



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
YVES BOT
esitatud 10. aprillil 2014¹

Kohtuasi C-19/13

Ministero dell'Interno
versus
Fastweb SpA

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Consiglio di Stato (Itaalia))

Riigihanked — Direktiiv 89/665/EMÜ — Riigihanke vaidlustusmenetlus —
Väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise tingimuste puudumine —
Läbivaatamisasutuse õigus tunnistada riigihankeleping kehtetuks — Selle erandi ulatus, mis on
sätestatud direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4 ja mille kohaselt peab see asutus jätma lepingu tagajärjed
kehtima — Võrdse kohtlemise põhimõte — Õigus tõhusale õiguskaitsevahendile

1. Käesolevas eelotsusetaotluses palutakse Euroopa Kohtul täpsustada nende tühistamis- ja
sanksioneerimisvolituste ulatust, mis on antud siseriiklikule kohtule direktiivi 89/665² artikliga 2d, kui
ta tuvastab, et riigihankelepingu sõlmimine otsustatud direktiivis 2004/18/EÜ³ sätestatud avaldamis- ja
konkurentsinoõudeid rikkudes.

2. Direktiivi 89/665 eesmärk on tagada riigihankelepingute sõlmimise nõuete tegelik kohaldamine
sellega, et kõikides liikmesriikides on olemas tõhusad ja kiired vaidlustusmenetlused.⁴
Direktiiviga 2007/66 tehtud muudatusega soovis liidu seadusandja nende menetluste tõhusust
parandada, tugevdades läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise tagatist. Selleks lisas ta direktiivi 89/665
artiklisse 2d sanktsioonid, mis peaksid olema tõhusad ja hoiatavad⁵ ning tagama seega võimalike
pakkujate ja kahju kannatanud ettevõtjate tõhusa kohtuliku kaitse ning aitama võidelda
riigihankeõiguse kõige tõsisemate rikkumistega, st ebaseaduslikult otsustuskorras sõlmitud lepingute
vastu.

3. Niisiis tagavad liikmesriigid direktiivi 89/665 artikli 2d lõike 1 punkti a kohaselt, et hankijast
sõltumatu läbivaatamisasutus tunnistab lepingu kehtetuks, kui hankija on sõlminud lepingu ilma
hanketeate eelneva avaldamiseta *Euroopa Liidu Teatajas* ja hanketeate avaldamata jätmise ei olnud
direktiivi 2004/18/EÜ kohaselt lubatud.

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiv riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus-
ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246) (muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu
11. detsembri 2007. aasta direktiiviga) (ELT L 335, lk 31)) (edaspidi „direktiiv 89/665“).

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

4 — Vt direktiivi 89/665 põhjendus 3 ja artikli 1 lõike 1 kolmas lõik. Vt ka kohtuotsus komisjon vs. Saksamaa (C-503/04, EU:C:2007:432, punkt 35
ja seal viidatud kohtupraktika).

5 — Vt direktiivi 2007/66 põhjendused 27 ja 28.

4. Sellel põhimõttel on siiski üks erand, mis on sätestatud direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4 ja mille ulatust tuleb siin nüüd analüüsida.

5. See säte on sõnastatud järgmiselt:

„Liikmesriigid näevad ette, et käesoleva artikli lõike 1 punkti a ei kohaldata, kui:

- tellija leiab, et lepingu sõlmimine ilma lepinguteate eelneva avaldamiseta *Euroopa Liidu Teatajas* on direktiivi 2004/18[...] kohaselt lubatud;
- tellija on avaldanud *Euroopa Liidu Teatajas* käesoleva direktiivi artiklis 3a kirjeldatud teate oma kavatsuse kohta sõlmida leping; ja
- lepingut ei ole sõlmitud enne kümne kalendripäeva pikkuse tähtaja möödumist alates teate avaldamisele järgnevast päevast [...].”

6. Vastavalt direktiivi 89/665 artiklile 3a peab hankija teates oma kavatsuse kohta sõlmida leping, ära näitama oma nime ja kontaktandmed. Ta peab ka kirjeldama lepingu eset ja põhjendama, miks ta otsustas sõlmida lepingu ilma hanketeate eelneva avaldamiseta *Euroopa Liidu Teatajas*. Ta peab samuti ära märkima selle ettevõtja nime ja kontaktandmed, kes otsustati tunnistada edukaks, ning vajadusel lisama mis tahes muu teabe, mida ta vajalikuks peab.

7. Direktiivi 89/665 artikli 2d lõike 4 eesmärk on lihtsustada vaidlustamist enne lepingu sõlmimist, sest kui avaldatakse teade kavatsuse kohta sõlmida leping,⁶ ja lepingu allkirjastamine peatatakse vähemalt 10 päevaks, saab kohus riigihankelepingute sõlmimise nõuete rikkumise kohta teha otsuseõigeaegselt.⁷

8. Consiglio di Stato (Itaalia) küsib oma eelotsusetaotlusega Euroopa Kohtult, kuidas tuleks seda õigusnormi tõlgendada ja kas see on kehtiv, võttes arvesse võrdse kohtlemise põhimõtet, mis on kohtupraktika kohaselt liidu õiguse aluspõhimõte, ja õigust tõhusale õiguskaitsevahendile, mis on omakorda sätestatud Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta”) artiklis 47.

9. See eelotsusetaotlus esitati vaidluse raames, mille pooled on Ministero dell’Interno (siseministeerium) ja Fastweb SpA (edaspidi „Fastweb”). Selle vaidluse ese on riigihankelepingu sõlmimine Telecom Italia SpA-ga (edaspidi „Telecom Italia”) elektroonilise side teenuste osutamiseks seitsme aasta vältel ja lepingu maksumus 521 500 000 eurot.

10. Käesolevas kohtuasjas ei ole vaidlust küsimuses, et Ministero dell’Interno ei järginud riigihankelepingute sõlmimise nõudeid, sest ta otsustas läbirääkimistega menetlustes sõlmida selle lepingu, avaldamata eelnevalt *Euroopa Liidu Teatajas* hanketeadet.

11. Consiglio di Stato leidis 8. jaanuari 2013. aasta otsuses, et lepingu sõlmimise otsus oli ebaseaduslik ja tühistas selle.

12. Consiglio di Stato tuvastas, et Ministero dell’Interno oli siiski avaldanud *Euroopa Liidu Teatajas* teate oma kavatsuse kohta sõlmida leping Telecom Italiaga ja mis vastas direktiivi 89/665 artiklis 3a sätestatud nõuetele. Ta nõustus ka, et Ministero dell’Interno järgis minimaalset 10-päevast ooteaega, mis peab jääma lepingu sõlmimise otsuse ja lepingu allkirjastamise vahele. Selle direktiivi artikli 2d lõike 4 kohaselt on siseriiklik kohus seega kohustatud jätma lepingu tagajärjed kehtima hoolimata lepingu ebaseaduslikkusest.

6 — Seda teadet nimetatakse ka „vabatahtlik eelnev avalikustamisteade”.

7 — Vt direktiivi 2007/66 põhjendus 28.

13. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tekkis selles olukorras küsimus, missugune on siseriiklikule kohtule antud tühistamis- ja sanktsioneerimisvolituste ulatus.

