Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 7. mail 2026 [1]

Liidetud kohtuasjad C-266/25 ja C-267/25

I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas, Lda.
versus
EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva, S.A.,
teised menetlusosalised:
DST Solar, S.A.,
Domingos da Silva Teixeira, S.A.,
Greenvolt Next Portugal, Lda

(eelotsusetaotlused, mille on esitanud Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Porto haldus- ja maksukohus, Portugal))

Eelotsusemenetlus – Riigihangete vaidlustusmenetlused – Tõhusa õiguskaitsevahendi tagatised – Hankelepingu sõlmimise otsuse tühistamine – Direktiiv 89/665/EMÜ – Artikli 2 lõike 1 punkt a, lõige 3 ja lõige 4 – Vaidlustatud lepingu sõlmimise otsuse automaatne peatamine – Peatava toime ajutine lõpetamine – Euroopa vahenditest rahastatud või kaasrahastatud projektid – Asjaomaste huvide kaalumine – Avaliku huvi eeldus – Artikli 2 lõige 5 – Ajutiste meetmete võtmise menetlus

1. Portugali seadusandja muutis 2024. aastal hankelepingute sõlmimise otsuste peale esitatud kiireloomulistele halduskaebustele kohaldatavat üldist korda. [2] Nimetatud muudatusega täiendati seni kehtinud eeskirja (mis nägi vaidlustamise korral ette hankelepingu sõlmimise otsuse toime automaatse peatamise) teise eeskirjaga, mis näeb kokkuvõttes ette, et nimetatud toime peatamine lõpetatakse ajutiselt juhul, kui esineb risk kaotada Euroopa vahenditest rahastatud või kaasrahastatud lepingu rahastus.

[1] Algkeel: hispaania.

[2] Muudatus viidi sisse 2. detsembri 2024. aasta seadusega nr 43/2024, millega muudetakse 21. mai 2021. aasta seadust nr 30/2021, millega kiidetakse heaks riigihangete erimeetmed (Lei n.º 43/2024 que altera a Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprova medidas especiais de contratação pública; edaspidi „seadus nr 43/2024). Seadusega nr 43/2024 lisati 21. mai 2021. aasta seadusesse nr 30/2021, millega kiidetakse heaks riigihangete erimeetmed ja muudetakse 29. jaanuari 2008. aasta dekreetseaduse nr 18/2008 lisas heaks kiidetud riigihangete seadustikku, 22. veebruari 2002. aasta seaduse nr 15/2002 lisas heaks kiidetud halduskohtumenetluse seadustikku, ja 9. oktoobri dekreetseadust nr 200/2008 (Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprova medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro; edaspidi „seadus 30/2021“ või „seadus 30/2021, mida on muudetud 2024. aastal“) mitu artiklit (sealhulgas artikkel 25-A).

2. Mõlemad liidetud eelotsusetaotlused esitanud kohtus küsib Euroopa Kohtult, kas uus riiklik regulatsioon on kooskõlas direktiiviga 89/665/EMÜ.[3]

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus. Direktiiv 89/665

3. Artiklis 2 „Läbivaatamise korra nõuded“ on sätestatud:

„1. Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 määratud 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 tellija otsuse rakendamise peatamine või selle peatamise tagamine;

[…]

3. Kui lepingu sõlmimisotsuse peab läbi vaatama tellijast sõltumatu esimese astme asutus, tagavad liikmesriigid, et tellija ei saa lepingut sõlmida enne, kui läbivaatamisasutus on teinud otsuse kas ajutiste meetmete või läbivaatamise kohaldamise kohta. Peatamine kestab vähemalt artikli 2a lõikes 2 ja artikli 2d lõigetes 4 ja 5 osutatud ooteaja lõpuni.

4. Läbivaatamise korral ei pea tingimata olema automaatset peatavat mõju asjaomasele lepingu sõlmimise menetlusele, välja arvatud lõikes 3 ja artikli 1 lõikes 5 sätestatud juhtudel.

5. Liikmesriigid võivad ette näha, et läbivaatamise eest vastutav asutus võib võtta arvesse ajutiste meetmete võimalikke tagajärgi kõigile huvidele, mida võidakse kahjustada, ja samuti avalikule huvile, ning ta võib otsustada kõnealuseid meetmeid mitte rakendada, kui nende negatiivsed tagajärjed võivad olla suuremad kui neist saadav kasu.

[…]“.

4. Artiklis 2a („Ooteaeg“) on sätestatud järgmist:

„1. Võttes vastu vajalikud sätted, millega tagatakse käesoleva artikli lõikega 2 ja artikliga 2c sätestatud minimaalsetest tingimustest kinnipidamine, tagavad liikmesriigid, et artikli 1 lõikes 3 osutatud isikutel on piisavalt aega tellija tehtud lepingu sõlmimisotsuste kohta läbivaatamisnõude esitamiseks.

2. Direktiivi 2014/24/EL või direktiivi 2014/23/EL kohase lepingu sõlmimisotsuse ja lepingu tegeliku sõlmimise vahele peab jääma vähemalt kümme kalendripäeva alates sellele päevale järgnevast päevast, kui lepingu sõlmimise otsus edastati asjaomastele pakkujatele ja taotlejatele faksi teel või elektrooniliselt, või kui kasutati muid sidevahendeid, vähemalt 15 kalendripäeva

[3] Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiv riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1989, L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), mida on muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiviga 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (ELT 2014, L 94, lk 1).

alates sellele päevale järgnevast päevast, kui lepingu sõlmimise otsus edastati asjaomastele pakkujatele ja taotlejatele, või vähemalt kümme kalendripäeva alates lepingu sõlmimisotsuse saamisele järgnevast päevast.

[…]“.

5. Vastavalt artiklile 2d („Tühisus“):

„1. Liikmesriigid tagavad, et tellijast sõltumatu läbivaatamisasutus tunnistab lepingu tühiseks või lepingu tühisus tuleneb sellise läbivaatamisasutuse otsusest järgmistel juhtudel:

[…]

b) kui on rikutud käesoleva direktiivi artikli 1 lõiget 5, artikli 2 lõiget 3 või artikli 2a lõiget 2 ja see on jätnud läbivaatamist taotleva pakkuja ilma võimalusest kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid, kui rikkumine on toimunud koos direktiivi 2014/24/EL või direktiivi 2014/23/EL rikkumisega, kui selline rikkumine on mõjutanud läbivaatamist taotleva pakkuja väljavaateid lepingu sõlmimiseks;

[…]

2. Riigihankelepingu tühiseks tunnistamise tagajärjed nähakse ette siseriiklikes õigusaktides.

Siseriiklikes õigusaktides võib ette näha kõigi lepinguliste kohustuste tagasiulatuva tühistamise või piirata tühistamise ulatust kohustustega, mis alles vajavad täitmist. Viimasena nimetatud juhul näevad liikmesriigid ette muude karistuste kohaldamise artikli 2e lõike 2 tähenduses.

