 15 päeva, nagu ka avalikku sektorit puudutavates direktiivides, ja pärast ettepaneku tagasilükkamist Euroopa Parlamendi poolt asendati see mõistega „kohe” – nähtub, et hankijatele tuleb jätta teatud tegevusvabadus pakkumuse tagasilükkamise põhjustest teatamise taotluste läbivaatamisel. Kreeka valitsus väidab, et kuna käesolevas kohtuasjas sai tagasilükatud pakkumuse esitanud pakkuja kasutada võimalust lasta kontrollida hankija otsuse õiguspärasust, ei saa öelda, et DEI rikkus direktiivi, vastates taotlusele kahe kuu pärast.

peaks hankija vastama, tahtlikult iga juhtumi puhul eraldi otsustada.

28. Hinnates, mida „kohe” vastamine igal konkreetsel juhul tähendab, tuleb arvesse võtta, kas pakkuja sai kasutada ühenduse ja liikmesriigi õiguses ette nähtud õiguskaitsevahendeid, et lasta kohtul kontrollida otsuse õiguspärasust. Tõepoolest, kui hankija ei selgita, miks konkreetne pakkumus tagasi lükati, ei tea tagasilükatud pakkumuse esitanud pakkuja, kas on mõtet otsus vaidlustada ja millistel alustel seda tuleks teha.

27. Nõustun Kreeka valitsusega selles, et mõiste „kohe” kasutamine ilma konkreetsele ajavahemikule viitamata tähendab, et artikli 41 lõiget 4 ei saa tõlgendada liiga kitsalt. Asjaolu, et avalikku sektorit puudutavates direktiivides on sõnaselgelt sätestatud 15-päevane periood,¹⁶ aga kommunaalteenuste direktiivis 93/38 mitte, tähendab, et ühenduse seadusandja jättis küsimuse, kui kiiresti

29. Riigihankemenetluses osalevate pakkujate huvide kaitsmine on siiski vaid üks artikli 41 lõike 4 eesmäärke. Kõnealuse sätte eesmärk on ka kaitsta riigihankemenetluse kui sellise ausust ja tõhusust; seega on kasusaajateks hankijad ja lõppkokkuvõttes maksumaksjad. Seetõttu tuleks mõiste „kohe” tõlgendamisel meele pidada, et hankija kohustus esitada õigel ajal põhjendused hoiab ära kellegi soosimise ja soodustab ühenduse õiguse nõuete järgimist. Artikli 41 lõike 4 on menetluslik garantii, mis aitab tagada, et pakkumuse tagasilükkamise põhjendusi ei kasutata lepingute meelevaldse sõlmimise ettekäändena. Teisisõnu, kõnealusel õigusnormil on hoiatav toime: hankija,

16 – Direktiivi 93/37 artikli 8 lõige 1, direktiivi 93/36 artikli 7 lõige 1, direktiivi 92/50 artikli 12 lõige 1.

kes teab, et pärast pakkumuse väljavalimist peab ta oma valikut põhjendama ja selgitama, miks teised pakkumused tagasi lükati, tõenäoliselt ühenduse riigihanke-eeskirjadest kõrvale ei kaldu.

30. Lisaks võib põhjendamise taotlustele vastamisega liigne viivitamine tuua kaasa märkimisväärsed tõhususega seotud kulutusi. Näiteks käesolevas kohtuasjas rõhutas DEI ise, et Kreeta saare täiendav elektrivajadus on *tungiv*. Sellest hoolimata viivitas ta projektiga kaks kuud, jättes selgitamata, miks ta valis välja ühe konkreetse pakkumuse ja lükkas teised tagasi. Kreeka valitsus ei ole millegagi põhjendanud DEI aeglust, mis ei sobi kuidagi kokku kõnealuse lepingu kiireloomulisusega. Võttes arvesse, et eri liikmesriikide paljusid suuri projekte rahastatakse teatud määral ühenduse eelarvest, on mõistlik eeldada, et hankijad kohaldavad ühenduse riigihanke-eeskirju tõhususe nõuet arvestades.

31. Samuti tuleks märkida, et uue kommunaalteenuste direktiivi, millega asendati direk-

tiiv 93/38, artikli 49 lõikes 2 on sätestatud, et hankijad peavad tagasi lükatud pakkumuse esitanud pakkujatele teatama nende pakkumuse tagasilükkamise põhjustest „võimalikult kiiresti” ja „[s]elleks kuluv aeg ei tohi mingil juhul olla pikem kui 15 päeva kirjaliku järelepärimise saamisest”. Direktiivi koostajad on ise hinnanud, milline on vastuvõetav aeg põhjuste esitamiseks ja seega võtnud hankijalt igasuguse kaalutlusõiguse. Mõõndavasti tuleb käesolev kohtuasi lahendada *rationae temporis* vastavalt direktiivile 93/38, mitte direktiivile 2004/17. Me ei saa siiski eirata asjaolu, et ühenduse seadusandja on otsustanud, et mis tahes kaalutlustega varasemat paindlikumat lähenemisviisi kõnealusele küsimusele kommunaalteenuste sektoris ka põhjendati, enam neid ei eksisteeri. Järelikult kohaldatakse kommunaalteenuste suhtes nüüd samu, rangemaid eeskirju, nagu kaupade, tarnete ja teenuste suhtes ning neis on sätestatud, et 15-päevast perioodi ei tohi mingil juhul ületada. Kuigi kõnealune säte ei ole käesolevas kohtuasjas kohaldatav, oleks väide, et Euroopa Kohus peaks seda eirama, selgelt kunstlik. Lõppkokkuvõttes tuleb vastavalt direktiivile 93/38 otsustada mõistliku viivituse üle iga juhtumi puhul eraldi, unustamata seejuures riigihankemenetluste otstarbekohasuse nõuet, mis ei piirdu pakkujate õiguste kaitsmisega. Seetõttu arvan, et mõistet „kohe” tuleks tõlgendada kitsalt, võttes arvesse tavapäraseid tähtaegu teistes riigihangete valdkondades. Olen arvamusel, et asjaolu, et DEI viivitas tagasilükatud pakkumuse esitanud pakkujale põhjuste teatamisega kaks kuud, kujutab endast direktiivi 93/38 artikli 41 lõike 4 rikkumist, kuna ühtegi konkreetset põhjendust sellisele viivitusele, mis selgelt ületab riigihangete valdkonnas kohaldatavaid tavapäraseid tähtaegu, ei esitatud.

III. Ettepanek

32. Teen Euroopa Kohtule ettepaneku tuvastada, et Kreeka Vabariik on rikkunud 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hanke-menetlused, artikli 20 lõikest 2 ja artikli 41 lõikest 4 tulenevaid kohustusi, kuna ta ei avaldanud (DEI kaudu) hanketeadet ega teavitanud tagasilükatud pakkumuse esitanud pakkujat kohe tema pakkumuse tagasilükkamise põhjustest.