KOHTUJURISTI ETTEPANEK

CHRISTINE STIX-HACKL

esitatud 15. märtsil 2005 [1]

I. Sissejuhatavad märkused

1. Käesolev eelotsusetaotlus puudutab tellijapoolsete riigihankelepingu sõlmimise otsuste läbivaatamist, nimelt Belgia õiguse alusel asutatud ajutise ühenduse, mida kvalifitseeritakse ajutiseks ühenduseks riigihankeid reguleeriva ühenduse õiguse tähenduses (või „ettevõtjate ühenduseks" uute riigihankeid käsitlevate direktiivide kohaselt) [2], liikmete õigust taotleda kaebuse individuaalset läbivaatamist.

II. Õiguslik raamistik

A. *Ühenduse õigus*

2. Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta [3] (edaspidi direktiiv 89/665) artikkel 1 sätestab:

„1. Liikmesriigid võtavad seoses direktiivide 71/305/EMÜ, 77/62/EMÜ ja 92/50/EMÜ reguleerimisalasse kuuluvate riigihankelepingute sõlmimise menetlustega vajalikud meetmed tagamaks, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas järgmiste artik-

1 — Algkeel: saksa.

2 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta, artikli 4 lõige 2 (ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132) ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused, artikli 11 lõige 2 (ELT L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19).

3 — EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246, muudetud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiviga 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322).

litega ja eelkõige artikli 2 lõikega 7 põhjusel, et kõnealused otsused on vastuolus riigihankeid reguleeriva ühenduse õigusega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.

[...]

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

3. Direktiivi 89/665 artikli 2 lõige 1 sätestab:

„Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 kindlaksmääratud läbivaatamise [menetluses] võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

[...]

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

[...]". [Täpsustatud tõlge.]

4. Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord [4], artikkel 21 sätestab:

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

4 — EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163; seejärel muudetud.

B. *Siseriiklik õigus*

5. Käesolevas asjas kehtib Conseil d'État'd (Riiginõukogu) käsitlevate 12. jaanuari 1973. aasta konsolideeritud seaduste artikli 19 lõige 1, mis reguleerib muu hulgas kaebeõigust tühistamishagide esitamisel.

6. Code des sociétés' (edaspidi „äriseadustik") artikkel 53 reguleerib olulisi aspekte „association momentanée" (ajutiste ühenduste) suhetes kolmandate isikutega.

7. Äriseadustiku artikli 522 lõige 2 näeb ette, et aktsiaseltsi esindab kohtus juhatus. Samas võib põhikirjaga volitada ühte või mitut juhatuse liiget äriühingut esindama.

III. Asjaolud ja menetlus põhikohtuasjas ning eelotsuse küsimused

8. Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (edaspidi „FOREM") avaldas tellijana 30. septembril 1997 Euroopa Ühenduste Teatajas pakkumise kutse, mille sisu oli „ligikaudu 6500 m^2 suuruse pindalaga hoone projekteerimine, ehitamine ja rahastamine Office régional de l'emploi (Liège'i piirkonna amet) ametiruumide tarbeks"; seejuures viidati sellele, et lubatud on pakkumise kutses kirjeldatust kõrvalekalduvad pakkumised. Järgnevalt avaldati neli parandatud pakkumiskutset.

9. Pakkumiste avamine toimus 20. veebruaril 1998. Esitatud oli viis pakkumist, nende hulgas pakkujate ühenduste (associations momentanées; ajutised ühendused) Espace Trianon — Sofibail ning CIDP-BPC omad. Pakkujate ühenduse Espace Trianon — Sofibail liikmed on Espace Trianon SA (edaspidi „Espace") ja Société wallone de location-financement SA (edaspidi „Sofibail").

10. FOREM-i juhtkomitee sõlmis 22. detsembril 1988 ajutise ühendusega CIDP-BPC riigihankelepingu, mis käsitles ligikaudu 6500 m^2 suuruse pindalaga hoone projekteerimist, ehitamist ja rahastamist tema Liège'i piirkonna ameti jaoks.

11. FOREM-i juhtkomitee kinnitas oma „22. detsembri 1998. aasta istungil vastu

võetud ja põhjendatud otsuse" 8. jaanuaril 1999.

12. Espace'i ja Sofibaili teavitati lepingu sõlmimise otsusest 25. jaanuaril 1999.

13. Espace ja Sofibail esitasid 19. veebruaril 1999 Conseil d'État'le hagiavaldused, taotledes lepingu sõlmimise otsuse tühistamist.