3. Liikmesriigid võivad ette näha, et kuigi leping on lõikes 1 nimetatud põhjustel sõlmitud ebaseaduslikult, võib tellijast sõltumatu järelevalveasutus jätta lepingu tühiseks tunnistamata, kui järelevalveasutus leiab pärast kõigi oluliste aspektidega tutvumist, et teatavad olulise avaliku huviga seotud põhjused nõuavad lepingu mõju säilitamist. Sellisel juhul näevad liikmesriigid ette alternatiivsed karistused artikli 2e lõike 2 tähenduses, mida kohaldatakse lepingu tühiseks tunnistamise asemel.

Lepingu kehtivuse juures võib majanduslikke huve pidada olulise avaliku huviga seotud põhjuseks ainult siis, kui erandlikel juhtudel kaasneksid lepingu tühiseks tunnistamisega ebaproportsionaalsed tagajärjed.

Olulise avaliku huviga seotud põhjusteks ei ole siiski asjaomase lepinguga otseselt seotud majanduslikud huvid. Lepinguga otseselt seotud majanduslike huvide hulka kuuluvad muu hulgas lepingu täitmise edasilükkumisest tulenevad kulud, uue hankemenetluse alustamisest tulenevad kulud, lepingut täitva ettevõtja vahetamisest tulenevad kulud ja lepingu tühisusest tulenevate õiguslike kohustuste kulud.

[…]“.

B. Portugali õigus

1. Seadus nr 43/2024

6. Seaduse nr 30/2021 muutmisel lisati sellesse seadusega nr 43/2024 artikkel 25-A järgmises sõnastuses:

„1. Riigihankeid käsitlevad kiireloomulised halduskaebused, mille eesmärk on vaidlustada Euroopa vahenditest rahastatud või kaasrahastatud projektide elluviimisega seotud hankelepingu sõlmimise otsused, peatavad automaatselt vaidlustatud otsuse toime, kui selline kaebus esitatakse kümme tööpäeva jooksul pärast seda, kui kõiki pakkujaid on teavitatud lepingu sõlmimisest.

2. Kui kõigi pakkujate lepingu sõlmimisest teavitamisest on möödunud kümme tööpäeva, võib vastustaja taotleda, et kohus lõpetaks vastaspoolt eelnevalt ära kuulamata automaatse peatava toime ajutiselt, esitades selleks kokkuvõtlikud tõendid.

3. Automaatne peatamine lõpetatakse ajutiselt, kui kohus tuvastab maksimaalselt 48 tunni jooksul kokkuvõttes, et täidetud on järgmised kumulatiivsed nõuded:

a) lepingu sõlmimise pakkujatele teatavakstegemisest on möödunud kümme tööpäeva;

b) esineb risk kaotada Euroopa vahenditest rahastatud või kaasrahastatud projekti täitmislepingu rahastus.

4. Eelmise lõike punkti b puhul eeldatakse, et rahastuse kaotamise risk on olemas, kui lepingu ese on seotud Euroopa vahenditest rahastatud või kaasrahastatud projektidega, milleks piisab sellest, kui taotleja lisab dokumendi, mis tõendab otsust rahastada projekti, mille alla leping kuulub.

5. Kui peatav toime lõpetatakse ajutiselt, teavitatakse sellest viivitamatult kaebajat, kellel on viis päeva, et esitada põhjendatud taotlus jätta peatav toime jõusse kuni esialgse õiguskaitse kohta otsuse tegemiseni, sest lõikes 3 osutatud nõuded ei ole täidetud.

6. Kui kaebaja palub jätta automaatse peatava toime jõusse, teavitatakse sellest vastustajat, et ta täiendaks seitsme päeva jooksul lõike 2 kohaselt esitatud taotluse põhjendusi, et hõlmata neis esil olevate avalike ja erahuvide kaalumine ning peatava toime jõusse jätmisega kaasnevat kahju käsitlevad kaalutlused.

7. Kaebajal on eelmises lõikes ette nähtud lõpetamise taotlusele vastamiseks seitse päeva, misjärel teeb kohus, ilma et pooled saaksid esitada täiendavaid seisukohti ning hiljemalt seitsme päeva jooksul pärast hädavajalike menetlustoimingute tegemist, esialgse õiguskaitse kohta otsuse.

8. Peatav toime lõpetatakse, kui pärast asjas esil olevate avalike ja erahuvide kaalumist ilmneb, et peatava toime jõusse jätmisega kaasneda võiv kahju oleks suurem kui selle lõpetamisega kaasneda võiv kahju.

9. Käesolevat korda kohaldatakse nii käesolevas seaduses, riigihangete seadustikus (Código dos Contratos Públicos)[4] ette nähtud menetluskorrale kui ka lepingutele, mis on sõlmitud ülejäänud õigusaktide alusel, mis käsitlevad riigihankeid.

10. Kõigil juhtudel, mida ei ole eelmistes lõigetes käsitletud, kohaldatakse halduskohtumenetluse seadustiku (Código de Processo nos Tribunais Administrativos) artikleid 100–103-B.“[5]

2. Halduskohtumenetluse seadustik

7. Artiklis 103-A („Automaatne peatav toime“) on märgitud:

„1. Hankelepingueelsed halduskaebused, mille eesmärk on vaidlustada hankelepingu sõlmimise otsuseid hankemenetlustes, millele kohaldatakse riigihangete seadustiku artikli 104 lõike 1 punkti a, peatavad automaatselt vaidlustatud otsuse toime või sõlmitud lepingu korral selle täitmise, kui selline kaebus esitatakse kümme tööpäeva jooksul pärast seda, kui kõiki pakkujaid on teavitatud lepingu sõlmimisest.

2. Kui menetlus on pooleli, võivad vastustaja ja teised menetlusosalised taotleda kohtult eelmises lõikes ette nähtud peatava toime lõpetamist.

3. Kaebajal on peatava toime lõpetamise taotlusele vastamiseks viis päeva, misjärel teeb kohus, ilma et pooled saaksid esitada täiendavaid seisukohti ning hiljemalt seitsme päeva jooksul pärast hädavajalike menetlustoimingute tegemist, menetlusküsimuse lahendamiseks otsuse.

