Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
ELEANOR SHARPSTON
esitatud 28. aprillil 2016[1]

**Liidetud kohtuasjad C-439/14 ja C-488/14**

**SC Star Storage SA**
**versus**
**Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)**
**(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Curtea de Apel București (Bukaresti apellatsioonikohus, Rumeenia))**
**ja**
**SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SAAstaldi SpA**
**SC Construcții Napoca SA**
**versus**
**RA Aeroportul Oradea**
**SC Porr Construct SRL**
**Teerag-Asdag Aktiengesellschaft**
**SC Col-Air Trading SRL**
**AVZI SA**
**Trameco SA**
**Iamsat Muntenia SA**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Curtea de Apel Oradea (Oradea apellatsioonikohus, Rumeenia))

Riigihanked — Direktiivid 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ — Siseriiklikud õigusnormid, mille kohaselt tuleb vaidlustamise menetluse algatamiseks anda eelnevalt „õiguspärase käitumise tagatis“ — Liikmesriikide menetlusautonoomia — Võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtted — Harta artiklid 47 ja 52 — Õigus tõhusale õiguskaitsevahendile — Piirang — Proportsionaalsus

1. Käsitletavates kohtuasjades soovivad Curtea de Apel București (Bukaresti apellatsioonikohus, Rumeenia) ja Curtea de Apel Oradea (Oradea apellatsioonikohus, Rumeenia) Euroopa Kohtult sisuliselt juhiseid selle kohta, kas Euroopa Liidu õigusega on vastuolus nõue, mille kohaselt peab vaidlustuse või kaebuse esitaja selleks, et algatada hankija otsuste vaidlustusmenetlus, esitama „õiguspärase käitumise tagatise“. Põhikohtuasjas käsitletavate siseriikliku õiguse normide kohaselt jätavad hankijad õiguspärase käitumise tagatise endale, kui asutus, mis on pädev nende otsuseid läbi vaatama, jätab vaidlustuse või kaebuse rahuldamata või kui vaidlustuse või kaebuse esitaja sellest loobub.

1 — Algkeel: inglise.

2. Seetõttu puudutavad eelotsusetaotlused küsimust, milline on õiguse tõhusale õiguskaitsevahendile kohaldamisala riigihangete kontekstis; tegemist on õigusega, mida ei taga mitte üksnes Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artikkel 47, vaid mis väljendub konkreetselt riigihankelepingute sõlmimise menetlusi käsitlevates Euroopa Liidu direktiivides. Kui suuri finantsnõudmisi võivad liikmesriigid hankija otsuste vaidlustamiseks kehtestada, et vähendada alusetute vaidlustuste või kaebuste esitamise riski, st vaidlustuste või kaebuste, mis suure tõenäosusega ei osutu edukaks ja mille eesmärk on üksnes riigihankelepingute sõlmimise menetluse takistamine?

## Õiguslik taust

### *EL-i õigusaktid*

3. Harta artikli 47 esimeses lõikes on sätestatud, et igaühel, kelle liidu õigusega tagatud õigusi või vabadusi rikutakse, on selles artiklis kehtestatud tingimuste kohaselt õigus tõhusale õiguskaitsevahendile kohtus. Harta artikli 52 lõike 1 kohaselt tohib hartaga tunnustatud õiguste ja vabaduste teostamist piirata ainult seadusega ning arvestades nimetatud õiguste ja vabaduste olemust. Proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt võib piiranguid seada üksnes juhul, kui need on vajalikud ning vastavad tegelikult liidu poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvatele eesmärkidele või kui on vaja kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi.

4. Nõukogu direktiivi 89/665/EMÜ[2] põhjenduse 3 kohaselt teeb riigihangete avamine Euroopa Liidu konkurentsile vajalikuks oluliselt suurema läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise tagamise. Riigihankeid käsitleva Euroopa Liidu õiguse või seda rakendavate siseriiklike õigusnormide rikkumise puhuks tuleb seetõttu sätestada tõhusad ja kiired abinõud.

5. Direktiivi 89/665 artikkel 1 „Läbivaatamise korra reguleerimisala ja kättesaadavus“ näeb ette:

„1. Käesolevat direktiivi kohaldatakse direktiivis 2004/18/EÜ […][3] osutatud lepingute suhtes, välja arvatud juhul, kui selliste lepingute kohta kehtib erand vastavalt kõnealuse direktiivi artiklitele 10–18.

Lepingud kõnealuse direktiivi mõistes hõlmavad riigihankelepinguid, raamlepinguid, riiklike ehitustööde kontsessioone ja dünaamilisi ostusüsteeme.

Liikmesriigid võtavad seoses direktiivi 2004/18/EÜ reguleerimisalasse kuuluvate lepingutega vajalikud meetmed, tagamaks, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas käesoleva direktiivi artiklitega 2–2f, kui põhjenduseks on kõnealuste otsuste vastuolu riigihankeid käsitlevate [Euroopa Liidu] õigusaktide 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 [Euroopa Liidu] õigusakte rakendavate siseriiklike eeskirjade ja muude siseriiklike eeskirjade vahel.

3. Liikmesriigid tagavad, et läbivaatamise kord koos üksikasjalike eeskirjadega, mida nad võivad kehtestada, oleks kättesaadav mis tahes isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada.

2 — 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), muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiviga 2007/66/EÜ (ELT 2007, L 335, lk 31).

3 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (EÜT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132).

[…]“.

6. Nõukogu direktiivi 92/13/EMÜ [4] põhjenduse 5 kohaselt tähendab veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja kommunikatsioonisektori hangete avamine Euroopa Liidu konkurentsile seda, et asjakohase Euroopa Liidu õiguse või seda rakendavate siseriiklike eeskirjade rikkumise puhul on tarnijatele ja töövõtjatele vaja tagada asjakohase läbivaatamise korra kättesaadavus.

7. Direktiivi 92/13 artikli 1 „Läbivaatamise korra reguleerimisala ja kättesaadavus“ esimesed kolm lõiget vastavad sisuliselt direktiivi 89/665 artikli 1 esimesele kolmele lõikele. [5]

*Rumeenia õigusnormid*

8. Valitsuse erakorralise määruse nr 34/2006 asjade riigihankelepingute, ehitustööde riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kohta (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006; edaspidi „erakorraline määrus nr 34/2006“) artikli 43a kohaselt peavad kõik võimalikud pakkujad andma tagatise (edaspidi „osalemise tagatis“), et osaleda menetluses kõigil juhtudel, mille puhul peab hankija erakorralise määruse nr 34/2006 järgi avaldama pakkumuse esitamise ettepaneku või hanketeate. Osalemise tagatis, mis võib moodustada kuni 2% hankelepingu hinnangulisest väärtusest, on mõeldud selleks, et kaitsta hankijat pakkuja sobimatu käitumise ohu eest lepingu sõlmimisele eelneva ajavahemiku vältel.

9. Erakorralise määruse nr 34/2006 artikli 256 lõike 1 järgi on poolel, kes leiab, et talle on tekitatud kahju, õigus pöörduda riigihangete vaidlustuskomisjoni (Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, edaspidi „CNSC“) poole. Artikli 281 lõike 1 järgi saab CNSC otsuseid kohtus vaidlustada.

10. Erakorralise määruse nr 34/2006 artikli 278 lõige 1 näeb ette, et CNSC või pädev kohus teeb esiteks otsuse selle kohta, kas esinevad vaidlustuse või kaebuse läbivaatamist takistavad formaalsed või sisulised asjaolud. Juhul kui ta tuvastab nende esinemise, jätab asja sisulisest küljest läbi vaatamata.

