



## Kohtulahendite kogumik

EUROOPA KOHTU OTSUS (kolmas koda)

28. november 2018\*

Eelotsusetaotlus – Riigihanked – Vaidlustusmenetlused – Direktiiv 89/665/EMÜ – Artikli 1 lõige 3 – Direktiiv 92/13/EMÜ – Artikli 1 lõige 3 – Kaebeõigus, mis tekib tingimusel, et isik on esitanud hankemenetluses pakkumuse

Kohtuasjas C-328/17,

mille ese on ELTL artikli 267 alusel Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Liguuria maakonna halduskohus, Itaalia) 8. veebruari 2017. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 31. mail 2017, menetluses

**Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,**

**Atc Esercizio SpA,**

**Atp Esercizio Srl,**

**Riviera Trasporti SpA,**

**Tpl Linea Srl**

*versus*

**Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,**

**Regione Liguria,**

EUROOPA KOHUS (kolmas koda),

koosseisus: neljanda koja esimees M. Vilaras kolmanda koja presidendi ülesannetes, kohtunikud J. Malenovský, L. Bay Larsen, M. Safjan ja D. Šváby (ettekandja),

kohtujurist: M. Campos Sánchez-Bordona,

kohtusekretär: ametnik R. Schiano,

arvestades kirjalikku menetlust ja 26. aprilli 2018. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades seisukohti, mille esitasid:

– Itaalia valitsus, esindaja: G. Palmieri, keda abistas *avvocato dello Stato* C. Colelli,

\* Kohtumenetluse keel: itaalia.

- Tšehhi valitsus, esindajad: M. Smolek, J. Vláčil ja T. Müller,
- Hispaania valitsus, esindaja: M. J. García-Valdecasas Dorrego,
- Euroopa Komisjon, esindajad: G. Gattinara ja P. Ondrůšek,

olles 5. juuli 2018. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

### otsuse

- 1 Eelotsusetaotlus käsitleb küsimust, kuidas tõlgendada nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1989, L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), mida on muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiviga 2007/66/EÜ (EÜT 2007, L 335, lk 31), (edaspidi „direktiiv 89/665“) artikli 1 lõikeid 1–3 ja artikli 2 lõike 1 punkti b.
- 2 Taotlus on esitatud Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA ja Tpl Linea Srl (edaspidi „Amt jt“), ühelt poolt, ning Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA (maakonna ühistranspordi agentuur, Itaalia; edaspidi „Agentuur“), teiselt poolt, vahelises kohtuvaidluses Agentuuri otsuse üle korraldada Regione per la Liguria (Liguuria maakond, Itaalia; edaspidi „maakond“) territooriumil ühistranspordi teenuse osutamiseks mitteametlik hankemenetlus.

### Õiguslik raamistik

#### *Liidu õigus*

##### *Direktiiv 89/665*

- 3 Direktiivi 89/665 artikkel 1 „[Vaidlustusmenetluse kohaldamisala ja õigus vaidlustusmenetlusele]“ sätestab:

„1. Käesolevat direktiivi kohaldatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivis 2004/18/EÜ (ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta) [(ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132)] osutatud lepingute suhtes, välja arvatud juhul, kui selliste lepingute kohta kehtib erand vastavalt kõnealuse direktiivi artiklitele 10–18.

[...]

Liikmesriigid võtavad seoses direktiivi [2004/18] reguleerimisalasse kuuluvate lepingutega vajalikud meetmed, tagamaks et tellijate otsuseid saaks [vaidlustada] tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas käesoleva direktiivi artiklitega 2–2f, kui põhjenduseks on kõnealuste otsuste vastuolu riigihankeid käsitlevate [liidu] õigusaktide või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.

2. Liikmesriigid tagavad, et seoses [riigihankemenetlusega] kahjunõude esitanud ettevõtjate vahel ei ole mingit diskrimineerimist seetõttu, et käesolevas direktiivis tehakse vahet [liidu] õigusakte rakendavate siseriiklike eeskirjade ja muude siseriiklike eeskirjade vahel.

3. Liikmesriigid tagavad, et [õigus vaidlustusmenetlusele vastavalt] üksikasjalike[le] eeskirjade[le], mida nad võivad kehtestada, oleks [tagatud vähemalt] isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riigihankelepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada.

[...]“ [Parandatud tõlge]

- 4 Direktiivi artikli 2 lõige 1, milles käsitletakse „[vaidlustusmenetlusele] esitatava[i]d nõude[i]d“, näeb ette:

„Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 määratud [vaidlustusmenetlusega] võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

[...]