14. 8. märtsil 1999 esitasid Espace ja Sofibail Conseil d'État'le hagiavaldused, taotledes 8. jaanuari 1998. aasta kinnitava otsuse tühistamist.

15. Hagide vastuvõetavuse analüüsimisel jõudis Conseil d'État järeldusele, et Espace'i nimel tehtud otsused hagi esitamiseks ei olnud seaduslikud, sest neid ei võtnud vastu juhatus, nagu põhikiri seda ette näeb. Seevastu Sofibaili otsused olid seaduslikud.

16. Kuna pakkumine esitati ajutise ühenduse Espace-Sofibail nimel, kuid ühe liikme otsus oli ebaseaduslik, kontrollis Conseil d'État selle tagajärgi hagide vastuvõetavusele.

17. 25. veebruari 2004. aasta otsusega otsustas Conseil d'État esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta artikliga 1 on vastuolus selline siseriikliku õiguse säte nagu Conseil d'État'd käsitlevate 12. jaanuari 1973. aasta konsolideeritud seaduste artikli 19 esimene lõik tõlgendatuna nii, et see kohustab ajutise ühenduse — mis ei ole juriidiline isik ja mis just sellisena osales riigihanke pakkumismenetluses ning millega lepingut ei sõlmitud — liikmeid riigihankelepingu sõlmimise otsust hagema kõik koos, kas ühenduse liikmetena või nende endi nimel?

2. Kas vastus küsimusele oleks erinev juhul, kui ajutise ühenduse liikmed oleksid hagenud kõik koos, kuid ühe liikme hagi oleks vastuvõetamatu?

3. Kas nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja

ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta artikliga 1 on vastuolus selline siseriikliku õiguse säte nagu Conseil d'État'd käsitlevate 12. jaanuari 1973. aasta konsolideeritud seaduste artikli 19 esimene lõik tõlgendatuna nii, et see keelab niisuguse ajutise ühenduse ühel liikmel individuaalselt, kas ühenduse liikmena või tema enda nimel, riigihankelepingu sõlmimise otsust hageda?"

IV. Õiguslik hinnang

A. *Üldised märkused*

18. Kõigi kolme eelotsuse küsimuse keskmes on ühenduse õigusnormid, mis käsitlevad pakkujate ühenduse, käesoleval juhul Belgia õiguse alusel asutatud ajutise ühenduse liikmete õigust taotleda riigihankelepingu sõlmimise otsuste läbivaatamist.

19. Eelotsuse küsimuste sõnastust silmas pidades tuleb meenutada, et küsimus, kas siseriiklik õigus on kooskõlas ühenduse õigusega, ei saa olla EÜ artikli 234 alusel esitatud eelotsusetaotluse esemeks. Järelikult tuleb ka käesolevas menetluses esitatud eelotsuse küsimusi mõista nii, et need puudutavad ühenduse õiguse tõlgendamist.

20. Esimene ja kolmas eelotsuse küsimus tõstatavad põhimõttelise probleemi, mis seondub ajutise ühenduse liikmete õigusega taotleda kaebuse individuaalset läbivaatamist, teine küsimus hõlmab ainult teatud olukorda, mil ajutise ühenduse liikmed on otsuse hagenud koos, kuid ühe liikme hagi on tunnistatud vastuvõetamatuks.

21. Sellega seoses käsitletavaid õiguslikke probleeme tuleb siiski eristada menetluse esemeks mitte olevast küsimusest, kas ja millistel tingimustel annab ühenduse õigus ajutisele ühendusele õiguse taotleda kaebuse läbivaatamist direktiivi 89/665 alusel.

22. Aga ka muus osas tuleb alljärgneva õigusliku hinnangu andmisel menetluslikel põhjustel piirduda käesoleva eelotsusetaotluse eripäraga.

23. Nii on põhikohtuasjas, st siseriiklikus otsuste läbivaatamise menetluses, tegemist tellijapoolse riigihankelepingu sõlmimise otsuse läbivaatamisega. Käesoleva eelotsusemenetluse raames antavaid vastuseid ei saa siiski ilma pikemata üle kanda neile taotlustele, mis puudutavad tellija teiste otsuste läbivaatamist, nagu näiteks osalejate väljajätmine pakkujate ringist, st pakkumise kutse esitamata jätmine või pakkumiste kõrvalejätmine. Viidata tuleb ka sellele, et põhikohtuasi käsitleb otsuse tühistamist.

24. Eelotsuse küsimustele vastamisel tuleb seega piirduda põhikohtuasja olukorraga. See tähendab, et õigusvastasuse tuvastamise ja kahju hüvitamise osas võivad ühenduse õigusest tuleneda hoopis teistsugused kohustused.