11. Erakorralise määruse nr 34/2006 artikkel $278^1$ nägi ette, et kui CNSC või pädev kohus jätab pakkuja esitatud vaidlustuse või kaebuse rahuldamata või kui pakkuja vaidlustusest või kaebusest loobub, jääb osa osalemise tagatisest hankijale.

12. Erakorralise määrusega nr 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014; edaspidi „erakorraline määrus nr 51/2014“) tühistati erakorralise määruse nr 34/2006 artikkel $278^1$ ja lisati sellesse õigusakti järgmised sätted: [6]

„Artikkel $271^1$

1. Hankija kaitseks võimaliku ebaseadusliku käitumise ohu eest peab asjaomane isik esitama õiguspärase käitumise tagatise, mis kehtib kogu ajavahemiku vältel, mis algab vaidlustuse või kaebuse esitamisest ning lõppeb [CNSC] otsuse või pädeva kohtu lahendi jõustumisel.

2. [Vaidlustus või kaebus] [lükatakse tagasi], kui asjaomane isik ei tõenda lõikes 1 ette nähtud tagatise seadmist.

4 — 25. veebruari 1992. aasta direktiiv veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1992, L 76, lk 14; ELT eriväljaanne 06/01, lk 315).

5 — Välja arvatud see, et direktiivi 92/13 artikkel 1 viitab Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivile 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (EÜT 2004, L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19), mitte direktiivile 2004/18.

6 — Järgnevalt viitan neile sätetele kui „esialgsele režiimile“.

3. Õiguspärase käitumise tagatis seatakse pangaülekande abil või garantiiga, mille on õigusnorme järgides väljastanud pank või kindlustusühing, ning selle originaal esitatakse hankijale ning koopia [CNSC-le] või kohtule samal ajal [vaidlustuse või kaebusega].

4. Õiguspärase käitumise tagatise suurus määratakse kindlaks asjaomase riigihanke hinnangulise väärtuse alusel allkirjeldatud moel:

a) 1% hinnangulisest väärtusest, kui see on väiksem artikli 55 lõike 2 punktides a ja b ette nähtud piirmääradest;[7]

b) 1% hinnangulisest väärtusest, kui see on väiksem artikli 55 lõike 2 punktis c[8] ette nähtud piirmääradest, kusjuures vastav summa ei tohi olla suurem kui 10 000 eurot tagatise seadmise kuupäeval […] kohaldatava vahetuskursi alusel Rumeenia leudesse arvutatuna;

c) 1% hinnangulisest väärtusest, kui see on võrdne või suurem artikli 55 lõike 2 punktides a ja b ette nähtud piirmääradest, kusjuures vastav summa ei tohi olla suurem kui 25 000 eurot tagatise seadmise kuupäeval […] kohaldatava vahetuskursi alusel Rumeenia leudesse arvutatuna;

d) 1% hinnangulisest väärtusest, kui see on võrdne või suurem artikli 55 lõike 2 punktis c ette nähtud piirmääradest, kusjuures vastav summa ei tohi olla suurem kui 100 000 eurot tagatise seadmise kuupäeval […] kohaldatava vahetuskursi alusel Rumeenia leudesse arvutatuna.

5. Õiguspärase käitumise tagatis peab kehtima vähemalt 90 päeva, see ei tohi olla tagasivõetav ning peab nägema ette tingimusteta väljamaksmise hankija esimesel nõudel, kui [vaidlustus või kaebus] [lükatakse tagasi].

6. Kui õiguspärase käitumise tagatise kehtivusaja viimasel päeval ei ole [CNSC] otsus või kohtulahend jõustunud ning otsuse vaidlustanud pool ei ole õiguspärase käitumise tagatise kehtivust pikendanud lõigetele 1–5 vastavalt, jätab hankija õiguspärase käitumise tagatise endale. Kohaldatakse vastavalt artikli $271^2$ lõigete 3–5 sätteid.

[…]

Artikkel $271^2$

1. Kui [CNSC] või kohus – kui isik on pöördunud otse kohtusse – jätab vaidlustuse või kaebuse rahuldamata, peab hankija jätma õiguspärase käitumise tagatise endale alates hetkest, mil [CNSC] otsus või kohtulahend jõustub. Endale jäetakse tagatis vastavalt lepingu osale, milles vaidlustus või kaebus jäeti rahuldamata.

2. Lõige 1 on kohaldatav ka juhul, kui isik loobub [vaidlustusest või kaebusest].

3. Lõikes 1 ette nähtud meedet ei kohaldata juhul, kui [CNSC] või kohus jätab vaidlustuse või kaebuse rahuldamata eseme puudumise tõttu või juhul kui [vaidlustusest või kaebusest] loobutakse seetõttu, et hankija on võtnud parandusmeetmed artikli $256^3$ lõike 1 tähenduses.

4. Kui [CNSC] rahuldab vaidlustuse või kui kohus rahuldab [CNSC] otsuse peale esitatud kaebuse, peab hankija tagastama asjaomasele isikule õiguspärase käitumise tagatise viie päeva jooksul alates kuupäevast, mil otsus või kohtulahend jõustub.

7 — Erakorralise määruse nr 34/2006 artikli 55 lõike 2 punktid a ja b puudutavad riigihankelepinguid ja teenuste riigihankelepinguid.

8 — Erakorralise määruse nr 34/2006 artikli 55 lõike 2 punkt c puudutab ehitustööde riigihankelepinguid.

5. Kui isik pöördub otse kohtusse ning viimane rahuldab kaebuse, kohaldatakse lõike 4 sätteid vastavalt.

6. Summad, mis hankija saab õiguspärase käitumise tagatise alusel, kantakse tuluna tema eelarvesse.“

13. Vastusena Euroopa Kohtu taotlusele saada selgitusi, kinnitasid eelotsusetaotluse esitanud kohtud, et Curtea Constituțională (Rumeenia konstitutsioonikohus) tunnistas 15. jaanuari 2015. aasta otsusega erakorralise määruse nr 34/2006 artikli $271^2$ lõiked 1 ja 2 põhiseadusevastaseks. Konstitutsioonikohus tegi selle järelduse, tuginedes sisuliselt sellele, et nende sätete kohaselt pidi hankija jätma endale õiguspärase käitumise tagatise, kui vaidlustus või kaebus lükati tagasi või sellest loobuti, andmata CNSC-le või kaebust lahendavale kohtule mingit kaalutlusruumi, et võtta arvesse vaidlustuse või kaebuse esitaja käitumist. Õiguspärase käitumise tagatise kaotamist õigustanuks üksnes sobimatu käitumine. 4. novembril 2015 tunnistas konstitutsioonikohus sisuliselt sarnastel põhjustel põhiseadusevastaseks erakorralise määruse nr 34/2006 artikli $271^1$ lõike 5 ulatuses, milles selle sättega nõuti, et õiguspärase käitumise tagatis peab nägema ette tingimusteta väljamaksmise hankija esimesel nõudel, kui vaidlustus või kaebus jäetakse rahuldamata.

14. Kohtuistungil selgitas Rumeenia valitsus, et erakorralise määruse nr 34/2006 artikkel $271^1$ ja $271^2$ on jätkuvalt kehtivad osas, milles neid ei tunnistatud põhiseadusevastaseks. Ta kinnitas, et ülejäänud sätete kohaselt[9] peab vaidlustuse või kaebuse esitaja ikkagi andma õiguspärase käitumise tagatise, kuid hankijal puudub õiguslik alus selle endale jätmiseks. Seega peab hankija menetluse lõpus tagastama vaidlustuse või kaebuse esitajale õiguspärase käitumise tagatise, olenemata vaidlustuse tulemusest ega *a fortiori* sellest, kas vaidlustus oli alusetu või mitte.

