

KOHTUJURISTI ETTEPANEK

PEDRO CRUZ VILLALÓN

esitatud 14. septembril 2010¹

1. Rechtbank Assen (edaspidi „Rechtbank“) palub oma eelotsusetaotluses tõlgendada nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta,² mida on muudetud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiviga 92/50/EMÜ³ (edaspidi „direktiiv 89/665“).

kuulub hankelepingutealane pädevus tavaliselt tsiviilkohtutele ja mis samas kehtestavad piirangud põhjendamise- ja tõendamismehhanismide suhtes ning lõpuks annavad neile meetmetele sõltumatuse võrreldes asja sisulise lahendamisega, milles õigussuhted lõplikult kindlaks määratakse, muutes nad seega teataval määral püsivaks.

2. Rechtbank palub Euroopa Kohtul viie esitatud küsimuse alusel, millest enamik jaguneb omakorda mitmeks alaküsimuseks, teha otsus kahe selgelt eristuva teema kohta.

4. Teiselt poolt küsib Rechtbank, kas seoses direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punktiga c, st selleks et „maksta kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud“, on liidu õiguses kehtestatud kriteeriumid nimetatud vastutuse määramiseks ning kahju tuvastamiseks ja hindamiseks.

3. Ühelt poolt palutakse täpsustusi selle kohta, kas direktiiviga 89/665 loodud läbivaatamise korraga ja täpsemalt direktiivi artikli 1 lõigetega 1 ja 3 ning artikli 2 lõigetega 1 ja 6 on vastuolus sellised siseriiklikud kaitsemeetmeid käsitlevad menetlusnormid nagu Madalmaade õigusnormid, mille kohaselt

5. Selles suhtes annab käesolev kohtuasi võimaluse täpsustada direktiivi 89/665 teatavaid sätteid, mis on väga olulised õiguspärasuse säilitamiseks, mida Euroopa Liidu õigus riigi-hankelepingute puhul nõuab.

1 – Algkeel: hispaania.

2 – EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246.

3 – EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322.

I. Asjaolud

6. Drenthe provintsiavalitsus (edaspidi „provintsi”) korraldas avaliku pakkumismenetluse ehitustööde hankelepingu sõlmimiseks seoses kahe tõstesilla renoveerimisega, mis asuvad Emmeni omavalitsuses Erica-Ter-Apel'i kanalivõrgustiku laevatataval lõigul, ning selle kohta avaldati teade 18. juuli 2007. aasta Euroopa Liidu Teatajas.⁴

7. Projektile anti Euroopa Liidu abi tingimusel, et tööd tuleb lõpetada kindlaksmääratud tähtajaks, mis oli 1. juuli 2008.

8. Neli pakkujat esitasid pakkumused, kusjuures kõige madalama hinnaga pakkumuse tegi äriühing Machinefabriek Emmen B.V (edaspidi „MFE”) ja teiseks jäi Combinatie Spijker Infrabouw (edaspidi „Combinatie”).

9. 2. oktoobril 2007 teatas provintsi Combinatie, et kavatseb lepingu sõlmida MFE-ga, kuna viimase pakkumus oli kõige madalama hinnaga.

10. Combinatie vastas 18. oktoobril 2007 lepingu sõlmimise otsusele sellega, et taotles Rechtbank Asseni esialgse õiguskaitse

taotlusi lahendavalt kohtunikult (edaspidi „esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik”), et ta tunnistaks MFE esitatud pakkumuse kehtetuks ja Combinatie seega kõige madalamat hinda pakkunud ettevõtjaks, ning samuti seda, et juhul kui provintsi otsustab lepingu sõlmida, sõlmitaks see temaga.

11. Kuigi kõnealune esialgne menetlus oli pooleli, teatas provintsi 1. novembril 2007 kõigile pakkujatele, et tühistab hanke, tühistades sellega ka oma 2. oktoobril 2007 avaldatud otsuse hankelepingu sõlmimise kohta, kusjuures ta põhjendas seda teatavate oluliste menetlusvigadega.⁵

12. Combinatie aga ei loobunud siiski kaitsemeetmete taotlusest. 9. novembril 2007 taotles lepingu esialgne saaja MFE esialgse õiguskaitse taotlusi lahendavalt kohtunikult omakorda, et leping sõlmitaks temaga. Provintsi väitis vastulauses, et ei soovi lepingut sõlmida ühegi pakkujaga.

13. 28. novembril 2007 esitas esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik esialgselt

4 – Siseriiklikus haldustoimikus nimetati lepingu projektiks 1382.

5 – Provintsi arvates seisnesid peamised puudused menetluse käigus tehtud olulistes muudatustes seoses pakkujatele esitatud sobivuse, kogemuste ja käibe kriteeriumiga. Samuti teatati Combinatiele, et pärast MFE pakkumuse põhjalikku läbivaatamist jõuti järeldusele, et temaga lepingut ei sõlmita, ning seetõttu kaaluti võimalust hankemenetluse uuesti korraldada.

täitmisele pööratava kohtumääruse, mille käesoleva asja seisukohast olulises löigus on öeldud järgmist: arvestades, et „provints teatas 2. oktoobri 2007. aasta kirjas, et soovib sõlmida lepingu Machinefabriek Emmeniga, kui kaitsemeetmete kohaldamise menetlust ei algatata 15 päeva jooksul, ei saa provints hankemenetluse selles etapis ja võrdse kohtlemise, õiguspärase ootuse ning lepingueelsetel läbirääkimistel heas usus käitumise põhimõtte tõttu sõlmida teise hankemenetluse teel sama lepingut teise pakkujaga kui see, kellega sama leping tuli sõlmida esimese hankemenetluse põhjal”,⁶ mistõttu kohtumääruse resolutsioon sätestab, et „on keelatud sõlmida lepingut muu pakkujaga kui Machinefabriek”.

14. Viis päeva hiljem, 3. detsembril 2007 sõlmis provints lepingu MFE-ga.

15. 11. detsembril 2007 esitas Combinatie Gerechtshof Leeuwardenile määruskaebuse, milles palus peatada esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuniku määruse täitmine.

16. Gerechtshof Leeuwarden jättis 30. jaanuari 2008. aasta vaheotsusega peatamisaotluse rahuldamata põhjendusega, et MFE-l oli põhjendatud huvi esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuniku määruse täitmise suhtes. Kuigi muutuste taotlemist oleks võinud

jätkata ülejäänud nõuete osas seoses esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuniku määruse tühistamise või kinnitamisega,⁷ loobus Combinatie sellest.

17. Seejärel otsustas Combinatie esitada Rechtbankis provintsi vastu kaebuse, millega taotles nüüd juba hankemenetluse lõpetamisest tuleneva kahju hüvitamist. Provintsi teatati sellest 29. veebruaril 2008. Rechtbank esitas 22. detsembril 2008 käesoleva eelotsusetaotluse.

II. Eelotsuse küsimused

18. Rechtbank ütles oma eelotsusetaotluses ennetavalt – ning see asjaolu osutub eriti tähtsaks –, et provintsi otsus tühistada oma 2. oktoobri 2007. aasta otsus lepingu sõlmimise kohta ja korrata hankemenetlust oli tema hinnangul ainuke võimalus, mis arvestas hankelepinguid reguleeriva õiguse nõuetekohast kohaldamist.

19. Sellel põhjendusel peatas nimetatud kohus menetluse ja pöördus vastavalt ELTL

6 – 27. novembri 2007. aasta kohtumääruse punkt 4.13.

7 – Kohtuistung oli määratud 13. veebruarile.

artiklile 267 Euroopa Kohtusse, esitades järgmised eelotsuse küsimused:

1. a. Kas direktiivi 89/665/EMÜ artikli 1 lõikeid 1 ja 3 ning artikli 2 lõikeid 1 ja 6 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus kord, millega ühenduse õigust puudutavate riigihankealaste kohtuasjade puhul õiguskaitse saamine, mille tagamine on siseriikliku kohtu ülesanne, on muudetud keerulisemaks sellega, et nii halduskohus kui ka tsiviilkohus võivad olla pädevad sama otsuse ja selle tagajärgede osas ning kohtud võivad teha paralleelseid vastandlikke otsuseid?
 - b. Kas selles kontekstis on lubatav, et halduskohtu pädevus on piiratud seisukoha andmise ja lahendi tegemisega hankelepingu sõlmimise otsuse kohta, ning kui see on nii, siis miks ja millistel tingimustel?
 - c. Kas selles kontekstis on lubatav, et Algemene wet bestuursrecht (Madalmaade haldusmenetluse seadus), mis reguleerib üldkorras halduskohtusse pöördumist, ei võimalda vaidlustada hankija otsust sõlmida ehitustööde hankeleping ühega pakkujatest, ning kui see on nii, siis miks ja millistel tingimustel?
 - d. Kas vastus [teisele] küsimusele on selles kontekstis oluline?
2. a. Kas direktiivi 89/665/EMÜ artikli 1 lõikeid 1 ja 3 ning artikli 2 lõikeid 1 ja 6 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus kord, mis võimaldab võimalikult kiire kohtulahendi saamiseks kasutada vaid üht menetlust, mida iseloomustab see, et menetlus on põhimõtteliselt suunatud kiire korraldava meetme võtmiseks, advokaatidel ei ole õigust vahetada kirjalikke seisukohti ja reeglina esitatakse ainult kirjalikke tõendeid ega kohaldata tõendamist puudutavaid õigusnorme?
 - b. Kui vastus sellele küsimusele on eitav: kas see kehtib ka siis, kui kohtulahend ei vii õigussuhte lõpliku kindlaksmääramiseni ega ole ka osa otsustusprotsessist, mis viib sellise lõpliku otsuseni?
 - c. Kas seejuures on oluline, et kohtulahend on siduv üksnes menetluse pooltele, samal ajal kui see võib puudutada ka teisi isikuid?
3. Kas direktiiviga 89/665/EMÜ on kooskõlas see, kui esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik kohustab hankijat

tegema hankelepingu sõlmimise otsuse, mis hiljem sisulises menetluses loetakse ühenduse hankenormidega vastuolus olevaks?