14. Neil asjaoludel otsustas Consiglio di Stato menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas direktiivi [89/665] artikli 2d lõiget 4 tuleb tõlgendada nii, et kui hankija – enne hanketeate avaldamiseta valitud kindla ettevõtja otsustuskorras lepingu sõlmimist – on avaldanud *Euroopa Liidu Teatajas* vabatahtliku eelneva avalikustamisteate ja on oodanud lepingu sõlmimisega vähemalt kümme päeva, siis on automaatselt – alati ja igal juhul – välistatud, et liikmesriigi kohus tunnistab lepingu tühiseks, kuigi ilmneb selliste õigusnormide rikkumine, mis lubavad teatud tingimustel otsustada lepingu sõlmimine ilma hankemenetlust korraldamata?
2. Kas direktiivi [89/665] artikli 2d lõige 4 – kui seda tõlgendada nii, et on välistatud võimalus tunnistada leping siseriikliku õigusnormi (halduskohtumenetluse seadustiku artikkel 122) alusel tühiseks, kuigi kohus on tuvastanud selliste õigusnormide rikkumise, mis lubavad teatud tingimustel otsustada lepingu sõlmimine ilma hankemenetlust korraldamata – on kooskõlas poolte võrdsuse, diskrimineerimiskeelu ja konkurentsi kaitsmise põhimõtetega ning tagab õiguse tõhusale õiguskaitsevahendile, mis on sätestatud [...] harta artiklis 47?”

15. Põhikohtuasja pooled, Itaalia, Austria ja Poola valitsus ning Euroopa Parlament, Euroopa Liidu Nõukogu ja Euroopa Komisjon esitasid seisukohad.

16. Ma järeldan käesolevas ettepanekus, et direktiivi 89/665 eesmärgi ega artikli 2d sõnastusega ei ole vastuolus see, kui liikmesriik tunnistab läbivaatamisasutuse õigust vabalt hinnata, millises ulatuses tuleb *Euroopa Liidu Teatajas* eelnevalt hanketeadet avaldamata sõlmitud leping kehtetuks tunnistada juhul, kui ta tuvastab, et hoolimata *Euroopa Liidu Teatajas* teate avaldamisest lepingu sõlmimise kavatsuse kohta ja minimaalse 10-päevase ooteaja järgimisest lepingu sõlmimise otsuse ja lepingu allkirjastamise vahel, on hankija teadlikult ja tahtlikult rikkunud direktiivis 2004/18 sätestatud avaldamis- ja konkrentsinõudeid.

I. Põhikohtuasja faktilised asjaolud

17. Ministero dell'Interno korrakaitseosakond sõlmis 2003. aastal Telecom Italiaga telekommunikatsiooniteenuste korraldamise ja arendamise lepingu, mille lõppemise tähtajaks oli määratud 31. detsember 2011.

18. Lepingu lõppemist silmas pidades määras Ministero dell'Interno 15. detsembri 2011. aasta otsusega Telecom Italia uuesti oma tarnijaks ja tehnoloogiapartneriks nende teenuste korraldamisel ja arendamisel.

19. Ministero dell'Interno leidis, et ta võib teha otsuse sõlmida leping väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluses, tuginedes 12. aprilli 2006. aasta seadusandliku dekreeedi nr 163, millega kehtestatakse ehitustööde, teenuste ja tarnete riigihankelepingute seadustik ning võetakse üle direktiivid 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)⁸, artikli 57 lõike 2 punktile b, millega võetakse Itaalia õiguskorda üle direktiivi 2009/81/EÜ⁹ artikli 28 lõike 1 punkt e.

20. Vastavalt viimati nimetatud õigusnormile võib hankija sõlmida lepingu väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluses, „kui tehnilistel või ainuõiguste kaitsega seotud põhjustel saab riigihankelepingu sõlmida ainult ühe konkreetse ettevõtjaga”.

21. Käesoleval juhul leidis Ministero dell'Interno, et Telecom Italia on ainus ettevõtja, kes on võimeline teenuste riigihankelepingut täitma, ning seda tehnilistel ja (teatavate) ainuõiguste kaitsega seotud põhjustel.

22. See otsus esitati hindamiseks Avvocatura Generale dello Stato'le, kes andis 20. detsembril 2011 kavandatava menetluse õiguspärasusele positiivse hinnangu.

23. Ministero dell'Interno avaldas samal päeval *Euroopa Liidu Teatajas* teate oma kavatsuse kohta sõlmida Telecom Italiaga leping, mille ese on „korrakaitseosakonnale ja karabinjeeride väeüksusele selliste elektrooniliste sideteenuste osutamine nagu telekommunikatsioon- ja mobiiltelefoni ning andmeedastusteenused, järgides riigi julgeoleku huvides teabe konfidentsiaalsuse ja infoturbe tingimusi”.

24. Ministero dell'Interno tegi 22. detsembril 2011 haldusotsuse, milles palus Telecom Italial osaleda läbirääkimistes, mis olid kavandatud 23. detsembrile 2011.

25. Pooled allkirjastasid raamlepingu 31. detsembril 2011, s.o pärast alates *Euroopa Liidu Teatajas* teate avaldamise kuupäevast arvestatud 10-päevase tähtaja möödumist, seitsmeks aastaks ja maksumusega 521 500 000 eurot.

26. Riigihanke aruanne avaldati *Euroopa Liidu Teatajas* 16. veebruaril 2012.

27. Fastweb esitas tühistamiskaebuse Tribunale amministrativo regionale per il Laziole (Lazio maakonna halduskohus), kes Itaalias lahendab riigihankevaidlusi. Fastweb palus, et lepingu sõlmimise otsus tunnistataks tühiseks ja kehtetuks põhjendusel, et täidetud ei ole väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamise tingimused, mis on sätestatud direktiivi 2009/81 artikli 28 lõike 1 punktis e.

28. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio rahuldab selle kaebuse. Ta leidis, et Ministero dell'Interno esitatud andmed ja viidatud asjaolud ei ole käsitatavad „tehniliste põhjustena” seadusandliku dekreediga nr 163/2006 artikli 57 lõike 2 punkti b tähenduses, pigem on tegemist otstarbekuse põhjuste ja raskustega, mis võivad tekkida, kui teenusleping sõlmitakse mõne teise ettevõtjaga. Olles lepingu sõlmimise otsuse tühistanud, leidis Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, et ta ei saa tunnistada lepingut kehtetuks, sest Ministero dell'Intero oli täitnud läbipaistvuskohustust ja järginud nõutud minimaalset 10-päevast ooteaega, mis on sätestatud halduskohtumenetluse seadustiku artikli 121 lõikes 5, millega on Itaalia õiguskorda üle võetud direktiivi 89/665 artikli 2d lõige 4.

8 — *GURI* nr 100 regulaarne lisa, 2.5.2006. Dekreet, mida on muudetud 11. septembri 2008. aasta seadusandliku dekreediga nr 152 (*GURI* nr 231 regulaarne lisa, 2.10.2008) (edaspidi „seadusandlik dekreet nr 163/2006”).

9 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. juuli 2009. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (ELT L 216, lk 76) (muudetud komisjoni 30. novembri 2011. aasta määrusega (EL) nr 1251/2011 (ELT L 319, lk 43)) (edaspidi „direktiiv 2009/81”). Direktiivi 2009/81 artikli 28 lõike 1 punkti e on sisuliselt samasuguses sõnastuses üle võetud direktiivi 2004/18 artikli 31 lõike 1 punkt b.

29. Küll leidis Tribunale amministrativo regionale per il Lazio aga, et need õigusnormid ei takista tal tunnistamast lepingut kehtetuks halduskohtumenetluse seadustiku artikli 122 alusel alates 31. detsembrist 2013.

30. Ministero dell'Interno ja Telecom Italia esitasid selle kohtuotsuse peale Consiglio di Statole apellatsioonkaebuse.

31. Viimane jättis kõnesoleva lepingu sõlmimise otsuse tühistamise muutmata. Ta leidis ka, et hankija ei ole õiguslikult piisavalt tõendanud, et väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamisingimused olid täidetud. Ta asus selles küsimuses seisukohale, et kõigist esitatud seisukohtadest ja dokumentidest, sh tehnilisest aruandest ilmneb mitte niivõrd see, et objektiivselt ei ole võimalik sõlmida teenuslepingut mõne teise ettevõtjaga, kuivõrd pigem see, et niisugune lahendus ei ole väidetavalt otstarbekas peamiselt seetõttu, et Ministero dell'Interno hinnangul tooks see kaasa muudatusi ja kulusid ning nõuaks kohanemisaega.