4. Peatav toime lõpetatakse, kui pärast asjas esil olevate avalike ja erahuvide kaalumist ilmneb, et peatava toime jõusse jätmisega kaasneda võiv kahju oleks suurem kui selle lõpetamisega kaasneda võiv kahju.“

II. Faktilised asjaolud, põhikohtuasjad ja eelotsuse küsimused

8. EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva, S.A. (edaspidi „Edia“ või „hankija“) korraldas kaks hankemenetlust, mis käsitlesid eri pumbajaamades ujuvate päikeseparkide ehitustöid:

– esimene leping[6] summas 17 619 893,50 eurot sõlmiti CONSÓRCIO DSTSolar/DST-ga;

– teine leping[7] summas 7 467 990,56 eurot sõlmiti ettevõtjate rühma Greenvolt/EDP-ga.

9. I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas, Lda. (edaspidi „I-Sete“) vaidlustas hankelepingu sõlmimise otsused Tribunal Administrativo e Fiscal do Portos (Porto haldus- ja maksukohus, Portugal).

[4] Dekreetseadus nr 18/2008, riigihangete seadustik (Decreto-Lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos) (*Diário da República*, I seeria, nr 20, 29.1.2008), hetkel kehtiv redaktsioon 31. augusti 2017. aasta dekreetseadusega nr 111-B/2017 (Decreto-Ley n.º 111-B/2017) muudetud kujul (edaspidi „dekreetseadus nr 111-B/2017“) (Diário da República, I seeria, nr 168, 2.ºtäiendus, 31.8.2017).

[5] Seadus nr 15/2002, halduskohtumenetluse seadustik (Lei n.º 15/2002, Código de Processo nos Tribunais Administrativos) (*Diário da República* n.º 45/2002, I seeria nr 45, 22.2.2002).

[6] „Empreitada de Construção da Central Fotovoltaica Flutuante da Estação Elevatória dos Álamos“ (ehistustööde leping Os Álamose pumbajaama ujuva päikesepargi ehitamiseks).

[7] „Empreitada de Construção das Centrais Fotovoltaicas Flutuantes da Estação Elevatória de S. Pedro e da Estação Elevatória de S.Matias“ (ehistustööde leping S. Pedro ja S. Matiase pumbajaamade ujuvate päikeseparkide ehitamiseks).

10. Eelotsusetaotluse esitanud kohus tõi kohtuasjas C-266/25 asjakohaste faktiliste asjaoludena välja ainult järgmised asjaolud:

– „Alqueva piirkonnas asuva Os Álamose pumbajaama ujuva päikesepargi ehitustööde lepingu täitmist rahastatakse 45 miljoni euro ulatuses Euroopa Nõukogu Arengupanga vahenditest.“

– „Kaebaja vaidlustab otsuse, millega sõlmiti asjaomane ehitustööde leping teistest menetlusosalistest koosneva ühendusega, kuna leiab, et nende pakkumine oleks tulnud tagasi lükata ja väidab sellega seoses kokkuvõttes, et nimetatud ühenduse soovitatud tehniline lahendus ületab hankemenetluse tingimustes sätestatud nimivõimsuse piiri, kui temperatuur peab jääma töörežiimis alla 40 °C.“

– „Kaebaja järeldab, et vastavalt kindlaksmääratud hanketingimustele oleks pidanud nimetatud ehitustööde lepingu sõlmima tema esitatud pakkumise alusel, sest see oli majanduslikult soodsaim.“

– „Vastustaja väidab, et sõlmitud rahastamislepingu (vt eespool punkti 1) alusel peab ehitustööde lepingu täitmise lõpptähtpäev olema 31. detsember 2025, vastasel juhul jäädakse nimetatud Euroopa vahenditest ilma.“

– „[V]astustaja leiab, et kui automaatset peatavat toimet ei lõpetata vastavalt […] seaduse nr 30/2021, […] seadusega nr 43/2024 muudetud redaktsioonis, artikli 25-A lõikele 1, tekib tõsine oht kaotada asjaomane Euroopa rahastus, sest lepingut ei ole võimalik õigeaegselt täita.“

11. Kohtuasjas C-267/25 esitatud eelotsusetaotluse asjakohaste faktiliste asjaolude kirjeldus sarnaneb kohtuasjas C-266/25 esitatule.

12. Enne hankelepingu sõlmimise otsuse toime peatamist käsitleva nimetatud kahe kohtuasja lahendamist esitab Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Porto haldus- ja maksukohus) Euroopa Kohtule järgmised küsimused, mis on mõlemal juhul ühesugused:

„1. Kas automaatse peatava toime ajutine lõpetamine, kuulamata seejuures eelnevalt ära vastaspoolt, nagu on nähtud ette […] seaduse nr 30/2021, […] seadusega nr 43/202[4] muudetud redaktsioonis, artikli 25-A lõigetes 2 ja 3, on kooskõlas Euroopa Parlamendi ja nõukogu […] direktiivi 2007/66 […] artikliga 2d, kui seda tõlgendatakse nii, et automaatse peatava toime ajutine lõpetamine sõltub igal juhul vastaspoole eelnevast ärakuulamisest ja kõigi otsuse tegemisega seotud küsimuste eelnevast sisulisest hindamisest?

2. Kas nimetatud direktiivi artiklit 2d tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole vastuolus liikmesriigi õigusnorm, mille kohaselt rahastatud projekti elluviimisel tekkinud viivituse tõttu Euroopa vahendite võimaliku kaotamisega kaasnev majandushuvi on ülekaalukas üldine huvi, mis õigustab automaatse peatava toime lõpetamist? Kas arvestades huvisid, mida püütakse automaatse peatava toime abil kaitsta, on pelk majanduslik kahju ebaproportsionaalne tagajärg, mis on kooskõlas artikli 2d lõike 3 teise lõiguga?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

13. Eelotsusetaotlused registreeriti Euroopa Kohtus 8. aprillil 2025.

14. Kirjalikud seisukohad on esitanud Edia, I-Sete, Tšehhi ja Portugali valitsus ning Euroopa Komisjon. Kõik nad, välja arvatud Tšehhi valitsus, osalesid 5. märtsil 2026. aasta kohtuistungil.

