EUROOPA KOHTU OTSUS (neljas koda)

6. mai 2010 *

Liidetud kohtuasjades C-145/08 ja C-149/08,

mille ese on EÜ artikli 234 alusel Symvoulio tis Epikrateiase (Kreeka) 15. veebruari 2008. aasta otsustega esitatud eelotsusetaotlused, mis saabusid Euroopa Kohtusse 9. aprillil 2008, menetlustes

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

versus

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Kohtumenetluse keel: kreeka.

Ypourgos Epikrateias,

menetluses osalesid:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, varem Elliniki Technodomiki TEB AE,

Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, varem Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE,

Leonidas Bombolas (C-145/08)

ja

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

versus

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

menetluses osales:

Michaniki AE (C-149/08),

EUROOPA KOHUS (neljas koda),

koosseisus: kolmanda koja esimees K. Lenaerts neljanda koja esimehe ülesannetes, kohtunikud R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (ettekandja), G. Arestis ja J. Malenovský,

kohtujurist: E. Sharpston,
kohtusekretär: vanemametnik L. Hewlett,

arvestades kirjalikus menetluses ja 11. juuni 2009. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

– Club Hotel Loutraki AE, esindajad: *dikigoros* I. K. Theodoropoulos ja *dikigoros* S. A. Pappas,

– Athens Resort Casino AE Symmetochon ja Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, varem Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, esindajad: *dikigoros* P. Spyropoulos, *dikigoros* K. Spyropoulos ja *dikigoros* I. Dryllerakis,

– Ellaktor AE, varem Elliniki Technodomiki TEB AE, esindaja: *dikigoros* V. Niatsou,

– Aktor ATE, esindaja: *dikigoros* K. Giannakopoulos,

– Kreeka valitsus, esindajad: A. Samoni-Rantou, E.-M. Mamouna, N. Marioli ja I. Dionysopoulos,

– Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: M. Patakia ja D. Kukovec,

olles 29. oktoobri 2009. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsusetaotlused puudutavad seda, kuidas tõlgendada nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322) ja nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), muudetud direktiiviga 92/50 (edaspidi „direktiiv 89/665"), põhikohtuasjade asjaolude seisukohalt asjakohaseid sätteid, samuti liidu õiguse üldpõhimõtteid riigihangete valdkonnas, eeskätt tõhusa kohtuliku kaitse põhimõtet.

2 Need taotlused esitati kohtuvaidlustes, milles osalesid ühelt poolt eraõiguslikud ettevõtjad ja füüsilised isikud ning teiselt poolt Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (riiklik raadio- ja televisiooninõukogu, edaspidi „ESR"), ametiasutus, kes on siseriiklike õigusnormide alusel volitatud ja kohustatud kontrollima, kas isikute puhul, kes on riigihankemenetluses pakkujana osaleva ettevõtja omaniku, osaniku, põhiaktsionäri, juhtorgani liikme või otsustusõigusega isiku staatuses, esineb mõni kokkusobimatus nendes õigusnormides sätestatu tähenduses ning kes tuleks seetõttu kõnealusest menetlusest automaatselt kõrvaldada.

Õiguslik raamistik

Liidu õigusnormid

3 Direktiivi 92/50 artikli 1 punkti a sõnastuse kohaselt on:

„*riiklikud teenuslepingud* – teenuseosutaja ja tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud […]

[…]”

4 Selle direktiivi artikkel 2 sätestab:

„Kui riikliku lepingu objektiks on samaaegselt nii tooted direktiivi 77/62/EMÜ [nõukogu 21. detsembri 1976. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord (EÜT L 13, lk 1)] tähenduses kui ka teenused käesoleva direktiivi I A ja I B lisa tähenduses, kuulub leping käesoleva direktiivi reguleerimisalasse juhul, kui kõnealuste teenuste maksumus ületab lepingus sisalduvate toodete maksumuse.”

5 Sama direktiivi artikkel 3 näeb ette:

„1. Tellijad sõlmivad riiklikke teenuslepinguid ja korraldavad ideekonkursse käesoleva direktiivi sätetele vastavas korras. 2.

Tellijad tagavad, et ei esineks vahetegemist eri teenuseosutajate vahel.

[…]”

6 Direktiivi 92/50 artikli 8 kohaselt:

„Lepingud, mille objektiks on I A lisas loetletud teenused, sõlmitakse kooskõlas III–VI jaotise sätetega.”

7 Selle direktiivi artikkel 9 sätestab:

„Lepingud, mille objektiks on I B lisas loetletud teenused, sõlmitakse kooskõlas artiklitega 14 ja 16.”

8 Artikkel 14 kuulub selle direktiivi IV jaotisse, mis puudutab ühiseeskirju tehnikavaldkonnas ning käsitleb tehnilisi kirjeldusi, mis tuleb esitada kas üldistes dokumentides või iga lepinguga seotud lepingudokumentides; artikkel 16 kuulub V jaotisse, mis reguleerib ühiseid teavitamiseeskirju.

9 Direktiivi 92/50 I B lisa „Teenused artikli 9 tähenduses" hõlmab:

„[…]

17 Hotelli- ja restoraniteenused

[…]

26 Meelelahutus-, kultuuri- ja sporditeenused

27 Muud teenused"

10 Viimaks, sama direktiivi artikkel 26 näeb lõikes 1 ette:

„Pakkumisi võivad esitada ka teenuseosutajate ühendused. Sellistelt ühendustelt ei tohi pakkumiste esitamisel nõuda teatavat õiguslikku vormi; välja valitud ühenduselt võib seda siiski nõuda, kui temaga sõlmitakse leping."

11 Direktiivi 89/665 artikkel 1 näeb ette:

„1. Liikmesriigid võtavad seoses direktiivide 71/305/EMÜ [nõukogu 26. juuli 1971. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 185, lk 5)], 77/62[…] ja 92/50[…] reguleerimisalasse kuuluvate riigihankelepingute sõlmimise menetlustega vajalikud meetmed tagamaks, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas järgmiste artiklitega ja eelkõige artikli 2 lõikega 7 põhjusel, et kõnealused otsused on vastuolus riigihankeid reguleeriva ühenduse õigusega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.

2. Liikmesriigid tagavad, et seoses riigihankelepingute sõlmimise korraga kahjunõude esitanud ettevõtjate vahel ei ole mingit diskrimineerimist seetõttu, et käesolevas direktiivis tehakse vahet ühenduse õigust rakendavate siseriiklike eeskirjade ja muude siseriiklike eeskirjade vahel.

3. Liikmesriigid tagavad, et läbivaatamise kord oleks võimalike liikmesriikide poolt kehtestatavate üksikasjalike eeskirjade kohaselt kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku tarne- või ehitustöölepingu [või

teenuste riigihankelepingu] vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada. Eelkõige võivad liikmesriigid nõuda, et läbivaatamist taotlev isik peab olema eelnevalt teatanud tellijale väidetavast rikkumisest või kavatsusest taotleda läbivaatamist."