32. Consiglio di Stato soovib aga teada, missugused on järeldused, mis tuleb niisugusest tühistamisest teha kõnesoleva lepingu tagajärgede osas, võttes arvesse põhimõtteid, mille liidu seadusandja on sätestanud direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4.

II. Itaalia õigus

33. Direktiiv 89/665 võeti Itaalia õiguskorda üle 20. märtsi 2010. aasta seadusandliku dekreediga nr 53, mille sisu lisati hiljem halduskohtumenetluse seadustiku artiklisse 120 jj.

34. Halduskohtumenetluse seadustiku artikli 121 lõikega 1 võeti Itaalia õiguskorda üle direktiivi 89/665 artikli 2d lõige 1. Selles on sätestatud, et kohus, kes tühistab lõpliku otsuse lepingu sõlmimise kohta, tunnistab lepingu kehtetuks järgmistel juhtudel – täpsustades sõltuvalt poolte nõuetest ning hinnangust hankija rikkumise raskusastmele ja faktilisele olukorrale, kas kehtetus on piiratud ainult sooritustega, mis jäävad otsuse avaldamise kuupäeval veel osutada, või on see tagasiulatav:

- lõplik otsus lepingu sõlmimise kohta tehti *Euroopa Liidu Teatajas* või väljaandes *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* eelnevalt hanketeadet avaldamata, kui see avaldamine on seadusandlikus dekreedis nr 163/2006 ette nähtud;
- lõplik otsus lepingu sõlmimise kohta tehti väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluses või otsustuskorras, ilma et see oleks lubatud, ning see tõi kaasa teate avaldamata jätmise *Euroopa Liidu Teatajas* või väljaandes *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, kui see avaldamine on seadusandlikus dekreedis nr 163/2006 ette nähtud.

35. Direktiivi 89/665 artikli 2d lõige 4 võeti üle halduskohtumenetluse seadustiku artikli 121 lõikega 5, milles on nähtud ette, et selle artikli lõike 1 punktides a ja b ette nähtud lepingu kehtetust ei kohaldata, kui hankija on:

- enne hankemenetluse alustamist põhistanud otsusega tuvastanud, et menetlus *Euroopa Liidu Teatajas* või väljaandes *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* hanketeadet avaldamata on seadusandliku dekreeidi nr 163/2006 alusel lubatud;
- avaldanud ühenduse piirmääras hangete puhul *Euroopa Liidu Teatajas* ja alla seda jäävate hangete puhul väljaandes *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* vabatahtliku eelneva hanketeate seadusandliku dekreeidi nr 163/2006 artikli 79bis tähenduses, milles ta annab teada oma kavatsusest sõlmida leping;

— sõlminud lepingu pärast 10 kalendripäeva möödumist selles punktis b osundatud teate avaldamise kuupäevast.

36. Halduskohtumenetluse seadustiku artiklis 122 on lisatud, et välja arvatud selle seadustiku artikli 121 lõikes 1 nimetatud juhtudel otsustab lepingu sõlmimise otsuse tühistanud kohus, kas ja millisesst kuupäevast on leping kehtetu, võttes sealjuures arvesse eelkõige poolte huve, hinnates tuvastatud vigadest lähtudes kaebaja tegelikku võimalust saavutada see, et leping sõlmitakse temaga, hinnates lepingu täitmise seisu ja võimalust astuda lepingusse juhtudel, mil hankemenetluses tehtud viga ei eelda kohustust menetlust otsast alustada ja on esitatud lepingusse astumise taotlus.

37. Direktiivi 89/665 artikkel 3a, mis käsitleb teate sisu ja vormi vabatahtliku eelneva avalikustamisteate korral, on üle võetud seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikliga 79bis.

III. Õiguslik analüüs

38. Ma otsustasin analüüsida Consiglio di Stato esitatud kahte küsimust koos.

39. Ta küsib nendega Euroopa Kohtult sisuliselt, kas direktiivi 89/665 artikli 2d lõike 4 kohaselt, tõlgendatuna koostoimes võrdse kohtlemise põhimõtte ja õigusega tõhusale õiguskaitsevahendile, on siseriiklik kohus kohustatud ükskõik missugustel asjaoludel jätma hanketeadet avaldamata sõlmitud lepingu tagajärjed kehtima, kui hankija avaldas *Euroopa Liidu Teatajas* teate oma kavatsuse kohta sõlmida leping, ning järgis selles õigusnormis ette nähtud minimaalset 10-päevast ooteaega lepingu sõlmimise otsuse tegemise ja lepingu allkirjastamise vahel.

40. Ma ei arva nii. Mina leian, et direktiivi 89/665 artikli 2d lõige 4 ei saa tekitada niisugust iseeneslikku tagajärge, vastasel juhul satuks ohtu nende õigusnormide kasulik mõju, mille liidu seadusandja on direktiivi 2007/66 raames kehtestanud, ning võib juhtuda, et rikutakse aluspõhimõtteid, millest tuleks seadusandja arvates kahju kannatanud ettevõtja huvides kinni pidada.

41. Direktiivi 2004/18 artiklis 2 „Lepingute sõlmimise põhimõtted” on nähtud ette, et hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning getutsevad läbipaistval viisil.

42. Euroopa Kohus on selles kontekstis leidnud, et pakkujate või taotlejate võrdse kohtlemise põhimõte on riigihangete valdkonnas liidu õiguse aluspõhimõte.¹⁰ Selle põhimõtte järgimine peab võimaldama tagada Euroopa Liidus teenuste vaba liikumise ning selle eesmärk on soodustada terve ja tegeliku konkurentsi arengut asjaomaste ettevõtjate vahel kõikides liikmesriikides.¹¹ Nagu Euroopa Kohus on meenutanud, on sellega niisiis vastuolus see, kui hankemenetluses toimuvad mis tahes läbirääkimised hankija ja mõne pakkuja vahel. Võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine eeldab mitte üksnes kodakondsuse alusel diskrimineerimise puudumist, vaid ka kohustust tagada riigihankelepingute sõlmimise menetluse läbipaistvus.¹² Läbipaistvuse eesmärk on peamiselt tagada kõigile

10 — Vt minu arutluskäiku selle põhimõtte teemal minu ettepanekus kohtuasjas Wall (C-91/08, EU:C:2009:659, ettepaneku punkt 34 jj).

11 — Vt eelkõige kohtuotsus Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 28). Vt ka kohtuotsus Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), milles Euroopa Kohus täpsustas, et „[EÜ artiklite 43 ja 49] ning võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtete, samuti neist tuleneva läbipaistvuskohustuse eesmärgid on identsed [nõukogu 18. juuni 1992. aasta] direktiivi [92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1; ELT erivaljaanne 06/01, lk 322) (muudetud komisjoni 13. septembri 2001. aasta direktiiviga 2001/78/EÜ) (EÜT L 285, lk 1; ELT erivaljaanne 06/04, lk 94)] eesmärkidega, mis käsitlevad teenuste osutamise vabadust ja avatust ausale konkurentile liikmesriikides” (punkt 48).