IV. Õiguslik hinnang

A. Sissejuhatavad märkused

15. Vaidlusest parema ettekujutuse andmiseks tasub käsitleda kokkuvõtlikult seaduse nr 30/2021, mida on muudetud 2024. aastal, artikliga 25-A kasutusele võetud süsteemi, mille kohaselt

– esimeses etapis toob riigihankelepingu sõlmimise otsuse suhtes tähtaegselt esitatud kiireloomuline kaebus automaatselt kaasa nimetatud otsuse toime peatamise;[8]

– teises (võimalikus) etapis võib vastustaja[9] nõuda, et kohtunik lõpetaks vastaspoolt eelnevalt ära kuulamata ajutiselt automaatse peatava toime. Kohtunik peab selle taotluse rahuldama, kui ta tuvastab kokkuvõttes, et olemas on Euroopa rahastuse kaotamise risk, milleks piisab sellest, et taotleja esitab dokumendi, mis tõendab selle projekti rahastamisotsust, mille raames leping on sõlmitud. Sellisel juhul tühistab kohus ajutiselt esialgu rakendatud peatava toime;

– kolmandas etapis, kui kaebajat on teavitatud automaatse peatava toime *ajutise* lõpetamise otsusest, võib kaebaja taotleda peatamise jõusse jätmist (täpsemalt selle ennistamist); see taotlus edastatakse hankijale;

– lõpuks teeb kohus otsuse esialgse õiguskaitse kohta ja sellest tulenevalt lõpetab kohtunik peatava toime, kui ta leiab pärast asjaomaste avalike ja erahuvide kaalumist, et peatava toime jõusse jätmisega kaasnev kahju on suurem kui selle lõpetamisega kaasneda võiv kahju.

B. Kohaldatavad liidu õiguse sätted

16. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu eelotsuse küsimused käsitlevad direktiivi 89/665 artikli 2d tõlgendamist.

17. Direktiiv 89/665 reguleerib riigihangete vaidlustusmenetlusi ja selle artikkel 2d käsitleb nimetatud lepingute tühisust pärast nende sõlmimist. Üks lepingu tühisuse põhjustest on nimetatud artikli lõike 1 punktis b ette nähtud põhjus, mis käsitleb (sama direktiivi) teatavate sätete rikkumist, kui sellise rikkumisega jäeti pakkuja ilma võimalusest kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid.

18. Artikkel 2d käsitleb niisiis *lepingujärgsete kohtuvaidluste* valdkonda. Selle eelduseks on, et hankeleping on juba sõlmitud ja et see on tühine, kuna selles esinevad teatavad rikkumised.

19. Eelotsusetaotluse esemeks oleva kahe kohtuasja puhul käsitleb arutelu siiski direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punktis a ette nähtud ajutisi meetmeid. Riigisisene säte, mille direktiiviga kooskõla üle vaieldakse (teisisõnu seaduse nr 30/2021 artikkel 25-A, mida muudeti 2024. aastal), käsitleb *lepingueelseid kohtuvaidlusi*, nagu nähtub ka selle pealkirjast.

[8] Tegelikult ei tundu, et see etapp erineks kuidagi halduskohtumenetluse seadustiku artiklis 103-A ette nähtud üldisest korrast.

[9] Säte käsitleb ainult „vastustajat“; edaspidi kasutan seda sõna ja sõna „hankija“.

20. Seetõttu ei ole direktiivi 89/665 artikkel 2d kohaldatav hankelepingu sõlmimise otsuse puhul taotletud ajutiste meetmetega seotud probleemidele, sest neid meetmeid käsitletakse direktiivi artiklis 2.

21. Eelkõige reguleerib direktiivi 89/665 artikkel 2 kiirmenetlust, mis võimaldab taotleda ajutisi meetmeid (lõige 1), hankelepingu sõlmimise otsuse automaatset peatamist (lõige 3) ja läbivaatamise eest vastutava asutuse pädevust võtta ajutised meetmed või otsustada neid mitte rakendada (lõige 5).

22. Seetõttu tuleb eelotsuse küsimusi käsitleda direktiivi 89/665 artiklist 2 lähtudes, arvestades siiski, et analüüsi käigus võib olla otstarbekas viidata nimetatud direktiivi artiklile 2d.

C. Esimene eelotsuse küsimus

23. Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb, kas direktiiviga 89/665 on kooskõlas „[…] automaatse peatava toime ajutine lõpetamine, kuulamata seejuures eelnevalt ära vastaspoolt, nagu on nähtud ette […] seaduse nr 30/2021, […] seadusega nr 43/202[4] muudetud redaktsioonis, artikli 25-A lõigetes 2 ja 3“.

24. Seaduse nr 30/2021 artikli 25-A lõigete 2 ja 3 kohaselt võib kohus lõpetada vastaspoolt eelnevalt ära kuulamata automaatse peatava toime ajutiselt, kui seda taotleb vastustaja, kes väidab, et esineb lepingu rahastuse kaotamise risk.

25. Direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 neljas lõik kohustab liikmesriike võtma vajalikke seadusandlikke meetmeid, et tagada hankijate otsuste *tõhus* läbivaatamine vastavalt selle direktiivi artiklites 2–2f sätestatud tingimustele.

26. Euroopa Kohus on kooskõlas eesmärgiga „tagada, et harta artikli 47 esimeses ja teises lõigus sätestatud õigusest tõhusale õiguskaitsevahendile […] peetakse täielikult kinni“ [10] sedastanud, et huvitatud isikutele tuleb anda enne lepingu sõlmimist „tegelik võimalus […] otsus vaidlustada, *eelkõige võimalus esitada ajutiste meetmete kohaldamise taotlus*“. [11]

27. Direktiivi 89/665 artikli 2 lõikes 3 on ette nähtud, et lepingu sõlmimise otsuse peale tuleb esitada läbivaatamisnõue „tellijast sõltumatule esimese astme asutusele“. [12] Sellise nõude esitamine ei lase hankijal lepingut sõlmida.

28. Direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 3 kohaselt peab liikmesriigi õigus nimelt tagama, et hankija sõlmib lepingu alles pärast seda, kui nimetatud esimese astme läbivaatamisasutus on teinud otsuse ajutiste meetmete kohaldamise taotluse või läbivaatamise kohaldamise kohta. See peatav toime ei lõpe enne direktiivi 89/665 muudes sätetes sätestatud tähtaja möödumist. [13]

29. Vastavalt direktiivi 89/655 artikli 2 lõikele 4 kuulub artikli 2 lõikes 3 silmas peetud juht nende juhtude hulka, mille puhul on läbivaatamismenetlusel automaatne peatav mõju.

[10] Direktiivi 2007/66 põhjendus 36.

[11] 23. aprilli 2015. aasta kohtumäärus komisjon *vs*. Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275], punkt 29, milles viidatakse 11. septembri 2014. aasta kohtuotsusele Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), punkt 60. Kohtujuristi kursiiv.

[12] Viitan selles küsimuses ettepanekule, mille esitasin kohtuasjas CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2023:652), punkt 44 jj.

[13] Peatava toime tähtaega reguleeritakse üksikasjalikult artiklis 2a.