12 Selle direktiivi artikli 2 sõnastuse kohaselt:

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

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

b) jätta kõrvale ebaseaduslikud otsused või tagada nende kõrvalejätmine ning kõrvaldada pakkumiskutsest, lepingudokumentidest ning teistest kõnesolevat pakkumismenetlust käsitlevatest dokumentidest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad;

c) maksta kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud.

[…]

5. Liikmesriigid võivad sätestada, et kui kahjutasu taotlemist põhjendatakse ebaseaduslikult tehtud otsusega, peab vajalike volitustega asutus vaidlustatud otsuse kõigepealt kõrvale jätma.

6. Lõikes 1 nimetatud volituste kasutamise mõju sõlmitud ja juba täidetud lepingule määratakse kindlaks siseriikliku õigusega.

Lisaks sellele võib liikmesriik ette näha, et pärast lepingu sõlmimist piirduvad läbivaatamise korra eest vastutava asutuse volitused kahjutasu maksmisega kõigile rikkumise tõttu kahju kannatanud isikutele, v.a juhud, kui otsus tuleb jätta kõrvale enne kahjutasu maksmist.

[…]"

Siseriiklik õigus

13 Direktiiv 89/665 on Kreeka õigusesse üle võetud seadusega 2522/1997, mis puudutab kohtulikku kaitset ehitustööde, asjade ja teenuste riigihankelepingu sõlmimisele eelnevas menetlusetapis (*FEK A*' 178).

14 Selle seaduse artikkel 2 „Kohtuliku kaitse ulatus” näeb ette:

„Iga isik, kellel on huvi seoses ehitustööde, asjade või teenuste hankelepingu sõlmimisega ja keda ühenduse või siseriikliku õiguse rikkumine kahjustab või võib kahjustada, võib teatavate üksikasjalike eeskirjade kohaselt taotleda kohtult esialgset õiguskaitset, hankija õigusvastase akti kehtetuks tunnistamist või tühisuse tuvastamist, ning kahju hüvitamist.

[…]”

15 Kõnealuse seaduse artikkel 4 „Kehtetuks tunnistamine või tühisuse tuvastamine” sätestab:

„1. Huvitatud isikul on õigus taotleda hankija niisuguse akti või kõrvaldamisotsuse kehtetuks tunnistamist või tühisuse tuvastamist, millega rikutakse hankelepingu sõlmimisele eelnevat hankemenetlust puudutavat ühenduse või siseriikliku õigusnormi. […]

2. Kui kohus tuvastab pärast hankelepingu sõlmimist, et hankija akt või kõrvaldamisotsus on kehtetu või tühine, ei mõjuta see lepingut ennast, välja arvatud juhul, kui hankemenetlus on peatatud ajutisi meetmeid ette nägeva otsusega või esialgse õiguskaitse määrusega. Sel juhul võib kaebuse esitaja nõuda kahju hüvitamist vastavalt järgmisele artiklile.”

16 Seaduse 2522/1997 artikkel 5 „Kahjuhüvitise taotlemine" näeb ette:

„1. Huvitatud isikul, kes on ühenduse või siseriikliku õigusnormi vastaselt ehitustööde, asjade või teenuste hankemenetlusest kõrvaldatud, on õigus nõuda hankijalt kahju hüvitamist tsiviilseadustiku artiklite 197 ja 198 alusel. Seda õigust välistavad või piiravad õigusnormid ei kuulu kohaldamisele.

2. Kahjuhüvitis mõistetakse välja juhul, kui pädev kohus on õigusvastase akti või kõrvaldamisotsuse eelnevalt tühistanud või kehtetuks tunnistanud. Kahju hüvitamise ja tühiseks tunnistamise nõuded võib esitada samas avalduses vastavalt üldsätetele."

17 Tsiviilseadustiku artiklid 197 ja 198, millele viitab käsitletud säte, näevad ette „läbirääkimistest tekkinud" vastutuse, s.o kohustuse maksta kahjuhüvitist juhul, kui huvitatud isikutel on lepingu sõlmimisele suunatud menetluses tekkinud põhjendatud kulutused.

18 Presidendi dekreet 18/1989 kodifitseerib Symvoulio tis Epikrateiase kohta käivad õigusaktid (*FEK A'* 8). Selle artikkel 47 „Õigustatud huvi" näeb ette:

„1. Haldusakti tühistamist võib taotleda iga füüsiline või juriidiline isik, kelle õigustatud huve, seal hulgas mitterahalisi huve, see akt puudutab.

[…]”

19 Seaduse 2206/1994 reguleerimisala on „Kasiinode asutamine, korraldus, käitamine, kontroll jne” (*FEK A’* 62). Selle seaduse artikli 1 lõike 7 „Kasiinode tegevuslubade väljaandmine” sõnastuse kohaselt:

„Kasiinoettevõtjate tegevusload antakse välja turismiministri otsusega seitsmeliikmelise komisjoni poolt korraldatud rahvusvahelise avatud hankemenetluse tulemusel.”

20 Selle seaduse artikkel 3 „Kasiinode tegevus” sätestab:

„Kasiinode tegevust kontrollib riik.

[…]”

21 Kreeka põhiseaduse artikli 14 lõige 9 ja rakendusseadus 3021/2002 (*FEK A’* 143) kehtestavad piirangute korra, mida kohaldatakse lepingute sõlmimisele isikutega, kes tegutsevad või omavad osalust massiteabevahendite sektoris. See kord näeb ette eelduse, et massiteabevahendite sektoris tegutseva ettevõtja omaniku, osaniku, põhiaktsionäri või juhatuse liikme staatus on kokkusobimatu sellise ettevõtja omaniku, osaniku, põhiaktsionäri või juhatuse liikme staatusega, kellele riik või avaliku sektori juriidiline isik laias tähenduses usaldab ehitustööde, asjade või teenuste hankelepingu

täitmise. See kokkusobimatus laieneb ka füüsilistele isikutele, kes on eespool nimetatud isikute teatud astme sugulased.

22 Seadus 3021/2002 näeb sisuliselt ette, et enne pakkumuse vastuvõtmise otsuse tegemist või riigihankelepingu sõlmimist ja igal juhul enne lepingu allkirjastamist peab asjaomane hankija taotlema ESR-ilt tõendi väljastamist, milles kinnitatakse, et selles seaduses ette nähtud kokkusobimatuse tingimused ei ole täidetud, vastasel juhul on hankeleping või hange tühine. ESR-i otsus on hankijale siduv, kuid kaebeõigust omavad isikud, sealhulgas ametiasutused, võivad selle peale esitada tühistamishagi.