25. Samuti lisandub asjaolu, et põhikohtuasjas käsitletav ajutine ühendus on asutatud lepingu alusel ja ei ole — igatahes toimiku järgi — siseriikliku õiguse kohaselt juriidiline isik.

26. Selles suhtes olgu siiski viidatud asjaolule, et materiaalõiguslikud riigihankeid käsitlevad direktiivid, nii varasemad kui hilisemad, näevad sõnaselgelt ette, et pakkumisi võivad esitada ka „ajutised ühendused" või „ettevõtjate ühendused". Sellega annab ühenduse õigus sellistele taotlejatele ja pakkujatele teatavad õigused, eelkõige õiguse osaleda pakkumismenetluses. Neist ühenduse õigusnormidest tuleneb ajutiste ühenduste piiratud õigusvõime.

27. Peale selle tuleb märkida, et käesolevas eelotsusemenetluses tuleb käsitleda ainult ühehäälsuse nõuet ehk ajutise ühenduse liikmete individuaalse kaebeõiguse välistamist, mitte aga küsimust, kas need eeskirjad on kooskõlas teiste liikmesriikides kehtivate või mõeldavate siseriiklike õigusnormidega, mis käsitlevad riigihankelepingute sõlmimise otsuste läbivaatamise taotluste esitamist ajutise ühenduse liikmete poolt.

28. Lõpuks tuleb märkida, et juhul kui liikmesriigid on tulenevalt ühenduse õigusest kohustatud andma ajutisele ühendusele kaebeõiguse, ei nõua tõhusa õiguskaitse tagamine selle liikmete kaebeõigust. Sellisel juhul taanduks menetluse esemeks olev õiguslik probleem küsimusele, kes võib tegutseda kaebeõigust omava ajutise ühenduse nimel.

B. *Esimene ja kolmas eelotsuse küsimus*

29. Esimene ja kolmas eelotsuse küsimus lähtuvad põhikohtuasjas kohaldatavast siseriiklikust menetlusnormist, mille kohaselt saavad riigihankelepingu sõlmimise otsuse läbivaatamist taotleda, st selle peale hagi esitada, ainult ajutise ühenduse liikmed ühiselt, mitte ühenduse liikmed eraldi. Seega on kohane vastata esimesele ja kolmandale eelotsuse küsimusele koos.

1. Lähtekoht: „Huvi riigihankelepingu sõlmimiseks" direktiivi 89/665 tähenduses

30. Lähtekohaks on direktiivi 89/665 artikli 1 lõikes 3 sätestatud kaebeõiguse andmise tingimused. Selle sätte kohaselt tagavad liikmesriigid, „et läbivaatamise [menetlus] oleks võimalike liikmesriikide poolt kehtestatavate üksikasjalike eeskirjade kohaselt kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku tarne- või ehitustöölepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada." [Täpsustatud tõlge.]

31. Euroopa Kohtu kaebeõigust käsitlevas praktikas on korduvalt rõhutatud, et ühenduse õiguse kohaselt peavad need tingimused olema täidetud.[5]

32. Olulise viite käesoleva eelotsusemenetluse jaoks, milles on tegemist ajutise ühendusega, annab kohtuotsus Makedoniko. Viimati nimetatus tugines Euroopa Kohus sellele, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõikes 3 sätestatud tingimusi „tuleb arvesse võtta küsimuse kaalumisel, kas ajutisele ühendusele [...] peavad olema kättesaadavad direktiivis 89/665 ette nähtud õiguskaitsevahendid"[6].

33. Euroopa Kohtu jaoks on seega otsustava tähtsusega, kas ajutisel ühendusel on või on olnud huvi põhikohtuasjas kõne all oleva tellimuse vastu ja kas ta on tellija otsuse tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 tähenduses.[7]

34. Selle sedastuse saab üle kanda käesoleva eelotsusemenetluse raames püstitatud küsi-

5 — 23. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-57/01: Makedoniko Metro (EKL 2003, lk I-1091, punkt 65), ja 12. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-230/02: Grossmann Air Service (EKL 2004, lk I-1791, punkt 25).

6 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-57/01, punkt 66.

7 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-57/01, punkt 72.

musele, mis ei käsitle mitte ajutise ühenduse kui sellise, vaid selle liikmete kaebeõigust.