III. Menetlus Euroopa Kohtus

4. a. Kui vastus [kolmandale] küsimusele on eitav, kas siis hankijat tuleb pidada selle eest vastutavaks, ning kui see on nii, siis mis mõttes?

b. Kas see kehtib ka [kolmandale küsimusele] jaatava vastuse korral?

c. Kui see hankija peab hüvitama kahju, kas siis ühenduse õigus sätestab sellise kahju tuvastamise ja hindamise kriteeriumid, ning kui see on nii, millised need kriteeriumid siis on?

d. Kui hankijat ei saa pidada selle eest vastutavaks, kas ühenduse õiguse alusel on siis võimalik tuvastada mõni teine isik, kes on vastutav, ning mis on sel juhul alus?

5. Kui siseriikliku õiguse ja/või eespool toodud küsimustele antud vastuste alusel osutub vastutuse kohaldamine praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks, mida peab siseriiklik kohus siis sel juhul tegema?"

20. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtu kantseleis 22. detsembril 2008.

21. Euroopa Kohtu põhikirja artiklis 23 sätestatud tähtjaks esitasid märkused Combinatie, provints, Madalmaade valitsus ja komisjon.

22. Pärast Euroopa Kohtu 1. detsembri 2009. aasta üldkoosolekut otsustas kõnealune kohus vastavalt kodukorra artikli 104 lõikele 5 paluda Rechtbankil esitada mitmeid täpsustusi provintsi hankelepingu rahalise väärtuse kohta. Euroopa Kohtu kantseleis 2. veebruaril 2010 registreeritud vastuses selgitas Rechtbank, et kõnealune leping kuulub üldisemate ehitustööde alla, mis on seotud Erica-Ter Apel'i laevateega ning mille kogumaksumus ilma käibemaksuta on hinnanguliselt 6 100 000 eurot.

23. Pärast asja uut arutamist 23. märtsi 2010. aasta üldkoosolekul otsustati eelotsusetaotlusega seotud pooltele esitada hulk kirjalikke küsimusi kaitsemeetmete täitmise kohta Madalmaade õiguses, lepingu tühistamise võimaluste kohta nimetatud õiguse raames ning valikuvõimaluste kohta, mis provintsil pärast kaitsemeetmeid võtnud määrust olid.

24. Viimased prantsuse keelde tõlgitud vastused saabusid 7. juunil 2010, misjärel jäadi ootama ettepaneku esitamist, sest ükski menetlusosaline ei olnud palunud kohtuistungit pidamist.

5 278 000 eurot ehitustööde riigihankelepingute puhul.⁹

IV. Kohaldatavad õigusaktid

2. Direktiiv 89/665

A. Euroopa Liidu õigus

1. Direktiiv 2004/18/EÜ⁸

25. Artikli 7 punkt c kehtestab ehitustööde riigihankelepingute rahalised piirmäärad:

„Käesolevat direktiivi kohaldatakse hankelepingute suhtes, mis ei ole [...] välja jäetud ning mille eeldatav maksumus käibemaksuta on võrdne järgmiste piirmääradega või nendest suurem:

[...]

8 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (edaspidi „direktiiv 2004/18“; ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132).

26. Vastavalt direktiivi 89/665 artikli 1 lõikele 1 „võtavad [liikmesriigid] seoses direktiivide 71/305/EMÜ, 77/62/EMÜ ja 92/50/EMÜ reguleerimisalasse kuuluvate riigihankelepingute sõlmimise menetlustega vajalikud meetmed tagamaks, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas järgmiste artiklitega ja eelkõige artikli 2 lõikega 7 põhjusel, et kõnealused otsused on vastuolus riigihankeid reguleeriva ühenduse õigusega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega”.¹⁰

9 – Nimetatud summa, mis kehtis hanketeate avaldamise ajal, kehtestati komisjoni 19. detsembri 2005. aasta määrusega (EÜ) nr 2083/2005, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses riigihankemenetluste puhul kohaldatavate piirmääradega (ELT L 333, lk 28).

10 – Säte on sõnastatud vastavalt nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ – millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322) – artiklile 41. Vastavalt nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/36/EMÜ – millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 1; ELT eriväljaanne 06/02, lk 110) – artiklile 33 ja nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ – millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163) – artiklile 36 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamist käsitleva direktiivi 2004/18/EÜ (ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132) artikli 82 teisele lõigule ning kooskõlas nimetatud direktiivide lisades esitatud vastustabelitega tõlgendatakse direktiivi 89/665 artikli 1 lõikes 1 esinevaid viiteid direktiividele 71/305/EMÜ, 77/62/EMÜ ja 92/50/EMÜ viidetena direktiivile 2004/18.

27. Artikli 1 lõikes 3 on öeldud:

„Liikmesriigid tagavad, et läbivaatamise kord oleks võimalike liikmesriikide poolt kehtestatavate üksikasjalike eeskirjade kohaselt kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku tarne- või ehitustöölepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada. Eelkõige võivad liikmesriigid nõuda, et läbivaatamist taotleval isikul peab olema eelnevalt teatanud tellijale väidetavast rikkumisest või kavatsusest taotleda läbivaatamist.”

- b) jätta kõrvale ebaseaduslikud otsused või tagada nende kõrvalejätmine ning kõrvaldada pakkumiskutsest, lepingudokumentidest ning teistest kõnesolevat pakkumismenetlust käsitlevatest dokumentidest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad;
- c) maksta kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud.

[...]

28. Artikli 2 lõigetes 1, 5 ja 6 on sätestatud:

„1. Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 kindlaksmääratud läbivaatamise korraga võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

5. Liikmesriigid võivad sätestada, et kui kahjutasu taotlemist põhjendatakse ebaseaduslikult tehtud otsusega, peab vajalike volitustega asutus vaidlustatud otsuse kõigepealt kõrvale jätma.

6. Lõikes 1 nimetatud volituste kasutamise mõju sõlmitud ja juba täidetud lepingule määratakse kindlaks siseriikliku õigusega.

- a) võtta esimesel võimalusel vahemenetluse korras ajutisi meetmeid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, sealhulgas meetmeid, mille eesmärk on riigihanklepingu sõlmimise menetluse või tellijate otsuste rakendamise peatamine või nende peatamise tagamine;

Lisaks sellele võib liikmesriik ette näha, et pärast lepingu sõlmimist piirduvad läbivaatamise korra eest vastutava asutuse volitused kahjutasu maksmisega kõigile rikkumise tõttu kahju kannatanud isikutele, v.a juhud,

kui otsus tuleb jätta kõrvale enne kahjutasu maksmist.

arvates vastasid nende õigusaktid kõnealuse direktiivi nõuetele.¹²

[...]”

3. Direktiivi 92/13/EMÜ¹¹ artikli 2 lõige 7

29. Nimetatud sättes on öeldud, et „[k]ui nõue esitatakse kahjude kohta, mis on seotud pakkumuse ettevalmistamise või pakkumismenetluses osalemise kuludega, peab kahjunõude esitaja tõestama ainult seda, et on rikutud hankeid reguleerivat ühenduse õigust või seda õigust rakendavaid siseriiklikke õigusnorme ning et tal oleks olnud hea võimalus sõlmida leping, aga kõnealuse rikkumise tagajärjel see võimalus kadus”.

B. Madalmaade õigus

30. Madalmaad ei ole võtnud erimeetmeid direktiivi 89/665 ülevõtmiseks, sest selle riigi

31. Madalmaade sellealase korra eripära tuleneb asjaolust, et hankelepingu sõlmimisel lähtutakse eraõigusest,¹³ mistõttu loetakse hankemenetluse käigus haldusasutuste tehtud varasemaid otsuseid¹⁴ üksnes eraõigusliku toimingu raames tehtud esialgseteks otsusteks.

32. Seetõttu kuulub seal tsiviilkohtu¹⁵ ainupädevusse hankelepingute sõlmimist käsitlevate vaidluste lahendamine nii seoses kaitsemeetmete võtmise kui ka asja sisulise lahendamisega, mis piirneb hüvitise saamisega tekitatud kahju eest.

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

12 – Raamwet GET aanbestedingen voorschriften, een voor de Kaderwet van Implementatie Comunidad aanbestedingsregels'i (riigihankealaste ühenduse eeskirjade kohaldamise raamseadus, edaspidi „Raamwet”) põhjendustes on seda mõtet kinnitatud väitega, et „[direktiivi 89/665/EMÜ] täitmiseks ei ole vaja eeskirju muuta. [...] Vahendid, mis peavad vastavalt direktiivile olema huvitatud isikutele kättesaadavad, on Madalmaade õigussüsteemis juba olemas”.

13 – Nii tuleneb Raad van State (Madalmaade kõrgeim halduskohtus) kohtupraktikast.

14 – Sh otsus sõlmida leping kindlaksmääratud pakkujaga.

15 – Tulenevalt Raamwet'ist ja Algemene Wet Bestuursrecht'i (edaspidi „haldusmenetluse seadus”) artikli 8 lõikest 3 ei saa (haldus)kohtule esitada kaebust varasemate otsuste peale, mida on teinud riigiasutus eraõigusliku õigustoimingu ettevalmistamiseks.