12 — Vt kohtuotsus komisjon vs. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 109 ja seal viidatud kohtupraktika) ja kohtuotsus Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, punkt 49 ja seal viidatud kohtupraktika).

potentsiaalsetele pakkujatele hankemenetluses piisav teave, mis võimaldab tagada konkurentsile avatud teenuste turu ning kontrollida menetluse erapooletust.¹³ See peab seega välistama ohu, et hankija kedagi soosiks või tegutseks omavoliliselt, et nendel pakkujatel oleksid võrdsed võimalused oma pakkumuste koostamisel.¹⁴

43. Sellised kohustused loovad ettevõtjatele õigused, millele siseriiklikus kohtus peab olema tagatud tõhus kohtulik kaitse. Siseriiklikul kohtul peab seega olema võimalik tagada oma lahendite täitmine täies ulatuses ning määrata tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatava mõjuga sanktsioonid, et kindlustada riigihanke eeskirjadetaielik toime.

44. Nende põhimõtete tõhusa kohaldamise tagamiseks ja asjaomaste pakkujate tõhusaks õiguskaitses hankija onupoliitika ja omavoli eest otsustaski liidu seadusandja tugevdada direktiivis 2007/66 nende vaidlustusmenetluste tõhusust, mille on liikmesriikides algatanud isikud, kelle huvides on saavutada, et nendega sõlmitaks teatud leping, ja keda on väidetava rikkumisega kahjustatud.¹⁵

45. Direktiivis 89/665 on põhimõtteliselt sätestatud ainult minimaalsed nõuded, millele siseriiklikes õiguskordades kehtestatud vaidlustusmenetlused peavad vastama,¹⁶ ning vastavalt direktiivi 2007/66 põhjendusele 20 ei välista see karmimate sanktsioonide kohaldamist siseriiklike õigusaktide alusel, millega järgitakse vastavalt viimati nimetatud direktiivi põhjendusele 34 liikmesriikide menetlusautonoomia põhimõtet.

46. Direktiivi 89/665 artikli 1 lõikes 1 on seega liikmesriikidelt nõutud, et nad tagaksid igale kahju kannatanud ettevõtjale hankijate ebaseaduslike otsuste puhul tõhusa ja võimalikult kiire õiguskaitselahendidirektiivi artiklites 2-2f sätestatud tingimustel.¹⁷

47. Selleks on nad selle direktiivi artikli 2 lõike 1 kohaselt kohustatud andma läbivaatamisasutusele järgmised volitused:

- õiguse võtta esialgse õiguskaitses abinõusid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks;
- õiguse tühistada ebaseaduslikud otsused ja
- õiguse määrata kahju kannatanud isikutele kahjuhüvitisi.

48. Direktiivi 89/665 artikli 2 lõikes 7 on liidu seadusandja andnud liikmesriikidele õiguse määrata liikmesriigi õiguses vabalt kindlaks nende volituste kasutamise mõju juba sõlmitud lepingule.

49. Liidu seadusandja välistab selle õiguse siiski selle direktiivi artiklites 2d-2f nimetatud juhtudel ja eelkõige juhtudel, mil siseriiklik kohus tunnistas lepingu direktiivis 2004/18 sätestatud avaldamis- ja konkurentsinoorte rikkumise tõttu kehtetuks. Niisugusel juhul on ta seega otsustanud läbivaatamisasutuse volitusi piirata, nähes sõnaselgelt ette tagajärjed, mis peavad sellise lepingu kehtetuks tunnistamise kaasnema.

13 — Vt kohtuotsus Wall (EU:C:2010:182, punkt 36 ja seal viidatud kohtupraktika).

14 — Vt kohtuotsus komisjon vs. Belgia (C-87/94, EU:C:1996:161, punktid 54-56).

15 — Vt eelkõige selle direktiivi põhjendused 3 ja 4. Vt ka kohtuotsus komisjon vs. Austria (C-212/02, EU:C:2004:386, punktid 20-22).

16 — Vt kohtuotsus Strabag jt (C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 33 ja seal viidatud kohtupraktika).

17 — Vt ka kohtuotsus GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, punkt 44 ja seal viidatud kohtupraktika).

50. Näiteks on direktiivi 89/665 artikli 2d „Tühisus” lõike 1 punktis a nõutud, et läbivaatamisasutus tunnistas lepingu kehtetuks, kui hankija on otsustanud sõlmida lepingu ilma hanketeate eelneva avaldamiseta *Euroopa Liidu Teatajas* ja hanketeate avaldamata jätmise ei olnud direktiivi 2004/18/EÜ kohaselt lubatud. Säte on sõnastatud selgelt ja liikmesriikidele ei ole jäetud põhimõtteliselt mingit kaalutlusruumi.

51. Liidu seadusandja põhjendab seda piiramist direktiivi 2007/66 põhjenduses 13 nii, et Euroopa Kohus on ebaseaduslikult otsustuskorras lepingute sõlmimist oma kohtupraktikas nimetanud riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide kõige tõsisemaks rikkumiseks.¹⁸ Ta leiab, et seega tuleb ette näha tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad sanktsioonid; seetõttu tuleb niisugune leping tunnistada tühiseks.

52. Selles olukorras tuleb märkida, et kui läbivaatamisasutus tuvastab, et riigihankelepingu sõlmimise otsustamine väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluses on ebaseaduslik, peab ta lepingu kehtetuks tunnistama ja tunnistama selle tühiseks, et taastada konkurents ja luua uued ärivõimalused kahju kannatanud ettevõtjale.¹⁹

53. Selle põhimõtte rangust leevendab siiski direktiivi 89/665 artikli 2d lõige 2, sest liidu seadusandja on liikmesriikidele andnud õiguse määrata vabalt kindlaks lepingu kehtetuks tunnistamise tagajärjed.

54. Lisaks on sellel põhimõttel erand, mis on sätestatud selle direktiivi artikli 2d lõikes 4 ning mille sõnastust ja ulatust me peamegi nüüd tõlgendama.

55. Meenutan, et selles õigusnormis on sätestatud, et „[l]iikmesriigid näevad ette, et käesoleva artikli lõike 1 punkti a ei kohaldata, kui”:

- hankija leidis, et lepingu sõlmimine ilma hanketeate eelneva avaldamiseta on direktiivi 2004/18/EÜ kohaselt lubatud;
- hankija täitis enne lepingu allkirjastamist läbipaistvuskohustust, avaldades *Euroopa Liidu Teatajas* vabatahtliku eelneva avalikustamisteate; ja
- pidas kinni minimaalsest 10-päevasest ooteajast *Euroopa Liidu Teatajas* teate oma kavatsuse kohta sõlmida leping avaldamise ja selle lepingu sõlmimise vahel.

56. Parlament ja komisjon kinnitasid kohtuistungil, et need tingimused peavad tõesti olema korraga täidetud.

57. Direktiivi 2007/66 põhjendustest 13, 14 ja 26 ilmneb väga selgelt, et selle erandi kehtestamisega püüab liidu seadusandja omavahel kokku sobitada erinevaid mängusolevaid huve, st kahju kannatanud ettevõtja huve, mille rahuldamine eeldab võimalust esitada enne lepingu sõlmimist kaebus ja ebaseaduslikult sõlmitud lepingu kehtetuks tunnistamist, samuti hankija ja väljavalitud ettevõtja huve, mis eeldavad, et välditakse õiguslikku ebakindlust, mis võib lepingu kehtetusega tekkida.

58. Direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4 on liidu seadusandja kasutanud kohustusele viitavat sõnastust ja kuna tekstis puuduvad muud juhised, nõuab see õigusnorm läbivaatamisasutuselt, et kui kõik kolm tingimust on täidetud, peab ta jätma kehtetuks tunnistatud lepingu tagajärjed ometi kehtima selleks, et hoida tasakaalu, mida püütakse erinevate asjaomaste poolte vahel saavutada.

18 — Vt kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 37).

19 — Direktiivi 2007/66 põhjendus 14.