35. Kaebeõiguse peab direktiivi kohaselt andma kõigile isikutele, kellel on huvi otsuste läbivaatamise menetluse esemena arutusele tuleva tellimuse vastu. Kaebeõiguse ja selleks vajaliku huvi kohta tuleb lisada, et otsuste läbivaatamise taotluse vastuvõetavaks tunnistamiseks ei ole piisav igasugune huvi.

36. Seda tuleb rõhutada ka seoses ajutiste ühendustega. Niisugune selgitav märkus on vajalik, kuna ajutise ühenduse ja selle liikmete huvid ning omakorda üksikute liikmete huvid võivad lahkneda, mida muuseas rõhutab ka komisjon.

37. Ajutise ühenduse liikmed on küll huvitatud sellest, et ajutist ühendust, millesse nad kuuluvad, saadaks majanduslik edu. Ent siiski on ajutise ühenduse liige huvitatud sellest, et leping sõlmitaks *ajutise ühendusega*, mitte aga, et leping sõlmitaks tema *endaga*.

38. Küsimust, kas on tegemist huviga direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 *tähenduses*, tuleb hinnata ajutise ühenduse nende tegevuste alusel, mis omavad tähtsust riigihankeid reguleeriva ühenduse õiguse seisukohast.

39. Vastupidi komisjoni argumendile peavad liikmesriigid andma kaebeõiguse põhimõtteliselt vaid neile ettevõtjatele, kes on pakkumismenetluses, milles tehtud otsuste läbivaatamist taotletakse, osalenud. [8]

40. Sellest reeglist on küll erandeid, ent need kehtivad vaid teatud juhtudel: nii ei saa ettevõtjalt nõuda, et ta osaleks pakkumismenetluses, kui tellija ei korraldagi ametlikku pakkumismenetlust. [9] Samuti peavad direktiivis 89/665 ette nähtud õiguskaitsevahendid olema kättesaadavad ettevõtjatele, kes ei osalenud pakkumismenetluses vaid seetõttu, et pakkumiste tingimuste tõttu tundus osalemine perspektiivitu. [10]

41. Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei ole pakkumismenetluses osalemine nõutav vaid

8 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-230/02, punkt 27.

9 — 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle (EKL 2005, lk I-1, punktid 34 ja 41 jj).

10 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-230/02, punkt 28 jj.

neil juhtudel, mil osalemine ei olnud võimalik või oli vähemalt perspektiivitu. Otsustava tähtsusega on seega pakkumismenetluses eduka osalemise võimatus tellija käitumise tõttu. *Võimatusest* tuleb aga eristada juhtusid, mil ettevõtja ei *soovigi* pakkumismenetluses osaleda. Sama kehtib ka ajutise ühenduse üksikute liikmete kohta, kes ei *soovi* ise pakkumismenetluses osaleda.

2. Materiaalõiguse tähendus kaebeõiguse jaoks

42. Ettevõtjate puhul, kes on koondunud ajutiseks ühenduseks, sest üksi ei suudaks nad edukalt osaleda, tuleb viidata sellele, et nende suutmatuse põhjuseks ei ole tellija käitumine.

44. Otsuste läbivaatamise taotluse esitamise menetlusõiguslikud normid tulenevad seega materiaalõiguslikult sätestatud osalemisest pakkumismenetluses, näiteks taotlejana või nagu põhikohtuasjas pakkujana.

43. Põhikohtuasja aluseks olev olukord erineb seega olukordadest, mil osalemine oli võimatu ja pakkumismenetluses osalemist ei saa nõuda, veel teises punktis: ettevõtja on pakkumismenetluses osalenud ja ka pakkumise esitanud. Et osalejaks oli ajutine ühendus ja mitte selle liikmed, ei oma siinkohal tähtsust. Sest ühenduse liikmed ei esine otsuste läbivaatamise menetluses mitte ettevõtjatena, kellel ei ole mingit seost pakkujaga, nimelt ajutise ühendusega, vaid selle liikmetena. Kuna üksikud ettevõtjad tuginevad seega enda seisundile ajutise ühenduse liikmena, peab neile saama omistada või nende suhtes välistada ka ajutisele ühendusele omast käitumist.

45. See paralleelsus ilmneb ka kohtuotsuses Makedoniko, mille kohaselt „peavad ajutisele ühendusele olema kättesaadavad direktiivis 89/665 ette nähtud õiguskaitsevahendid, kui riigihankeid korraldava asutuse otsus rikub riikliku tellimuse pakkumismenetluse raames õigusi, mis on ajutisele ühendusele ühenduse õiguse alusel antud" [11].

11 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-57/01, punkt 73.