33. Halduskohtul ei ole mingit pädevust,¹⁶ ei selgu kavandatavate ehitustööde lepingu välja arvatud juhul, kui mõnes eriseaduses on maht, mis nõuab eelnevat selgitust. sätestatud teisiti.¹⁷

34. Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering'i (Madalmaade tsiviilkohutumenetluse seadustik, edaspidi „tsiviilkohutumenetluse seadustik“) artiklid 254–260 reguleerivad kaitsemeetmete kohaldamise menetlust, millega püütakse kiireloomuliste kohtuasjade puhul menetlust kiirendada, kasutades üksnes suulist menetlust ja tõendite puhul erimeetmeid, mis erinevad tavamenetluse omadest.

36. Direktiivi 89/665 kohaldamise eeldus käesoleva asja puhul on tegelikult see, et pro-vinti hange ületab direktiiviga 2004/18 sätestatud minimaalse künnise, mis, nagu eespool öeldud, oli tol ajal ehitustööde riigihangete korral 5 278 000 eurot.

V. Vastuvõetavuse probleemid

A. Eelkõimus: projekti maht

37. Teisest küljest tuleb vastavalt direktiivi 2004/18 artiklile 9 riigihankelingu eeldatava kogumaksumuse arvutamisel aluseks võtta hankija hinnanguline väljamakstav kogusumma käibemaksuta (lõige 1), kusjuures ühtegi ehitustööprojekti ei tohi osadeks jaotada „eesmärgiga takistada selle kuulumist käesoleva direktiivi reguleerimisalasse“ (lõige 3). Juhul kui kavandatavate ehitustööde tulemusena sõlmitakse lepingud samaaegselt eraldi osadena, „võetakse arvesse kõigi osade eeldatav kogumaksumus“ (lõike 5 punkt a).

35. Komisjon ja Madalmaade valitsus mainivad oma märkustes, et eelotsusetaotlusest

38. Rechtbanki vastavasisuliste selgituste põhjal on põhikohtuasja esemeks olevad ehitustööd osa suuremahulisest hankeprojektist, mille eesmärk on rahvusvahelise turismilae-vatee rajamine Saksamaa ja Madalmaade vahele. Ehitustööd olid jaotatud mitmesse etappi, kuid funktsionaalsest vaatepunktist oli neil üks eesmärk, mistõttu tuleb vastavalt eespool nimetatud sätetele vältida koguprojekti

16 – Isegi mitte hanget korraldava ametiasutuse esialgsete otsuste, nt hankelepingu sõlmimise otsuse puhul.

17 – Madalmaade valitsuse märkuste kohaselt võib halduskohtus siiski omada pädevust juhul, kui mõni seadus talle selle erandkorras annab, nagu see on kontsessiooni andmise puhul 2000. aasta Wet Personenvervoer'i (isikute transpordi seadus) alusel.

osadeks jagamist selle maksumuse arvutamiseks. Kuna abikõlblikele kuludele antav toetus on 6 100 000 eurot, siis projektide kogumaksumus ületab selgelt eespool nimetatud majandusliku künnise, nagu kinnitas ka eelotsusetaotluse esitanud kohus.

39. Niisiis kuulub ehitustööde hankeleping, mille eesmärk on kahe tõstesilla renoveerimine Erica-Ter Apeli kanalivõrgu laevateel, oma mahu tõttu direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse ja seega tuleb selle suhtes kohaldada direktiiviga 89/665 sätestatud läbivaatamise tagatist.

B. Esimese küsimuse hüpoteesilisus

40. Rechtbank on Euroopa Kohtule esitanud üksikasjalike küsimuste kogumi, millest esimene, nagu edaspidi ilmneb ja nagu juba on öeldud, on puhtalt hüpoteesiline ja seega vastuvõetamatu.

41. Kõigepealt tasub meelde tuletada, et käesoleva eelotsuse küsimuse taustaks olev siseriiklik vaidlus kujutab endast tsiviilmenetlust, mille ese on kahjunõue, mis tuleneb sellest, et on jäetud vastavalt siseriiklikule õigusele sõlmimata hankeleping, kusjuures

selle menetluse suhtes, nagu juba öeldud, kohaldatakse Madalmaades eraõigust. Rechtbank esitab aga esimese küsimuse raames rea alaküsimusi, mis ei ole menetluse tegeliku olemusega ega selle raames esitatud põhikaebusega seotud (või on seotud üksnes kaudselt), mistõttu neid ei saa vastuvõetavaks lugeda.¹⁸

42. Rechtbank lähtub (esimese küsimuse punktis a) nimelt eeldusest, et direktiivi 89/665 teatavate sätetega võib vastuolus olla, kui õiguskaitse muudetakse keerulisemaks (mis sisaldub hinnanguna küsimuse enda sõnastuses) sellega, et Madalmaade õiguskord võimaldab nii tsiviil- kui ka halduskohtutel „teha samaaegselt vastandlikke otsuseid”. Esimese küsimuse kolmes järgmises punktis jääb Rechtbank põhiosas selle eelduse juurde, nagu nähtub sissejuhatavast väljendist „selles kontekstis”, mida ta kasutab nimetatud punktide alguses, ning küsib ühelt poolt, kas on lubatav, et halduskohtu pädevus on piiratud seisukoha andmise ja lahendi tegemisega hankelepingu sõlmimise otsuse kohta

18 – Euroopa Kohtu 4. oktoobri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-429/05: Rampion ja Godard (EKL 2007, lk I-8017, punktid 23 ja 24); 11. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-387/07: MLVER ja Antonelli (EKL 2008, lk I-9597, punkt 15); 10. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-206/08: Eurawasser (EKL 2009, lk I-, punktid 33 ja 34); 19. novembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-314/08: Fikiplak (EKL 2009, lk I-11049, punktid 40–42).

(punkt b), ja teiselt poolt, kas haldusmenetluse seadus välistab nimetatud kohtule kaebuse esitamise hanke korraldanud asutuse otsuse peale (punkt c),¹⁹ ning soovib lõpuks (punktis d) teada, kas vastused esimesele küsimusele võivad sõltuda asjaolust, et seoses teise küsimusega sedastab Euroopa Kohus, et liidu õigust on võib-olla rikutud sellega, kuidas kaitsemeetmed Madalmaade õigussüsteemis on kavandatud.

43. Ei ole mingit kahtlust, et esimese küsimuse kõik punktid on hüpoteetilised. Piisab, kui märkida siinkohal, et nii esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik kui ka Gerrechtshof Leeuwarden (tsiviilasjade esimene koda apellatsioonikohtuna) ja Rechtbank (eelotsusetaotluse esitanud kohus, kes lahendab kahjuhüvitise nõuet), s.t kõik kohtud, kes on asja menetlenud alates vaidluse algatamisest Combinatie poolt, on tsiviilkohtud.

19 – Esimese küsimuse punktid b ja c on algusest peale teataval määral vastuolus, sest kui punktis b märgitakse, et „halduskohtu pädevus on piiratud seisukoha andmise ja lahendi tegemisega hankelepingu sõlmimise otsuse kohta”, siis punktis c on öeldud, et haldusmenetluse seadus „välistab halduskohtule kaebuse esitamise asjades, kus hanke korraldanud asutus on teinud otsuse lepingu sõlmimiseks ühega pakujatest”.

44. Sõltumata sellest, et poolte väitel oleks Madalmaade õigusnormide alusel²⁰ erandkorras võimalik menetluse toimumine üheaegselt nii tsiviil- kui ka halduskohtus, ei olnud olukord igal juhul nii käesoleva asja puhul, kus võib Rechtbanki määruse põhjal järeldada pigem vastupidist. Nimelt ei viita määrus mingil viisil sellele, et käesoleval juhul oleks sekkunud halduskohus, sest esimese küsimuse punkti a enda sõnastus, kus on öeldud, et need „võivad olla pädevad”, näib väljendavat üksnes oletust; seal ei kirjeldata ka „sama otsust”, mille kohaselt võiksid mõlemad kohtud olla pädevad, kui lisaks sellele on erinev nende kaebuste ese, mida on menetlenud esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik (otsus sõlmida leping MFE-ga) ja Rechtbank, kes lahendab üksnes kahjuhüvitise nõuet; ning selle põhjal võib järeldada, et vähemalt käesolevas kohtuasjas ei ole sama otsuse kohta tehtud vastandlikke otsuseid, sest vaidlustatud esemed ja esitatud nõuded on olemuslikult erinevad.

45. Kuna on selge, et halduskohus ei ole käesoleva asja menetlemises osalenud – selle ümber keerleb esimene küsimus –, ning võttes arvesse, et ERTL artikli 267 kohaselt ei pea Euroopa Kohus esitama üksnes nõuandvaid arvamusi üldiste või teoreetiliste küsimuste

20 – Madalmaades ei kuulu riigihangetega seonduv halduskohtu pädevusse. See kohus kontrollib üksnes teatavaid avalike teenuste kontsessioonilepinguid, mis on tavaliselt avalikus sektoris väga levinud haldusküsimus. See erandlikkus nähtub juba haldusmenetluse seaduse põhjendustest, mida on rõhutanud Madalmaade valitsus ja mis soovimatute konfliktide vältimiseks ei poolda pädevuse jagamist kahe kohtu vahel.

kohta,²¹ tuleb küsimus minu arvates tunnistada vastuvõetamatuks.

kirjalike tõendite alusel, kusjuures tõendamise üldist korda ei kohaldata, on kooskõlas direktiivi 89/665 artikli 1 lõigetega 1 ja 3 ning artikli 2 lõigetega 1 ja 6, kui sealjuures ei vii kohtulahend, millega kaitsemeetmed heaks kiideti, õigussuhte lõpliku kindlaksmääramiseni ning sellel puudub mõju *erga omnes*, sest see on siduv üksnes menetluse pooltele.