59. Ma arvan, et lisades direktiivi 89/665 esialgsesse redaktsiooni eraldi sätte, mis on nii konkreetne nagu artikli 2d lõige 4, soovis liidu seadusandja kehtestada üldist nõuet, mis on siduv kõikidele liikmesriikidele. Vastupidi teistele õigusnormidele, milles ta on jätnud sõnaselgelt liikmesriikide ülesandeks määrata oma menetlusautonoomia raames kindlaks tagajärjed, mis tuleb lepingu kehtetuks ja tühiseks tunnistamisest teha,²⁰ ei näi direktiivi 89/665 artikli 2d lõige 4 võimaldavat nendel riikidel määrata rangemat sanktsioonidirektiivi 2007/66 põhjenduse 20 tähenduses ja eelkõige otsustada, et leping on tühine.

60. Kas see tähendab aga – nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus meilt sõnaselgelt küsib –, et see, et läbivaatamisasutus tunnistab lepingu tühiseks, „on automaatselt – alati ja igal juhul – välistatud”?

61. Ma arvan, et selle asutuse kaalutlusruum seisneb kohtulikus järelevalves, mida ta peab teostama selle üle, kas direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4 sätestatud tingimused ja eelkõige esimene tingimus on täidetud. Kui see asutus tuvastab, et selles õigusnormis sätestatud tingimused on täidetud, on ta seega kohustatud lepingu tagajärjed vastavalt selle õigusnormi sõnastusele ja eesmärgile kehtima jätma.

62. Seevastu siis, kui läbivaatamisasutus tuvastab oma kohtuliku kontrolli tulemusena, et need tingimused ei ole täidetud, peab ta tunnistama lepingu vastavalt direktiivi 89/665 artikli 2d lõike 1 punktis a sätestatud nõudele tühiseks ning tal on seda tehes kaalutlusruum, mille annab talle selle direktiivi artikli 2d lõige 2.

63. Läbivaatamisasutuse kaalutlusruum sõltub seega tema kohtuliku kontrolli tulemusest.

64. Mina rõhutan selle kontrolli ulatust kahel põhjusel.

65. Esimene on seotud nende eesmärkide saavutamise, mida liidu seadusandja direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 kohaselt taotleb, ja eelkõige vajadusega näha otsuste puhul, mille hankijad on teinud riigihankeõigust rikkudes, ette tõhusad õiguskaitsevahendid.

66. Kohtulik järelevalve on oluline selleks, et tagada võrdse kohtlemise põhimõtte ja sellest tuleneva läbipaistvuskohustuse järgimine ning määrata vajadusel tõhus ja hoiatav sanktsioon.

67. See kontroll on vajalik ka siis, kui me tahame tagada kahju kannatanud ettevõtja õiguskaitsevahendi tõhususe, nagu näeb ette harta artikkel 47. Meenutagem, et direktiivi 2007/66 põhjenduse 36 kohaselt kohustub liidu seadusandja tagama, et selle „direktiiviga tunnustatakse põhiõigusi ja järgitakse iseäranis Euroopa Liidu põhiõiguste hartas tunnustatud põhimõtteid” ning eelkõige et harta artiklis 47 sätestatud õigusest tõhusale õiguskaitsevahendile peetakse täielikult kinni. Õigusest tõhusale õiguskaitsevahendile kinnipidamine eeldab aga, et siseriiklikul kohtul oleks kaalutusõigus selle hindamisel, kas on järgitud kohaldatavat õigust, ja käesoleval juhul kas on täidetud direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4 sätestatud tingimused.

68. Teine põhjus on seotud sõnastusega, mida liidu seadusandja on selle direktiivi artikli 2d lõike 4 esimeses taandes nimetatud esimese tingimuse sätestamisel kasutanud.

20 — Vt eelkõige direktiivi 89/665 artikli 2d lõige 3, millega on selle artikli lõikes 1 osundatud põhimõtet leevendatud, märkides et „[l]iikmesriigid võivad ette näha, et kuigi leping on [...] sõlmitud ebaseaduslikult, võib [...] järelevalveasutus jätta lepingu tühiseks tunnistamata, kui järelevalveasutus leiab [...], et teatavad olulise avaliku huviga seotud põhjused nõuavad lepingu mõju säilitamist”. Selle sätte sõnastus on selge: liidu seadusandja on ilmselgelt andnud siseriiklikule kohtule kaalutusõiguse kõige sobivama sanktsioonikindlaksmääramisel, kui esinevad ülekaalukast üldisest huvist tulenevad põhjused.

69. Meenutan, et selle sätte kohaselt on siseriiklik kohus kohustatud ebaseaduslikult sõlmitud lepingu tagajärjed kehtima jätma, kui „[hankija] *leiab*, et lepingu sõlmimine ilma lepinguteate eelneva avaldamiseta *Euroopa Liidu Teatajas* on direktiivi 2004/18/EÜ kohaselt lubatud”.²¹

70. Mulle näib aga, et eespool nimetatud eesmärgi on väga raske saavutada, kui hankijale jäetakse nii ulatuslik kaalutlusruum nagu selle õigusnormi raames, ilma et selle üle teostataks mingit kohtulikku kontrolli.

71. Niisugusel kujul on see tingimus nimelt puhtalt üksnes hankija suvast sõltuv ja kahju kannatanud ettevõtja kohtulikku kaitset on rikutud.²²

72. Esiteks tähendaks see anda hankijale – arvestamata direktiivi 89/665 sätete sõnastust, konteksti ja eesmärgi – õigus vabalt valida, kas ta korraldab hankemenetluse või mitte ning järgib seega direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud läbipaistvuse ja diskrimineerimiskeelu põhimõtteid või mitte, tagades talle sellega, et avaldamisnõudeid rikkudes sõlmitud leping ei ole tühine, kui ta kõigest hoolimata on siiski *Euroopa Liidu Teatajas* avaldanud teate oma kavatsuse kohta sõlmida leping, ning järginud minimaalset 10-päevast ooteaega. Kõrvaletõrjutud ettevõtjal oleks sellisel juhul tegelikult ainult võimalus esitada kahju hüvitamise nõue, mis ei võimalda ebaseaduslikult sõlmida otsustatud lepingu puhul kuulutada välja uut hanget.

73. See on aga ilmselgelt paradoks.

74. Meenutan, et direktiivi 89/665 sõnaselge eesmärk on tugevdada riigihankemenetluste raames läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise tagatist, et kindlustada kahju kannatanud ettevõtjale täielik õiguskaitse.²³ Meenutan ka, et liidu seadusandja otsustas vaidlustusmenetluste tõhusust direktiivis 2007/66 suurendada, et võidelda ebaseaduslikult otsustuskorras lepingute sõlmimise vastu ja kaitsta võimalikke pakkujaid hankija omavoli eest.²⁴

75. Teiseks võimaldab see tingimus praegusel kujul hankijal teha lepingu sõlmimise otsus ebaseaduslikult otsustuskorras, mis on vastuolus direktiiviga 2004/18 kehtestatud nõuetega, kui ta täidab minimaalsed formaalsused ja riskib minimaalse sanktsiooniga, ning võib seega talle antud õigusi kuritarvitada.

76. Nagu märgib Fastweb oma seisukohtades, on nii lihtsam sõlmida riigihankeleping ettevõtjaga omal valikul selle asemel, et viia läbi nõuetekohane hankemenetlus, mille puhul järgitakse direktiivis 2004/18 sätestatud avaldamis- ja konkurents nõudeid.

77. Kõigepealt kaldutakse tugevalt kõrvale hankemenetluse graafikust ja lepingu sõlmimise otsuse saab teha kiiremini. Seda näitab suurepäraselt käesolev kohtuasi, sest kõnesoleva seitsme aasta pikkuse ja 521 500 000 euro suuruse maksumusega hankemenetlust alustati 15. detsembril 2011 ja see viidi lõpule 31. detsembril 2011, s.o kaks nädalat hiljem.