46. Kaebeõigus antakse seega ühenduse õiguse kohaselt sellele, kellel on ka materiaalõigusega sätestatud õigused. Materiaalõiguslikest riigihankeid käsitlevatest direktiividest tulenevad õigused kuuluvad aga ajutiste ühenduste puhul neile endile. See on ajutine ühendus, mis suhetes kolmandate isikutega esineb pakkumismenetluses ühinguna. Vaid nimetatud ühendus on riigihankelepingu sõlmimist puudutava otsuse adressaat.

47. Samuti võib siseriikliku menetlusõiguse jaoks olla otsustava tähtsusega, et siseriikliku õiguse kohaselt võtavad ka ajutise ühenduse liikmed endale teatud kohustused — võimalik ka, et suhetes kolmandate isikutega. Nii võib ühelt poolt materiaalõigusega sätestatud õiguste ja kohustuste ning teiselt poolt õiguskaitse vahel valitseva paralleelsuse põhimõte omandada tähtsuse ka siseriiklikus õiguses.

48. Eelotsuse küsimustele vastamisel tuleb seega ühenduse õiguse seisukohalt juhinduda põhimõttest, mille kohaselt on direktiivi 89/665 eesmärk riigihankeid käsitlevate direktiivide materiaalõiguslikest sätetest tulenevate õiguste elluviimine.

49. Selle põhimõtte kohaldamisel põhikohtuasjas nähtub, et direktiiv tagab vaid *pakkujate*, käesolevas asjas niisiis ajutise ühenduse õiguskaitse. Just põhikohtuasjas ilmneb ajutistele ühendustele tüüpiline olukord, et selle liikmed eraldi ei olekski spetsialiseerumise tõttu võimelised teostama kogu tellimust. Rõhutada tuleb, et neil ei olnud kavatsustki seda teha.

50. Paralleelsuse põhimõte räägib niisiis pigem selle vastu, et direktiivi kohaselt tuleks ajutise ühenduse liikmetele anda õigus taotleda kaebuse individuaalset läbivaatamist.

51. Direktiivist saab seega tuletada vaid ajutise ühenduse kui sellise kaebeõiguse. Sellest järeldub omakorda, et ajutise ühenduse liikmetel ei ole ühenduse õiguse kohaselt õigust taotleda riigihankelepingu sõlmimist puudutava otsuse läbivaatamist *nende endi* nimel.

52. Seega jääb veel selgitada, kas ajutise ühenduse liikmed ise saavad taotleda asjaomast otsuste läbivaatamise menetlust vähemalt ühenduse nimel.

53. Siinkohal, nagu kõigi siseriiklike menetlusnormide puhul, tuleb meenutada võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtteid.

54. Need ühenduse õiguse põhimõtted, mis puudutavad riigihankeõiguses pakutavat õiguskaitset, on sõnaselgelt sätestatud direktiivi 89/665 artiklis 1. Tõhususe nõude osas kohustab direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 1 liikmesriike tagama, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata *tõhusalt* ning eelkõige võimalikult kiiresti. Siinkohal nimetatud tõhususe nõude mõõdupuu ei ole siiski absoluutne.

55. Nii on Euroopa Kohus riigihangetega seonduvat õiguskaitset käsitlevas kohtuasjas rõhutanud, et „tõhususe nõude kohaldamiseks [...] tuleb kontrollida iga juhtumit, mil tõusetub küsimus, kas siseriiklik menetlusnorm muudab ühenduse õiguskorrast tulenevate õiguste teostamise praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks, võttes arvesse selle sätte tähendust kogu menetluses, menetluse kulgu ja menetluse eripärasid". [12]

56. Kohtuotsuses Fritsch rõhutab Euroopa Kohus veel ühte põhimõtet:

„Kui muus osas sätestab direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 3 sõnaselgelt, et liikmesriigid võivad kehtestada üksikasjalikud eeskirjad, mille kohaselt oleks läbivaatamise menetlus kättesaadav kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku lepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada, siis ei luba see siiski liikmesriikidel tõlgendada mõistet „huvi riigihankelepingu sõlmimiseks" viisil, mis võib kahjustada direktiivi praktilist tõhusust." [13]

57. Kohtuotsuses Grossmann tunnustas Euroopa Kohus põhimõtteliselt selliste siseriiklike eeskirjade lubatavust, mis määratlevad lähemalt mõiste „huvi riigihankelepingu sõlmimiseks" ja piiravad sellega kaebeõigust.