- b) [tühistada] ebaseaduslikud otsused või tagada nende [tühistamine] ning kõrvaldada [hanketeatest], lepingudokumentidest ning teistest kõnesolevat [hanke]menetlust käsitlevatest dokumentidest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad;

[...]“ [Parandatud tõlge]

#### *Direktiiv 92/13*

- 5 Nõukogu 25. veebruari 1992. aasta direktiivi 92/13/EMÜ veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta (ELT 1992, L 76, lk 14), mida on muudetud direktiiviga 2007/66 (edaspidi „direktiiv 92/13“), artikli 1 „[Vaidlustusmenetluse kohaldamisala ja õigus vaidlustusmenetlusele]“ lõige 3 näeb ette:

„Liikmesriigid tagavad, et [õigus vaidlustusmenetlusele vastavalt] üksikasjalike[le] eeskirjade[le], mida nad võivad kehtestada, oleks [tagatud vähemalt] isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada.“ [Parandatud tõlge]

#### *Direktiiv 2004/17*

- 6 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT 2004, L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19), artikli 1, mis käsitleb „mõisteid“, lõike 3 punkt b sätestas:

„b) Kontsessioon teenustele – samasugust tüüpi leping kui teenuste hankeleping, välja arvatud asjaolu, et tasu teenuste osutamise eest seisneb kas ainult õiguses kasutada seda teenust või sellises õiguses koos tasuga.“

- 7 Direktiivi artikli 5 „Transporditeenused“ lõige 1 nägi eelkõige ette:

„Käesolevat direktiivi kohaldatakse tegevuste suhtes, mis on seotud võrgustike käitamise või avalikkusele transporditeenuse pakkumisega rongiga, automaatsüsteemidega, trammiga, trollibussiga, bussiga või köisteedel.“

- 8 Nimetatud direktiivi artikkel 18 „Kontsessioonid ehitustöödele ja teenustele“ oli sõnastatud järgmiselt:

„Käesolevat direktiivi ei kohaldata ehitustööde ja teenuste kontsessioonidele, mis sõlmitakse ostjate poolt, kes tegutsevad ühel artiklites 3–7 viidatud aladest, kui need kontsessioonid sõlmitakse kõnealuste tegevuste sooritamiseks.“

*Määrus nr 1370/2007*

- 9 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23. oktoobri 2007. aasta määruse (EÜ) nr 1370/2007, mis käsitleb avaliku reisijateveoteenuse osutamist raudteel ja maanteel ning millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu määrused (EMÜ) nr 1191/69 ja (EMÜ) nr 1107/70 (ELT 2007, L 315, lk 1), artikkel 5 „Avaliku teenindamise lepingute sõlmimine“ on sõnastatud järgmiselt:

„1. Avaliku teenindamise lepingud reisijateveo kohta sõlmitakse vastavalt käesoleva määrusega sätestatud eeskirjadele. Teenuselepingud või teenuste riigihankelepingud nagu defineeritud direktiivides [2004/17] või [2004/18] avaliku reisijateveoteenuse osutamise osas bussi või trammiga sõlmitakse kooskõlas nimetatud direktiivides sätestatud menetlustega, kui selliseid lepinguid ei sõlmita nimetatud direktiivides määratletud kontsessioonilepingute kujul. Kui lepingud sõlmitakse kooskõlas direktiividega [2004/17] või [2004/18], ei kohaldata käesoleva artikli lõikeid 2–6.

[...]

7. Liikmesriigid võtavad meetmeid, et tagada lõigete 2 kuni 6 kohaselt vastu võetud otsuste kiire ja tulemuslik läbivaatamine, kui seda taotleb isik, kes on või kes varem oli huvitatud mõne lepingu saamisest ning keda väidetav rikkumine kahjustas või võib kahjustada, põhjendusega, et selliste otsustega rikuti ühenduse õigusakte või nende siseriiklikke rakendusakte.

[...]“.