23 Euroopa Kohus otsustas 16. detsembri 2008. aasta otsuses kohtuasjas C-213/07: Michaniki (EKL 2008, lk I-9999, resolutsiooni punktid 1 ja 2), et kuigi liidu õigusega ei ole vastuolus niisugune regulatsioon, mille õiguspärane eesmärk on taotlejate võrdne kohtlemine ja läbipaistvus hankemenetlustes, on sellega proportsionaalsuse põhimõtte seisukohast siiski vastuolus niisuguse kokkusobimatust puudutava vääramatu eelduse kehtestamine nagu põhikohtuasjas vaidluse all olev.

Põhikohtuasjad ja eelotsuse küsimused

Kohtuasi C-145/08

24 Eelotsusetaotlusest selgub, et pädev ministeeriumidevaheline komisjon otsustas 10. oktoobril 2001 erastada äriühingu Elliniko Kazino Parnithas AE (edaspidi „EKP"), äriühingu Ellinika Touristika Akinita AE (edaspidi „ETA") tütarettevõtja, mille kõik aktsiad kuulusid Kreeka riigile. Hanketeade, mis avaldati 2001. aasta oktoobris, nägi esimese etapina ette eelvaliku tegemise selles teates toodud tingimustele vastavate huvitatud isikute hulgast. Hilisemas etapis pidi huvitatud isikute hulgast välja selgitatama enampakkuja, kellele tehakse ettepanek sõlmida leping. Esimeses etapis pääsesid eelvalikust edasi ettevõtjate konsortsium Koinopraxia Kazino Attikis ja ettevõtjate konsortsium Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE.

25 Pärast täiendava hanketeate avaldamist 2002. aasta aprillis olid allkirjastatava lepingu tingimused sätestatud järgmiselt.

Lepingu puhul on tegemist segalepinguga ning see hõlmab:

– lepingut, mille alusel ETA annab 49% EKP aktsiatest üle „konkreetsel eesmärgil loodud aktsiaseltsile" (edaspidi „AEAS"), mille asutab edukas pakkuja;

– lepingut, mille alusel AEAS kohustub rakendama arengukava, mis tuleb viia ellu 750 kalendripäeva jooksul alates vajalike lubade saamisest. Nimetatud arengukava näeb ette kasiinoruumide renoveerimise ja kasiino tegevusloaga kaasnevate võimaluste kasutamise, kahe kinnisvarakompleksi kuuluva hotelliüksuse sisustamise ja taas kasutusse võtmise ning umbes 280 hektaril asuvate ümbritsevate maa-alade väljaarendamise. Loetletud tööde tegemine on üks osa hinnast, mis tuleb tasuda 49% EKP aktsiate omandamise eest;

– lepingut ETA ja AEAS-i vahel, millega AEAS saab õiguse nimetada enamiku EKP juhatuse liikmeid ja seega juhtida nimetatud äriühingut vastavalt lepingu tingimustele;

– lepingut, mille kohaselt AEAS võtab üle kasiinoettevõtja haldamise ja saab selle eest tasu, mida maksab ETA. Summa, mis AEAS nimetatud tasuna saab, ei tohi ületada kahanevat protsenti iga-aastasest tegevustulust (vähenedes 20%-lt kasumist kuni 30 miljoni euro suuruse kasumi puhul 5%-ni kasumist üle 90 miljoni euro suuruse kasumi puhul) ja 2% käibest;

– haldajana peab AEAS kasiinoettevõtjat haldama nii, et pidevalt hoitaks alal luksuslikku keskkonda, mis pakub kõrgetasemelisi teenuseid, ning nii, et see oleks EKP-le rahaliselt tulutoov. Täpsemalt, lepingu sõlmimisele järgneva esimese viie majandusaasta lõikes kasiino haldamisest saadav maksustamiseelne kogutulu ei tohiks jääda alla 105 miljoni euro. Netotulu jaotatakse ETA ja AEAS vahel osalusprotsendi alusel, mis kummalgi neist EKP kapitalis on;

– kuna EKP on ainus kasiinoettevõtja, kes praegu Atika maakonnas tegutseb, näeb leping ette, et kui kümne aasta jooksul alates lepingu jõustumisest asutatakse kasiino geograafilises tegevusraadiuses õiguspäraselt veel mõni kasiino, peab ETA selle AEAS-ile kompenseerima, makstes talle kahjuhüvitist, mis võrdub 70%-ga tehinguhinnast. Hüvitise summat vähendatakse alates lepingu jõustumisest igal aastal ühe kümnendiku võrra;

– kasiinoettevõtja haldamise osas lõpeb leping kümme aastat pärast jõustumist.

26 Kuna konsortsium Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE osutus kõnealuses menetluses enampakkujaks, tunnistati tema edukaks pakkujaks. Enne lepingu sõlmimist edastas ETA ESR-ile eduka pakkuja omanike, osanike, põhiaktsionäride ja juhatuse liikmete nimed, tõendamaks, et nende isikute puhul ei ole tegemist seaduse 3021/2002 artiklis 3 sätestatud kokkusobimatusega. ESR kinnitas 27. septembril 2002 väljastatud tõendiga, et äsjanimetatud isikute puhul sellist kokkusobimatust ei esine.

27 ESR nimetatud akti peale esitati tühistamiskaebus, mille esitajateks olid kõigest kolm hankelepingust ilma jäänud pakkumiskonsortsiumi Koinopraxia Kazino Attikis seitsmest liikmest. Kaebajad väitsid, üks edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud konsortsiumiliige langeb siseriiklikes õigusnormides ette nähtud kokkusobimatuse juhu alla ning seetõttu tuleb lepingu sõlmimise otsus tühistada.

28 Eelotsusetaotluse esitanud kohus toob välja, et vaidlusalune leping on segaleping, mis ühe osana sisaldab ETA poolt aktsiate müüki enampakkujale ning see lepingu osa kui selline ei kuulu liidu hankelepingute regulatsiooni alla; teise osana sisaldab see teenuste hankelepingut, mis sõlmitakse enampakkujaga, kes võtab endale kasiinoet-

tevõtja haldamise kohustuse. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul on selle segalepingu puhul olulisem osa see, mis puudutab aktsiate üleminekut. Lisaks hõlmab üks selle lepingu osa ehitustööde hanget, kuna edukas pakkuja kohustub tegema eelotsusetaotluses nimetatud ehitustöid, ning üleminevad aktsiad on osaline tasu nende ehitustööde eest. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et viimati nimetatud lepinguosa kuulub lepinguosa „teenused" alla.