78. Seejärel tuleb märkida, et avaldamiskord on erinev. Nõuetekohase hankemenetluse raames on hankija kohustatud avaldama hanketeate ja tegema langetatud otsused kõikidele pakkujatele teatavaks. Eelnev avaldamine ja konkurentsi loomine on seega kindlad nõuded. Väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluses on hankijal lihtsalt *Euroopa Liidu Teatajas* teate avaldamise kohustus ja

21 — Kohtujuristi kursiiv. Me leiame selle sõnastuse ettepanekus võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (KOM(2006) 195(lõplik)), artikli 2e lõikest 2 ja samasuguse sõnastuse selle ettepaneku seletuskirja punktis 3, milles on märgitud, et „[k]ui tellija *leiab*, et on õigus sõlmida konkursiväline leping, [...] peab ta lepingu sõlmimise [...] peatama vähemalt 10 kalendripäevaks pärast seda, kui avalikkust on teavitatud lepingu sõlmimise lihtsustatud teatega” (kohtujuristi kursiiv).

22 — Tingimus on „ühe poole tahtest sõltuv”, kui kohustuse tekkimine või täitmine sõltub ainult ühe lepinguosalise tahtest.

23 — Vt selle direktiivi põhjendus 3.

24 — Kohtuotsus komisjon vs. Austria (EU:C:2004:386, punktid 20-22).

huvitatud ettevõtjal on siis aega kümme päeva, et esitada enne lepingu sõlmimist vaidlustus. On ilmne, et see avaldamine ei taga niisugust huvitatud isikute teavitamist, nagu võib tagada hanketeate avaldamine *Euroopa Liidu Teatajas* või hankija otsuste individuaalne teatavakstegemine, ning see piirab seega vaidlustusmenetlusi.

79. Lõpuks tuleb märkida, et kui lepingu sõlmimine otsustatakse ebaseaduslikult, eelkõige vea tõttu hankemenetluses, võib lepingu tunnistada kehtetuks. Samas on direktiivi 89/665 artikli 2d lõike 4 raames läbivaatamisasutus kohustatud jätma avaldamis- ja konkurentsinoodeid rikkudes sõlmitud lepingu tagajärjed kehtima, kui hankija avaldas vabatahtliku eelneva avalikustamisteate ning järgis minimaalset 10-päevast ooteaega avaldamise ja lepingu sõlmimise vahel. Ta võib muidugi mõista viimaselt välja kahjuhüvitise. Kahjuhüvitise määramine ei võimalda siiski ebaseaduslikult tehtud lepingu sõlmimise otsuse puhul kuulutada välja uut hanget.

80. Mulle näib seega hädavajalik, et läbivaatamisasutus hindaks direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4 nimetatud tingimuste täidetuse kohtuliku järelevalve raames hankija käitumist. Minu arvates peab ta eelkõige analüüsima, kas hankija tegutses lepingu sõlmimisel heauskselt ja nõuetekohase hoolsusega ning kas põhjused, millega ta põhjendas lepingu sõlmimise otsustamist läbirääkimistega menetluses *Euroopa Liidu Teatajas* hanketeadet avaldamata, on või olid õiguspärased.

81. Niisugust arvamust on avaldanud ka Itaalia ja Poola valitsus ning nõukogu ja komisjon oma seisukohtades.²⁵

82. Ei tohi unustada, et direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4 osundatud lepingu tagajärgede kehtima jätmine põhineb hankija heausksusel ja sellega püütakse tagada lepinguosalistele õiguskindlus. Liidu seadusandja kinnitab seda sõnaselgelt direktiivi 2007/66 põhjenduses 26, toonitades et on vaja „[vältida lepingu] tühisusest tuleneda võiva õiguskindluse puudumis[t]”. Euroopa Kohus on lisaks sellega sõnaselgelt nõustunud kohtuotsuses komisjon *vs.* Saksamaa²⁶.

83. Õiguskindlust ja õiguspärast ootust ei ole aga järgitud, kui hankija tegutses õigusnormi kohaldamisel pahauskselt ning rikkus meelega ja tahtlikult riigihankelepingute sõlmimise nõudeid.

84. Kohtuistungil esitas Telecom Italia mõtte, et direktiivi 89/665 artikli 2d lõike 4 esimese taandega ei kohustata hankijat sugugi tegutsema heauskselt ja hoolsalt, ning leidis, et tema ainus kohustus on põhjendamiskohustus. Ma lükkan selle tõlgenduse kategooriliselt tagasi, sest haldusasutuse heausksus käib tema funktsiooniga juba olemuslikult kaasas ja sellel rajaneb ka õiguspärane ootus, mis hallatavatel peab tema tegevuse suhtes olema. Tegemist on seega ühe aluspõhimõttega, mis tema tegevust iga päev juhib. Mulle näib seega ilmne, et direktiivi artikli 2d lõike 4 esimese taande kohaldamise eeldus on, et hankija tegutses heauskselt. Seega on tingimata vaja, et siseriiklik kohus analüüsiks põhjuseid, mille tõttu võis hankija heauskselt ja ausalt asuda seisukohale, et tal on õigus sõlmida leping väljakuulutamisetähtaegaga läbirääkimistega menetluses, ning eristaks heauskselt tehtud viga riigihankelepingute sõlmimise nõuete pahausklikust rikkumisest.

85. Sellise analüüsi tulemusena suudab siseriiklik kohus määrata sobivaima sanktsiooni.

86. Seega on kaks võimalust.

25 — Vt Itaalia valitsuse seisukohtade punktid 22 ja 27 ning Poola valitsuse seisukohtade punkt 12, nõukogu seisukohtade punkt 33 ja komisjoni seisukohtade punkt 48.

26 — EU:C:2007:432, punkt 33 ja seal viidatud kohtupraktika. Vt ka analoogia alusel kohtuotsus *Strabag jt* (EU:C:2010:567), milles Euroopa Kohus täpsustas, et tähtajad on vajalikud, et „vältida, et taotlejad ja pakkujad saaksid igas hankemenetluse staadiumis viidata riigihankeid käsitlevate õigusnormide rikkumisele, kohustades hankijat rikkumiste parandamiseks kogu menetlust uuesti alustama” (punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).

87. Esimene on olukord, kus liikmesriigi kohus tuvastab, et hankijapoolne õigusnormi rikkumine on vabandata, sest viimane tegutses heausklikult, ja sellisel juhul on ta kohustatud lepingu tagajärjed vastavalt direktiivi 89/665 artikli 2d lõikele 4 kehtima jätma, et hoida soovitud tasakaalu erinevate poolte huvide vahel.

88. Selles osas ei näita miski, et läbivaatamisasutus võib sellisel juhul määrata niisugused alternatiivsed sanktsioonid, nagu on sätestatud selle direktiivi artikli 2e lõikes 2.

89. Esiteks võib läbivaatamisasutus määrata alternatiivse sanktsiooni üksnes siis, kui on olemas sanktsioon, mida asendada. Teiste sõnadega peab selleks, et see asutus saaks määrata sanktsiooni, olemas olema õiguslik alus. Nägime aga, et juhul kui direktiivi 89/665 artikli 2d lõikes 4 nimetatud kõik tingimused on täidetud, nõuab liidu seadusandja sellelt asutuselt, et ta jätkaks lepingu tagajärjed kehtima, võttes nii temalt võimaluse hankijat lepingu tühisteks tunnistamisega sanktsioneerida. „karistust” selle direktiivi tähenduses seega ei ole.