## Asjaolud, menetlus ja eelotsuse küsimused

### *Kohtuasi C-439/14*

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (riiklik informaatikaalase teadus- ja arendustegevuse instituut, edaspidi „instituut“) korraldas menetluse, et sõlmida asjade ja teenuste riigihankeleping pilvandmetöötlusplatvormi arendamiseks ja elluviimiseks. Riigihankelepingu hinnanguline väärtus (käibemaksuta) on 61 287 713,71 Rumeenia leud (umbes 13 700 000 eurot). Instituut valmistas ette asjassepuutuvad hankedokumendid ja avaldas 1. aprillil 2014 hanketeate Sistemul Electronic de Achiziții Publice’s (elektrooniline riigihankesüsteem). Riigihankelepingu sõlmimise aluseks oli „madalaima hinna“ kriteerium.

16. Mitu ettevõtjat palus instituudil hankedokumentides esitatud reegleid selgitada. Vastuseks avaldas instituut elektroonilises riigihankesüsteemis mitu selgitavat märkust.

9 — Ülejäänud sätted (nagu mina sellest aru saan) on sisuliselt erakorralise määruse nr 34/2006 artikkel $271^1$, välja arvatud selle lõike 5 nõue tingimusteta väljamaksmise kohta, ja artikli $271^2$ lõiked 3–5. Käesolevas ettepanekus viitan ma neile sätetele kui „üleminekurežiimile“ ja eristan seda nii „esialgsest režiimist“ kui ka uuest režiimist, mille Rumeenia seadusandja soovib Rumeenia valitsuse kohtuistungil antud ütluste kohaselt vastu võtta millalgi tulevikus.

17. SC Star Storage SA (edaspidi „Star Storage“) vaidlustas 30. juulil 2014 CNSC-s kolm selgitavat märkust. CNSC jättis 18. juunil 2014 selle vaidlustuse vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata, sest Star Storage ei olnud andnud õiguspärase käitumise tagatist.[10] Star Storage vaidlustas selle otsuse Curtea de Apel Bucureştis (Bukaresti apellatsioonikohus, Rumeenia), mis peatas menetluse ja taotles eelotsust järgmises küsimuses:

„Kas [direktiivi 89/665], artikli 1 lõike 1 kolmandat taanet ja lõiget 3 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus õigusnormid, mis seavad hankija otsuste peale vaidlustusmenetluse algatamise õiguse sõltuvusse kohustusest esitada eelnevalt „õiguspärase käitumise tagatis“, nagu on ette nähtud [erakorralise määruse nr 34/2006] artiklites $271^1$ ja $271^2$?“

*Kohtuasi C-488/14*

18. RA Aeroportul Oradea (edaspidi „Oradea Airport“) avaldas 21. jaanuaril 2014 hanketeate elektroonilises riigiteatesüsteemis riigihankelepingu sõlmimiseks selle lennujaama laiendamiseks ja ajakohastamiseks. Riigihankelepingu hinnanguline väärtus (käibemaksuta) oli 101 232 054 Rumeenia leud (umbes 22 800 000 eurot). Riigihankelepingu sõlmimise aluseks oli „majanduslikult soodsaima“ pakkumuse kriteerium.

19. Pakkumuse esitas neli ettevõtjat. 28. märtsi 2014. aasta pakkumuste hindamise raportiga tunnistati SC Max Boegl România SRL (edaspidi „Max Boegl“), SC UTI Grup SA ja Astaldi SpA kontserni esitatud pakkumus vastuvõetamatuks. Samas raportis viidati, et SC Construcții Napoca SA (edaspidi „Construcții Napoca“), SC Aici Cluj SA ja CS Icco Energ SRL kontserni pakkumus oli järjekorras teine.

20. CNSC lükkas 10. juunil 2014 põhjendamatuse tõttu tagasi nende kahe kontserni vaidlustused pakkumuste hindamise raporti peale.

21. Kontsern, kuhu kuulub Max Boegl, ja Construcții Napoca vaidlustasid need otsused Curtea de Apel Oradeas (Oradea apellatsioonikohus). Curtea de Apel Oradea (Oradea apellatsioonikohus) pööras 10. septembri 2014. aasta kohtuistungil kaebajate tähelepanu nõudele anda õiguspärase käitumise tagatis pärast erakorralise määruse nr 34/2006 artiklite $271^1$ ja $271^2$ jõustumist 30. juunil 2014.[11] Curtea de Apel Oradea (Oradea apellatsioonikohus) peatas menetluse ja taotles eelotsust järgmises küsimuses:

„Kas [direktiivi 89/665] artikli 1 lõikeid 1, 2 ja 3 ning [direktiivi 92/13] artikli 1 lõikeid 1, 2 ja 3 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus liikmesriigi õigusnormid, mis seavad hankija õiguse algatada hankijate otsuste vaidlustamine sõltuvusse kohustusest seada eelnevalt „õiguspärase käitumise tagatis“, nagu on ette nähtud valitsuse erakorralises määruse nr 34/2006 artiklites $271^1$ ja $271^2$?“

22. Euroopa Kohtu presidendi 13. novembri 2014. aasta määrusega liideti need kaks kohtuasja nii kirjalikuks kui ka suuliseks menetluseks, samuti kohtuotsuse tegemiseks. Star Storage, Kreeka ja Rumeenia valitsus ning Euroopa Komisjon esitasid kirjalikud seisukohad. Max Boegl, Rumeenia valitsus ja Euroopa Komisjon esitasid oma seisukohad 14. jaanuari 2016. aasta kohtuistungil ka suuliselt.

10 — Maksmisele kuuluva tagatise suurus oli 25 000 eurot Rumeenia leudesse arvutatuna.

11 — Euroopa Kohtule esitatud teabest selgub, et siseriikliku kohtu menetluses nõutava õiguspärase käitumise tagatise suurus oli 100 000 eurot Rumeenia leudesse arvutatuna.

## Kohtujuristi analüüs

### *Sissejuhatavad märkused*

23. Kohtuasjas C-439/14 arutlusel oleva riigihankelepingu väärtus on suurem kui direktiivi 2004/18 artikli 7 punktis b ette nähtud asjassepuutuv asjade ja teenuste riigihankelepingute piirmäär. Seetõttu kohaldatakse sellele menetlusele direktiivi 89/665.[12] Ka kohtuasjas C-488/14 arutlusel oleva riigihankelepingu väärtus ületab nii direktiivi 2004/18 artikli 7 punktis c kui ka direktiivi 2004/17 artikli 16 punktis b ette nähtud ehitustööde riigihankelepingute piirmäära.

24. Sellegipoolest on Rumeenia valitsus ja Euroopa Komisjon kohtuasjas C-488/14 asjassepuutuva õigusliku tausta osas eriarvamusel. Rumeenia valitsus väidab, et lepingutele kohaldatakse üksnes direktiivi 2004/18 ja laiemalt direktiivi 89/665. Komisjon väidab, et kuivõrd kõnealune riigihankemenetlus puudutas lennujaama hoonete laiendamist ja ajakohastamist, kuulub see direktiivi 2004/17 reguleerimisalasse[13] ja sellele kohaldatakse seetõttu direktiivi 92/13.[14]

25. Minu hinnangul ei ole Euroopa Kohtul selle lepingu kohta piisavalt informatsiooni, et teha kindlaks, kas selle sõlmimise menetlusele on kohaldatav direktiiv 89/665 või direktiiv 92/13. Sellegipoolest ei põhjusta see praegusel juhul mingeid raskusi. Ühelt poolt on kohtuasja C-488/14 põhikohtuasja asjaoludest selge, et küsimus, mille Curtea de Apel Oradea (Oradea apellatsioonikohus) Euroopa Kohtule esitab, ei ole hüpoteetiline osas, milles see puudutab direktiivi 92/13. Teisalt vastavad selle direktiivi artikli 1 „Läbivaatamise korra reguleerimisala ja kättesaadavus“ esimesed kolm lõiget sisuliselt direktiivi 89/665 artikli 1 esimesele kolmele lõikele. Eelotsusetaotluse esitanud kohtute esitatud kaks küsimust on seega sisuliselt samad ja neid tuleb käsitleda koos.