„Seetõttu ei kahjusta see direktiivi 89/665 praktilist tõhusust, kui isikule, kes ei ole pakkumismenetluses osalenud ega algatanud tellija selle otsuse läbivaatamist, mis määras kindlaks pakkumise spetsifikatsiooni, ei omistata huvi kõnealuse tellimuse vastu ega

12 — 27. veebruari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-327/00: Santex (EKL 2003, lk I-1877, punkt 56); vt 14. detsembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-312/93: Peterbroeck (EKL 1995, lk I-4599, punkt 14).

13 — 19. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-410/01: Fritsch jt (EKL 2003, lk I-6413, punkt 34).

tehta kättesaadavaks nimetatud direktiivis ette nähtud läbivaatamise menetlust." [14]

58. Viidatud kohtupraktikast järeldub seega, et kaebeõiguse jaoks vajalikku huvi omab vaid ajutine ühendus, mitte aga selle liikmed.

täitma võrreldavaid menetlusõiguslikke tingimusi, nimelt tagama enda esindamise asjaomase õigusliku vormi kohaselt. Seega on ka ajutiste ühenduste puhul tegelikult tegemist vaid sisemise tahte kujundamisega, nagu see peab toimuma ka teiste pakkujate puhul.

3. Ühehäälsuse nõude tagajärgede hindamine

59. Võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtete sellise tõlgenduse alusel tuleb hinnata ka ühehäälsuse nõude tagajärgi.

62. Ainuüksi seetõttu, et ühehäälsuse nõude tõttu võib ajutise ühenduse huvide kaitsmine hakata sõltuma üksikisikust, ei rikuta eespoolnimetatud põhimõtet. Ajutise ühenduse liikmete koostöö ei kujuta endast nimelt menetlusõiguse eripära, pigem on koostöö vajalik juba enne pakkumismenetluses osalemist ja eelkõige enne pakkumise tegemist, nimelt näiteks ajutise ühenduse asutamisel.

60. See kehtib esmalt komisjoni poolt nimetatud tagajärje suhtes, mille kohaselt vähendab ühehäälsuse nõue otsuste läbivaatamise taotluse esitamise võimalusi ja riigihangetega seonduvas õiguskaitses nõutavat kiirust arvestades tuleb seda piirangut pidada eriti raskekujuliseks.

61. Siiski peavad ka teised pakkujad, kelle puhul ei ole tegemist ajutiste ühendustega,

63. Et üksikute liikmete huvid võivad üksteisest erineda, võib ühehäälsuse nõude rakendamisel otsuste läbivaatamise taotluse esitamist küll raskendada, siiski ei tohi tähelepanuta jätta asjaolu, et liikmete enamusel võivad olla, ka selles osas, mis puudutab otsuste läbivaatamise küsimust, teistsugused huvid kui ühenduse üksikutel liikmetel.

14 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-230/02, punkt 39.

64. Komisjoni arvates tähendab ühehäälsuse nõue seda, et ajutised ühendused peavad olema asutatud teatud kindlas õiguslikus vormis. Selle kohta tuleb märkida, et niisugune nõue võib pigem ajendada loobuma teatud kindlast õiguslikust vormist.

65. Muu hulgas peab iga ajutine ühendus andma koostööle konkreetse vormi, üldjuhul sõlmima ühingulepingu. Seetõttu ei saa selles vastupidi komisjoni arvamusele näha vastuolu direktiivi 93/37 artikliga 21. Seeläbi ei teki veel teatud kindla õigusliku vormi nõuet. Ajutise ühenduse asutamise otsus tehakse teadlikult, teades ka sellega seotud positiivseid ja negatiivseid külgi.

66. Sellise kokkuleppe esemeks võib olla ka otsuste läbivaatamise õiguse teostamine. Niisugusest kokkuleppest tulenevaid eeliseid ajutise ühenduse üksikute liikmete jaoks ei saa aga pidada kohustuseks, et ettevõtjate ühendus peab olema asutatud teatud kindlas õiguslikus vormis.

67. Kui komisjon lõpuks märgib, et ühehäälsuse nõue mõjub hirmutavalt juba ajutise ühenduse asutamisel, siis jätab ta tähelepanuta asjaolu, et just teadmine võimalikest raskustest õiguskaitse maksmapanekul võimaldab ühingulepingus tarvitusele võtta asjaomased abinõud. Sätestada võiks näiteks esindamise ühe liikme poolt või teatud enamusnõude.