30. Arutlusel olev riigisisene õigusnorm järgib alguses hankelepingu sõlmimise otsuse toime peatamise automaatset laadi: lihtsalt nimetatud otsuse peale kaebuse esitamisega (kümne tööpäeva jooksul pärast selle teatavakstegemist) toob *ex lege* kaasa selle, et hankelepingu sõlmimise otsusel puudub ajutiselt toime.

31. Probleem tekib siis, kui hankija („vastustaja“) *vastab* hankelepingu sõlmimise otsuse toime peatamisele väites, et kuna tegemist on Euroopa vahenditest rahastatud või kaasrahastatud lepinguga, esineb nimetatud rahastuse kaotamise risk.

32. Sellisel juhul *kohustab* arutlusel olev riigisisene õigusnorm kohtunikku lõpetama ajutiselt peatava toime, kuulamata eelnevalt ära isikut, kes esitas peatamise aluseks olnud kaebuse.[14] Peatava toime ajutise kohustusliku lõpetamise puhul ei ole vaja analüüsida ka asjaomaseid huvisid.

33. Esimene eelotsuse küsimus käsitleb lisaks juba saavutatud automaatse peatava toime lõpetamisele ka seda, et eelnevalt ei kuulata (esialgse õiguskaitse teises etapis) ära isikut, kes esitas kaebuse ja saavutas hankelepingu sõlmimise otsuse automaatse peatamise.

34. Analüüsin vaidlusaluse õigusnormi kahte osa eraldi: a) automaatse peatava toime lõpetamine iseenesest ja b) selles esialgse õiguskaitse kohta otsuse tegemise etapis kaebaja puudumine.

1. Automaatse peatava toime lõpetamine

35. Tõin juba seoses hankelepingu sõlmimise otsuse toime automaatse peatamise lõpetamisega välja, kuidas on direktiivi 89/665 artikli 2 lõigetes 3 ja 4 ette nähtud, et lepingu sõlmimise otsuse vaidlustamine peatab automaatselt nimetatud lepingu toime.[15]

36. Peatamine peab kestma (tagamaks, et hankija ei saa lepingut sõlmida) kuni läbivaatamisasutus „on teinud otsuse kas ajutiste meetmete või läbivaatamise kohaldamise kohta“ (direktiivi 89/665 artikli 2 lõige 3).

37. Nimetatud sätte eesmärk lähtub täielikust õiguskaitsest, mis tuleb vastavalt direktiivi 89/665 artikli 2 lõikele 1 enne lepingu sõlmimist tagada „etapis, kus rikkumisi saab veel parandada“.[16] Seega luuakse võimalus, et pakkujatel on tegelik võimalus otsus tulemuslikult vaidlustada ja nad ei ole hiljem fakti ette seatud.[17]

[14] Kohtunikul tekib selline kohustus juhul, kui korraga on täidetud kaks vorminõuet: vastatud on teatava tähtaja jooksul (kümme tööpäeva jooksul lepingu sõlmimise teatavakstegemisest) ja lisatud on dokument, mis tõendab projekti rahastamise otsust.

[15] Direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 4 sõnastus on kategooriline: „Läbivaatamise korral ei pea tingimata olema automaatset peatavat mõju asjaomasele lepingu sõlmimise menetlusele, välja arvatud lõikes 3 ja artikli 1 lõikes 5 sätestatud juhtudel.“ Seega on kaebuse peatav toime erinevalt direktiivi 89/665 artikli 2 lõikes 3 käsitletud juhust automaatne.

[16] 11. septembri 2014. aasta kohtuotsus Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), punktid 34 ja 59.

[17] Portugali valitsus väitis kohtuistungil, et edutu pakkuja saab alati kasutada lepingu täitmisest põhjustatud kahju hüvitamiseks kahju hüvitamise nõude esitamise võimalust. Komisjon selgitas sellega seoses, et direktiivi 89/665 artikkel 2 kohustab liikmesriike tagama mitte üksnes kahju hüvitamist rikkumise tõttu kahju kannatanud isikutele, vaid ka seda, et võimalikult kiiresti ja ajutiste meetmete kohaldamise teel võetakse rikkumise heastamiseks ajutised meetmed. Kui pidada täielikult esimuslikuks Euroopa rahastuse kaotamise riskiga seotud huvisid, muutuks direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punkt a koostoimes sama artikli lõikega 5 sisutühjaks: mõlemast sättest tuleneb, et ajutiste meetmete võtmisel tuleb kaaluda kõiki huvisid, mis võivad kahjustada saada.

38. Arutlusel olevas õigusnormis võetakse aga kasutusele reegel, mis seab hankelepingu sõlmimise otsuse toime automaatse peatamise kahtluse alla, asendades selle täpselt vastupidise reegliga: automaatne peatav toime lõpetatakse enne, kui pädev asutus on teinud otsuse ajutiste meetmete või läbivaatamise kohaldamise kohta, kui seda nõuab hankija (ja hankija väidab, et võib kaotada lepingu Euroopa rahastuse).

39. Kuigi eelotsusetaotluses ei väljendata seda nii, siis kui „automaatse peatava toime lõpetamise“ reeglil on üldse mingi mõte, on see soodustada alates sellest hetkest lepingu sõlmimist, ootamata ära läbivaatamisasutuse (kelleks on tavaliselt kohus) hilisemat otsust. Ainus, mis takistab hankijal sõlmimast nimetatud lepingut tema valitud pakkujaga, on toime automaatne peatamine, mis kaob hankija poolt selle kohta esitatud vastuse tõttu.

40. Kõik pooled (ka Portugali valitsus ja hankija) kinnitasid kohtuistungil, et automaatse peatava toime lõpetamine võimaldab hankijal lepingu sõlmida.[18] Nagu õigesti väidavad komisjon ja Tšehhi valitsus, tähendab selline sedastus, et vaidlusalune säte ei ole direktiivi 89/665 artikliga 2 kooskõlas.

41. Direktiivis 89/665 ei ole ühtegi midagi, mis lubaks teha riigisiseses õiguses sellise ulatusega erandi sõnaselgest nõudest, et hankelepingu sõlmimise otsuse peale esitatud kaebus toob kaasa selle täitmise automaatse peatamise kuniks läbivaatamisasutus on teinud otsuse kas ajutiste meetmete või läbivaatamise kohaldamise kohta.

42. Kordan, et vaidlusalune säte pöörab direktiivi 89/665 artikli 2 nõude vastupidiseks: nimetatud artikliga ette nähtud kord asendatakse korraga, mis muudab täielikult kaebuse automaatset peatavat toimet. Esialgse peatamise automaatsusest saab sellise peatamise lõpetamise automaatsus.