26. Lisaks sellele ei ole selge Curtea Constituțională (konstitutsioonikohus) 15. jaanuaril ja 4. novembril 2015 tehtud kohtuotsuste mõju. Kohtuistungil väitis Rumeenia valitsus, et eelotsusetaotluse esitanud kohtud peavad nüüd kohaldama üleminekurežiimi. Komisjon seevastu eristas neid kahte kohtuasja. Kohtuasjas C-488/14 tekkis õiguspärase käitumise tagatise nõue esimest korda eelotsusetaotluse esitanud kohtus. Seega peab kohus kohaldama *üleminek*urežiimi. Seevastu kohtuasjas C-439/14 tekkis see nõue esimest korda CNSC menetluses, seega enne konstitutsioonikohtu otsuseid. Seega väidab komisjon, et selles kohtuasjas peab eelotsusetaotluse esitanud kohus pärast Euroopa Kohtu vastuse saamist kohaldama *esialgset* režiimi.

27. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei ole Euroopa Kohtu pädevuses otsustada siseriiklike õigusnormide kohaldatavuse üle põhikohtuasja lahendamise seisukohalt. Pigem peab Euroopa Kohus liidu ja liikmesriikide kohtute pädevuste jaotuse raames võtma arvesse eelotsusetaotluses kirjeldatud õiguslikku konteksti, milles eelotsuse küsimus on esitatud.[15] Euroopa Kohtu pädevuses on aga esitada eelotsusetaotluse esitanud kohtule kõik liidu õiguse tõlgendamise juhtnöörid, mis võimaldavad viimasel hinnata nimetatud normide kooskõla tema menetluses oleva kohtuasja lahendamisel.[16] Kuivõrd ei ole selge, kas kohtuasja C-439/14 puhul kuulub põhikohtuasjas kohaldamisele esialgne režiim või üleminekurežiim, analüüsin ma käesolevas ettepanekus mõlemat.

12 — Direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 1.

13 — Direktiivi 2004/17 artikli 7 punkt b.

14 — Direktiivi 92/13 artikli 1 lõige 1.

15 — Vt mh kohtuotsus, 17.7.2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, punkt 20 ja seal viidatud kohtupraktika.

16 — Kohtuotsus, 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 51 ja seal viidatud kohtupraktika.

28. Viimaks viitab Euroopa Kohtu käsutuses olev teave sellele, et erakorralise määruse nr 34/2006 kohaselt saab vaidlustuse esitada kas CNSC-sse (mille otsuseid saab apellatsioonikohtusse edasi kaevata) või otse kohtusse. Kuivõrd õiguspärase käitumise tagatist on tarvis igal juhul, ei mõjuta see alljärgnevat arutluskäiku. [17]

*Analüüsimeetodid*

29. Direktiivi 89/665 põhjendustest 1 ja 2 ning direktiivi 92/13 põhjendustest 2 ja 3 selgub, et nende direktiivide eesmärk on tugevdada olemasolevaid mehhanisme nii liikmesriigi kui ka liidu tasandil, tagamaks, et riigihangetega seotud direktiive rakendatakse tõhusalt eelkõige faasis, kus on ikka veel võimalik rikkumisi heastada. [18] Selleks kohustab mõlema direktiivi artikli 1 lõige 1 liikmesriike tagama, et hankijate õigusvastaseid otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ja võimalikult kiiresti. [19] Nad peavad tagama, et selline läbivaatamine oleks kättesaadav mis tahes isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada. [20]

30. Need direktiivid kehtestavad siiski ainult minimaalsed nõuded, millele siseriiklikes õiguskordades sisse viidud riigihangete vaidlustamise menetlus peab vastama selleks, et tagada liidu riigihankealasest õigusest kinnipidamine. [21] Teatud valdkonda reguleerivate liidu õigusnormide puudumisel on igal liikmesriigil kohustus kehtestada haldus- ja kohtumenetlusnormid, mille eesmärk on tagada isikutele liidu õigusest tulenevate õiguste kaitse. Need menetlusnormid ei tohi siiski olla ebasoodsamad, kui liikmesriigi õigusest tulenevate õiguste kaitseks ette nähtud samalaadsete õiguskaitsevahendite puhul (võrdväärsuse põhimõte) ja need ei tohi muuta liidu õiguskorraga antud õiguste kasutamist tegelikult võimatuks või ülemäära raskeks (tõhususe põhimõte). [22] Viimati nimetatud nõue on hädavajalik, et saavutada riigihangete valdkonda reguleerivate liidu õigusnormide põhieesmärki – avatust ausale konkurentsile kõikides liikmesriikides. [23]

31. Nagu komisjon välja toob, ei ole direktiivis 89/665 ega ka direktiivis 92/13 eeskirju finantsnõuete kohta, mida ettevõtjad peaksid täitma, et neil oleks võimalik hankijate otsuseid vaidlustada. Liikmesriigi sätted nagu need, mida käsitletakse põhikohtuasjas, kuuluvad seega liikmesriigi menetlusautonoomia raamesse, arvestades võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtteid. Analüüsin eelotsuse küsimusi nendest põhimõtetest lähtudes. [24]

32. Kumbki direktiiv väljendab sellegipoolest riigihangete valdkonnas selgelt üht liidu õiguse üldpõhimõtet – õigust tõhusale õiguskaitsevahendile. [25] See tekitab seoses tõhususe põhimõtte kohaldamisalaga kaks tihedalt seotud küsimust.

17 — Vt eelkõige erakorralise määruse nr 34/2006 artikli $271^1$ lõige 1 ning artikli $271^2$ lõiked 1 ja 5.

18 — Vt mh kohtuotsused, 28.10.1999, Alcatel Austria jt, C-81/98, EU:C:1999:534, punkt 33; 19.6.2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punkt 44 ja seal viidatud kohtupraktika; ja 28.1.2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punkt 26.

19 — Vt mh kohtuotsused, 19.6.2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, punkt 22 ja seal viidatud kohtupraktika; ja 19.6.2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punkt 44 ja seal viidatud kohtupraktika.

20 — Kohtuotsus, 26.12.2015, MiMedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 28 ja seal viidatud kohtupraktika.

21 — Kohtuotsus, 30.9.2010, Strabag jt, C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 33 ja seal viidatud kohtupraktika. Vt selle kohta ka kohtuotsus, 24.9.1998, EvoBus Austria, C-111/97, EU:C:1998:434, punkt 16.

22 — Vt mh kohtuotsused, 11.9.2003, Safalero, C-13/01, EU:C:2003:447, punkt 49, ja 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 46 ja seal viidatud kohtupraktika.

23 — Vt selle kohta kohtuotsus, 14.2.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punktid 33 ja 34.

24 — Vt käesolev ettepanek, punktid 40–58.

25 — Vt selle kohta kohtumäärus, 23.4.2015, komisjon *vs.* Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punkt 28. See arutluskäik pärineb kohtuotsusest, 15.5.1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, punktid 18 ja 19.