68. Samuti ei saa ühehäälsuse nõuet pidada diskrimineerivaks teiste ühinguõiguslike vormide suhtes. Ka need pakkujad, kes ei osale pakkumismenetluses ajutise ühenduse õiguslikus vormis, peavad kinni pidama kehtivatest ühinguõiguse ja menetlusõiguse sätetest. Nii peavad nad järgima näiteks sätteid, mis reguleerivad äriühingute esindamist selleks volitatud organite kaudu. Ajutist ühendust iseloomustavad tunnused tõendavad vaid seda, et igale õiguslikule vormile on omased teatud eripärad.

69. Komisjoni poolt mitmes kohas nimetatud ühehäälsuse nõude halvavat mõju saab seadusandja, nagu juba selgitatud, siseriiklikus õiguskorras ennetada, kehtestades ühehäälsuse nõude vaid dispositiivse normina. Kõrvalekalduvaid lahendusi saab ette näha ühingulepingu või konkreetses olukorras liikmete otsusega, tuginedes vahetult siseriikliku ühinguõiguse asjakohastele sätetele.

70. Käesolevas menetluses on korduvalt viidatud võimalusele leppida kokku enamusnõudes või näha ette esindamine ühe liikme poolt, põhikohtuasjas kohaldatava siseriikliku õiguse kohaselt näiteks *mandat* vormis.

71. Ühenduse seadusandja kavandatud tõhusa õiguskaitse hõlpsamat kättesaadavust oleks siiski rikutud näiteks juhul, kui siseriiklik õigus sisaldaks selliseid esindamise norme, mis jätaksid välismaised ajutised ühendused halvemasse olukorda, või kui nende sätete täitmine oleks praktiliselt võimatu.

72. Asjaolu, et mõnes liikmesriigis võivad ka ajutise ühenduse liikmed taotleda kaebuse individuaalset läbivaatamist, ei muuda midagi selles osas, et direktiiv seda ei nõua. Muidugi võivad liikmesriigid direktiivides sätestatud miinimumnõudest [15] põhimõtteliselt kaugemale minna. Siiski tõusetub sel juhul küsimus, kas selline esmapilgul suurejooneline, pakkujale soodne siseriiklik õigusnorm on kooskõlas ühenduse õigusega. Niisugune õiguslik küsimus ei ole aga käesoleva eelotsusetaotluse esemeks.

73. Ühenduse õiguse alusel liikmesriikidele pandud kohustuse vastu — anda kaebeõigus ka ühenduse liikmetele individuaalselt — räägib lõpuks asjaolu, et kaitsta tuleb ka teisi ajutise ühenduse liikmeid.

74. Ühenduse liikmetele individuaalse kaebeõiguse andmine võiks viia näiteks selleni, et liikmete enamust sunnitaks vastu nende tahtmist astuma otsuste läbivaatamise menetlusse ja selles saavutatud võidu korral uude või jätkuvasse riigihankemenetlusse, mille vastu neil ei ole enam võib-olla huvi, sest nad on vahepeal sõlminud teised lepingud.

75. Küsimust, kas ühenduse õigus, vastupidi, keelab ajutise ühenduse liikmele kaebeõigust andmast, ei tule siinkohal käsitleda. Käesolevas menetluses tuli ainult selgitada, kas ühenduse õigusega on vastuolus eriomane siseriiklik keeld või — teiste sõnadega —, kas ühenduse õigus lubab sellist piirangut, et ajutise ühenduse liikmed omavad kaebeõigust ühiselt.

76. Ühenduse õigus ei nõua seega põhimõtteliselt, et liikmesriigid annaksid ajutise ühenduse liikmetele õiguse taotleda kaebuse individuaalset läbivaatamist nende endi nimel. Samuti ei nõua ühenduse õigus, et ühenduse liikmed saaksid esitada otsuste läbivaatamise taotluse ajutise ühenduse

15 — 19. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-315/01: GAT (EKL 2003, lk I-6351, punkt 45).

nimel. Niisugune nõue ei kehti igal juhul nendele liikmesriikidele, mille siseriiklik õigus ei ole selles küsimuses imperatiivne, lubades ajutiste ühenduste, st nende liikmete osas, kõrvalekalduvaid sätteid, näiteks juba ühingulepingus või hiljem otsuse alusel.

C. Teine eelotsuse küsimus

78. Teine eelotsuse küsimus puudutab kaebeõigust teatud olukorras, ja nimelt siis, kui ajutise ühenduse liikmed on hagenud koos, kuid ühe liikme hagi on tunnistatud vastuvõetamatuks.