29 Selles kontekstis tekkis eelotsusetaotluse esitanud kohtul küsimus, kas kõnealuse lepingu osa „teenused" kujutab endast avalike teenuste kontsessiooni, mis ei ole reguleeritud liidu õigusnormidega. See võib sõltuda sellest, mil määral kannab edukas pakkuja vastavate teenuste osutamisega kaasnevat riski, arvestades ühtlasi asjaoluga, et need teenused on seotud tegevusega, mille suhtes võivad siseriiklike õigusnormide kohaselt kehtida ainu- ja eriõigused.

30 Kui Euroopa Kohus asub seisukohale, et vaidlusaluse lepingu kasiino haldamist puudutav osa kujutab endast teenuste hankelepingut, soovib siseriiklik kohus teada, kas liikmesriigi tasandil esitatud tühistamiskaebus on hõlmatud direktiivis 89/665 ette nähtud menetluslike tagatistega, kui arvestada asjaolu, et lepingu peamine ese, nimelt EKP aktsiate müük, ei kuulu hankelepinguid reguleerivate liidu õigusnormide kohaldamisalasse, ning et lepingud, mille esemeks on niisugused, direktiivi 92/50 I B lisa alla kuuluvad teenused, tuleb sõlmida vastavalt selle direktiivi artiklite 14 ja 16 sätetele, mis sisaldavad ainult menetluslikke kohustusi. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib siiski teada, kas kohustuste piiratusele vaatamata on pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte, mille kaitsmine on direktiivi 89/665 eesmärk, kohaldatav ka selliste juhtumite suhtes.

31 Juhul kui Euroopa Kohus peaks leidma, et selline tühistamiskaebus nagu põhikohtuasjas kuulub direktiivi 89/665 kohaldamisalasse, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas liidu õigusnormidega on vastuolus selline siseriiklik menetlusnorm nagu presidendi dekreedi 18/1989 artikli 47 lõikes 1 sätestatu – eelotsusetaotluse esi-

tanud kohtu tõlgenduses –, mille kohaselt võivad hankemenetluses konsortsiumina osalevad isikud esitada kaebusi selles menetluses antud aktide peale üksnes kõik koos ja ühiselt; vastaselt juhul jäetakse kaebus vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata.

32 Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab selles osas Euroopa Kohtu 8. septembri 2005. aasta otsusele kohtuasjas C-129/04: Espace Trianon ja Sofibail (EKL 2005, lk I-7805, punkt 22), mille kohaselt ei piira siseriiklik menetlusnorm, mis nõuab, et tühistamiskaebus hankija otsuse peale sõlmida riigihankeleping tuleb esitada kõikide pakkujast ajutise ühenduse liikmete poolt üheskoos, niisuguse kaebuse esitamise võimalust viisil, mis oleks vastuolus direktiivi 89/665 artikli 1 lõikega 3.

33 Eelotsusetaotluse esitanud kohus tunneb siiski huvi, kas Euroopa Kohtu niisugune järeldus, mis nimetatud kohtuotsuse puhul puudutab hankija otsust sõlmida leping, laieneb kõikidele eespool nimetatud direktiiviga tagatud kohtuliku kaitse vahenditele, eriti aga hüvitisnõuetele. See küsimuseasetus on seotud asjaoluga, et antud juhul on direktiivi 89/665 artikli 2 lõikega 5 liikmesriikidele antud õigust kasutav liikmesriigi seadusandja seadnud seaduse 2522/1997 artikli 5 lõike 2 vastuvõtmisega kahjuhüvitise väljamõistmise sõltuvusse väidetavalt õigusvastase akti eelnevast tühistamisest.

34 See säte, koostoimes presidendi dekreedi 18/1989 artikli 47 lõikes 1 sisalduva menetlusnormiga – eelotsusetaotluse esitanud kohtu tõlgenduses –, takistab menetluses edutult osalenud pakkumiskonsortsiumi üksikliikmetel mitte ainult taotlemast oma huve kahjustava akti tühistamist, vaid ka pöördumast pädevasse kohtusse, et saada hüvitist isiklikult kantud kahju eest. Tuleb rõhutada, et praegusel juhul on tühistamiskaebuse lahendamiseks pädev kohus Symvoulio tis Epikrateias (kõrgeim halduskohus), samas kui kahjuhüvitise väljamõistmiseks on pädev teine kohus.

35 Selles kontekstis toob eelotsusetaotluse esitanud kohus välja, et konsortsiumi üksiku liikme võimalus taotleda pädevalt kohtult hüvitise väljamõistmist sõltub kõigi ülejäänud konsortsiumiliikmete soovist esitada tühistamiskaebus, samas kui kahju, mis igal konsortsiumiliikmel isiklikult võis tekkida seetõttu, et pakkumine ei olnud edukas, võib olla erinev sõltuvalt igaühe poolt selles hankes osalemiseks tehtud kulutuste suurusest. Seetõttu võib igal konsortsiumiliikmel olla erinev huvi astuda samme otsuse tühistamiseks. Niisiis tekib õigustatud küsimus, kas sellises menetluslikus olukorras on direktiiviga 89/665 taotletud tõhusa kohtuliku kaitse põhimõte tagatud.

36 Eelotsusetaotluse esitanud kohus juhib lõpetuseks tähelepanu sellele, et riigi või avalik-õiguslike isikute õigusvastaste aktidega tekitatud kahju hüvitamist reguleerivate üldiste menetlusnormide kohaselt kontrollib kahju hüvitamise kaebuse saamisel selle kõrval ka haldusakti õiguspärasust kahjuhüvitise väljamõistmiseks pädev kohus, mitte teine kohus, nagu see on juhul, kui tühistamiskaebused esitatakse hankemenetluses. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tekib niisiis küsimus, et kas liidu õigusest tulenevate õiguste kaitsmiseks mõeldud menetlused on vähem soodsad kui need, mis puudutavad siseriiklikest normidest tulenevate sarnaste või analoogsete õiguste kaitset.

37 Viimaseks toob eelotsusetaotluse esitanud kohus välja, et praegune presidendi dekreedi 18/1989 artikli 47 lõike 1 tõlgendus, mille kohaselt nõue hankemenetluses antud akti tühistamiseks on vastuvõetav ainult juhul, kui selle esitavad kõik konsortsiumiliikmed ühiselt, on nimetatud kohtu väljakujunenud praktika ümbervaatamine; varasema praktika kohaselt võisid konsortsiumiliikmed esitada individuaalkaebuse.

38 Samal ajal rõhutab eelotsusetaotluse esitanud kohus põhikohtuasja konteksti, mille puhul algselt esitasid vaidlusaluse kaebuse Symvoulio tis Epikrateiase neljandale kojale konsortsium kui selline ja selle seitse liiget. See kohtukoosseis tunnistas vastuvõetamatuks nii konsortsiumi kui ka selle nelja liikme esitatud kaebuse põhjusel,

et nad ei olnud oma advokaati nõuetekohaselt volitanud neid kohtus esindama, ning andis konsortsiumi kolme ülejäänud liikme osas asja selle tähtsust arvestades lahendamiseks sama kohtu täiskogule. Niisiis kohaldas nimetatud neljas koda senist kohtupraktikat, mille kohaselt peeti vastuvõetavaks ka mõne konsortsiumiliikme esitatud kaebust.