*Itaalia õigus*

- 10 Tsiviilkohtumenetluse seadustiku (codice di procedura civile) põhikohtuasjas kohaldatava redaktsiooni artikkel 100 sätestab, et „[n]õude või vastuväite esitamiseks on nõutav põhjendatud huvi.“
- 11 2. juuli 2010. aasta seadusandliku dekreeidi nr 104 – halduskohtumenetluse seadustik (decreto legislativo n° 104 – Codice del processo amministrativo; *GURI* nr 156 regulaarne lisa, 7.7.2010) lisa 1 artikli 39 lõike 1 kohaselt „[kohaldatakse] seadustikus reguleerimata küsimustes [...] tsiviilkohtumenetluse seadustiku sätteid niivõrd, kuivõrd see on võimalik, või need väljendavad üldpõhimõtteid“.
- 12 13. augusti 2011. aasta dekreetseaduse nr 138 (decreto-legge n. 138, *GURI* nr 188, 13.8.2011), mida on muudetud ja mis kehtestati seadusena 14. septembri 2011. aasta seadusega nr 148 (edaspidi „dekreetseadus nr 138/2011“), artikkel *3bis* sätestab põhimõtteliselt, et kohalike avalike teenuste osutamise territoriaalne ulatus on provints.
- 13 7. novembri 2013. aasta maakondlikku seaduse nr 33 (maakondliku ja kohaliku ühistranspordisüsteemi reform) (Legge regionale n. 33/2013 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale), edaspidi „maakondlik seadus nr 33/2013“) artikli 9 lõike 1 ja artikli 14 lõike 1 kohaselt korraldatakse ühistransporditeenuse hange maakonnas ühes osas, mille ulatuseks määratakse kogu maakonna territoorium, ning hanget võib laiendada ka raudteetranspordile.

- 14 Maakondliku seaduse nr 33/2013 artikleid 9 ja 14 muudeti 9. augusti 2016. aasta maakondliku seadusega nr 19 (legge regionale n. 19 Modifiche alla [legge regionale n. 33/2013]), mis jõustus 12. augustil 2016 (edaspidi „maakondlik seadus nr 19/2016“). See seadus näeb ette, et edaspidi ei korraldata maa- ja meretransporditeenuste hanget ühes osas, mis hõlmab kogu maakonna territooriumi, vaid neljas osas, mis hõlmavad nelja ühtset ala.

### **Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimus**

- 15 Amt jt esitasid Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Liguuria maakonna halduskohus, Itaalia) kaebuse, paludes tühistada mitu akti, millega Agentuur korraldas maakonna territooriumil ühistranspordi teenuse osutamiseks mitteametliku hankemenetluse.
- 16 Need äriühingud, kes olid seni olnud kohaliku ühistransporditeenuse osutajad provintsi või sellest madalamal tasandil, vaidlevad hankemenetluse algatamise ja läbiviimise viisile põhimõtteliselt vastu. Nende kaebus on eelkõige suunatud arvamuse vastu, kuidas veoettevõtjaid valida. Agentuur on selles arvamuses täpsustanud, et maakondlik ühistranspordi hange korraldatakse ühes osas, mis hõlmab kogu maakonna territooriumi.
- 17 Kuna Amt jt leidsid, et ükski neist ei suuda ise üksi tagada ühistransporditeenuse osutamist maakonna tasandil, ei esitanud nad pakkumust. Samas pöördusid nad eelotsusetaotluse esitanud kohtu poole, vaidlustades Agentuuri kui hankija otsuse korraldada vaidlusalune hange ühes osas, mis hõlmab kogu maakonna territooriumi. Nad leiavad nimelt, et see otsus rikub dekreetseaduse nr 138/2011 artiklit 3 *bis*, mis sätestab põhimõtteliselt, et kohalike avalike teenuste osutamise territoriaalne ulatus on provintsi, kuid ka mitut Itaalia konstitutsiooni sätet ning ELTL artikleid 49 ja 56.
- 18 Amt jt väidavad oma kaebuse põhjenduseks, et ettevõtjal, kes vaidlustab algusest peale sellise hankemenetluse tingimused, kus ta ise ei ole osalemistaotlust esitanud, tekib kaebeõigus direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 ja artikli 2 lõike 1 punkti b alusel, juhul kui hanke regulatsiooni arvestades on kindel või äärmiselt tõenäoline, et temaga lepingu sõlmimine on võimatu.
- 19 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul oleks Amt jt-l provintsi tasandil olnud suur tõenäosus, et selles hankes tunnistatakse edukaks nende pakkumus, kuna nad tagasid ühistransporditeenuse osutamise maakonnas ajal, mil enne põhikohtuasjas käsitletava hankemenetluse korraldamist oli see teenus veel korraldatud provintsi tasandil. Seevastu nähes ette, et see menetlus hõlmab vaid ühte osa, mis katab kogu maakonna territooriumi, piirati hanketeates peaaegu täielikult olematuks võimalus, et mõne põhikohtuasja hageja pakkumus tunnistataks edukaks.
- 20 Kuna eelotsusetaotluse esitanud kohus leidis, et nende isikute kaebeõigust tuleb tunnustada, siis pöördus ta maakonnaseaduse nr 33/2013 artikli 9 lõike 1 ja artikli 14 lõike 1 konstitutsiooniga kooskõla küsimuses 21. jaanuari 2016. aasta määrusega nr 95 Corte costituzionale (konstitutsioonikohus, Itaalia) poole.
- 21 Siiski võttis maakond enne seda, kui Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) tegi otsuse, vastu maakonnaseaduse nr 19/2016. Selle seadusega muudeti neid sätteid, mille vastuolu konstitutsiooniga oli tõstatatud, ning nähti ette, et nüüd ei korraldata maa- ja meretransporditeenuste hanget enam ühes osas, mis hõlmab kogu maakonna territooriumi, vaid neljas osas, mis vastavad neljale ühtsele alale. Lisaks tuli hankeosad määratleda selliselt, et saaks tagatud võimalikult suur hankes osalemine. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul vastas maakonna seadusandja seaduse nr 19/2016 vastuvõtmisega Amt jt väljendatud etteheidetele.
- 22 Vaatamata maakonnaseaduse nr 33/2013 artikli 9 ja artikli 14 muutmisele analüüsis Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) nende sätete konstitutsiooniga kooskõla vastavalt *tempus regit actum* põhimõttele.