VI. Põhiküsimus

46. Rechtbanki esitatud ülejäänud nelja küsimust võib, vaatamata sellele, et nende mõte on kohati ebaselge, seoses direktiiviga 89/665 uurida kolmest vaatepunktist: a) seoses kaitsemeetmete korruga, b) seoses sellega, et ei ole võimalik esitada muud sisulist nõuet kui kahju hüvitamise nõue ja c) seoses vastutuse kindlaksmääramisega ja selle alusel kahju hüvitamisega.

A. Kaitsemeetmete kord: vastus teisele küsimusele

47. Teises küsimuses vaidlustab Rechtbank üldiselt selle, kas kaitsemeetmete lihtmenetlus, mille eesmärk sõltumatult võimalikust asja sisulisest menetlemisest on kiire lahendi saamine ilma suulise käsitluseta ja üksnes

48. Ehk seetõttu, et Madalmaade õigussüsteem näib eelistavat kaitsemeetmeid, millest eelotsusetaotluse esitanud kohus on täiesti teadlik, seab viimane liidu õiguse seisukohast kahtluse alla kaitsemeetmete menetluse korra üksnes eelmises punktis nimetatud põhjustel.

49. Kõigepealt tuleb märkida, et direktiiv 89/665 annab liikmesriikidele suure vabaduse pädeva kohtuorgani valimisel, kes peab tagama direktiivis sätestatud menetluslikud tagatised ja menetlusnormid.

50. Seega peab iga liikmesriik liidu vastavate õigusnormide puudumise korral kehtestama oma õiguskorra raames menetlusnormid nende kohtuasjade läbivaatamiseks, mille eesmärk on tagada isikutele liidu õigusest

21 – 16. detsembri 1981. aasta otsus kohtuasjas 244/80: Foglia (EKL 1981, lk 3045, punkt 18).

tulenevate õiguste kaitse,²² võttes arvesse pii-ranguid, mille tõttu tuleb nimetatud õiguste kaittsel järgida tõhususe²³ ja samaväärsuse²⁴ põhimõtet.

51. Tuleb rõhutada, et ainus võrdluspara-meeter, mille Rechtbank esitab, on direktiiv 89/665, mis ei näe selles suhtes midagi ette, ning seetõttu ei ole kriitikaks mingit põhjust, sest eelotsusetaotluses ei ole öeldud, mil mää-ral toob nimetatud menetluse erikord kaasa negatiivsed tagajärjed isikute põhiõigustele, eelkõige tõhusale õiguskaitsele, seetõttu, et ri-kutakse samaväärsuse ja tõhususe põhimõtet.

52. Jättes kõrvale tõendamise eripära, pool-te võistlevuse põhimõtte sõnastamise vii-si ja kaitsemeetmete mõju,²⁵ tundub siis-ki loogiline, et oma eesmärgi ja olemuse tõttu erineb kaitsemeetmete võtmise kord

- 22 – Euroopa Kohtu 16. detsembri 1976. aasta otsus kohtu-asjas 33/76: Rewe (EKL 1976, lk 1989, punkt 5); 14. det-sembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-312/93: Peterbroeck (EKL 1995, lk I-4599, punkt 12); 13. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-432/05: Unibet (EKL 2007, lk I-2271, punkt 39) ja 7. juuni 2007. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-222/05–C-225/05: van der Weerd jt (EKL 2007, lk I-4233, punkt 28) ning 15. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-268/06: Impact (EKL 2008, lk I-2483, punkt 44).
- 23 – Euroopa Kohtu otsus eespool nimetatud kohtuasjas Peterb-roeck, punkt 14, ja 3. septembri 2009. aasta otsus kohtu-asjas C-2/08: Fallimento Olimpiclub (EKL 2009, lk I-7501, punkt 27).
- 24 – Euroopa Kohtu 15. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-231/96: Edis (EKL 1998, lk I-4951, punkt 36); 1. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-326/96: Levez (EKL 1998, lk I-7835, punkt 41) ning 19. septembri 2006. aasta otsus lii-detud kohtuasjades C-392/04 ja C-422/04: i-21 Germany ja Arcor (EKL 2006, lk I-8559, punkt 62).
- 25 – Tegemist on aspektidega, mille kohta Euroopa Kohus ei saa teha abstraktseid otsuseid.

tavamenetlusele omastest toimingutest, kuid lisaks sellele soodustab direktiiv 89/665 just kiiret kaitsemeetmete võtmist. Nimetatud direktiiviga kooskõlastatakse liikmesriikide õigusakte tegelikult muu hulgas ka selleks, et saavutada meetmete võtmine „*esimesel või-malusel vahemenetluse korras*”.²⁶

53. Teisest küljest osutab teise küsimuse punkt b asjaolule, et „kohtulahend [millega võetakse ajutised meetmed] ei vii õigussuhte lõpliku kindlaksmääramiseni ega ole ka osa otsustusprotsessist, mis viib sellise lõpliku otsuseni”.

54. See seik on seotud kaitsemeetmete me-netluse sõltumatusega Madalmaade õigus-kaitse-süsteemis, mida ei ole kaugeltki Euroo-pa hangetealases õiguses arvestatud, vaid mis seda õigust tõlgendava kohtupraktika alusel

- 26 – Artikli 2 lõike 1 punkt a. Kohtujuristi kursiiv. Lisaks sellele volitab direktiivi 89/665 artikli 2 lõige 4 liikmesriike kõne-aluste meetmete lubamisel võtma arvesse „võimalikke taga-järgi kõigile huvidele, mida võidakse kahjustada, ja üldsuse huvidele, ning nad võivad otsustada kõnealuseid meetmeid mitte rakendada, kui nende negatiivsed tagajärjed võivad olla suuremad kui neist saadav kasu”. Kuigi nimetatud lõikes on selgitatud, et „[o]tsus ajutisi meetmeid mitte rakendada ei piira kõnealuseid meetmeid taotleva isiku õigust esitada muid nõudeid”, ei määra see asjaolu menetlusviisi, mille abil meetmeid käsitletakse.

kujutab endast lausa nõuet. Euroopa Kohus on rahuldanud mõned komisjoni esitatud liikmesriigi kohustuste rikkumise hagid just seetõttu, et kaitsemeetmete menetlust on käsitletud üksnes asja sisulise menetlemise raames ja mitte iseseisva menetlusena.²⁷

55. Samuti näitab asjaolu, et meetmeid võetakse kaitsemeetmetena, suunitletust ajutisusele, mida ilmestab selgelt direktiivi artikli 2 lõike 1 punkt a, kus viidatakse *ajutistele meetmetele*²⁸, mis tähendab põhimõtteliselt seda, et õigussuhteid, mille suhtes neid kohaldatakse, lõplikult ei mõjutata.

56. Kokkuvõttes on mõned omadused, mida liikmesriigi kohus kirjeldab teises küsimuses peaaegu et puudusena, pigem ajutiste meetmete lahutamatu osa.

57. Seetõttu soovitatakse Euroopa Kohtul teisele küsimusele vastata nii, et kuna ei ole tõendatud liidu õiguse tõhususe kahjustamist, ei ole direktiivi 89/665 artikli 1 lõigetega 1 ja 3 ning artikli 2 lõigetega 1 ja 6 vastuolus siseriiklik õigusnorm, milles kaitsemeetmete saamiseks

on vaid üks menetlus, mida iseloomustab see, et menetlus on suunatud kaitsemeetme kiirele võtmisele, advokaatide vahel ei toimu seisukohtade vahetamist, reeglina esitatakse ainult kirjalikke tõendeid ning seadusest tulenevaid tõendamismäärusi ei kohaldata (punkt a), ning seda sõltumata sellest, et kohtulahend, millega meede võetakse, ei vii õigussuhte lõpliku kindlaksmääramiseni ega ole ka osa otsustusprotsessist, mis viib sellise lõpliku otsuseni (punkt b), või et see on siduv üksnes menetluse pooltele (punkt c).

B. Kaitsemeetme ja sisulise lahendi vaheline pingeline: vastus kolmandale küsimusele

1. Esialgsed kaalutlused

58. Kolmandas küsimuses palutakse Euroopa Kohtul täpsustada, kas direktiiviga 89/665 on kooskõlas see, kui esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik kohustab hankijat tegema hankelepingu sõlmimise otsuse, mis hiljem sisulises menetluses loetakse ühenduse hankenormidega vastuolus olevaks.

27 – Nt 19. septembri 1996. aasta otsus kohtuasjas C-236/95: komisjon vs. Kreeka (EKL 1996, lk I-4459, punkt 11) ja 15. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-214/00: komisjon vs. Hispaania (EKL 2003, lk I-4667, punkt 98), kust tuleneb, et ajutisi meetmeid peab saama võtta mis tahes varasematest meetmetest sõltumata.

28 – Kohtujuristi kursiiv.

59. Kõik eelotsusemenetluses osalejad, v.a provintid, on seisukohal, et kaitsemeetmeid

kehtestanud 28. novembri 2007. aasta määrus ei kohusta provintsi tegelikult sõlmima lepingut MFE-ga, mistõttu tuleb nende arvates see küsimus²⁹ ümber sõnastada, sest Rechtbank on oma otsuses lähtunud ekslikust eeldusest.

60. Kui eelotsuse küsimuse puhul toimitaks komisjoni ja Madalmaade soovitatud viisil, tähendaks see ohtu moonutada eelotsuse-taotluse esitanud kohtu mõtet, sest viimane soovib tegelikult täpsemalt käsitleda küsimust, mida siin on nimetatud kaitsemeetme ja asja sisulises menetluses tehtud lahendi vaheliseks pingeks.