39 Sellele vaatamata on neljanda koja otsus konsortsiumi kui sellise ja selle nelja liikme kaebuste vastuvõetamatuse kohta lõplik, nii et seda ei saa enam parandada eelotsusetaotluse esitanud kohtu täiskogu pooleliolevas menetluses. Nimetatud kohus kahtleb seetõttu, kas tema kohtupraktika ümbervaatamine on kooskõlas õiglase kohtupidamise põhimõttega, mis kujutab endast liidu õiguse üldpõhimõtet ning mis on samuti kirjas Roomas 4. novembril 1950. aastal allkirjastatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (edaspidi „EIÕK") artiklis 6, ja õiguspärase ootuse põhimõttega.

40 Neil asjaoludel otsustas Symvoulio tis Epikrateias täiskogu menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas leping, millega hankija usaldab edukale pakkujale kasiinoettevõtja haldamise ja arengukava elluviimise, mis seisneb kasiinoruumide renoveerimises ja selle kasiino tegevusloaga seonduvate võimaluste ärilises kasutamises, ning mis sisaldab tingimust, et juhul, kui vaidlusaluse kasiino tegevusraadiuses alustab õiguspäraselt tegevust teine kasiino, on hankijal kohustus maksta edukale pakkujale hüvitist, kujutab endast kontsessiooni, mis ei kuulu direktiivi 92/50 kohaldamisalasse […]?

2. Kui vastus esimesele eelotsuse küsimusele on eitav, siis kas niisugune kaebus, nagu on esitanud sellise segalepingu sõlmimiseks korraldatud hankemenetluses

osalejad, mis hõlmab ka direktiivi 92/50 […] I B lisas nimetatud teenuste osutamist ning milles kaebajad viitavad hankemenetluses osalejate võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumisele (seda põhimõtet kinnitab kõnealuse direktiivi artikli 3 lõige 2), kuulub direktiivi 89/665 […] kohaldamisalasse või on selle direktiivi kohaldamine välistatud, sest eespool kirjeldatud teenuste hankelepingu sõlmimiseks korraldatud hankemenetlusele kohaldatakse vastavalt direktiivi 92/50 […] artikli 9 sätetele ainult sama direktiivi artikleid 14 ja 16?

3. Kui vastus teisele eelotsuse küsimusele on jaatav, siis kas juhul, kui põhimõtteliselt möönda, et ühenduse õigusega ja eelkõige direktiivi 89/665 […] sätetega ei ole vastuolus selline siseriiklik õigusnorm, mille kohaselt saavad pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustada üksnes kõik sellise konsortsiumi liikmed üheskoos, mis ei ole juriidiline isik ja mida hankemenetluses ei tunnistatud edukaks pakkujaks, mitte selle liikmed individuaalselt, kusjuures see kehtib ka siis, kui sellise otsuse vaidlustasid algselt kõik konsortsiumiliikmed ühiselt, kuid vastav kaebus tunnistati lõpuks neist mõningaid puudutavas osas vastuvõetamatuks, on eespool nimetatud direktiivi kohaldamisel enne kaebuse eespool kirjeldatud viisil vastuvõetamatuks tunnistamist vaja tuvastada, kas nendel konsortsiumiliikmetel säilib pärast kaebuse vastuvõetamatuks tunnistamist õigus pöörduda teise siseriikliku kohtu poole, et taotleda siseriikliku õigusnormiga ette nähtud hüvitist?

4. Kas olukorras, kus on olemas liikmesriigi kohtu väljakujunenud kohtupraktika, mille kohaselt ka konsortsiumiliige võib seaduslikult esitada individuaalse kaebuse riigihankemenetluses antud akti peale, on direktiivi 89/665 sätetega, tõlgendatuna lähtuvalt [EIÕK] artiklist 6 kui ühenduse õiguse üldpõhimõttest, vastuolus kaebuse vastuvõetamatuse tõttu läbivaatamata jätmine põhjusel, et sellist väljakujunenud kohtupraktikat on muudetud, ilma et kaebuse esitajale oleks eelnevalt antud võimalust kas vastuvõetamatust tingiv puudus kõrvaldada või igal juhul väljendada vastavalt võistlevuse põhimõttele oma seisukohta selles küsimuses?”

Kohtuasi C-149/08

41 Thessaloníki linn otsustas korraldada hankemenetluse, et sõlmida leping „Thessaloníki raekoja ja allmaaparkla ehitustöö" teostamiseks. Linnavalitsuse komisjoni 1. juuli 2004. aasta otsusega leiti, et leping tuleb sõlmida konsortsiumiga, kuhu kuulusid äriühingud Aktor ATE, Themeliodomi AE ja Domotechniki AE. Lepingu sõlmimise tarbeks edastas hankija vastavalt kehtivatele siseriiklikele õigusnormidele ESR-ile nimetatud konsortsiumi kuuluvate äriühingute omanike, osanike, põhiaktsionäride või juhatuse liikmete nimed, et tõendataks nende isikute puhul seaduse 3021/2002 artikli 3 tähenduses kokkusobimatuse juhtude puudumist.

42 Olles tuvastanud, et äriühingu Aktor ATE ühe juhatuse liikme puhul oli tegemist eespool nimetatud siseriiklikus sättes loetletud kokkusobimatuse juhuga, keeldus ESR 1. novembri 2004. aasta aktiga väljastamast lepingu allkirjastamise vajalikuks eeltingimuseks olevat tõendit. Äriühing Aktor ATE esitas selle negatiivse akti peale kaebuse, mille ESR 9. novembri 2004. aasta otsusega rahuldamata jättis. Nende ESR-i kahe negatiivse otsuse peale pöördus äriühing Aktor ATE hankemenetluses eduka pakkumuse teinud konsortsiumi liikmetest ainsana tühistamiskaebusega eelotsusetaotluse esitanud kohtusse, tuginedes nimetatud kohtu väljakujunenud praktikale, mille kohaselt loeti vastuvõetavaks ajutise ühenduse liikmete esitatud individuaalkaebused.