33. Esmalt, kas seda põhimõtet saab piirata selleni, et tehakse kindlaks, et selline liikmesriigi menetlusnõue, nagu on arutlusel põhikohtuasjas, muudab direktiivi 89/665 ja direktiivi 92/13 artiklis 1 ette nähtud läbivaatamise õiguse tegelikult võimatuks või ülemäära raskeks? Või on see avaram ning sellest tulenevalt tuleb jätta kohaldamata *iga liikmesriigi õigusnorm, mis* neid sätteid *õõnestab*?

34. Euroopa Kohus on mitmel korral analüüsinud seda, kas liikmesriikide menetlusnormid, millega reguleeritakse õiguskaitsevahendeid, mille eesmärk on kaitsta hankijate otsustega kahjustatud taotlejate ja pakkujate liidu õigusest tulenevaid õigusi, ohustavad direktiivi 89/665 tõhusust.[26] Sellegipoolest ei ole kohtupraktikas ühtset lähenemisviisi selle kohta, kuidas on tõhususe kontroll seotud liikmesriigi menetlusautonoomiaga ja seda piirava tõhususe põhimõttega.[27] Mõnel juhul keskendus analüüs üksnes direktiivi 89/665 tõhususele, ilma et oleks viidatud menetlusautonoomiale ega selle piiridele.[28] Teised kohtuasjad viitavad sellele, et tõhususe kriteerium täiendab menetlusautonoomia kriteeriumi juhul, kui puudub konkreetne direktiivi 89/665 säte, mis olukorda reguleeriks.[29] Mõnikord viitab kasutatud sõnastus sellele, et tõhususe kriteerium on osa menetlusautonoomia kriteeriumist (ja annab sellele erilise sisu).[30]

35. Minu hinnangul on lõpuks oluline tagada, et õigusi, mida Euroopa Liidu õigusega üksikisikutele antakse, kaitstakse pigem rohkem kui vähem. Direktiivi 89/665 artikkel 1 ja direktiivi 98/13 artikkel 1 väljendavad konkreetselt õigust *tõhusale* õiguskaitsevahendile. Seega ei ole võimalik piirata tõhususe põhimõtte analüüsi sellega, kas selline menetlusnõue, nagu on arutlusel põhikohtuasjas, võib muuta selle õiguse teostamise tegelikult võimatuks või ülemäära raskeks. Pigem peab tõhususe kontroll selles konkreetses kontekstis kindlasti hõlmama analüüsi, kas selline nõue võib *õõnestada* õigust tõhusale läbivaatamise korrale, mida need sätted tagavad.

36. Teiseks, millist mõju avaldab harta artiklis 47 ette nähtud õigus tõhusale õiguskaitsevahendile tõhususe põhimõttele kui liikmesriigi menetlusautonoomia piirangule?

37. Sellised menetlusnormid, nagu on arutlusel põhikohtuasjas, kuuluvad selgelt direktiivi 89/665 artikli 1 ja direktiivi 92/13 artikli 1 kohaldamisalasse. Lisaks sellele hõlmab neid reegleid põhiõigus tõhusale õiguskaitsevahendile, mida need sätted konkreetselt väljendavad.[31] Seega on harta artikkel 47 põhikohtuasjale kohaldatav.[32] Õiguspärase käitumise tagatise andmine on mis tahes vaidlustuse või kaebuse menetlemise eeltingimus.[33] Seega piirab see tingimus õigust tõhusale õiguskaitsevahendile

26 — Vt mh kohtuotsused, 12.12.2002, Universale-Bau jt, C-470/99, EU:C:2002:746, punktid 71 ja 72; 28.1.2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punkt 27; ja 30.9.2010, Strabag jt, C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 34.

27 — Selline ühtsuse puudumise tõttu on keeruline prognoosida, milliseid meetodeid kasutab Euroopa Kohus mingil konkreetsel juhul. Vt Prechal, S., Widdershoven, R., „Redefining the Relationship between „Rewe-effectiveness“ and Effective Judicial Protection“, *4 Review of European Administrative Law* (2011), lk 39.

28 — Vt nt kohtuotsused, 12.12.2002, Universale-Bau jt, C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 71, ja 28.1.2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punktid 26–28.

29 — Kohtuotsus, 30.9.2010, Strabag jt, C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 34, ja 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punktid 47, 50 ja 72.

30 — Kohtuotsus, 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punktid 40 (vt eriti sissejuhatavat sõna „Eelkõige ...“) ja 41. Kohtuotsuses, 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punktid 47 ja 48) leidis Euroopa Kohus, et võrdväärsuse ja tõhususe nõuded *väljendavad* liikmesriikide üldist kohustust tagada isikutele Euroopa Liidu õigusest tulenevate õiguste kohtulik kaitse. Sama vormelit korrati kohtumääruses, 24.4.2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, punkt 98). Sarnaselt ühendas Euroopa Kohus tõhususe põhimõtte kui menetlusautonoomia piirangu ja harta artiklis 47 ette nähtud õiguse tõhusale õiguskaitsevahendile kohtuotsuses, 6.10.2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punkt 52 ja seal viidatud kohtupraktika).

31 — Vt mh kohtuotsus, 15.4.2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punkt 44 ja seal viidatud kohtupraktika, ja kohtuotsus, 17.7.2014, Sánchez Morcillo ja Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punkt 35 ja seal viidatud kohtupraktika.

32 — Vt selle kohta kohtuotsus, 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 49. Vt analoogia alusel ka kohtuotsus, 17.12.2015, Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, punkt 51. Ulatuses, milles see on kohaldatav liikmesriikidele, kordab harta artikkel 47 EL lepingu artikli 19 lõike 1 teist lõiku ja väljendab täpselt EL lepingu artikli 4 lõikes 3 ette nähtud lojaalse koostöö põhimõtet. Viimase punkti kohta vt kohtuotsus, 13.3.2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punkt 37.

33 — Erakorralise määruse nr 34/2006 artikli 271[1] lõige 2.

kohtus artikli 47 tähenduses.[34] Selline piirang saab seega olla õigustatud üksnes juhul, kui see on ette nähtud seadusega, arvestab nimetatud õiguste olemust ning on lähtudes proportsionaalsuse põhimõttest vajalik ja vastab tegelikult liidu poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvatele eesmärkidele või kui on vaja kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi.[35] See kriteerium on sarnane sellega, mida Strasbourgi kohus kohaldab, kui ta analüüsib, kas kohtusse pääsemise rahalised piirangud on kooskõlas EIÕK artikli 6 lõikega 1.[36]

38. Taas ei anna Euroopa Kohtu praktika selles osas selgeid juhiseid.[37] Minu arvates on sellistes asjades nagu praegune vaja harta artikli 52 lõikes 1 ette nähtud hinnangut, et tagada harta artikliga 47 üksikisikutele tagatud kaitstuse tase. Teistsuguste meetodite kasutamisel tekiks üllatav (ja minu hinnangul vastuvõetamatu) tulemus, mille puhul võiksid liikmesriigid selle kriteeriumi kohaldamisest pääseda üksnes seetõttu, et nad tegutsesid oma menetlusautonoomia raames valdkonnas, kus liidu seadusandja on tõhusale õiguskaitsevahendile andnud konkreetse sisu.

39. Seetõttu analüüsin järgnevalt seda, kas sellised liikmesriigi õigusnormid nagu need, mida käsitletakse põhikohtuasjas, mis kuuluvad liikmesriigi menetlusautonoomia raamesse, on kooskõlas võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtetega. Samas, arvestades, et nii direktiivi 89/665 kui ka direktiivi 92/13 artikli 1 lõiked 1 ja 3 reguleerivad selliseid reegleid ja et need sätted väljendavad riigihangete konkreetses valdkonnas põhiõigust tõhusale õiguskaitsevahendile, mida tagab harta artikkel 47, teen ma seda, tuginedes sellele, et tõhususe põhimõtte kohaselt tuleb uurida, kas need siseriikliku õiguse normid, mis seda õigust piiravad, on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega, mis on sätestatud harta artikli 52 lõikes 1. Kui nad seda ei ole, õõnestavad nad mõlema direktiivi artikli 1 lõigete 1 ja 3 tõhusust.