61. Kuna ELTL artikkel 267 lähtub liikmesriigi kohtute ja Euroopa Kohtu ülesannete selgest lahutamisest, on viimane pädev tegema otsuseid üksnes liidu õigusaktide tõlgendamise ja kehtivuse kohta, lähtudes asjaoludest, mille esitab liikmesriigi kohus, kelle ülesanne on teha kindlaks vaidluse põhjustanud

asjaolud ja teha nendest järeldused tehtava otsuse jaoks.³⁰

62. Seetõttu olen seisukohal, et Euroopa Kohus ei saa Rechtbanki arvamust asendada, mis juhtuks siis, kui viimane küsimuse uuesti sõnastaks põhjusel, et tema eelotsu-setaotluses on ekslikult tõlgendatud varasemat kohtuotsust,³¹ mis pealegi tuleneb tema enda tegevusest (esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuna). Selle asemel tuleb piir-duda talle tarviliku vastuse andmisega, võttes arvesse kohtuasja asjaolusid tervikuna.³²

2. Kaitsemeetme ja asjas tehtud sisulise lahendi seisukohtade erinevus

63. Rechtbank on vastupidiselt sellele, mida tema arvates väitis esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik, eelotsusetaotluse punktis 4.18 seisukohal, et „provintsi otsus tühistada oma 2. oktoobri 2007. aasta otsus lepingu sõlmimise kohta ja hankemenetlust korrata [oli] ainus õige viis kohaldada riigihangetealast õigust”.

29 – Komisjoni ja Madalmaade soovitatud ümbersõnastatud küsimusele selle kohta, kas direktiivi 89/665 on vastuolus see, kui esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik kohaldab Euroopa Liidu õigust viisil, mille asja sisuliselt lahendav kohtunik tunnistab hiljem ekslikuks, oleks lihtne vastata, sest on selge, et kui eristatakse direktiivis 89/665 sisalduvat läbivaatamise korda käsitlevaid menetlusreegleid ja riigihankelepinguid käsitlevaid materiaalõigusnorme, ei kujuta kaitsemeede, mis põhineb kohaldatava materiaalõiguse ekslikul tõlgendusel, endast iseenesest direktiivi 89/665 rikkumist.

30 – Euroopa Kohtu 2. juuni 1994. aasta otsus kohtuasjas C-30/93: AC ATEL Electronics Vertriebs (EKL 1994, lk I-2305, punktid 16 ja 17) ja 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal (EKL 1999, lk I-8121, punktid 29 ja 30).

31 – Kõnealuse „tõlgendamisvea” tuvastamiseks peaks Euroopa Kohus uurima seiku, mida saab hinnata üksnes liikmesriigi kohus.

32 – Euroopa Kohtu 8. veebruari 1990. aasta otsus kohtuasjas C-320/88: Shipping and Forwarding Enterprise Safe (EKL 1990, lk I-285, punkt 11).

64. Kui analüüsida kolmandat küsimust sõna-sõnalt, ei näi see liigseid kahtlusi tekitavat.

seetõttu, et lõpliku otsuse tegemise ajaks „on leping juba sõlmitud ning tõenäoliselt ka isegi täidetud, ning Combinatiele jääb veel üksnes võimalik kahjuhüvitis” (samuti punkti 4.18 lõpuosa).

65. Vaatamata sellele, kui sõltumatu kaitsemeetme menetlus on, võidakse selle käigus tehtud otsused – mis on laadilt üleminekuotsused (lõppkokkuvõttes on need ajutised) – võimaliku sisulise menetluse käigus tühistada, neid muuta või kinnitada, juhul kui see, kellel on õigus selle kohta nõue esitada, seda teeb,³³ mistõttu ei peaks võimalik vastuolu probleeme tekitama.

68. Kokkuvõttes viitavad need mureküsimused vaikumisi veel ühele aspektile, mis võiks olla kolmandale küsimusele eitava vastuse andmise piir: direktiiviga 89/665 ei ole vastuolus see, kui esialgse õiguskaitse taotlusi lahendav kohtunik kohustab hankijat tegema hankelepingu sõlmimise otsuse, mis hiljem sisulises menetluses loetakse ühenduse hankenormidega vastuolus olevaks, juhul kui esialgse õiguskaitse mõju saab asendada uue olukorraga, mis tuleneb asjas tehtud sisulisest lahendist.

66. See lahendus näib kajastuvat eelotsuse-taotluses endas (punkti 4.18 lõpuosa), kus on öeldud, et (lõpp)otsus „asendab esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuniku lahendi”.

67. Sellises olukorras tuleb küsida, milles seisneb probleem. Vastuse annab Rechtbanki määrus ise, milles on viidatud sellele, et kaitsemeetme ja asja sisuliselt lahendava kohtu seisukohtade lahknevuse korral „on olukord probleemne [, sest] on kaks eraldiseisvat, teineteisest sõltumatut kohtulahendit, mis mõjutavad (või võivad mõjutada) pooli ja kolmandaid isikuid erinevalt” (punkt 4.8), samuti

69. Lõpuks ei saa kõrvale jätta seisukohta, et Madalmaades on lepingu sõlmimise otsusest teatamise ja lepingu sõlmimise vahelisel ajal ainuke tõhus vahend lepingu sõlmimise peatamiseks kaitsemeetmed, sest lepingu sõlmimise otsuse tühistamist ei ole võimalik taotleda ei enne ega ka pärast selle ametliku kinnitamist, nagu on märkinud ka Madalmaade valitsus.³⁴ Liidu õiguse seisukohast on

33 – On menetlussüsteeme, nt Hispaania süsteem, kus kõnealused muudatused tehakse automaatselt ja selleks piisab vaid lõpliku kohtuotsuse tegemisest.

34 – Eelkõige vastustes (punkt 18 jj) Euroopa Kohtu esitatud küsimustele. Pärast selgitust, et Madalmaade õigussüsteemis eristatakse ühelt poolt haldusõiguslikku otsust hankelepingu sõlmimise kohta ja teiselt poolt eraõiguslikku toimingut, mille kaudu hankeleping selle otsuse põhjal sõlmitakse, väidab valitsus kindlalt, et ei esimene ega teine saa olla tühistamisnõude ese.

lepingu sõlmimine seevastu lepingu sõlmimist käsitleva otsuse vastu tühistamisnõude esitamise võimaluste osas ajaline ja funktsionaalne pöördepunkt, sest kuigi liidu õigus ei nõua tühistamisvõimalust pärast lepingu sõlmimist, kohustab see liikmesriike siiski andma enne seda hetke kahju saanud isikule võimaluse taotleda lepingu sõlmimise otsuse tühistamist.³⁵

70. Asjaolu, et Madalmaades jääb lepingu sõlmimise otsus enne lepingu sõlmimist välja-poolse kontrolli – halduslikku või õiguslikku –, mis võib kaasa tuua tühistamise,³⁶ ei oma käesoleva kohtuasja asjaolude seisukohast siiski kuigi suurt tähtsust.³⁷

71. Esiteks tuleb meelde tuletada, et Combinatie loobus vabatahtlikult oma

apellatsioonkaebusest Gerechtshof Leeuwardenis ja eelistas algatada sisulise menetluse kahju hüvitamiseks.³⁸ Teiseks ei olnud tühistamisnõude esitamise võimalus direktiivi 89/665 artikli 2 lõigete 5 ja 6 kohaselt enam kohustuslik, sest kahju hüvitamise nõue oli esitatud ja leping oli juba sõlmitud (3. detsembril 2007). Viimane kaalutus näitab lisaks seda, et asjasse ei puutu Rechtbanki määruse punktis 4.14 esitatud seisukohad, mis põhinevad vajadusel tunnistada lepingu sõlmimise otsus tühiseks enne kahju hüvitamist.³⁹

72. On selge, et kaks eelmist argumenti kehivad, sest arvestades viisi, kuidas Rechtbank on oma küsimused sõnastanud, ei ole käesoleval juhul ohtu seatud tõhususe ja samaväärsuse põhimõtteid, mis on riikide menetlusautonomia peamised piirid, ning seetõttu ei ole vastuse seisukohast olulist tähtsust asjaolu, et puudub tühistamishagi käsitlev säte.

35 – Euroopa Kohtu 28. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-81/98: Alcatel Austria AG jt (EKL 1999, lk I-7671, punktid 35, 37, 38 ja 43).

36 – Madalmaade valitsus on oma märkustes rõhutanud, et nagu juba eespool on öeldud, puudub halduskohtul pädevus tühistada hankelepingu sõlmimise otsus, sest kõnealune otsus on üksnes eraõiguslikule toimingule eelnev seik. Kuid ka tsiviilkohus ei saa hankelepingu sõlmimise otsust tühistada, sest see pärineb haldusastutiselt. Tsiviilkohus ei saa aga isegi lahendada hankelepingu sõlmimise vastu esitatud võimalikku tühistamisnõuet (see toiming kuulub eraõiguse valdkonda): valitsus märgib oma selgituste punktis 20, et selline kontroll on vastuolus Hoge Raadi kohtupraktikaga, ja kui välja arvata erijuhud, ei saa lepingut vaidlustada selle tõttu, et see on vastuolus riigihankealaste õigusaktidega, sest nõudeõigust ei anta isikule, kes võiks esitada kaebuse lepingu või eelmise menetluse õiguslike puuduste peale, s.t kõrvale jäetud pakkujale, kuna ta ei ole eraõiguse seisukohast lepinguosaline.

37 – Pealegi ei ole ükski pool seda probleemi tõstatanud.

38 – Seda vaatamata sellele, et nimetatud menetlusel võis kaitsemeetetele vaevalt olla „tühistav, kinnitav või muutev” mõju, sest nagu juba eespool öeldud, olid kummagi menetluse eesmärgid ja nõuded erinevad ning võisid lisaks sellele mõjutada eri pooli.

39 – Rechtbanki sõnul ei esineks kirjeldatud probleemi, „kui otsust saaks vaidlustada vaid ühes konkreetses hankemenetluses ühes kohtus ning kui kahjuhüvitise väljamõistmiseks oleks ette nähtud, et vaidlustatud otsuse peab kõigepealt selleks vastava pädevusega instants tühistama”.