77. Eeltoodut arvestades peab esimesele ja kolmandale eelotsuse küsimusele vastama, et direktiivi 89/665 artiklit 1 tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole vastuolus siseriikliku õiguse säte, mille kohaselt juhul, kui ajutine ühendus, mis ei ole juriidiline isik, osales just sellisena riigihanke pakkumismenetluses ja temaga lepingut ei sõlmitud, siis saavad ühenduse liikmed riigihankelepingu sõlmimise otsuse vastu esitada hagi vaid koos ühenduse liikmetena või nende endi nimel ning ajutise ühenduse liikmed individuaalselt ei saa taotleda riigihankelepingu sõlmimise otsuse läbivaatamist ei ühenduse liikmetena ega nende endi nimel. See kehtib tingimusel, et asjaomane siseriiklik säte ei muuda ühenduse õiguse kohaldamist praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks. Sellega on tegemist juhul, kui siseriiklik õigus võimaldab teistsuguseid lahendusi ajutise ühenduse liikmete kaudu.

79. Sellega tõstatatakse õiguslik küsimus, kas ühenduse õiguse kohaselt tuleb siseriikliku ühehäälsuse nõude puhul teha vahet ühehäälsuse puudumise põhjuste vahel.

80. Komisjon ja FOREM annavad sellele küsimusele, kuigi erinevatel põhjustel, eitava vastuse.

81. Nagu Austria õigusega rõhutab, tuleb teisele eelotsuse küsimusele vastata võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtetest lähtuvalt — või, nagu eespool märgitud, tuginedes direktiivi 89/665 artiklile 1, mis sätestab sõnaselgelt kiire ja tõhusa õiguskaitse nõude.

82. On võimalik, et neid põhimõtteid on teatud olukordades või teatud siseriiklike õigusnormide osas rikutud. Käesolevas eelotsusemenetluses käsitletakse küsimust, kuidas niisugused põhimõtted piiravad mõju, mida avaldab ühehäälsuse nõude rakendamine põhikohtuasja asjaoludel.

83. Nagu näitab selgelt kohtuotsus Santex [16] kõrvuti kohtuotsusega Universale-Bau [17], tuleb siseriikliku menetlusnormi õiguspärasuse hindamisel mõlemast põhimõttest lähtuvalt võtta arvesse ka konkreetse juhtumi asjaolusid. Nii võib mõne õigusnormi, mis esmapilgul tundub ühenduse õigusega kooskõlas olevat, vastuolu ühenduse õigusega ilmneda alles teatud olukordades.

84. EÜ artikli 234 alusel esitatud eelotsusetaotluses peab Euroopa Kohus piirduma siiski ainult eelotsuse küsimustele vastamisega ja mitte läbi viima juriidilist ekspertiisi. Seetõttu ei tule põhikohtuasja olukorrast erinevaid olukordi ja neile antavat õiguslikku hinnangut ühenduse õiguse seisukohast käsitleda.

85. Menetluse esemeks olev siseriiklik nõue pidada sellises olukorras nagu põhikohtuasja puhul kinni sisemise tahte kujundamise normidest, ei ole igatahes vastuolus kiire ja tõhusa õiguskaitse nõudega.

86. Eeltoodut arvestades tuleb teisele eelotsuse küsimusele vastata, et vastus esimesele eelotsuse küsimusele ei ole erinev juhul, kui ajutise ühenduse liikmed on hagenud koos, kuid ühe liikme hagi on tunnistatud vastuvõetamatuks.

16 — Eespool 12. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-327/00.

17 — 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-470/99: Universale-Bau jt (EKL 2002, lk I-11617).

V. Ettepanek

87. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustööleping ute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta artiklit 1 tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole vastuolus see, kui siseriikliku õiguse kohaselt juhul,

   — kui ajutine ühendus, mis ei ole juriidiline isik, osales just sellisena riigihanke pakkumismenetluses ja temaga lepingut ei sõlmitud, siis saavad ühenduse liikmed riigihankelepingu sõlmimise otsuse vastu esitada hagi vaid koos ühenduse liikmetena või nende endi nimel;

   — kui ajutise ühenduse liikmed individuaalselt ei saa taotleda riigihankelepingu sõlmimise otsuse läbivaatamist ei ühenduse liikmetena ega nende endi nimel.

   See kehtib tingimusel, et asjaomane siseriiklik säte ei muuda ühenduse õiguse kohaldamist praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks. Need põhimõtted on täidetud juhul, kui siseriiklik õigus võimaldab teistsuguseid lahendusi ajutise ühenduse liikmete kaudu.

2. Vastus küsimusele ei ole erinev juhul, kui ajutise ühenduse liikmed on hagenud kõik koos, kuid ühe liikme hagi on tunnistatud vastuvõetamatuks.