*Esialgne režiim*

40. Direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 2 ja direktiivi 92/13 artikli 1 lõige 2 väljendavad konkreetselt võrdväärsuse põhimõtet. See põhimõte eeldab, et asjaomast siseriiklikku õigusnormi tuleb ühtemoodi kohaldada nii liidu õiguse rikkumisest tulenevate hagide puhul kui ka siseriikliku õiguse eiramisest tulenevate hagide puhul, kui neil hagidel on sarnane ese ja alus.[38]

34 — Vt analoogia alusel kohtujuristi ettepanek, Niilo Jääskinen, kohtuasi Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:307, punkt 37. Euroopa Inimõiguste Kohus (edaspidi „Strasbourgi kohus“) leiab, et kohtulõiv või kohtukulude tagamine riivab põhimõtteliselt 4. novembril 1950. aastal Roomas alla kirjutatud Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse konventsiooni (edaspidi „EIÕK“) artikli 6 lõikega 1 kaitstud õigust pöörduda kohtusse, kui makse tegemine on asja menetlemise eeltingimus. Vt mh Strasbourgi kohtu 13. juuli 1995. aasta kohtuotsus Tolstoy Miloslavski *vs*. Ühendkuningriik, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, punktid 59–67; 4. mai 2006. aasta kohtuotsus Weissman jt *vs*. Rumeenia, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, punktid 32–44, ja 12. juuli 2007. aasta kohtuotsus Stankov *vs*. Bulgaaria, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, punkt 53.

35 — Vt mh kohtuotsus, 17.9.2014, Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, punkt 72, ja minu ettepanek, kohtuasi Ordre des barreaux francophones et germanophone jt, C-543/14, EU:C:2016:157, punkt 80.

36 — Strasbourgi kohus on rõhutanud, et kuigi liikmesriikidel on teatav kaalutlusruum, mis võimaldab neil selliseid piiranguid kehtestada, ei tohi need piirangud piirata või vähendada kohtusse pöördumise võimalust viisil, mis kahjustab selle õiguse olemust, nad peavad taotlema õiguspärast eesmärki ning kasutatud vahendite ja taotletava eesmärgi vahel peab olema mõistlik proportsionaalsuse suhe. Vt selle kohta Strasbourgi kohtu 13. juuli 1995. aasta kohtuotsus Tolstoy-Miloslavsky *vs*. Ühendkuningriik, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, punktid 59–67, ja 19. juuni 2001 kohtuotsus Kreuz *vs*. Poola, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, punktid 54 ja 55 (viidatud kohtuotsuses, 22.12.2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punkt 47). Vt ka Strasbourgi kohtu 14. detsembri 2006. aasta kohtuotsus Markovic jt *vs*. Itaalia, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, punkt 99.

37 — Kohtuasjas Orizzonte Salute tegi Euroopa Kohus kindlaks, et direktiivi 89/665 artiklit 1 tuleb tõlgendada, lähtudes harta artiklist 47. Kohus piiras tõhususe põhimõtte analüüsi aga kontrollimisega, kas kõne all olev kohtulõivu süsteem võis muuta Euroopa Liidu riigihankeõigusega antud õiguste teostamise tegelikult võimatuks või ülemäära raskeks (kohtuotsus, 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punktid 49 ja 72). Kohus ei kontrollinud proportsionaalsust harta artikli 52 lõike 1 järgi. Seevastu teistes kohtuasjades on Euroopa Kohus kohaldanud proportsionaalsuse kriteeriumi, et hinnata piiranguid õigusele tõhusale õiguskaitsevahendile kohtus harta artikli 47 alusel. Vt mh kohtuotsused, 18.3.2010, Alassini jt, C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punktid 61–66, ja 26.9.2013, Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, punktid 84–88.

38 — Vt hiljutine kohtuotsus, 12.2.2015, Surigcare, C-662/13, EU:C:2015:89, punkt 30.

41. Ma ei nõustu Star Storage'iga, kui ta väidab, et sellised siseriikliku õiguse normid, nagu on arutlusel põhikohtuasjas, ei ole selle põhimõttega kooskõlas. Kuigi vastab tõele, et nad tekitavad riigihangete vaidlustusmenetluse algatamiseks konkreetse finantskoormuse, ei nõua võrdväärsuse põhimõte erinevat laadi menetlustele (näiteks ühelt poolt tsiviil- ja teiselt poolt haldusmenetlus) või erinevatesse õigusharudesse kuuluvatele menetlustele kohaldatavate siseriikliku õiguse normide võrdset kohtlemist.[39] Lisaks sellele kinnitas Rumeenia valitsus kohtuistungil, et põhikohtuasjas arutlusel olevad siseriikliku õiguse normid on kohaldatavad kõigile hankijate otsuste suhtes algatatud vaidlustusmenetlustele, olenemata sellest, kas riigihankemenetlust reguleerivad Euroopa Liidu riigihanke-eeskirjad või mitte.

42. Mida arvata tõhususe põhimõttest ja harta artikli 52 lõikes 1 ette nähtud proportsionaalsuse kriteeriumist?

43. Puudub vaidlus selle üle, et erakorralise määruse nr 34/2006 artiklitest $271^1$ ja $271^2$ tulenev piirang on *ette nähtud seadusega*.

44. Proportsionaalsuse põhimõtte teine tingimus on, et meetmega tuleb taotleda *õiguspärast eesmärki* (st liidu poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvat eesmärki või kui on vaja kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi). On selge, et kui hankija õiguspärase käitumise tagatise endale jätab, on see tema sissetulekuallikas. Selle tagatise eesmärk ei ole seega kohtusüsteemi rahastamine.[40] Siseriikliku õiguse normidega, millega luuakse õiguspärase käitumise tagatis, soovitakse sisuliselt pigem kaitsta hankijaid, CNSC-d ja kohtuid alusetute vaidlustuste või kaebuste eest, mida ettevõtjad (sh need, kes ei ole pakkujad) võivad esitada muudel põhjustel kui need, milleks vaidlustusmenetlus ette on nähtud.[41] Selline eesmärk on vaieldamatult õiguspärane.[42] Eelkõige võimaldab alusetute vaidlustuste või kaebuste tõrjumine hankijate otsuste läbivaatamise eest vastutavatel asutustel keskenduda „tegelikele" vaidlustustele või kaebustele. See võib aidata kaasa sellele, et täita nõuet, mille järgi peavad liikmesriigid tagama hankijate otsuste tõhusa ja eelkõige võimalikult kiire läbivaatamise, kui väidetakse, et kõnealused otsused on vastuolus riigihankeid reguleerivate Euroopa Liidu õigusnormidega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.[43]

45. Järgmine küsimus puudutab seda, kas selliste siseriikliku õiguse normidega, nagu on arutlusel põhikohtuasjas, on *võimalik seda eesmärki saavutada*.

46. Nagu see menetlus näitab[44], võivad sellised sätted põhjustada olulisi kulutusi ettevõtjale, kelle vaidlustus või kaebus jäetakse rahuldamata või kes sellest loobub.[45] Need kulud võivad lisaks tagatise andmisega seotud kuludele küündida riiklike tarne- ja teenuse osutamise lepingute puhul 25 000 euro väärtuseni ja riiklike ehitustöölepingute puhul 100 000 euro väärtuseni.[46] Kohtuistungil kinnitas Rumeenia valitsus, et esialgse režiimi järgi kaotas vaidlustuse või kaebuse esitaja kogu õiguspärase käitumise tagatise, sest hankija pidi selle endale jätma. Kaebust lahendaval CNSC-l ega kohtul ei ole voli kohustada hankijat jätma konkreetsetest asjaoludest tulenevalt endale üksnes osa õiguspärase käitumise tagatisest.