73. Kõiki neid kaalutlusi arvesse võttes soovitatakse Euroopa Kohtul vastata kolmandale küsimusele nii, et direktiiviga 89/665 ei ole vastuolus esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuniku ja asja sisuliselt lahendava kohtuniku seisukohtade erinevus, tingimused et see ei kahjusta direktiiviga 89/665 sätestatud tulemusi ja eelkõige artikli 2 lõikega 1 ette nähtud kolme tagatist nii, nagu neid on tõlgendatud ühenduse kohtupraktikas.

punkt a), kui ka juhul, kui see tunnustatakse direktiiviga kooskõlas olevaks (neljanda küsimuse punkt b), viidates ka teistele võimalikele vastutajatele juhul, „kui hankijat ei saa lugeda vastutavaks” (neljanda küsimuse punkt d). Neljanda küsimuse punkti c alguses esitatakse omakorda eeldus, et „see hankija peab hüvitama kahju”, ja seejärel palutakse selgitust ühenduse õiguses sätestatud võimalike kriteeriumide kohta, mille alusel kahju tuvastada ja hinnata.

C. Vastutuse kindlaksmääramine ja selle muutmine kahju hüvitamiseks: vastus neljandale ja viiendale küsimusele

75. Viies küsimus on esitatud eelmiste küsimuste järelmärkusena, sest selles soovitatakse teada, „mida peab siseriiklik kohus tegema” juhul, kui võimalike vastuste ja siseriikliku õiguse alusel „osutub vastutuse kohaldamine praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks”.

1. Euroopa Kohtul puudub pädevus siseriiklikus vaidluses vastutuse määramiseks

74. Neljandas küsimuses palub Rechtbank, et Euroopa Kohus teeks otsuse selle kohta, keda võib lugeda vastutavaks Combinatiele tekitatud võimaliku kahju eest, ja jagab oma küsimused järgmisteks osadeks: kas hankijat on võimalik tunnustada vastutavaks nii juhul, kui vastus kolmandale küsimusele kinnitab Madalmaade kaitsemeetmete korra vastuolu direktiiviga 89/665 (neljanda küsimuse

76. Minu arvates ei saa Euroopa Kohus anda Rechtbankile suuniseid selle kohta, kes on vastutav Combinatiele hangetealaste eeskirjade rikkumisega tekitatud võimaliku kahju eest, sest just see on lahendatava vaidluse põhiküsimus. Samad argumentid, mida eespool on soovitatud kolmanda küsimuse ümbersõnastamisest loobumiseks ja mis põhinevad liikmesriigi kohtu pädevusel hinnata tema

lahendatava vaidluse fakte ja asjaolusid, räägivad nüüd Euroopa Kohtu pädevuse vastu määrata Emmeni ehitustööde hankes osalenud eri poolte vastutust.

rikkumisel, siis kuulub hagi rahuldamine⁴¹ käesoleva asja seisukohast üksnes liikmesriigi pädevusse varalist vastutust käsitlevate siseriiklike õigusnormide raames.⁴²

77. Olen seisukohal, et õigupoolest on üksnes Rechtbankil õigus hinnata⁴⁰ näiteks järgmisi asjaolusid: kas esines vastutus ja kas sel juhul peab vastutavaks pidama provintsi, riiki – esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuniku tegevuse tõttu – või mõnda muud isikut, võttes seejuures arvesse huvipakkuvaks osutunud asjaolusid: see, et provints ei oodanud lepingu sõlmimise otsusega ega vaidlustanud kaitsemeetmeid, võimalikud alternatiivid (kui neid oli) lepingu sõlmimisele MFE-ga või teiselt poolt asjaolud, mis olid seotud esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuniku määruse esialgse täitmisega, ja Combinatie vabatahtlik loobumine nimetatud määruse vastu esitatud apellatsioonkaebusest.

79. Seetõttu olen seisukohal, et Euroopa Kohus ei pea vastama neljanda ja viienda küsimuse sellele osale, milles palutakse otsust selle kohta, keda tuleks pidada siseriiklikus vaidluses vastutavaks.

2. Vastutuse omistamise ja kahju suuruse määramise kriteeriumid

78. Kuna lisaks sellele võib siseriiklikus vaidluses esitatud hagi põhineda liidu õiguse

80. Sõltumata eespool öeldust, peab Euroopa Kohus selgitama Rechtbankile, kas liidu õiguses on sätestatud kahju kindlakstegemise, kahju eest vastutuse omistamise või selle suuruse hindamise kriteeriumid.

40 – Selleks tuleb võtta arvesse kõiki käsitletavat olukorda iseloomustavaid tegureid, milleks on „eelkõige rikutud õigusnormi selguse ja täpsuse aste, rikkumise tahtlikkus, õigusnormi rikkumise vabandatavus või vabandamatus, asjakohasel juhul seisukoht, mille on võtnud ühenduse institutsioon, samuti see, kui kõnesolev kohus on jätnud täitmata tal [ELTL] artikli [267] alusel lasuva kohustuse taotleda eelotsust“ (Euroopa Kohtu 30. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-224/01: Köbler, EKL 2003, lk I-10239, punkt 55), kusjuures liidu õiguse rikkumine on piisavalt selge juhul, „kui kõnealust lahendit tehes on jäetud ilmselgelt tähelepanuta Euroopa Kohtu asjaspepuutuv kohtupraktika“ (5. märtsi 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-46/93 ja C-48/93: Brasserie du pêcheur ja Factortame, EKL 1996, lk I-1029, punkt 57, ja eespool viidatud kohtuasjas Köbler, punkt 56).

41 – Tingimused et on täidetud Euroopa Kohtu praktikas väljakujunenud tingimused: rikutud liidu õigusnormi eesmärk on õiguste andmine, õigusnormi rikkumine on piisavalt selge ning kõnealuse rikkumise ja tekkinud kahju vahel on otsene põhjuslik seos.

42 – Sellega seoses ei või need normid käsitleda liidu õiguse rikkumisi ebasoodsamal viisil kui siseriiklike õigusnormide rikkumisi (samaväärsuse põhimõte) ega või olla sõnastatud selliselt, et hüvitise saamine oleks praktikas võimatu või ülemäära raske (tõhususe põhimõte) (vt kõige sellega seoses Euroopa Kohtu eespool nimetatud otsus kohtuasjas Köbler, punkt 58, ja 13. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-524/04: Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, EKL 2007, lk I-2107, punkt 123).

a) Esialgsed kaalutlused

81. Kõigepealt tuleb täpsustada, mida Rechtbank taotleb, kui ta pöördub neljanda küsimuse punktis c Euroopa Kohtu poole, et saada teada, kas juhuks, „[k]ui hankija peab hüvitama kahju”, on liidu õigus sätestanud kriteeriumid, mille alusel kahju tuvastada ja hinnata.

82. Esmapilgul võiks mõelda, et Rechtbank lähtub punkti c vastuses eeldusest, et hankija on vastutav.

83. Seda teesi ei peaks siiski kohaldama, sest kuigi Rechtbank kitsendab neljanda küsimuse punkti c eeldusega, et provints võiks olla vastutav, on samuti tõsi, et ta ei välista oma kaalutlustes, et vastutus võib langeda teistele isikutele, kes on hankeprotsessis mingil viisil osalenud, ning seetõttu võiks seda tõlgendada nii, et eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib üldiselt teada, millised kriteeriumid sätestab hangetealane liidu õigus hüvitise määramiseks seoses vastutusega.

84. Ei tohi unustada, et varalise vastutuse nõuetekohaseks kindlaksmääramiseks tuleb enne kõiki muid toiminguid uurida välja, kas

kahju on tegelik: kahju puudumise korral ei peaks kasutusele võtma ühtki lepinguvälise vastutuse mehhanismi. Selles etapis muutuvad kõige tähtsamaks kahju ulatuse kindlaksmääramise ja selle hindamisega seotud küsimused.

85. Loomulikult on need toimingud riigihangete puhul väga keerukad, sest isegi eelduse korral, et on rikutud liidu õigusnorme, tuleb tõeliselt hinnata tõenäosust, et kõrvale jäetud pakkujaga (käesoleval juhul Combinatie) oleks leping lõpuks sõlmitud, kui hankemenetlus oleks korraldatud nõuetekohasel viisil.

86. Kõnealune keerukus ei ole seotud üksnes selle konkreetse kohtuasjaga, vaid see on omane paljudele lepinguvälise vastutusega seotud juhtudele,⁴³ mis kohustab asja sisuliselt lahendavat kohtunikku kohaldama tema käsutuses olevatel asjaoludel põhinevaid üldistamisväärtusi, et kinnitada kindlusele lähedase tõenäosusega, et lepingualaste õigusnormide järgimise korral oleks kõrvalejäetud pakkujaga leping sõlmitud.

43 – Nt võib välja tuua vastutuse sellise kahju eest, mis on tekkinud tervishoiuteenuste valdkonnas, kui rikuti asjaomaseid kutse-eeskirju.

87. Teine käsitlemist vajav probleem on seotud kahju sisu kaasamisega, mis võib seoses hüvitamisega muutuda vastavalt sellele, kas arvesse võetakse üksnes objektiivseid kulusid, mida pakkuja on teinud seoses riigihankemenetluses osalemisega (otsene varaline kahju – *damnum emergens*), või muid tegureid, mida on raskem tõendada, näiteks õigusvastasest kõrvalejätmisest tulenenud saamata jäänud tulu (*lucrum cessans*).