43. Lisaks tuleb võtta arvesse, et kõnealuse õigusnormi kohaselt puudub läbivaatamisasutusel igasugune kaalutlusruum otsustamaks sel hetkel, kas ta lõpetab automaatse peatava toime või mitte: nagu märkisin, piisab sellest, et pakkuja taotleb seda tähtaegselt ja lisab dokumendi, mis tõendab projekti rahastamise otsust. Niisiis ei saa läbivaatamisasutus selles õiguskaitse etapis kaaluda ise asjaomaseid avalikke ja erahuvisid.

44. Direktiivi 89/665 piirides läbivaatamismenetluse üksikasjade kindlaksmääramisel liikmesriikidele antud (suhteline) autonoomia ei tohi õõnestada nimetatud direktiivi ühtegi kohustuslikku reeglit, nagu seda on kaebuse esitamisega kaasnev automaatne toime peatamine kuni läbivaatamisasutus teeb otsuse.

2. Kaebaja ärakuulamine nimetatud õiguskaitse etapis

45. Kõnealuse riigisisese sätte vastuolu direktiivi 89/665 artikliga 2 süveneb, kui märkida, et automaatse peatava toime lõpetamine toimub vastaspoolt ära kuulamata ehk nii, et kaebaja ei saa esitada hankija taotluse kohta märkusi.

46. Kaebaja sellest menetluse etapist kõrvale jätmine ei ole kooskõlas põhireeglitega, mis reguleerivad direktiivis 89/665 käsitletavaid läbivaatamismenetlusi.

[18] Portugali valitsus märkis, et automaatse peatava toime lõpetamine võimaldab minna lepingu allkirjastamise menetlusega edasi, sõlmida lepingu ja isegi seda täita. Valitsus lisas, et praktikas võtavad sellised tegevused siiski aega, nii et vahepeal on olnud võimalik teha taotletud ajutise meetme kohaldamise kohta sisuline otsus.

47. Portugali valitsus väidab, et üheski direktiivi 89/665 artikli 2 üheksast lõigust ei ole nõutud kaebaja ärakuulamist, kui kohus keeldub sellise ajutise meetme võtmisest nagu seda on hankelepingu sõlmimise peatamine.[19] Portugali valitsus lisab, et nimetatud artikkel jätab liikmesriikide otsustada, kas ja millisel hetkel saab kaebaja osaleda juhul, kui kohus leiab, et ajutiste meetmete võtmisest tuleb keelduda.[20]

48. Selline lähenemine ei ole minu arvates õige – siin on mängus just nimelt olulise õiguskaitsevahendi kaotamine, mida on käsitletud direktiivi 89/665 artiklis 2 (nimelt lepingu sõlmimise toime automaatne peatamine, mis toimub kaebaja taotlusel). Kui hankija vaidlustab omakorda nimetatud peatamise ja palub selle lõpetada, tuleb võistlevuse põhimõtte kohaselt enne, kui kohus teeb asjaomas otsuse, kuulata ära vastaspool.

49. Võiks väita, et kaebaja osalemine on nähtud ette seaduse nr 30/2021 artikli 25-A lõigetes 5, 6 ja 7, mis korvaks mõnes mõttes tema eelneva (kohustusliku) kõrvalejätmise. Portugali valitsus nimetab sellist korvamist „edasilükatud võistlevuseks“.[21]

50. Leian siiski, et tagantjärgi sekkumine, mille korral kaebaja taotleb automaatse peatava toime ennistamist pärast selle lõpetamist ilma tema ärakuulamiseta, ei ole piisav, et heastada menetluses tõsist vajakajäämist, mida eespool käsitlesin.

51. Rõhutan, et *edasilükatud võistlevus*, millele Portugali valitsus viitab, ei saa asendada kaebaja, kelle esitatud taotlus tõi kaasa hankelepingu sõlmimise otsuse toime automaatse peatamise, eelnevat menetluses osalemist. Kaebajale tuleb anda vähemalt võimalus esitada oma märkused *enne* seda, kui tehakse otsus nimetatud peatav toime lõpetada.

52. Igal juhul ei suuda ma mõista, miks seaduse nr 30/2021 artikli 25-A lõigetes 5, 6 ja 7 käsitletud formaalsusi ei ole võimalik täita pärast seda, kui hankija on esitanud peatamise lõpetamise taotluse.[22] Nimetatud taotlusest teavitatakse kaebajat, kellel oleks võimalik esitada märkused, mis toetavad peatava toime jõusse jätmist.

53. Nimelt on halduskohtumenetluse seadustiku artikli 103-A, mis käsitleb hankelepingueelsete halduskohtumenetluste automaatse peatava toime üldist korda, kaebajal lühike aeg (viis päeva), et vastata vastaspoole esitatud hankelepingu sõlmimise otsuse toime automaatse peatamise lõpetamise taotlusele. Niimoodi on täidetud võistlevuse aluspõhimõte.

54. EDIA ja Portugali valitsus väitsid kohtuistungil, et uus õigusakt täitis soovi ühtlustada riigihankeid käsitlevates üldnormides lepingu sõlmimiseks ette nähtud tähtaja (kolmkümmend päeva) ning esialgse õiguskaitse kohta hankelepingu sõlmimise otsuse peatamise täieliku lõpetamise või selle jõusse jätmise otsuse tegemiseks ette nähtud tähtaja.[23]

55. Lisaks sellele, et see argument ei selgita endiselt, miks vastaspoolt eelnevalt ära ei kuulata (piisaks sellest, kui tähtajad jaotataks hankija ja kaebaja vahel ära), tõstab see esile mudeli teatava vastuolu: kui ma ei eksi, siis kui võrrelda menetluste pikkust, kestab seaduse nr 30/2021

[19] Portugali valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 23.

[20] Portugali valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 24.

[21] Portugali valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 25.

[22] Portugali valitsus esitas selle meetme selgitamiseks üheainsa (ja ebapiisava) selgituse, et selle eesmärk on menetlust kiirendada.

[23] Argument lähtus eeldusest, et Portugali kohtud peavad menetlustähtaegadest rangelt kinni ja teevad esialgse õiguskaitse kohtu otsuse enne, kui möödub hankelepinguid käsitlevates õigusaktides sätestatud kolmekümnepäevane tähtaeg. I-Sete ei nõustunud, et see praktikas niiviisi oleks.

artiklis 25-A ette nähtud erakorraline menetlus 28 päeva, samas kui halduskohtumenetluse seadustikus ette nähtud üldist menetlust on (sõltuvalt sellest, kui hoolikas on hankija automaatse peatava toime lõpetamise taotluse esitamisel) võimalik lahendada vaid 13 päevaga, mis hõlmab vastaspoole ärakuulamist.