43 Neil asjaoludel otsustas Symvoulio tis Epikrateias, samuti täiskoguna, menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas juhul, kui põhimõtteliselt möönda, et ühenduse õigusega ja eelkõige direktiivi 89/665 […] sätetega ei ole vastuolus selline siseriiklik õigusnorm, mille kohaselt saavad pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustada üksnes kõik sellise konsortsiumi liikmed üheskoos, mis ei ole juriidiline isik ja

mida hankemenetluses ei tunnistatud edukaks pakkujaks, mitte selle liikmed individuaalselt, kusjuures see kehtib ka siis, kui sellise otsuse vaidlustasid algselt kõik konsortsiumiliikmed ühiselt, kuid vastav kaebus tunnistati lõpuks neist mõningaid puudutavas osas vastuvõetamatuks, on eespool nimetatud direktiivi kohaldamisel enne kaebuse eespool kirjeldatud viisil vastuvõetamatuks tunnistamist vaja tuvastada, kas nendel konsortsiumiliikmetel säilib pärast kaebuse vastuvõetamatuks tunnistamist õigus pöörduda individuaalkorras teise siseriikliku kohtu poole, et taotleda siseriikliku õigusnormiga ette nähtud hüvitist?

2. Kas olukorras, kus on olemas liikmesriigi kohtu väljakujunenud kohtupraktika, mille kohaselt ka konsortsiumiliige võis seaduslikult esitada individuaalse kaebuse riigihankemenetluses antud akti peale, on direktiivi 89/665 sätetega, tõlgendatuna lähtuvalt [EIÕK] artiklist 6 kui ühenduse õiguse üldpõhimõttest, vastuolus kaebuse vastuvõetamatuse tõttu läbivaatamata jätmine põhjusel, et sellist väljakujunenud kohtupraktikat on muudetud, ilma et kaebuse esitajale oleks eelnevalt antud võimalust kas vastuvõetamatust tingiv puudus kõrvaldada või igal juhul väljendada vastavalt võistlevuse põhimõttele oma seisukohta selles küsimuses?"

44 Euroopa Kohtu presidendi 22. mai 2008. aasta määrusega liideti kohtuasjad C-145/08 ja C-149/08 kirjaliku ja suulise menetluse ning kohtuotsuse huvides.

Eelotsuse küsimused

Kohtuasjas C-145/08 esitatud küsimused

45 Küsimustega, mis puudutavad direktiivi 92/50 kohaldatavust sellisele lepingule nagu põhikohtuasjas vaidluse all olev, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas käesoleval juhul tuleb kohaldada direktiivi 89/665, arvestades, et selle kohaldamine eeldab, et kohaldatav on mõni direktiivi 89/665 artiklis 1 loetletud hankedirektiividest. Seega tuleb neid küsimusi uurida koos ja teha kindlaks, kas selline leping kuulub mõne nimetatud artiklis loetletud direktiivi kohaldamisalasse.

46 Nii eelotsusetaotluses toodud üksikasjalikust ja põhjalikust kirjeldusest kui ka põhikohtuasja asjaoludele eelotsusetaotluse esitanud kohtu antud kvalifikatsioonist ilmneb, et nimetatud lepingu puhul on tegemist segalepinguga.

47 Sisuliselt koosneb nimetatud segaleping lepingust, mille alusel ETA annab 49% EKP aktsiatest üle AEAS-ile (edaspidi „lepinguosa „aktsiate müük”"), lepingust, mille kohaselt AEAS võtab üle kasiinoettevõtja haldamise ja saab selle eest tasu (edaspidi „lepinguosa „teenused”") ning lepingust, millega AEAS kohustub ellu viima kasiinoruumide ja samasse kompleksi kuuluvate hotelliüksuste renoveerimiskava ning välja arendama ümbritsevad maa-alad („lepinguosa „ehitustööd”").

48 Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et segalepingu puhul, mille erinevad osad on hanketeate kohaselt lahutamatult seotud ja moodustavad jagamatu terviku, tuleb kõnealust tehingut selle õiguslikuks kvalifitseerimiseks vaadelda ühtse tervikuna, ning seda tuleb hinnata nende õigusnormide alusel, mis reguleerivad selle lepingu peamiseks eesmärgiks või olulisimaks koostisosaks olevat lepinguosa (vt selle kohta 5. det-

sembri 1989. aasta otsus kohtuasjas C-3/88: komisjon *vs.* Itaalia, EKL 1989, lk-4035, punkt 19; 19. aprilli 1994. aasta otsus kohtuasjas C-331/92: Gestión Hotelera Internacional, EKL 1994, lk I-1329, punktid 23–26; 18. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas C-220/05: Auroux jt, EKL 2007, lk I-385, punktid 36 ja 37; 21. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-412/04: komisjon *vs.* Itaalia, EKL 2008, lk I-619, punkt 47, ning 29. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-536/07: komisjon *vs.* Saksamaa, EKL 2009, lk I-10355, punktid 28, 29, 57 ja 61).

49 See järeldus peab paika sõltumata sellest, kas segalepingu peamiseks eesmärgiks olev lepinguosa kuulub mõne riigihankedirektiivi kohaldamisalasse või mitte.

50 Seetõttu tuleb uurida, kas põhikohtuasjas vaidluse all olev leping moodustab jagamatu terviku, ning kui see osutub asjakohaseks, siis ka seda, kas see kuulub tänu oma peamisele eesmärgile mõne direktiivi 89/665 artiklis 1 loetletud, hankelepinguid reguleeriva direktiivi kohaldamisalasse.

51 Esiteks tuleb välja tuua, et see leping on sõlmitud ühe avalik-õigusliku kasiinoettevõtja osaliseks erastamiseks, mille on otsustanud pädev ministeeriumidevaheline komisjon siseriiklikul tasandil ning mille kohta on välja kuulutatud ühtne hange.

52 Toimikust, iseäranis 2002. aasta aprillis avaldatud täiendava hanketeate tingimustest ilmneb, et põhikohtuasjas vaidluse all olev segaleping on vormistatud ühe lepinguna, mis käsitleb samal ajal nii EKP aktsiate üleminekut, EKP juhatuse enamiku liikmete nimetamise õiguse omandamist, kohustust võtta üle kasiinoettevõtja haldamine ning pakkuda kõrgetasemelisi ja rahaliselt tulutoovaid teenuseid ning samuti kohustust teha asjaomaste ruumide ja ümbritsevate maa-alade parendamis- ja väljaarendustöid.

53 Need tingimused toovad kaasa vajaduse sõlmida nimetatud segaleping üheainsa partneriga, kellel on ühtaegu nii kõnealuste aktsiate ostmiseks vajalikud rahalised võimalused kui ka kutsealane kogemus kasiino haldamiseks.

54 Sellest järeldub, et selle lepingu erinevaid osi tuleb käsitada ühtset tervikut moodustavana.

55 Teiseks ilmneb liikmesriigi kohtu tuvastatust, et segalepingu peamine eesmärk oli 49% EKP aktsiate müük enampakkujale ning et nii selle tehingu lepinguosa „tööd" kui ka lepinguosa „teenused" olid lepingu peamise eesmärgi suhtes kõrvalised, olenemata sellest, kas lepinguosa „teenused" puhul on tegemist teenuste hankelepingu või teenuste kontsessiooniga. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on ka märkinud, et lepinguosa „tööd" oli lepinguosa „teenused" suhtes kõrvaline.