39 — Kohtuotsus, 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 67 ja seal viidatud kohtupraktika.

40 — See eristab õiguspärase käitumise tagatist kohtulõivudest, mille üle arutleti kohtuotsuses, 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655.

41 — Erakorralise määruse nr 51/2004 seletuskirja kohaselt on vaidlustustel, mis on ilmselgelt alusetud või mille ainus eesmärk on menetluse aeglustamine, mitu kahjulikku tagajärge. Hankijad võivad pakkumismenetluse ebatavaliste viivituste tõttu jääda ilma välisest (sh Euroopa Liidu) rahastusest ega saaks avalikku huvi pakkuvaid projekte ellu viia. Lisaks sellele koormavad alusetud vaidlustused ja kaebused töötajaid, kes tegelevad hankijate kaitsmisega CNSC-s või kohtutes, ning õõnestavad üldisemalt CNSC tõhusust.

42 — Vt analoogia alusel kohtuotsus, 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punktid 73 ja 74. Samasugusel seisukohal on ka Strasbourgi kohus. Vt mh Strasbourgi kohtu 12. juuli 2007. aasta kohtuotsus Stankov *vs.* Bulgaaria, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, punkt 57, ja 3. juuni 2014. aasta kohtuotsus Harrisson McKee *vs.* Ungari, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, punkt 27.

43 — Direktiivi 89/665 ja direktiivi 92/13 artikli 1 lõike 1 kolmas taane.

44 — Vt 10. ja 11. joonealune märkus.

45 — Välja arvatud juhul, kui hankija ei tohi õiguspärase käitumise tagatist artikli $271^2$ lõike 3 järgi endale jätta.

46 — Vt käesolev ettepanek, punkt 55.

47. Minu hinnangul hoiavad sellises suurusjärgus kulutused ära alusetute vaidlustuste ja kaebuste esitamise, sest need jäetakse nende olemuse tõttu suure tõenäosusega rahuldamata ja seetõttu kaasneks sellega automaatselt kogu õiguspärase käitumise tagatise ja sellega seotud kulude kaotamine.[47] Seda järeldust ei sea kahtluse alla ka asjaolu, mida Euroopa Kohus kordas kohtuasjas Orizzonte Salute[48], mille järgi peab Euroopa Liidu riigihankeid puudutavate õigusnormidega reguleeritavates riigihangetes osaleda soovivatel ettevõtjatel olema vastav majanduslik ja finantsseisund. Esmalt kohaldatakse põhikohtuasjas arutlusel olevaid siseriikliku õiguse sätteid kõigile ettevõtjatele, kes vaidlustavad hankijate otsuseid, ja seega mitte üksnes pakkujatele. Järgmiseks ei ole pakkujate majandusliku ja finantsseisundi nõue absoluutne. Direktiivi 2004/18 artikli 47 lõige 2 näeb ette, et ettevõtja võib selle seisundi tõendamiseks kasutada teiste üksuste võimalusi, olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist.[49] Seega ei saa poolt riigihankemenetlusest kõrvaldada üksnes seetõttu, et ta kavatseb selle lepingu täitmiseks kasutada ressursse, mis ei kuulu talle endale, vaid ühele või mitmele muule üksusele.[50] Viimaks on Euroopa Kohtu seisukoht majandusliku ja finantsvõimekuse kohta kohtuasjas Orizzonte Salute võetud seoses oluliselt väiksemate finantspiirangutega õigusele algatada vaidlustusmenetlus, mida käsitletakse praegustes kohtuasjades.[51]

48. Viimane osa proportsionaalsuse kriteeriumist on see, et kõnealused meetmed *ei tohi minna kaugemale sellest, mis on vajalik* eesmärgi saavutamiseks.[52] Kui on võimalik valida mitme sobiva meetme vahel, peab liikmesriik kasutama kõige vähem koormavat meedet ja tekitatud piirangud ei tohi olla taotletava eesmärgi suhtes ebaproportsionaalsed.[53]

49. Esialgse režiimi järgi kaotab vaidlustuse või kaebuse esitaja automaatselt õiguspärase käitumise tagatise, kui tema vaidlustus või kaebus jäetakse rahuldamata või ta sellest loobub. See on nii ka juhul, kui ei esine tegureid, mis viitaksid vaidlustusmenetluse kuritarvitamisele (näiteks seetõttu, et vaidlustus või kaebus on ilmselgelt põhjendamatu või esitati ainult selleks, et riigihankemenetlust aeglustada). Eespool välja toodutega[54] sarnastel põhjustel takistab esialgne režiim seega oluliselt selliste isikute õigust algatada hankijate otsuste vaidlustusmenetlus, kellel on nn põhjendatud nõuded (isegi, kui nende vaidlustus või kaebus lõpuks rahuldamata jäetakse).[55] Seega võib see heidutada märkimisväärset hulka potentsiaalseid menetlusosalisi vaidlustust või kaebust esitamast, kui nad ei ole piisavalt kindlad, et see on edukas. Sellise olukorra näitena võiks tuua näiteks juhud, kus selles küsimuses puudub väljakujunenud kohtupraktika või kui vaidlustuse või kaebusega soovitakse vaidlustada hankija hinnangut, mille suhtes tal on avar kaalutlusruum.

47 — Seda enam kehtiks see pakkujate osas, kes peavad lisaks esitama osalemise tagatise kuni 2% ulatuses riigihankelepingu eeldatavast maksumusest (erakorralise määruse nr 34/2006 artikkel 43[1]). Kuigi Rumeenia valitsus väitis kohtuistungil, et kahel tagatisel on erinevad eesmärgid, on sellegipoolest tõsi, et pakkuja võib ühe riigihankemenetluse käigus neist mõlemast ilma jääda.

48 — Kohtuotsus, 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 64.

49 — Vt ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65) artikli 63 lõige 1.

50 — Kohtuotsused, 2.12.1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punkt 26; 18.3.2004, Siemens ja ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 43; ja 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 ja Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 32.

51 — Selles kohtuasjas oli tavaline analüüsitud kohtulõiv 2000, 4000 või 6000 eurot, olenevalt riigihankelepingu väärtusest.

52 — Vt selle kohta kohtuotsus, 17.12.2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 74.

53 — Vt mh kohtuotsus, 29.4.2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288, punkt 58 ja seal viidatud kohtupraktika.

54 — Käesolev ettepanek, punkt 46.

55 — Laenan selle väljendi Strasbourgi kohtu praktikast, mille kohaselt on EIÕK artikli 13 eesmärk tagada tõhus õiguskaitse „põhjendatud nõuetele“. Vt mh Strasbourgi kohtu 23. juuni 2011. aasta kohtuotsus Diallo *vs.* Tšehhi Vabariik, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, punkt 56.

50. Mulle näib, et sellist negatiivset mõju (ja tõhusa õiguskaitsevahendi õiguse olulist riivet) oleks olnud võimalik vältida ilma alusetute vaidlustuste või kaebuste tõrjumise eesmärki õõnestamata. Kaebuse rahuldamata jätmise või sellest loobumise korral võiks CNSC-l või pädeval kohtul olla vabadus teha kindlaks, kas see vaidlustus või kaebus oli kõiki asjassepuutuvaid asjaolusid [56] arvestades alusetu või mitte ja seejärel otsustada, kas kogu õiguspärase käitumise tagatise (või sellest osa) säilitamine on õigustatud.