3. Vahekokkuvõte

56. Eeltoodud kaalutlustest tulenevalt teen ettepaneku vastata esimesele eelotsuse küsimusele eitavalt: direktiivi 89/665 artikliga 2 ei ole kooskõlas selline riigisisene õigusnorm, mis kohustab lõpetama ajutiselt hankelepingu sõlmimise otsuse kohta esitatud kaebusele omase automaatse peatava toime a) kuulamata ära nimetatud otsuse peatamist taotlenud kaebajat ja b) lubamata kohtul sel hetkel kaaluda asjaomaseid avalikke ja erahuvisid.

D. Teine eelotsuse küsimus

57. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib selle küsimuse esimese osaga teada, „[k]as […] rahastatud projekti elluviimisel tekkinud viivituse tõttu Euroopa vahendite võimaliku kaotamisega kaasnev majandushuvi on ülekaalukas üldine huvi, mis õigustab automaatse peatava toime lõpetamist“.

58. Niiviisi sõnastatud küsimuse puhul sõltub vastus sellest, millise menetluse hetke kohta see käib:

– kui see käsitleb lepingueelse menetluse teist etappi (nimelt peatamise lõpetamine vastaspoolt ära kuulamata ja nii, et kohtul puudub kaalutlusruum avalike ja erahuvide kaalumiseks), olen andnud küsimusele juba vastuse, vastates eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele küsimusele: see mehhanism ei ole lihtsalt direktiiviga 89/665 kooskõlas;

– kui küsimus käsitleb aga hoopis riskiteguri mõju (projekti Euroopa rahastuse võimalik kaotamine) selle asutuse lõplikule otsusele, kes peab tegema esialgse õiguskaitse kohta otsuse, kui täidetud on seaduse nr 30/2021 artikli 25-A lõigetes 5, 6 ja 7 osutatud formaalsused, on olukord teine ja väärib üksikasjalikumat analüüsi.

59. Minu edasised mõtted käsitlevad teist stsenaariumi.

60. Direktiivi 89/665 artikli 2 lõikes 5 on sätestatud võimalus, et läbivaatamisasutus võtab arvesse ajutiste meetmete võimalikke tagajärgesid *kõigi* huvide puhul, mis võivad saada kahjustada.[24]

61. Nimetatud huvide hulka kuuluvad a) edutute pakkujate huvid, kes soovivad, et hankelepingut ei sõlmitaks ja b) üldised huvid, olgu siis tegemist nende isikute huvidega, kelle eesmärgiks on muuta riigihankelepingute sõlmimine kiireks ja haldustegevus tõhusaks või kes soovivad vältida lepingu rahastusallika kaotamist.

62. Direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 5 kohaselt peab asutus, kes teeb esialgse õiguskaitse kohta lõpliku otsuse, kaaluma asjaomaseid avalikke ja erahuve. Kordan, et liidu seadusandja eesmärk oli selle sätte puhul ühitada edutu pakkuja huvid hankija (ja ka edukaks tunnistatud pakkuja) huvide ja ülejäänud avaliku huvidega.

[24] 18. jaanuari 2024. aasta kohtuotsus CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2024:60), punktid 61 ja 62.

63. Portugali valitsus leiab, et vaidlusaluse õigusnormi eesmärk on liidu tunnustatud avaliku huvi eesmärk: tagada hankemenetluste kiirus, et täita enne 31. detsembrit 2025 riikliku arengu seisukohast strateegilise tähtsusega projektid ja säilitada seeläbi Euroopa rahastus, mis Portugali Vabariigile nende projektide läbiviimiseks määrati.

64. Kahtlemata on hankemenetluste kiiruse saavutamine üldisest huvist kantud õiguspärane eesmärk.[25] Ent see ei ole ainuke eesmärk ega eesmärk, mis peab olema igal juhul esimuslik.

65. Samuti on õiguspärane, et Portugali ametiasutused, sealhulgas seadusandlik võim, püüavad mitte jääda ilma Euroopa rahastusest, mis on eraldatud teatavatele lepingutele, mis sellist rahastust saavad. Euroopa rahastamise kaotamise riskist tulenev võimalik majanduslik kahju on avalik huvi, mida läbivaatamisasutus peab võtma vastavalt direktiivi 89/665 artikli 2 lõikele 5 oma hinnangu andmisel arvesse.

66. Samas on peamine see, et läbivaatamisasutusel jääks alles kaalutlusruum asjaomaste huvide kaalumiseks nii, et Euroopa rahatuse kaotamise risk ei saa olla *ainus* põhjus, et lõpetada hankelepingu sõlmimise otsuse toime peatamine.

67. Nõustun Tšehhi valitsusega,[26] et kui Euroopa rahastuse võimalikule kaotamisele lisanduvad muud lepingu kontekstist tulenevad kaalutlused (näiteks selle kriitiline tähtsus julgeoleku, turvalisuse või põhitaristu väljaehitamise jaoks), võib läbivaatamisasutus pärast individuaalset hinnangut direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 5 tähenduses järeldada, et nimetatud avalikud huvid kaaluvad üles pakkujate huvid ning lõpetada peatava toime õiguspäraselt.

68. Välistan nende kaalutluste tõttu võimaluse, et rahastuse kaotamise risk on ülekaalukas avalik huvi, mis kallutab tasakaalu alati ja iseenesest hankija kasuks ja tema otsused vaidlustanud isiku kahjuks.[27]

69. Kui Euroopa vahenditest kasusaamises seisneva avaliku huvi kaitsmine oleks täiesti esimuslik, võiks see soodustada hankijate oportunistlikku käitumist, kellel oleks sellele huvile tuginedes kiusatus sõlmida sellise rahastusega projektide elluviimiseks riigihankelepinguid ebaseaduslikult, teades, et nende hankelepingute sõlmimise otsuste toimet ei peatata kunagi.

70. Seaduse nr 30/2021 artikli 25-A lõige 8 (milles korratakse halduskohtumenetluse seadustiku artikli 103-A lõike 4 sisu, nagu juba märkisin) ei ole selliselt tõlgendatuna direktiivi 89/665 artikli 2 lõikega 5 vastuolus. Riigisisene säte annab asutusele, kes peab tegema ajutiste meetmete kohta otsuse, pädevuse kaaluda nõuetekohaselt kõiki asjaomaseid avalikke ja erahuvisid, et hinnata, kas peatava toime jõusse jätmisest tuleneda võiv kahju on suurem kui selle lõpetamisest tuleneda võiv kahju.