– Teiseks täpsemad eeskirjad, millest lähtutakse liikmesriikide eri menetlustes. Kuna direktiivi 89/665 sätetega üksnes lähendatakse liikmesriikide menetluseeskirju, et tagada liidu riigihankealaste õigusaktide täitmine, on ilmne, et liikmesriigid peavad kehtestama nende menetluste korra ja neile omased jooned, mille eesmärk on täita direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punktis c sisalduvat korraldust, sest need menetluse erijooned jäävad direktiivi kohaldamisalast välja.

88. Eespool öeldu põhjal tuleb seoses direktiiviga 89/665 selgelt eristada kolme valdkonda:

– Kolmandaks materiaaloiguse aspektid, mis võimaldavad kõnealust vastutust täpsustada ning mis jäävad samuti selgelt direktiivi 89/665 kohaldamisalast välja.

– Esiteks direktiiv 89/665 ise, mille eesmärk on tugevdada liikmesriikide ja liidu olemasolevaid mehhanisme hankelepinguid käsitlevate direktiivide tõhusa kohaldamise tagamiseks,⁴⁴ ning sel eesmärgil on direktiivis liikmesriikidele kehtestatud kohustus tagada, et hankijate õigusvastaseid otsuseid saaks tõhusalt ja võimalikult kiiresti vaidlustada, kusjuures direktiivi artikli 2 lõike 1 punkt c sätestab selgelt kahjutasu maksmise isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud.

b) Direktiivi 92/13 artikli 2 lõike 7 kohaldamine

44 – Euroopa Kohtu 4. veebruari 1999. aasta otsus kohtuasjas C-103/97: Köllensperger ja Atzwanger (EKL 1999, lk I-551, punkt 3) ja 14. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-275/03: komisjon vs. Portugal (punkt 28).

89. Võiks arvata, et seda täielikult määratletud skeemi, millele Euroopa Liidu õigusel ei ole vahetut mõju, vaid kaudne mõju tõhususe ja samaväärsuse põhimõtte kaudu, muudab

direktiiv 92/13/EMÜ, kui arvestada, et selle artikli 2 lõige 7 sisaldab teatavaid juhiseid kahju ja selle ulatuse kindlakstegemiseks.

kolmandaks põhjuslik seos, mis seisneb selles, et tegelik võimalus leping sõlmida kadus kõnealuse rikkumise tagajärjel.

90. Nagu hiljem näeme, ei ole see käesoleval juhul päriselt nii.

91. Kõnealune säte tekitab küsimuse, kas seda on võimalik seostada tingimustega, mis puudutavad sellise kahju kindlaksmääramist ja ulatust, mille hüvitamise tagab direktiiv 89/665: teisisõnu, milles seisneb direktiivi 92/13 kõnealuse lisaartikli väärtus seoses direktiiviga 89/665?

92. Praeguseni ei ole Euroopa Kohus selles küsimuses otsust teinud.

93. Artikli 2 lõige 7 sisaldab kolme aspekti, mida saab eraldi käsitleda: esiteks teatavat liiki kahju, mis on seotud pakkumuse ettevalmistamise kuludega; teiseks tõendamise aspekt, mis piirdub ühelt poolt selle tõendamisega, et on rikutud liidu õigust, ja teiselt poolt selle tõendamisega, et esines tegelik võimalus, et leping sõlmitakse temaga; ning

94. Kuigi erisektorites (vesi, energeetika, transport ja postiteenused, mille suhtes kohaldatakse direktiivi 2004/17⁴⁵) sõlmitavad hankelepingud erinevad tausta ja olemuse poolest (direktiiviga 2004/18 reguleeritavates) üldistes valdkondades sõlmitavatest lepingutest, on raske teha kindlaks põhjuseid, mis õigustaksid kahju hüvitamise reguleerimist, nagu käesoleval juhul on tehtud, üksnes seoses esimeste, kuid mitte teistega.

95. Tuleb märkida, et kahte kõnealust direktiivi muudeti direktiiviga 2007/66,⁴⁶ ilma et liidu seadusandja oleks seda muudatuse tegemist ära kasutades lisanud direktiivi 89/665 sarnast sätet nagu direktiivi 92/13 artikli 2 lõige 7, millest võiks vaikumisi järeldada, et seadusandja ei soovinud võtta vastu samasugust sätet selle kahju suhtes, mille hüvitamise tagab direktiiv 89/665, jättes selle määramise küsimuse meelega lahtiseks.

45 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hanke-menetlused (ELT L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19).

46 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiv 2007/66/EÜ, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (ELT L 335, lk 31).

96. Hüvitatava kahju ulatuse osas on ilmne, et direktiiv 89/665 jätab selle küsimuse lahtiseks, mis algusest peale tähendab seda, et liikmesriigid võivad vabalt kaasa arvata nii otse- se varalise kahju kui ka saamata jäänud tulu; sama kindel on aga see, et ka direktiiv 92/13 ei piira riikide autonoomiat, sest see reguleerib üksnes teatavaid põhjuslikkuse ja tõendami- se kriteeriume, et lihtsustada pakkuja tehtud kulude hüvitamist, kuid direktiiv ei anna suu- niseid kahju või hüvitise ulatuse ega vastutuse määramise kohta. Õigusaktis on esitatud üks- nes õiguslike põhjenduste nõue, juhul kui on rikutud liidu õigusnormi, ja käsitletud enam- vähem täielikku tõendit lepingu saamise tõe- näosuse kohta.⁴⁷

kuludest tuleneva varalise kahjuga, ilma et see piiraks liidu õigusega liikmesriikidele me- netlusautonoomia kaudu antavat vabadust nõuda või mitte nõuda põhjusliku seose tõen- damist⁴⁸ seoses mis tahes liiki kahju või selle ulatusega või võtta arvesse muud kahju kui üksnes kulusid, näiteks saamata jäänud tulu.

c) Kahju kindlaksmääramine

97. Seetõttu tuleb direktiivi 92/13 artikli 2 lõike 7 asjassepuutuvust käesolevas asjas minu arvates piirata. Olen siiski seisukohal, et ei õiguskindlus ega institutsionaalne ta- sakaal ei oleks ohus, kui direktiivi 89/665 tõlgendamiseks kasutatakse direktiivi 92/13 artikli 2 lõikes 7 sisalduvaid põhjuslikkuse ja tõendamise aspekte seoses hankes osalemise

98. Seetõttu tuleks kahju kindlaksmääramise osas neljanda küsimuse punktile c otsida vas- tust liikmesriikide menetlusautonoomia põ- himõttest, kellel on vastavalt direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punktile c pädevus kahjutasu määrata.

99. Direktiiv 89/665 ei sätesta tegelikult kri- teeriume vastutuse omistamiseks kahju kind- lakstegemisel, kuid liidu õigus ei tohiks siiski

47 – Artikli 2 lõike 7 kohaste kahju kindlaksmääramise kriteeriu- mide lihtsus sarnaneb sellega, mida Euroopa Kohus tões eespool nimetatud kohtuasjas komisjon vs. Portugal, kus ei tehtud küll otsust objektiivse vastutuse olemasolu kohta, kuid praktilisest vaatenurgast näib, et Euroopa Kohus piir- dus kahju kindlakstegemise kriteeriumide puhul liidu õiguse rikkumise tuvastamisega.

48 – Selles osas on Euroopa Kohtu 13. juuli 2006. aasta otsuse liidetud kohtuasjades C-295/04–C-298/04: Manfredi jt (EKL 2006, lk I-6619) punktis 99 samaväärsuse põhimõtte alusel – kuigi konkurentsi valdkonnas – täpsustatud, et „kui erilist liiki kahjuhüvitisi, nagu seda on hoiatavad või karis- tuslikud kahjuhüvitised, saab välja mõista siseriikliku normi alusel algatatud vaidlustes, mis on analoogsed ühenduse [...] eeskirjadel põhinevate vaidlustega, [peab] saama neid hüvi- tisi välja mõista ka viimati nimetatud vaidlustes“, võimal- dades siiski seda, et „[ü]henduse õigus ei keela siseriiklikel kohtutel teostada järelevalvet selle üle, et ühenduse õigus- korraga tagatud õiguste kaitse ei tooks endaga kaasa selle õiguse subjektide alusetut rikastumist“.

täiesti kõrvale jääda, sest alati tuleb nõuda nende piiridega arvestamist, mida käesolevas ettepanekus on kirjeldatud ja mis väljenduvad samaväärsuse ja tõhususe põhimõttes, mis toetavad seda, et liikmesriikide kohtud tagavad asjakohase tõhusa õiguskaitse liidu õigusega tunnustatud õiguste osas.

100. Nii näiteks võimaldas tõhususe põhimõtte Euroopa Kohtul põhjendada Portugali Vabariigi⁴⁹ kahjuks tehtud kohtuotsust, sest sealsed õigusnormid seadsid hüvitise määramise sõltuvusse sellest, et liidu riigihankeid reguleeriva õiguse või seda siseriiklikku õigusesse ülevõtivate õigusnormide rikkumisel tõendatakse süü või tahtluse olemasolu, mis Euroopa Kohtu sõnul on tingimus, mis ei ole piisavale õiguskaitse süsteemile kohane, sest see tekitab ohu, et kahju saanud pakkujatel võetakse õigus nõuda hüvitist või et seda antakse liiga hilja.⁵⁰

101. Erinevas valdkonnas käsitles kohtuotsus T-Mobile Netherlands jt⁵¹ küsimust, kas EÜ artikli 81 lõike 1 raames peab siseriiklik kohus, uurides koondumise ja selles osalevate ettevõtjate turukäitumise vahelist „põhjuslikku seost”, teatud juhtudel⁵² kohaldama põhjusliku seose eeldust või kas ta sai seoses tõendamiskohustusega vabalt kohaldada oma riigi õigusnorme: Euroopa Kohus otsustas, et põhjusliku seose eeldus tuleneb EÜ artikli 81 lõikest 1 ja „järelkult on see kohaldatava ühenduse õiguse lahutamatu osa”.