56 Seda hinnangut kinnitavad Euroopa Kohtule esitatud toimikus olevad dokumendid.

57 Kahtlust ei ole selles, et sellise avalik-õigusliku ettevõtja nagu EKP 49% aktsiate ostu puhul kujutab see tehing endast lepingu peamist eesmärki. Tuleb välja tuua, et tasu, mille AEAS aktsionärina saaks, tundub lihtsalt olevat palju suurem kui tasu, mille ta saaks teenuste osutajana. Lisaks saaks AEAS seda tasu tähtajatult, samas kui haldustegevus lõpeks kümne aasta pärast.

58 Eelnevatest kaalutlustest tuleneb, et põhikohtuasjas vaidluse all oleva segalepingu erinevad osad moodustavad jagamatu terviku, mille peamine eesmärk on aktsiate ülemineku aluseks olev lepinguosa.

59 Samas ei kuulu avalik-õigusliku ettevõtja erastamistehingu raames toimuv aktsiate üleminek riigihankedirektiivide alla.

60 Seda on muu hulgas asjakohaselt meenutatud komisjoni rohelise raamatu avaliku ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal (KOM(2004) 327 lõplik)) punktis 66.

61 Komisjon rõhutab oma rohelise raamatu avaliku ja erasektori koostöö kohta punktis 69, et tuleb tagada, et kapitalitehing ei varjaks tegelikult selliste lepingute sõlmimist eraõigusliku partneriga, mida saab kvalifitseerida hankelepinguteks või kontsessioonideks. Käesolevas asjas ei ole toimikus küll ühtegi dokumenti, mis seaks kahtluse alla põhikohtuasjas vaidluse all oleva tehingu, nii nagu selle on kvalifitseerinud eelotsusetaotluse esitanud kohus.

62 Eelnevatest kaalutlustest lähtudes tuleb teha järeldus, et segaleping, mille peamine eesmärk on 49% osaluse omandamine avalik-õigusliku ettevõtja kapitalis ja mille kõrvaleesmärk, mis on lahutamatult seotud nimetatud peamise eesmärgiga, puudutab teenuste osutamist ja ehitustööde teostamist, ei kuulu tervikuna riigihankedirektiivide kohaldamisalasse.

63 Eeltoodud järeldus ei välista seda, et selline leping peab järgima aluslepingu põhinorme ja üldpõhimõtteid, eelkõige neid, mis kehtivad asutamisvabaduse ja kapitali vaba liikumise valdkonnas. Sellegipoolest ei ole praegusel juhul tarvidust asuda käsitlema nimetatud normide ja põhimõtete järgimise küsimust, kuna sellekohase analüüsi tulemus ei saa kuidagi viia direktiivi 89/665 kohaldamisele.

64 Seetõttu ei ole eelnevat arvestades vaja vastata teistele kohtuasjas C-145/08 esitatud küsimustele.

Kohtuasjas C-149/08 esitatud esimene küsimus

65 Selle küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas direktiiviga 89/665 on vastuolus liikmesriigi õigusnorm, nii nagu siseriiklik kohus seda tõlgendab, mis näeb ette, et hankija poolt tehtud hankelepingu sõlmimise otsuse peale on ajutise pakkujate ühenduse liikmetel õigus esitada kaebus ainult ühiselt, nii et nimetatud ühenduse üksikutelt liikmetelt on mitte üksnes võetud võimalus taotleda hankija sellise otsuse tühistamist, vaid ka võimalus nõuda kõnealuse hankemenetluse käigus toimunud õiguserikkumistega temale individuaalselt tekitatud kahju hüvitamist.

66 Sellele küsimusele vastamiseks tuleb tõdeda, et akti, mille tühistamist eelotsusetaotluse esitanud kohtus taotletakse, on andnud ESR, s.o muu ametiasutus kui see, kes korraldas põhikohtuasjas vaidluse all oleva hankemenetluse.

67 Samas tuleneb „õiguskaitsevahendite" direktiivina tuntud direktiivi 89/665 sõnastusest, et selle direktiiviga soovitakse pakkuda kaitset seoses hankijate aktide või kõrvaldamisotsustega.

68 Nii ilmneb selle direktiivi põhjenduse 5 ja artikli 1 lõike 1 sõnastusest selgelt, et nimetatud sätted viitavad hankijate otsuste suhtes võetavatele meetmetele. Samuti

võivad liikmesriigid nimetatud artikli lõike 3 kohaselt ette näha, et isik, kes kavatseb kasutada mõnd õiguskaitsevahendit, peab hankijat väidetavast rikkumisest eelnevalt teavitama, et viimane saaks vea parandada. Lisaks annab nimetatud direktiivi artikli 3 lõige 2 komisjonile võimaluse teatada liikmesriigile ja asjaomasele hankijale põhjused, mille alusel ta on jõudnud järeldusele, et hankemenetluses on toimunud rikkumine, ning nõuda selle heastamist.

69 Seetõttu tuleb teha järeldus, et kohtuvaidlused, mis puudutavad sellist ametiasutust nagu ESR, ei kuulu direktiiviga 89/665 loodud õiguskaitsevahendite süsteemi.

70 Sellele vaatamata võivad ESR-i otsused mõjutada hankemenetluse kulgu ja ka tulemusi, kuna need võivad viia sellise pakkuja või ka eduka pakkuja välistamisele, kelle puhul ilmneb asjakohastes siseriiklikes õigusnormides ette nähtud üks või teine kokkusobimatuse juht. Niisiis ei puudu nende otsuste puhul huvi, et liidu vastava valdkonna õigust kohaldataks nõuetekohaselt.

71 Käesolevas asjas ilmneb eelotsusetaotluse esitanud kohtu edastatud andmetest, et põhikohtuasja kaebaja vaidlusaluse lepingu sõlmimise võimalusest ilma jätnud ESR-i otsus võeti nimetatud kaebaja väitel vastu, rikkudes nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163) ning liidu esmasest õigusest tulenevaid põhimõtteid.

72 Samas väidab põhikohtuasja kaebaja, et vaidlusaluste siseriiklike õigusnormide kohaldamise läbi takistati teda mitte ainult taotlemast teda põhikohtuasjas vaidluse all olevast menetlusest kõrvaldanud ESR-i väidetavalt õigusvastase otsuse tühistamist, vaid

ka selle otsusega tekitatud kahju eest hüvitist nõudmast. Seeläbi jäeti ta ilma tema õigusest tõhusale kohtulikule kaitsele.