[25] „Huvi, et riigihankelepinguid saaks sõlmida ilma liigsete viivitusteta, kujutab […] endast niisugust avalikku huvi“ (18. jaanuari 2024. aasta kohtuotsus CROSS Zlín, C-303/22, EU:C:2024:60, punkt 62). Euroopa Kohus leiab siiski seoses kohustusega teavitada huvitatud isikuid piisavalt selgelt teatavatele hankija otsustele kohaldatavatest vaidlustamise tähtaegadest, et „[s]elle teabe puudumist ei saa õigustada menetluse kiiruse eesmärgiga“ (28. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Iirimaa, C-456/08, EU:C:2010:46, punkt 63).

[26] Tšehhi valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 18.

[27] Portugali valitsus kinnitas kohtuistungil, et kaalumine hõlmab kõiki asjakohaseid huvisid, ja märkis seejärel, et mõned kohtud omistasid Euroopa rahastuse või kaasrahastuse kaotamise riskile määrava tähtsuse. I-Sete selgitas, et kohtud mitte ei teinud kõikehõlmavat kaalumist, vaid leidsid oma hinnangus selle asemel Euroopa rahastuse kaotamise risk on erandlik ja ülekaalukas asjaolu.

71. Läbivaatamisasutus võib kahtlemata selle hinnangu andmisel hinnata *periculum in mora*'t (mis on seotud riskiga, et viivitamine toob kaasa rahastuse kaotamise), aga ka muid tegureid, mida võetakse tavaliselt ajutiste meetmete kohta otsuse tegemisel arvesse. Viimaste hulka kuulub selle hindamine, kas edutu pakkuja taotlus näib põhjendatud.

72. Siinkohal tasub uuesti vaadata, kas direktiivi 89/665 artikli 2d lõige 3 on teise eelotsuse küsimuse esimesele poolele vastamiseks mingil moel kasulik.

73. Pärast selle muutmist direktiiviga 2007/66/EÜ[28] lubab direktiiv 89/665 (direktiivi 2007/66 põhjendused 21[29] ja 22[30] ning direktiivi 89/665 (muudetud redaktsioonis) artiklid 2d ja 2e), et lepingute puhul, mille tühisust tuleb nende õigusvastasuse tõttu põhimõtteliselt tunnistada, tuleb „teatud või kõik nende ajalised tagajärjed lugeda kehtivaks", st lepingu tagajärjed jäävad kehtima, ilma et see piiraks võimalike asjakohaste karistuste määramist ja kahju hüvitamist.[31]

74. Nagu juba märkisin, on direktiivi 89/665 artikkel 2d kohaldatav lepingujärgsele etapile, mitte lepingueelsele etapile. Seetõttu ei saa selle sätteid laiendada sama direktiivi artiklis 2 käsitletud ajutiste meetmete korrale.

75. Kui sellest hoolimata soovitaks leida direktiivi 89/665 artikli 2d lõikest 3 juhtkriteerium, tuleb arvestada, et nimetatud säte:

– lubab jätta lepingu tühiseks tunnistamata, kuigi see on ebaseaduslikult sõlmitud, kui olulise avaliku huviga seotud põhjused *nõuavad* lepingu mõju säilitamist;

– majanduslikke huve võib pidada olulise (avaliku huviga) seotud põhjuseks ainult siis, kui erandlikel juhtudel kaasneksid lepingu tühiseks tunnistamisega ebaproportsionaalsed tagajärjed.

76. Direktiivi 89/665 artikli 2d kriteeriumid on mõeldud selleks, et lubada teatavate tingimuste puhul ebaseaduslikult sõlmitud lepingu toime säilitamine. Need kriteeriumid ei ole samuti kohaldatavad olukorras, kus lepingut ei ole veel sõlmitud ja kohus võib lepingu sõlmimise otsuse toime peatada.

77. See osa minu vastusest on seotud viimase küsimusega, mille eelotsusetaotluse esitanud kohus esitab oma teises eelotsuse küsimuses: „Kas […] pelk majanduslik kahju on ebaproportsionaalne tagajärg, mis on kooskõlas [direktiivi 89/665] artikli 2d lõike 3 teise lõiguga?".

78. Jättes juba analüüsitud põhjustel kõrvale viite direktiivi 89/665 artiklile 2d, on läbivaatamisasutuse ülesanne hinnata avalike ja erahuvide suuremat või väiksemat kaalu, võttes arvesse iga juhtumi asjaolusid. Puudub abstraktne lahendus, mida saaks üldistada, et teha kindlaks, kas üks võimalus (peatava toime lõpetamine) on proportsionaalsem kui teine (sama peatava toime jõusse jätmine kuni lepingu sõlmimist käsitleva kaebuse kohta tehakse sisuline otsus) või mitte.

[28] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiv 2007/66/EÜ (ELT 2007, L 335, lk 31).

[29] „[…] siseriiklikes õigusaktides [võib] ette näha näiteks lepinguliste kohustuste tagasiulatuva tühistamise (*ex tunc*) või vastupidi, piirata tühistamise ulatust kohustustega, mis alles vajavad täitmist (*ex nunc*)."

[30] „[l]iikmesriigid [võivad] […] anda läbivaatamise korra eest vastutavale asutusele võimaluse lepingut *mitte vaidlustada või võimaluse tunnustada mõningaid või kõiki lepingu aja jooksul tekkivaid mõjusid*, kui asjaomase juhtumi erandlikud asjaolud nõuavad teatavate olulise avaliku huviga seotud põhjuste arvestamist […]". Kohtujuristi kursiiv.

[31] Viitan siinkohal uuesti oma järeldustele kohtuasjas CROSS Zlin (C-303/22, EU:C:2023:652), punkt 80.

V. Ettepanek

79. Eeltoodust tulenevalt teen ettepaneku vastata Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Porto haldus- ja maksukohus, Portugal) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

„Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta artikli 2 lõikeid 3–5

tuleb tõlgendada nii, et:

nendega on vastuolus selline liikmesriigi õigusnorm, mis kohustab liikmesriigi kohut lõpetama ajutiselt riigihankelepingu sõlmimise otsuse peale esitatud kaebuse automaatse peatava toime hankija taotlusel, tuginedes üksnes põhjendusele, et lepingul on Euroopa rahastus või kaasrahastus;

nendega ei ole vastuolus riigisisene õigusnorm, mis annab ajutiste meetmete üle otsustavale kohtule pädevuse kaaluda nõuetekohaselt kõiki asjaomaseid avalikke ja erahuvisid, et hinnata, kas peatava toime jõusse jätmisest tuleneda võiv kahju on suurem kui selle lõpetamisest tuleneda võiv kahju. Miski ei takista lisada nimetatud avalike huvide hulka veel üht hindamistegurit, mis ei ole tingimata esimuslik ja on seotud lepingu esemeks oleva ehitusprojekti Euroopa rahastuse või kaasrahastuse kaotamise vältimisega.