- 23 Ta tunnistas oma 22. november 2016. aasta otsuses nr 245 konstitutsiooniga kooskõla käsitlevad küsimused vastuvõetamatuks, märkides eelkõige, et „väljakujunenud halduskohtu praktika on seisukohal, et ettevõtja, kes hankes ei osale, ei saa vaidlustada sellega seonduvat menetlust ega lepingu sõlmimist mõne muu ettevõtjaga, kuna tema õiguslik olukord ei ole piisavalt selge ning puudutab vaid faktilist huvi [...]“.
- 24 Vaatamata sellele võib sellest reeglist kõrvale kalduda, kui kaebajast ettevõtja vaidlustab eelkõige hanketeate need punktid, millega ta otseselt kõrvale jäetakse, või punktid, mis näevad ette ilmselgelt arusaamatud või täiesti ebaratsionaalsed või pakkumuse esitamist võimatuks muutvad kohustused.
- 25 Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) leidis oma otsuses nr 245, et „[t]aotluse põhjendustest nähtub, et selle kohtu menetluses olev juhtum ei kuulu nende erandjuhtude hulka, kuna taotluses on kinnitatud, et vaidlustatud tingimused mõjutavad hankelepingu kaebajatega sõlmimise tõenäosust, mis „taandub praktiliselt olematuks“, samas kui üksikute provintside kohta sõlmitava mitme hankelepingu korral oleks nendega „teenuste hankelepingu sõlmimine väga tõenäoline, kas või eelise tõttu, et nad olid teenuse varasemad osutajad“. Sellest põhjendusest ei nähtu, et miski takistaks kindlalt ja tegelikult hankes osaleda, vaid ainult oletuslik võimalik kahju, millega seoses saavad kaebuse esitada need, kes on menetluses osalenud, ainult menetluse lõpus, juhul kui nendega ei ole lepingut sõlmitud.“
- 26 Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) seatud põhjendatud huvi menetlusnõude tõlgenduse kohaselt on hankemenetluses osalemata jätnud ettevõtja kaebus vastuvõetamatu, kui on väga tõenäoline, kuid mitte täiesti kindel, et sellest tulenevalt, kuidas hankija hanke välja kuulutas ja selle läbi viis, eelkõige kasutades osadeks jaotamist, või tulenevalt hanke regulatsioonist, ei oleks selle ettevõtjaga lepingut sõlmitud. Ta järeldab sellest, et õiguskaitse on seega enamasti tagatud ainult hankes osalemise korral – mis iseenesest on väga kulukas – isegi juhul, kui ettevõtja kavatses vaidlustada hankemenetluse ebaseaduslikkuse konkurentsi ülemäärase piiramise tõttu.
- 27 Vaatamata Agentuuri otsusele hankemenetlust pärast seaduse nr 19/2016 vastuvõtmist mitte jätkata, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult küsida, kas direktiivi 89/665 artikli 1 lõiget 3 ja artikli 2 lõike 1 punkti b tuleb tõlgendada nii, et sellistel asjaoludel nagu põhikohtuasjas käsitletavat annavad need kaebeõiguse ettevõtjale, kes ei esitanud pakkumust põhjusel, et oli kindel või väga tõenäoline, et temaga lepingut ei sõlmita.
- 28 Euroopa Kohtu vastus on otsustav, et teha kindlaks, kas esialgne kaebus oli vastuvõetav, ning sellest lähtudes otsustada põhikohtuasjas kohtukulude jaotamine.
- 29 Neil asjaoludel otsustas Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Liguuria maakonna halduskohus) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas direktiivi [89/665] artikli 1 lõigetega 1–3 ja artikli 2 lõike 1 punktiga b on vastuolus sellised liikmesriigi õigusnormid, mis tunnustavad ainult asjaomases riigihankes osalemise taotluse esitanud ettevõtjate õigust hankemenetluse akte vaidlustada, isegi kui kohtus on vaidlustatud hankemenetlus tervikuna, sest hanke regulatsiooni tõttu on pakkumuse edukaks osutumine ülimalt ebatõenäoline?“