73 Selles osas on oluline meelde tuletada, et tõhusa kohtuliku kaitse põhimõte on liidu õiguse üldpõhimõte (vt selle kohta 13. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-432/05: Unibet, EKL 2007, lk I-2271, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).

74 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on teatud valdkonda reguleerivate liidu õigusnormide puudumisel igal liikmesriigil kohustus määrata pädevad kohtud ja kehtestada menetlusnormid nende kohtuasjade läbivaatamiseks, mille eesmärk on tagada isikutele liidu õigusest tulenevate õiguste kaitse. Need menetlusnormid ei tohi siiski olla ebasoodsamad kui samalaadsete siseriiklike kaebuste puhul (võrdväärsuse põhimõte) ja need ei tohi muuta liidu õiguskorraga antud õiguste kasutamist praktiliselt võimatuks või ülemäära raskeks (tõhususe põhimõte) (vt selle kohta 15. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-268/06: Impact, EKL 2008, lk I-2483, punktid 44 ja 46 ning seal viidatud kohtupraktika).

75 Võrdväärsuse põhimõtte osas tuleneb eelotsusetaotluse esitanud kohtu tehtud täpsustustest, et riigi või avalik-õiguslike isikute õigusvastaste aktidega tekitatud kahju hüvitamist reguleerivate üldiste normide kohaselt on kahjuhüvitise väljamõistmiseks pädev kohus selle kõrval pädev kontrollima ka huve kahjustava haldusakti õiguspärasust, ning juhul, kui eraõiguslik isik esitab individuaalkaebuse ja selleks ette nähtud sisulised eeldused on täidetud, võib see viia hüvitise väljamõistmiseni.

76 Seevastu hankelepingute valdkonnas, mida reguleerib liidu õigus, kuuluvad need kahte tüüpi pädevused – esiteks haldusakti kehtetuks tunnistamise või tühisuse tuvastamise pädevus ja teiseks tekitatud kahju eest hüvitise väljamõistmise

pädevus – põhikohtuasjas kõne all oleva siseriikliku regulatsiooni kohaselt kahele erinevale kohtule.

77 Niisiis viivad seaduse 2522/1997 artikli 5 lõige 2, mis seab kahjuhüvitise väljamõistmise sõltuvusse huve kahjustava akti eelnevast tühistamisest, ning presidendi dekreedi 18/1989 artikli 47 lõige 1, mille kohaselt nõue hankemenetluses antud akti tühistamiseks on vastuvõetav ainult juhul, kui selle esitavad kõik konsortsiumiliikmed ühiselt, koos – nagu märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus – riigihangete valdkonnas selleni, et konsortsiumiliikmetel, kes tegutsevad üksi, ei ole mitte ainult võimatu saavutada nende huve kahjutava akti tühistamist, vaid neil on ka võimatu pöörduda pädevasse kohtusse neile väidetavalt tekitatud kahju eest hüvitise väljamõistmiseks, samas kui ametiasutuse õigusvastase aktiga tekitatud kahju hüvitamise nõuetele kohaldatavatest siseriiklikest õigusnormidest tulenevalt teistes valdkondades sellist võimatust ei esine.

78 Seoses tõhususe põhimõttega tuleb tõdeda, et vaidlusaluste siseriiklike õigusnormide kohaldamise läbi jäetakse niisugune pakkuja nagu põhikohtuasja kaebaja täielikult ilma võimalusest taotleda pädevas kohtus sellise kahju hüvitise väljamõistmist, mis talle on väidetavalt tekitatud liidu õigust rikkuva haldusaktiga, mis võib olla mõjutanud hankemenetluse kulgu ja ka tulemusi. Niisugune pakkuja jäetakse seeläbi ilma talle selles valdkonnas liidu õigusega antud õiguste tõhusast kohtulikust kaitsest.

79 Nagu on märgitud kohtujuristi ettepaneku punktides 107–116, on selles osas oluline rõhutada, et praegune kontekst erineb eespool viidatud kohtuotsuse Espace Trianon ja Sofibail tegemise aluseks olnud kohtuasja omast. Viimati nimetatud kohtuasi puudutas tühistamisnõuet hankelepingu sõlmimise otsuse peale, millega otsustati asjaomast lepingut mitte sõlmida konsortsiumiga tervikuna, käesolev kohtuasi puudutab aga niisuguse väidetavalt tekitatud kahju hüvitamise nõuet, mis on tingitud haldusasutuse õigusvastasest otsusest, millega tuvastatakse kokkusobimatuse juhtumi esinemine asjaomaste siseriiklike normide tähenduses ainult ühe, kaebuse esitanud pakkuja puhul.

80 Eelnevat arvestades tuleb kohtuasjas C-149/08 esitatud esimesele küsimusele vastata, et liidu õigusega, eriti õigusega tõhusale kohtulikule kaitsele on vastuolus selline siseriiklik regulatsioon nagu põhikohtuasjas vaidluse all olev, tõlgendatuna nii, et riigihankemenetluses pakkujaks oleva ajutise ühenduse liikmed on jäetud ilma võimalusest nõuda individuaalkorras kahju hüvitamist, mis on neile individuaalselt tekkinud otsuse tõttu, mis võib mõjutada hankemenetluse kulgu ning mille on vastu võtnud muu organ kui hankija, kes vastavalt kohaldatavatele siseriiklikele õigusnormidele osaleb samuti kõnealuses menetluses.

81 Seda vastust arvestades ei ole vaja vastata kohtuasja C-149/08 raames esitatud teisele küsimusele.

Kohtukulud

82 Kuna põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus pooleli oleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse siseriiklik kohus. Euroopa Kohtule märkuste esitamisega seotud kulusid, välja arvatud poolte kohtukulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (neljas koda) otsustab:

1. **Segaleping, mille peamine eesmärk on 49% osaluse omandamine avalik-õigusliku ettevõtja kapitalis ja mille kõrvaleesmärk, mis on lahutamatult seotud nimetatud peamise eesmärgiga, puudutab teenuste osutamist**

ja ehitustööde teostamist, ei kuulu tervikuna riigihankedirektiivide kohaldamisalasse.

2. Liidu õigusega, eriti õigusega tõhusale kohtulikule kaitsele on vastuolus selline siseriiklik regulatsioon nagu põhikohtuasjas vaidluse all olev, tõlgendatuna nii, et riigihankemenetluses pakkujaks oleva ajutise ühenduse liikmed on jäetud ilma võimalusest nõuda individuaalkorras kahju hüvitamist, mis on neile individuaalselt tekkinud otsuse tõttu, mis võib mõjutada hankemenetluse kulgu ning mille on vastu võtnud muu organ kui hankija, kes vastavalt kohaldatavatele siseriiklikele õigusnormidele osaleb samuti kõnealuses menetluses.

Allkirjad