90. Teiseks mis puudutab direktiivi 89/665 artiklis 2e ette nähtud alternatiivsed sanktsioone, siis liidu seadusandja peab sõnaselgelt silmas juhtumeid, mil läbivaatamisasutus võib asendada lepingu tühistuse rahalise sanktsioonivõi lepingu kestuse lühendamisega, ja direktiivi artikli 2d lõikes 4 osundatud olukorda ei ole üldse mainitud.²⁷

91. Selles olukorras võib meil tõesti kerkida küsimus, kas direktiivi 89/665 artikli 2e esemelist kohaldamisala tuleks tõlgendada laiendavalt. Ma ei arva nii, sest sellise tõlgendusega eiraksime selle direktiivi artikli 2 lõike 7 sõnastust ennast ja liidu seadusandja kavatsust. Selles viimati nimetatud õigusnormis arvas liidu seadusandja artiklis 2e kirjeldatud olukorrad sõnaselgelt liikmesriikidele oma sanktsioneerimisvõimete kasutamise mõju kindlaksmääramisel jäetud vabaduse kohaldamisalast välja.

92. Teine võimalus on olukord, mil siseriiklik kohus leiab, et õigusnormi rikkumine on vabandamatu, et hankija eiras teadlikult ja tahtlikult eelneva avaldamise ja konkurentsi tagamise nõudeid. Niisugusel juhul tuleb sellise rikkumise korral mõistagi kohaldada sanktsioone. Ei ole ühtegi õiguspärast põhjust, mis võimaldaks jätta niisuguse lepingu tagajärjed kehtima, mille sõlmimine kujutab endast Euroopa Kohtu kohtupraktika kohaselt riigihankeõiguse kõige jämedamat rikkumist.

93. Selles olukorras on läbivaatamisasutus kohustatud tunnistama lepingu vastavalt direktiivi 89/665 artikli 2d lõike 1 punktis a osundatud põhimõttele tühisteks ja taastama selle pettuse teel vastuvõetud aktiga kahju kannatanud ettevõtja õigused.

94. Sellisel juhul ei saa liikmesriikidelt võtta võimalust tunnistada leping tühisteks, sest kui see võimalus võtta, saaks hankija seaduses sätestatud avaldamis- ja konkurentsinõudeid vabalt eirata, tingimusel et ta maksab vajadusel kahju kannatanud ettevõtjale kahjuhüvitist. Niisuguse tõlgendusega seaksime kahtlemata ohtu nende eesmärkide saavutamise, mida liidu seadusandja direktiivi 2007/66 vastu võttes taotles.²⁸

95. Meenutan, et eesmärk on tagada sanktsioonitõhusus. Olukorras, kus hankija on tegutsenud ilmselgelt kavatsusega kohaldatavaid nõudeid eirata, võimaldab aga ainult lepingu tühistus tagada hoiatava ja tõhusa sanktsiooni.

27 — Need olukorrad on järgmised. Esimene - mida on nimetatud direktiivi 89/665 artikli 1 lõikes 5 - on olukord, mil leping sõlmitakse ikka, kuigi kahju kannatanud ettevõtja esitas hankijale oma vaide. Teine olukord – mida on osundatud selle direktiivi artikli 2 lõikes 3 – on olukord, mil hankija sõlmib lepingu enne, kui siseriiklik kohus on teinud otsuse kas ajutiste meetmete või kaebuse kohta. Kolmas – millele on viidatud selle direktiivi artikli 2a lõikes 2 – on olukord, mil lepingu sõlmimine järgneb lepingu sõlmimise otsusele enne minimaalse 10-päevase tähtaja möödumist alates edukaks pakkujaks tunnistamise otsuse teatavakstegemisest asjaomastele pakkujatele ja taotlejatele. Viimane, neljas olukord on olukord, mil leping tunnistati tühisteks sama direktiivi artikli 2d lõikes 1 sõnaselgelt nimetatud põhjustel.

28 — Väljakujunenud kohtupraktikast ilmneb, et niisuguse õigusnormi ühetaolise tõlgendamise ja kohaldamise huvides, mille versioon ühes liidu keeles erineb teiste keelte versioonidest, tuleb seda õigusnormi tõlgendada, lähtudes mitte üksnes selle teksti üldisest ülesehitusest, milles see säte paikneb, vaid ka liidu seadusandja eesmärgist (vt eelkõige kohtuotsus Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, punkt 22 jj)).

96. Meenutan ka, et direktiivi 89/665 eesmärk on tagada võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine. Üksnes ebaseaduslikult sõlmitud lepingu kehtetuks ja tühisteks tunnistamine võimaldavad aga taastada konkurentsi turul ja luua uued äri võimalused ettevõtjale, kellelt võeti võimalus hankemenetluses osaleda.

97. See märgitud, tuleb täpsustada, et läbivaatamisasutusele jääb vabadus hinnata, millises ulatuses tuleb leping kehtetuks tunnistada, ning seda vastavalt direktiivi 89/665 artikli 2d lõikele 2.

98. Nagu me nimelt nägime on selle õigusnormiga liikmesriikidele antud õigus vabalt määrata oma siseriiklikus õiguses kindlaks tagajärjed, mis peavad kaasnema lepingu tühisteks tunnistamisega. Liidu seadusandja arvates võivad liikmesriigid seega anda läbivaatamisasutusele õiguse tunnistada tagasiulatavalt kehtetuks kõik lepingulised kohustused või piirata lepingu kehtetuse ulatust ainult kohustustele, mis jäävad veel täita. Sellel viimasel juhul soovib liidu seadusandja ikkagi anda läbivaatamisasutusele laialdase kaalutusõiguse. Ta viitab sõnaselgelt direktiivi 89/665 artikli 2e lõike 2 sõnastusele. Vastavalt sellele õigusnormile võivad liikmesriigid anda järelevalveasutusele laialdase kaalutusõiguse võtta arvesse kõiki asjaomaseid tegureid, sealhulgas rikkumise raskusastet, hankija käitumist ning artikli 2d lõikes 2 osutatud juhtudel seda, millises ulatuses jääb leping kehtima, et teha vajadusel kindlaks, kas lepingu kestust tuleb lühendada või määrata rahalised sanktsioonid.

99. See direktiivi 89/665 artikli 2d lõike 2 ja artikli 2e lõike 2 koostoimes tõlgendamine annabki niisiis võtme, mis võimaldab mõista kaalutusruumi, mis võib läbivaatamisasutusel olla, kui ta peab ebaseaduslikult sõlmitud lepingu kehtetuks tunnistama.

100. Kõiki eelnevaid kaalutlusi arvestades tundub mulle seega, et direktiivi 89/665 eesmärgi ega artikli 2d sõnastusega ei ole vastuolus see, kui liikmesriik tunnustab läbivaatamisasutuse õigust vabalt hinnata, millises ulatuses tuleb ilma eelnevalt *Euroopa Liidu Teatajas* hanketeadet avaldamata sõlmitud leping kehtetuks tunnistada, kui ta tuvastab, et hoolimata lepingu sõlmimise kavatsusest teadaandva teate avaldamisest *Euroopa Liidu Teatajas* ja minimaalse 10-päevase ooteajajärgimisest lepingu sõlmimise otsuse ja lepingu allkirjastamise vahel, on hankija teadlikult ja tahtlikult rikkunud direktiivis 2004/18 sätestatud avaldamis- ja konkrentsinõudeid.

101. Otse vastupidi, mulle näib, et niisugune tõlgendus on vältimatu, kui me soovime tagada direktiivi 89/665 kasuliku mõju ja selle ettevõtja põhiõiguste kaitse, kellelt võeti ebaseaduslikult võimalus hankemenetluses osaleda.

102. Ma leian, et põhikohtuasjas hindab pädev liikmesriigi kohus, kas need põhjendused, millest Ministero dell'Interno juhindus, kui ta otsustas sõlmida kõnesoleva lepingu läbirääkimistega menetluses ilma eelnevalt *Euroopa Liidu Teatajas* hanketeadet avaldamata, on õiguspärased,.