## Eelotsuse küsimuse analüüs

### *Vastuvõetavus*

- 30 Itaalia ja Hispaania valitsus väitsid oma kirjalikes seisukohtades, et eelotsusetaotlus on vastuvõetamatu, sest esitatud küsimus on hüpoteetiline, kuna põhikohtuasja vaidluse ese langes pärast seda ära, kui hankija teatas kavatsusest hankest loobuda. Itaalia valitsuse hinnangul on eelotsusetaotlus vastuvõetamatu ka põhjusel, et on kahtlusi selles osas, millise lepingu Agentuur kavatses oma lepingupartneriga hankemenetluse tulemusel – millest lõpuks loobuti – sõlmida.

### *Eelotsuse küsimuse hüpoteetilisus*

- 31 Siinkohal tuleb märkida, et Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on ELTL artikliga 267 loodud liikmesriikide kohtute ja Euroopa Kohtu vahelise koostöö raames liikmesriikide kohtutel, kelle lahendada on vaidlus ja kes ainsana on otseselt kursis talle esitatud vaidluse aluseks olevate asjaoludega ja poolte argumentidega ning kes vastutab langetatava kohtuotsuse eest, pädevus kohtuasja eripära arvestades hinnata nii eelotsuse vajalikkust oma otsuse tegemiseks kui ka Euroopa Kohtule esitatavate küsimuste asjakohasust (vt selle kohta eelkõige 22. juuni 2000. aasta kohtuotsus *Marca Mode*, C-425/98, EU:C:2000:339, punkt 21, ja 1. aprilli 2008. aasta kohtuotsus *prantsuskeelse kogukonna valitsus ja Valloonia valitsus*, C-212/06, EU:C:2008:178, punkt 28).
- 32 Järelikult, kui esitatud küsimused puudutavad liidu õiguse tõlgendamist, on Euroopa Kohus üldjuhul kohustatud eelotsuse tegema (17. aprill 2007. aasta kohtuotsus *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, punkt 44).
- 33 Eelnevast järeldub, et eeldades liikmesriigi kohtu esitatud eelotsuse küsimuste asjakohasust, võib neile vastamast keelduda vaid siis, kui on ilmne, et neis küsimustes osutatud liidu õiguse tõlgendusel ei ole mingit seost põhikohtuasja asjaolude või esemega (vt eelkõige 15. detsembri 1995. aasta kohtuotsus *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, punkt 61; 7. septembri 1999. aasta kohtuotsus *Beck ja Bergdorf*, C-355/97, EU:C:1999:391, punkt 22, ja 1. aprilli 2008. aasta kohtuotsus *prantsuskeelse kogukonna valitsus ja Valloonia valitsus*, C-212/06, EU:C:2008:178, punkt 29).
- 34 Liikmesriigi kohtu esitatud eelotsusetaotluse saab jätta läbi vaatamata vaid siis, kui ilmneb, et ELTL artiklis 267 ette nähtud menetluse eesmärgist on kõrvale kaldunud ning soovitakse tegelikult saada Euroopa Kohtult otsus kunstliku vaidluse alusel või kui on ilmselge, et liidu õigus ei ole ei otseselt ega kaudselt kõnealuse kohtuasja asjaolude suhtes kohaldatav (vt selle kohta 18. oktoobri 1990. aasta kohtuotsus *Dzodzi*, C-297/88 ja C-197/89, EU:C:1990:360, punkt 40, ja 17. juuli 1997. aasta kohtuotsus *Leur-Bloem*, C-28/95, EU:C:1997:369, punkt 26).
- 35 Käesoleval juhul on vaieldamatu, et küsimus selles, kas põhikohtuasja kaebajatel oli liidu õiguse alusel õigus esitada Agentuuri avaldatud hanketeate peale kaebus, pidi olema eelotsusetaotluse esitanud kohtusse esitatud kaebuse vastuvõetavuse eeltingimus. On tõsi, et Agentuuri otsuse tõttu hankest pärast seaduse nr 19/2016 vastuvõtmist loobuda langes kaebuse ese ära.
- 36 Samas ei ole põhikohtuasi – erinevalt nendest asjaoludest, mis olid aluseks Euroopa Kohtu 14. oktoobri 2010. aasta määrusele *Reinke* (C-336/08, ei avaldata, EU:C:2010:604) – sisuliselt lahendatud.
- 37 Kuigi põhikohtuasja asjaoludel selle küsimuse analüüsimine, kas ettevõtjatel, kes teadlikult otsustasid hankemenetluses mitte osaleda, oli direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 või direktiivi 92/13 artikli 1 lõike 3 alusel kaebeõigus, saab eelotsusetaotluse esitanud kohtul võimaldada põhikohtuasjas otsustada vaid kohtukulude jaotuse üle, on vaieldamatult tegemist liidu õiguse tõlgendamise küsimusega, millele Euroopa Kohus peab selle õiguse ühetaolise kohaldamise säilitamiseks vastama.