102. Kohtuasjas T-Mobile Netherlands jt tehtud otsus, kus põhjusliku seose esinemine asetatakse oletuse abil liidu (konkurentsi) õiguse tasandile, on erinev kohtuasjas ERG jt tehtud otsusest,⁵³ milles küll kinnitatakse, et direktiivist 2004/35/EÜ⁵⁴ tuleneva kahju hüvitamise kohustuse eeltingimus on põhjusliku seose tõendamine,⁵⁵ kuid antakse liikmesriikidele siiski luba teha põhjusliku seose

49 – Eespool nimetatud otsus kohtuasjas komisjon vs. Portugal.

50 – Euroopa Kohtu 10. jaanuari 2008. aasta otsuses kohtuasjas C-70/06: komisjon vs. Portugal (EKL 2008, lk I-1), mis on teine kohtumõistmise saagas Portugali Vabariigi vastu põhjusel, et ta ei olnud võtnud vajalikke meetmeid, mida nõuti 14. oktoobri 2004. aasta otsuse täitmiseks eespool nimetatud kohtuasjas C-275/03, hoiatatakse jätkuvalt, et olgugi et süü või tahtluse tõendamine ei muuda isikutele võimatuks õiguskaitsevahendite kasutamist, „muudab see õiguskaitsevahendite kasutamise selles valdkonnas keerukamaks ja kulukamaks ning kahjustab seega ühenduse riigihankepoliitika täielikku toimet” (punkt 42).

51 – 4. juuni 2009. aasta otsus kohtuasjas C-8/08 (EKL 2009, lk I-4529).

52 – Eelkõige siis, kui ettevõtjad on turul jätkuvalt aktiivsed ja võtavad arvesse oma konkurentidega vahetatud teavet.

53 – 9. märtsi 2010. aasta otsus kohtuasjas C-378/08 (EKL 2010, lk I-1919).

54 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 21. aprilli 2004. aasta direktiiv 2004/35/EÜ keskkonnastuustusest keskkonnakahjustuste ärahoidmise ja parandamise kohta (ELT L 143, lk 56; ELT eriväljaanne 15/08, lk 357).

55 – Ettevõtjate tegevuse ja tekitatud reostuse vahel.

kohta oletus, mis peab aga põhinema teatavatel usutatavatel tõenditel, mida on otsuses ka nimetatud.

seisukohast takistust laiendada seda ideed muudele siseriiklikele kriteeriumidele, näiteks üldiselt kriteeriumidele, mis on seotud kahju määramise või tuvastamisega.

103. Nagu näha, kinnitab kohtuasi T-Mobile Netherlands jt, küll väljaspool hankelepingute valdkonda, liidu õiguse olulisust põhjuslikule seosele kaalu andmisel, vaatamata sellele, et menetlusautonoomiaalaste eeskirjade kohaselt on see liikmesriikide ülesanne. Sellisele seisukohale asumine on igati põhjendatud, sest konkurentsivaldkonnas on vahetult kohaldatav EÜ artikkel 81, mis on esmase õiguse säte.⁵⁶ EÜ artikli 81 olemus erineb aga oluliselt direktiivi sätetest ning seetõttu hoiud Euroopa Kohus teisese õiguse tasandil (näiteks kohtuasi ERG jt) otseselt sekkumast menetlusega sedavõrd seotud aspekti.

105. Selleks et vastata neljanda ja viienda küsimuse osadele, mis käsitlevad kahju kindlaksmääramise kriteeriume, tasub eespool öeldust tuletada põhimõte, mis väljendab konkreetset liidu õiguse tõhususe nõuet: direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punktist c tuleb kahju tõendamise nõue ei saa olla nii range, et see takistaks kahju tõendamist niivõrd, et väheneb sätte tõhusus.

d) Kahju ulatus

104. Euroopa Kohus järeldas eespool nimetatud kohtuasjas komisjon *vs.* Portugal direktiivi 89/665 põhjal ja menetlusautonoomia piiranguid käsitleva reegli abil siiski, et üks siseriiklik vastutuse määramise kriteerium – süü või tahtluse tõendamise kriteerium – oli vastuvõetamatu, mistõttu ei näe ma sellest

106. Direktiiv 89/665 ei anna suuniseid ka kahju mõiste võimalike osiste kohta, mistõttu tuleb kõike kahju ulatusega seonduvat pidada liikmesriikide pädevusse kuuluvaks.

107. Siiski on Euroopa Kohus ka siin teatavatel asjaoludel eelkõige konkurentsivaldkonnas kehtestanud konkreetset kohustused seoses kahju hüvitamisega, selleks et pakkuda kaitset liidu õiguse rikkumise tõttu kahjustatud huvide korral.

⁵⁶ – Lisaks sellele on see avalikul huvil põhinev säte, millel on üksikisikutele otsene mõju ja mida siseriiklikud kohtud peavad omal algatusel kohaldama: kohtuotsus T-Mobile Netherlands, punktid 44–53.

108. Nii nähtus kohtuotsusest Courage ja Crehan,⁵⁷ et EÜ artikli 85 (nüüd ELTL artikkel 101) täielik õigusemõju nõuab sellise kahju hüvitamist, mis on tekkinud konkurentsi piirata või kahjustada võiva lepingu või tegevuse tagajärjel, kusjuures juba eespool nimetatud kohtuotsuses Manfredi jt on sedastatud, et asjakohase liidu regulatsiooni puudumisel „tuleb iga liikmesriigi sisemise õiguskorraga kehtestada kriteeriumid, mille alusel määrata kindlaks [...] tekitatud kahju hüvitamise ulatus, järgides samas tõhususe ja samaväärsuse põhimõtteid” (punkt 98).

109. Kohtuotsuses Manfredi jt on öeldud, et „iga isiku õigus[...] [on] nõuda konkurentsi piirava või kahjustava kokkuleppe või tegevusega tekitatud kahju hüvitamist”, ja täpsustatud, et „isikutel, kellele on kahju tekitatud, peab olema õigus nõuda mitte ainult otsest varalist kahju (*damnum emergens*), vaid ka saamata jäänud tulu (*lucrum cessans*) ja intresse” (punkt 95).

110. Arvestades, et tegelikkuses peab ühenduse õiguse rikkumise korral võimaldama

kahju hüvitamist, ei saa hüvitatava kahju puhul täiesti välistada saamata jäänud tulu.⁵⁸

111. Minu arvates on veelgi ilmsem vajadus võtta vastavalt siseriiklikele kohaldatavatele õigusnormidele seoses tegeliku hüvitamisega arvesse vastavaid intresse, sest nagu on märgitud kohtuasjas Marshall,⁵⁹ „on need kahju-tasu lahutamatu osa”.

112. Neljandale ja viiendale küsimusele soovitatakse Euroopa Kohtul vastata, et seoses direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punktiga c tuleb Euroopa Liidu hankelepinguid reguleeriva õiguse rikkumisest tuleneva hüvitatava kahju kindlaksmääramise ja ulatuse kriteeriumid kehtestada siseriiklikus õiguses; ehkki liidu õiguse tõhususe põhimõtte kohaselt ei tohi kahju tõendamise eeskirjad olla nii ranged, et need takistaks kahju tõendamist niivõrd, et sätte tõhusus väheneb, tuleb arvesse võtta vastavaid intresse ja lõpuks ei tohi kõrvale jätta võimalust võtta arvesse saamata jäänud tulu.

⁵⁷ – Euroopa Kohtu 20 septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-453/99 (EKL 2001, lk I-6297, punkt 26).

⁵⁸ – Euroopa Kohtu otsus eespool nimetatud kohtuasjas Brasserie du pêcheur ja Factortame, punkt 87; 8. märtsi 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-397/98 ja C-410/98: Metallgesellschaft jt (EKL 2001, lk I-1727, punkt 91) ja kohtuotsus Manfredi, punkt 96.

⁵⁹ – Euroopa Kohtu 2. augusti 1993. aasta otsus kohtuasjas C-271/91: Marshall (EKL 1993, lk I-4367, punkt 31), millest tuleneb, et vajadust kahju tegeliku hüvitamise järele on rõhutatud ka muudes valdkondades kui konkurentsi, arvestades, et kohtuasjas Marshall käsitleti kahju, mis tulenes diskrimineerivast vallandamisest.

laksmääramiseni ega ole ka osa menetlusest, mis viib sellise lõpliku otsuseni (punkt b), või et see on siduv üksnes menetluse pooltele (punkt c);

- b) vastata kolmandale küsimusele, et direktiiviga 89/665 ei ole vastuolus esialgse õiguskaitse taotlusi lahendava kohtuniku ja asja sisuliselt lahendava kohtuniku seisukohtade erinevus, tingimusel et see ei kahjusta direktiiviga 89/665 sätestatud tulemusi ja eelkõige artikli 2 lõikega 1 ette nähtud kolme tagatist nii, nagu neid on tõlgendatud ühenduse kohtupraktikas;

- c) vastata neljandale ja viiendale küsimusele järgmiselt:

Euroopa Kohus tunnistab, et ei ole pädev otsustama, keda tuleks siseriiklikus vaidluses vastutavaks pidada;

seoses direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punktiga c tuleb Euroopa Liidu hankelepinguid reguleeriva õiguse rikkumisest tuleneva hüvitatava kahju kindlaksmääramise ja ulatuse kriteeriumid kehtestada siseriiklikus õiguses; ehkki liidu õiguse tõhususe põhimõtte kohaselt ei tohi kahju tõendamise eeskirjad olla nii ranged, et need takistaks kahju tõendamist niivõrd, et sätte tõhusus väheneb, tuleb arvesse võtta vastavaid intresse ja lõpuks ei tohi kõrvale jätta võimalust võtta arvesse saamata jäänud tulu.”