51. Seetõttu nõustun ma Star Storage'i, Max Boegli ja komisjoniga, et esialgses režiimis on tegemist harta artiklis 47 ette nähtud tõhusa õiguskaitsevahendi õiguse ebaproportsionaalse piiramisega ja seetõttu õõnestab see direktiivi 89/665 artikli 1 lõigete 1 ja 3 ning direktiivi 92/13 artikli 1 lõigete 1 ja 3 tõhusust. See režiim mõjutab ka selle õiguse olemust, sest praktikas võivad seetõttu konkreetse lepingu sõlmimisest huvitatud ettevõtjad jääda ilma võimalusest vaidlustada hankijate väidetavalt õigusvastaseid otsuseid.

52. Nendel põhjustel järeldan, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõigetega 1 ja 3 ning direktiivi 92/13 artikli 1 lõigetega 1 ja 3 tõlgendatuna koosmõjus harta artikliga 47 on vastuolus sellised siseriikliku õiguse normid nagu põhikohtuasjas, mille kohaselt peab vaidlustuse või kaebuse esitaja andma „õiguspärase käitumise tagatise", et saada õigus algatada hankija riigihangetega seotud otsuste vaidlustusmenetlus, ja mille kohaselt peab hankija jätma selle tagatise endale, kui vaidlustus või kaebus jäetakse rahuldamata või sellest loobutakse, olenemata sellest, kas vaidlustus või kaebus on alusetu või mitte.

*Üleminekurežiim*

53. Nüüd käsitlen ma üleminekurežiimi, mis erineb esialgsest režiimist seeläbi, et vaidlustuse või kaebuse esitaja saab õiguspärase käitumise tagatise tagasi olenemata vaidlustuse või kaebuse tulemusest.

54. Eelnev võrdväärsust puudutav arutluskäik kehtib samavõrd ka siin. [57]

55. Mis puudutab tõhusust, siis on selge, et selline menetlusnõue nagu see, mis tuleneb erakorralise määruse nr 34/2006 artikli $271^1$ lõikest 1, piirab iseenesest selgelt õigust algatada hankija otsuste vaidlustusmenetluse. See nõue on kaebuse sisu analüüsimise eeltingimus. [58] Kuigi vaidlustuse või kaebuse esitaja saab menetluse lõpus oma õiguspärase käitumise tagatise tagasi, kaasneb vaidlustuse või kaebuse esitamisega tema jaoks tingimata finantskoormus. Seega kirjeldab erakorralise määruse nr 34/2006 artikli $271^1$ lõike 3 esimene lause kahte õiguspärase käitumise tagatise andmise võimalust. Kui vaidlustuse või kaebuse esitaja teeb pangaülekande, siis kogu ajavahemikul, mis jääb vaidlustuse või kaebuse esitamise ja CNSC või pädeva kohtu otsuse jõustumise vahele, ei saa ta kasutada tõenäoliselt suurt rahasummat. Seega kannab vaidlustuse või kaebuse esitaja alternatiivkulu: ta ei saa kasutada neid vahendeid teistel eesmärkidel. Kui vaidlustuse või kaebuse esitaja valib panga või kindlustusseltsi väljastatud garantii, siis peab ta kandma sellega seotud kulud. [59]

56. Lisaks sellele tundub mulle, et on selge, et selline menetlusnõue ei kaitse hankijaid küllaldaselt alusetute vaidlustamiste eest. Üleminekurežiimi järgi peab hankija tagastama vaidlustuse või kaebuse esitajale õiguspärase käitumise tagatise viie päeva jooksul alates kuupäevast, mil CNSC otsus või kohtulahend jõustub, isegi kui vaidlustuse või kaebuse esitaja kuritarvitas selgelt oma õigust algatada

56 — Nende asjaolude hulgas võiks olla näiteks see, kas konkreetses õiguslikus küsimuses on olemas väljakujunenud kohtupraktika, kas kaebus üksnes kordab juba varasemat või kas see tugineb vaidlustatud meetme ilmselt valel tõlgendusel või ilmselt valedel faktilistel eeldustel.

57 — Vt käesolev ettepanek, punktid 40 ja 41.

58 — Erakorralise määruse nr 34/2006 artikli $271^1$ lõige 2.

59 — Ei ole selge, kas hankija hüvitab vaidlustuse või kaebuse esitajale need kulud, juhul kui CNSC või kohus vaidlustuse või kaebuse rahuldab. Isegi, kui see on nii, peaks edukas vaidlustuse või kaebuse esitaja sellegipoolest need kulud esialgu ise kandma, et saada õigus algatada vaidlustusmenetlus. Seega on tagatise andmise nõude puhul ikkagi tegemist takistusega.

vaidlustusmenetlus. Seega ei pruugi üleminekurežiimis sisalduvad kulud heidutada ettevõtjat esitamast vaidlustust või kaebust muul eesmärgil kui see, milleks vaidlustusmenetlus on loodud, näiteks konkurendi kahjustamiseks. Ja sellegipoolest võib see olla takistus ettevõtjale, kellel on põhjendatud nõue, kuid piiratud vahendid.

57. Lõpetuseks ei tee üleminekurežiim ega esialgne režiim vahet põhjendatud nõuete ja alusetute nõuete vahel. Vaidlustusmenetluse algatamise õiguse piirang, mis sellega kaasneb, ulatub seega selgelt kaugemale sellest, mis on vajalik alusetute vaidlustuste või kaebuste tõrjumise eesmärgi saavutamiseks.

58. Seetõttu järeldan, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõigetega 1 ja 3 ning direktiivi 92/13 artikli 1 lõigetega 1 ja 3, tõlgendatuna koosmõjus harta artikliga 47, on vastuolus selline siseriikliku õiguse norm nagu üleminekurežiim põhikohtuasjas, mille kohaselt peab vaidlustuse või kaebuse esitaja andma „õiguspärase käitumise tagatise“, et saada õigus hankija otsuste vaidlustamiseks, ja mille kohaselt saab vaidlustuse või kaebuse esitaja selle tagatise vaidlustusmenetluse lõpus automaatselt tagasi, olenemata selle tulemusest.

## Ettepanek

59. Eeltoodust tulenevalt teen ettepaneku, et Euroopa Kohus vastaks Curtea de Apel Bucureşti (Bukaresti apellatsioonikohus, Rumeenia) ja Curtea de Apel Oradea (Oradea apellatsioonikohus, Rumeenia) esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

— 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (muudetud redaktsioonis) artikli 1 lõigetega 1 ja 3 ning 25. veebruari 1992. aasta direktiivi 92/13/EMÜ veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta artikli 1 lõigetega 1 ja 3, tõlgendatuna koosmõjus harta artikliga 47, on vastuolus sellised siseriikliku õiguse normid nagu põhikohtuasjas, mille kohaselt peab vaidlustuse või kaebuse esitaja andma „õiguspärase käitumise tagatise“, et saada õigus vaidlustada hankija riigihangetega seotud otsused, ja mille kohaselt peab hankija jätma selle tagatise endale, kui vaidlustus või kaebus jäetakse rahuldamata või sellest loobutakse, olenemata sellest, kas vaidlustus või kaebus on alusetu või mitte.

— Samade Euroopa Liidu õigusnormidega on vastuolus sellised siseriikliku õiguse normid, mille kohaselt peab vaidlustuse või kaebuse esitaja andma „õiguspärase käitumise tagatise“, et saada õigus hankija otsuste vaidlustamiseks, ja mille kohaselt saab vaidlustuse või kaebuse esitaja selle tagatise vaidlustusmenetluse lõpus automaatselt tagasi, olenemata selle tulemusest.