38 Seega tuleb eelotsusetaotlus tunnistada vastuvõetavaks.

### *Põhikohtuasja lepingu liigi määratlemata jätmine*

- 39 Tõsi on see – nagu väidab Itaalia valitsus oma kirjalikes seisukohtades –, et eelotsusetaotlus ei võimalda täpselt kindlaks määrata, kas Agentuuri korraldatud hanke esemeks oli veeteenuste kontsessioon või teenuste riigihankeleping. Esimesel juhul tuleks kaebajate põhjendatud huvi hinnata määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõike 7 alusel, teisel juhul aga tuleks seda teha direktiivi 92/13 artikli 1 lõike 3 alusel.
- 40 Samas piisab – ilma et oleks vaja üritada kindlaks määrata nimetatud lepingu liiki, mis on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne –, kui tõdeda sarnaselt sellele, mida kohtujurist tegi oma ettepaneku punktis 63, et direktiivi 92/13 artikli 1 lõige 3 ja määruse nr 1370/2007 artikli 5 lõige 7 näevad ette vaidlustamise korra, mis on analoogne direktiivi 89/665 vastava korraga, mille kohta küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus.
- 41 Neil asjaoludel ei saa Euroopa Kohtu vastus esitatud küsimusele varieeruda sõltuvalt sellest, kuidas põhikohtuasjas käsitletav leping kvalifitseerida, kuna eelmises punktis käsitletud kolmes teisesse õiguse aktis on kohtulik kaitse tagatud võrdväärselt.
- 42 Järelikult tuleb eelotsusetaotlus tunnistada ka selles osas vastuvõetavaks.