103. Selle kohta tahan teha järgmised märkused.

104. Meenutan, et käesolevas kohtuasjas põhjendas Ministero dell'Interno, selle menetluse kasutamist seadusandliku dekreedid nr 163/2006 artikli 57 lõike 2 punktiga b, millega on Itaalia siseriiklikku õigusesse üle võetud direktiivi 2009/81 artikli 28 lõike 1 punkt e.

105. Tuletagem meelde, et selle õigusnormi kohaselt on see menetlus lubatud, „kui tehnilistel või ainuõiguste kaitsega seotud põhjustel saab riigihankelepingu sõlmida ainult ühe konkreetse ettevõtjaga”.

106. Käesoleval juhul leidis Ministero dell'Interno, et Telecom Italia oli ainus ettevõtja, kes oli võimeline teenuslepingut täitma, ning seda tehnilistel ja (teatavate) ainuõiguste kaitsega seotud põhjustel.

107. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio leidis aga, et Ministero dell'Interno esitatud andmed ja asjaolud ei ole käsitatavad „tehniliste põhjustena” seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 57 lõike 2 punkti b tähenduses, ja pigem on tegemist otstarbekuse põhjuste ja raskustega, mis võivad tekkida, kui teenusleping sõlmitakse mõne teise ettevõtjaga.

108. Consiglio di Stato leidis samuti, et hankija ei ole õiguslikult piisavalt tõendanud, et väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamiseks sätestatud tingimused olid täidetud. Ta leidis selles osas, et kõigist esitatud kaalutlustest ja dokumentidest, sh tehnilisest aruandest ilmneb mitte niivõrd see, et objektiivselt ei ole võimalik sõlmida teenuslepingut mõne teise ettevõtjaga, kuivõrd pigem see, et niisugune lahendus ei ole väidetavalt otstarbekas peamiselt seetõttu, et Ministero dell'Interno hinnangul tooks see kaasa muudatusi ja kulusid ning nõuaks kohanemisaega.

109. Minu käsutuses oleva teabe põhjal näib tõesti, et Ministero dell'Interno ei ole toonud välja erilisi tehnilisi põhjuseid ega isegi nõudeid, mis oleksid seotud asjaomaste seadmete eripära või turu tundlikkusega.

110. Ma saan aru, et julgeoleku või kaitse valdkonnas võib olla põhjendatud, kui teatavaid riigihankealaseid õigusnorme ei kohaldata, sest mõned lepingud on nii tundlikud, et eelnev avaldamine ja ettevõtjatevahelise konkurentsi loomine on sobimatud. Nii on see teabetalituste sõlmitavate lepingute või lepingutega, mille eesmärk on näiteks vastuluure tegevuse läbiviimine. Nii on see ka eriti tundlike ostudega, mille puhul on nõutav äärmiselt kõrge konfidentsiaalsuse tase, näiteks ostud, mis on seotud terrorismivastase võitlusega või on mõeldud konkreetset korrakaitse- ja julgeolekujõudude tegevuseks.

111. Käesolevas kohtuasjas näib, et Ministero dell'Interno ei ole niisugustele asjaoludele viidanud. Ta täpsustab küll, et lepingu ese on „korrakaitseosakonnale ja karabinjeeride väeüksusele selliste elektrooniliste sideteenuste osutamine nagu telekommunikatsiooni- ja mobiiltelefoni ning andmeedastusteenused, *järgides teabe konfidentsiaalsuse ja infoturbe tingimusi riigi julgeoleku huvides*”.²⁹ Võttes eelkõige arvesse seda, mida tuvastasid Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ja Consiglio di Stato, näib siiski, et Ministero dell'Interno ei ole põhjendanud, miks on leping ja asjaomased seadmed tundlikud, ega isegi viidanud erinõuetele, mis seonduksid näiteks infoturbe või konfidentsiaalse või salastatud teabe kaitsega ning mille tõttu võib riigi julgeoleku huvides tõesti olla vajalik eriline kaitse ja konkreetse taotleja väljavalimine.

112. Lisaks üllatab mind faktiliste asjaolude kronoloogia ja eelkõige kiirus, millega lepingu sõlmimise otsus tehti. Ma jagan selles osas kahtlusi, mida komisjon kohtuistungil avaldas. Kohtutoimikust ilmneb, et Ministero dell'Interno otsustas pikendada 2003. aastal Telecom Italiaga sõlmitud telefoniteenuse lepingut alles kaks nädalat enne eelmise lepingu lõppemist, s.o 15. detsembril 2011. Samuti nähtub kohtutoimikust, et leping allkirjastati 31. detsembril 2011, s.o kaks nädalat hiljem. Niisugune suhtumine hämmastab mind, võttes arvesse lepingu tähtsust haldusasutuse töö seisukohast, selle lepingu kestust (seitse aastat) ja selle maksumust (521 500 000 eurot), kui just ei tule arvata, et Ministero dell'Interno ja Telecom Italia olid kokku leppinud, et lepingut pikendatakse.

113. Lõpuks leian, et loomulikult tuleb arvesse võtta seda, et Ministero dell'Interno on riigiasutus, kelle käsutuses on piisavalt pädevad õigusnõustajad, et mitte teha hindamisvigu tingimuste osas, mis peavad olema täidetud lepingu sõlmimise otsustamisel eelneva avaldamiseta ja hankementlust korraldamata.

114. Seda silmas pidades tuleb juhtida tähelepanu asjaolule, et liikmesriigi pädeva kohtu ülesanne on hinnata kogu tema käsutuses olevat teavet arvestades seda, kas niisugune viga on vabandav või tingis selle riigihankelepingute sõlmimise nõuete eiramine teadlikult ja tahtlikult.

29 — Kohtujuristi kursiiv.

115. Kõige eelneva põhjal arvan niisiis, et direktiivi 89/665 artikli 2d lõiget 4 tuleb võrdse kohtlemise põhimõtet ja õigust tõhusale õiguskaitsevahendile arvestades tõlgendada nii, et sellega ei ole vastuolus, kui liikmesriik tunnustab läbivaatamisasutuse õigust vabalt hinnata, millises ulatuses tuleb tunnistada kehtetuks eelnevalt *Euroopa Liidu Teatajas* hanketeadet avaldamata sõlmitud leping, kui ta tuvastab, et hoolimata teate avaldamisest *Euroopa Liidu Teatajas* lepingu sõlmimise kavatuse kohta ja minimaalse 10-päevase ooteaja järgimisest lepingu sõlmimise otsuse ja lepingu allkirjastamise vahel, on hankija teadlikult ja tahtlikult rikkunud direktiivis 2004/18 sätestatud avaldamis- ja konkurentsinoõudeid.

IV. Ettepanek

116. Esitatud kaalutluste põhjal teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Consiglio di Stato eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665 riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiviga 2007/66) artikli 2d lõiget 4 tuleb võrdse kohtlemise põhimõtet ja õigust tõhusale õiguskaitsevahendile arvestades tõlgendada nii, et sellega ei ole vastuolus, kui liikmesriik tunnustab läbivaatamisasutuse õigust vabalt hinnata, millises ulatuses tuleb tunnistada kehtetuks eelnevalt *Euroopa Liidu Teatajas* hanketeadet avaldamata sõlmitud leping, kui ta tuvastab, et hoolimata teate avaldamisest *Euroopa Liidu Teatajas* lepingu sõlmimise kavatuse kohta ja minimaalse 10-päevase ooteaja järgimisest lepingu sõlmimise otsuse ja lepingu allkirjastamise vahel, on hankija teadlikult ja tahtlikult rikkunud direktiivis 2004/18 sätestatud avaldamis- ja konkurentsinoõudeid.