### *Sisulised küsimused*

- 43 Oma küsimusega palub eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt selgitada, kas nii direktiivi 89/665 artikli 1 lõikega 3 kui direktiivi 92/13 artikli 1 lõikega 3 on vastuolus sellised õigusnormid nagu põhikohtuasjas käsitletavat, mis ei võimalda ettevõtjatel esitada kaebust hankija otsuste peale, mis puudutad hankemenetlust, milles nad otsustasid mitte osaleda põhjusel, et selle menetluse suhtes kohaldatav regulatsioon muutis asjaomase hankelepingu nendega sõlmimise väga ebatõenäoliseks.
- 44 Direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 kohaselt tagavad liikmesriigid, et selles direktiivis ette nähtud õigus vaidlustusmenetlusele oleks tagatud „vähemalt“ isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava riigihankeid reguleerivat liidu õiguse või selle liikmesriikide õigusesse üle võtnud riigisisese õiguse rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada (vt selle kohta 12. veebruar 2004. aasta kohtuotsus Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punkt 25, ja 5. aprilli 2016. aasta kohtuotsus PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 23).
- 45 Seega ei ole liikmesriigid kohustatud tagama õigust vaidlustusmenetlusele igale isikule, kes soovib, et riigihankeleping sõlmitaks temaga, kuid neil on õigus nõuda, et asjaomane isik oleks väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada (vt selle kohta 19. juuni 2003. aasta kohtuotsus Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, punkt 18, ja 12. veebruari 2004. aasta kohtuotsus Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punkt 26).
- 46 Hankemenetluses osalemine võib põhimõtteliselt direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 kohaselt kujutada endast tingimust, mille täidetuse on nõutav tõendamaks, et asjaomasel isikul on põhjendatud huvi kõnealust lepingut saada või ta võib nimetatud lepingu sõlmimise otsuse väidetava õigusvastasuse tõttu kahju kannatada. Kui isik pakkumust esitanud ei ole, on tal raske tõendada, et tal on põhjendatud huvi seda otsust vaidlustada või et ta on kõnealuse lepingu sõlmimise tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada (12. veebruari 2004. aasta kohtuotsus Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punkt 27).



- 47 Samas juhul, kui ettevõtja ei esita pakkumust väidetavalt diskrimineerivate tingimuste tõttu riigihanke alusdokumentides või tehnilistes tingimustes, mille tõttu ta just polnudki võimeline pakkuma kõiki nõutud teenuseid, siis on liigne nõuda, et ta esitaks – enne, kui ta saab selliste tingimuste vastu kasutada direktiivis 89/665 ette nähtud õigust vaidlustusmenetlusele – kõnealuses hankemenetluses pakkumuse vaatamata sellele, et võimalus, et nende tingimuste olemasolul sõlmitakse leping temaga, puudub (vt selle kohta 12. veebruari 2004. aasta kohtuotsus Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punktid 28 ja 29).
- 48 12. veebruari 2004. aasta kohtuotsuses Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93) seondus järeldus, et Grossmann Air Service'il puudub võimalus, et nende leping sõlmitakse temaga, asjaoluga – millele viidati nimetatud kohtuotsuse punktis 17 –, et tal ei olnud suuri lennukeid, mistõttu ei olnud ta eeldatavasti võimeline osutama kõiki neid teenuseid, mida hankija nõudis.
- 49 12. veebruari 2004. aasta kohtuotsusest Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93) tulenevad kaalutlused on *mutatis mutandis* kohaldatavad käesolevas asjas.
- 50 Nii Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kohtupraktikast kui ka Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) kohtuotsusest nr 245/2016 tuleneb, et põhjendatud huvi võib erandina tunnustada ettevõtja puhul, kes pakkumust ei esitanud, „kui vaidlustatakse see, et hankemenetlus jäeti korraldamata või korraldati, või vaidlustatakse hanketeate otseselt välistavad tingimused või viimaks ka tingimused, mis seavad ilmselt arusaamatuid või täiesti ebaproportsionaalseid või pakkumuse esitamist võimatuks muutvaid kohustusi“.
- 51 Järelikult tuleb tõdeda, et nii direktiivi 89/665 artikli 1 lõikest 3 kui direktiivi 92/13 artikli 1 lõikest 3 tulenevad nõuded on täidetud, kui ettevõtjal, kes pakkumust ei esitanud, on eelkõige kaebeõigus juhul, kui ta leiab, et hankemenetluse alusdokumentides sisalduvad tingimused muudavad koguni pakkumuse esitamise võimatuks.
- 52 Samas on oluline rõhutada, et sellist kaebust ei saa esitada pärast seda, kui hankija on teinud hankelepingu sõlmimise otsuse, vastasel juhul võiks see kahjusta direktiiviga 89/665 ja direktiiviga 92/13 seatud kiiruse ja tõhususe eesmärgi (vt selle kohta 12. veebruari 2004. aasta kohtuotsus Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punkt 37).
- 53 Kuna sellise ettevõtja kaebeõigust, kes pole pakkumust esitanud, tunnustatakse vaid erandina, ei saa pidada liigseks nõuda, et ta tõendaks, et hanketingimused muudavad koguni pakkumuse esitamise võimatuks.
- 54 Kuigi see tõendamise nõue isenesest ei ole riigihankeid reguleeriva liidu õigusega vastuolus, ei saa siiski välistada, et põhikohtuasja konkreetseid asjaolusid arvestades võib selle kohaldamine kaasa tuua põhikohtuasja kaebajatele direktiivi 89/665 artikli 1 lõikega 3 ja direktiivi 92/13 artikli 1 lõikega 3 antud kaebeõiguse rikkumise.
- 55 Selles osas tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtul kõiki tema menetluses oleva asja konteksti iseloomustavaid olulisi asjaolusid arvesse võttes põhjalikult hinnata, kas kaebeõigust käsitlevate Itaalia õigusnormide kohaldamine nii, nagu Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) ja Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) on seda tõlgendanud, võib piirata põhikohtuasja kaebajate õigust tõhusale kohtulikule kaitsele.
- 56 Siiski saab Euroopa Kohus tema valduses olevas toimikus sisalduva teabe põhjal anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule kasulikud juhtnõõrid hindamiseks, mille viimane peab läbi viima.
- 57 Selleks tuleb kõigepealt arvesse võtta asjaolu, et Amt jt tagasid ühistransporditeenuse osutamise maakonnas enne seda, kui hankija kuulutas välja hanke ja seejärel otsustas sellest loobuda. Kuna maakonnaseaduse nr 33/2013 täpsustab, et maakondlik ühistranspordi hange korraldatakse ühes osas,

mis hõlmab kogu maakonna territooriumi, kuid dekreetseaduse nr 138/2011 artikkel 3*bis* sätestab põhimõtteliselt, et kohalike avalike teenuste osutamise territoriaalne ulatus on provints, siis tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtul uurida, kas maakonna seadusandja on välja toonud põhjused, miks ta eelistas edaspidi korraldada transporditeenuse maakonna tasandil ning mitte enam provintsi tasandil. Võttes lõpuks arvesse hankija kaalutusõigust oma vajaduste hindamisel ei saa *a priori* välistada, et maakonna valik korraldada transporditeenused maakonna tasandil oli õiguspärane, kuna see vastas näiteks sellistele majanduslikele kaalutlustele nagu tahe realiseerida mastaabisäästu.

- 58 Eeltoodud kaalutlustest lähtudes tuleb esitatud küsimusele vastata, et nii direktiivi 89/665 artikli 1 lõiget 3 kui direktiivi 92/13 artikli 1 lõiget 3 tuleb tõlgendada nii, nendega ei ole vastuolus sellised õigusnormid nagu põhikohtuasjas käsitletavat, mis ei võimalda ettevõtjatel esitada kaebust hankija otsuste peale, mis puudutad hankemenetlust, milles nad otsustasid mitte osaleda põhjusel, et selle menetluse suhtes kohaldatav regulatsioon muutis asjaomase hankelepingu nendega sõlmimise väga ebatõenäoliseks.

Liikmesriigi pädeval kohtul tuleb siiski kõiki tema menetluses oleva asja konteksti iseloomustavaid olulisi asjaolusid arvesse võttes põhjalikult hinnata, kas nende õigusnormide konkreetne kohaldamine ei või mitte piirata asjaomaste ettevõtjate õigust tõhusale kohtulikule kaitsele.

## Kohtukulud

- 59 Kuna põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus pooleli oleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse liikmesriigi kohus. Euroopa Kohtule seisukohtade esitamiseiga seotud kulud, välja arvatud poolte kohtukulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (kolmas koda) otsustab:

**Nii nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta, mida on muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiviga 2007/66/EÜ, artikli 1 lõiget 3 kui nõukogu 25. veebruari 1992. aasta direktiivi 92/13/EMÜ veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta, mida on muudetud direktiiviga 2007/66, artikli 1 lõiget 3 tuleb tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus sellised õigusnormid nagu põhikohtuasjas käsitletavat, mis ei võimalda ettevõtjatel esitada kaebust hankija otsuste peale, mis puudutad hankemenetlust, milles nad otsustasid mitte osaleda põhjusel, et selle menetluse suhtes kohaldatav regulatsioon muutis asjaomase hankelepingu nendega sõlmimise väga ebatõenäoliseks.**

Liikmesriigi pädeval kohtul tuleb siiski kõiki tema menetluses oleva asja konteksti iseloomustavaid olulisi asjaolusid arvesse võttes põhjalikult hinnata, kas nende õigusnormide konkreetne kohaldamine ei või mitte piirata asjaomaste ettevõtjate õigust tõhusale kohtulikule kaitsele.

Allkirjad