



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MICHAL BOBEK
esitatud 8. septembril 2016¹

Kohtuasi C-391/15

**Marina del Mediterráneo, SL,
Marina del Mediterráneo Duquesa, SL,
Marina del Mediterráneo Estepona, SL,
Marina del Mediterráneo Este, SL,
Marinas del Mediterráneo Torre, SL,
Marina del Mediterráneo Marbella, SL,
Gómez Palma, SC,
Enrique Alemán, SA,
Cyes Infraestructuras, SA,
Cysur Obras y Medioambiente, SA**

versus

**Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía,
Agencia Pública de Puertos de Andalucía,
Nassir Bin Abdullah and Sons, SL,
Puerto Deportivo de Marbella, SA,
Ayuntamiento de Marbella**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Andaluusia kõrgem kohus) (Hispaania))

Eelotsusetaotlus — Riigihange — Hankemenetlus — Otsus anda taotlejale õigus osaleda hankemenetluses — Väidetav ebaseaduslikkus — Ettevalmistav akt — Viivitamatu või edasilükatud läbivaatamine — Vahetu õigusmõju

I. Sissejuhatus

1. Marina del Mediterráneo SL jt (kaebajad) taotlesid riiklike ehitustööde kontsessioonilepingu sõlmimist Hispaanias asuva sadama laiendamiseks. Üks teine ettevõtjate ühendus soovis samuti lepingut sõlmida. Kaebajad leidsid, et teine ühendus ei täitnud pakkumuse esitamise tingimusi. Seetõttu vaidlustasid nad teisele ettevõtjate ühendusele hankemenetluses osalemise õiguse andmise, esitades riigihanke vaidlustuse. Eelotsusetaotluse esitanud kohus aga teatas kaebajatele, et kaebajate poolt halduskohtule esitatud kaebus võib olla vastuvõetamatu, kuna selle esemeks oli vaid ettevalmistav toiming, see tähendab otsus, millega anti taotlejale õigus osaleda hankemenetluses.

¹ — Algkeel: inglise.

2. Käesolevas kohtuasjas peab kohus kindlaks tegema liidu õiguses sätestatud normid selliste ettevalmistavate toiminguteläbivaatamiseks nagu otsus anda ettevõtjale õigus osaleda riigihankemenetluses pakkujana. Täpsemalt öeldes peab ta välja selgitama, kas direktiivi 89/665/EMÜ² (edaspidi „direktiiv 89/665“) kohaselt peavad liikmesriigid tagama hankija *mis tahes* otsuse *viivitamatu* ja *eraldi* läbivaatamise või on võimalik *lükata* läbivaatamine *edasi* hankemenetluse hilisemasse etappi?

II. Õiguslik taust

A. *ELi õigus*

3. Direktiivi 89/665, mida on muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ,³ eesmärk on tagada riigihankeid käsitlevate liidu direktiivide kohaldamine, kohustades liikmesriike tagama tõhusad ja kiired õiguskaitsevahendid liidu õigusaktide või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjade rikkumise puhuks.

4. Direktiivi põhjendus 2 sätestab, et „nimetatud direktiivide kohaldamise tagamise olemasolev kord nii siseriiklikul kui ühenduse tasandil ei ole alati piisav, et tagada vastavate ühenduse sätete järgimine eeskätt selles etapis, kui rikkumisi saab veel parandada“.

5. Direktiivi 89/665 artikkel 1 näeb ette järgmist:

„1. Käesolevat direktiivi kohaldatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivis 2004/18/EÜ (ehitustööde riigihanketingute, asjade riigihanketingute ja teenuste riigihanketingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta) osutatud lepingute suhtes,⁴ välja arvatud juhul, kui selliste lepingute kohta kehtib erand vastavalt kõnealuse direktiivi artiklitele 10–18.

Lepingud kõnealuse direktiivi mõistes hõlmavad riigihanketinguid, raamlepinguid, riiklike ehitustööde kontsessioone ja dunaamilisi ostusüsteeme.

Liikmesriigid võtavad seoses direktiivi 2004/18/EÜ reguleerimisalasse kuuluvate lepingutega vajalikud meetmed, tagamaks, et hankijate [mõiste „tellija“ asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hankija“] otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas käesoleva direktiivi artiklitega 2–2f, kui põhjenduseks on kõnealuste otsuste vastuolu riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.

[...]

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

2 — Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiv riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1989 L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246).

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

4 — ELT 2004 L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132.

6. Artikli 2 lõike 1 kohaselt peavad liikmesriigid:

„taga[ma], et seoses artiklis 1 kindlaksmääratud läbivaatamise korraga võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

- a) võtta esimesel võimalusel vahemenetluse korras ajutisi meetmeid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, sealhulgas meetmeid, mille eesmärk on riigihankelepingu sõlmimise menetluse või hankija otsuse rakendamise peatamine või selle peatamise tagamine;
- b) tühistada ebaseaduslikud otsused või tagada nende tühistamine ning kõrvaldada pakkumiskutsest, lepingudokumentidest ning teistest kõnesolevat pakkumismenetlust käsitlevatest dokumentidest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad;
- c) maksta kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud.“

7. Nõukogu 25. veebruari 1992. aasta direktiiv 92/13/EMÜ, mida on muudetud direktiiviga 2007/66, käsitleb veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamist.⁵

8. Nõukogu direktiivi 92/13 artikkel 1 vastab direktiivi 89/665 artiklile 1, kuid kahe erinevusega: esiteks kohaldatakse seda direktiivi 2004/17/EÜ⁶ (mitte direktiivi 2004/18/EÜ) kohaldamisalasse kuuluvate sektorite suhtes; teiseks ei käsitle see sõnaselgelt riiklike ehitustööde kontsessioone.

9. Direktiivi 92/13 artikli 2 lõige 1 vastab samuti suures osas direktiivi 89/665 artikli 2 lõikele 1, kuid esimesena nimetatud direktiivi punktis b on erinevalt teisest sõnaselgelt sätestatud võimalus kõrvaldada hanketeatest, perioodilisest eelteatest ja kvalifitseerimissüsteemi olemasolu teatest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad.

B. Liikmesriigi õigus

10. Vaidlustatav haldustoiming on kindlaks määratud 13. juuli 1998. aasta halduskohtumenetluse seaduse nr 29/1998 (Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) artikli 25 lõikes 1, mis sätestab: „kaebus on vastuvõetav seoses üldaktidega ning riigiasutuse sõnaselgete ja vaikimisi toimingutega, olgu need lõplikud või ettevalmistavad, millega lõpetatakse haldusmenetlus, millega tehakse asjas otsene või kaudne sisuline otsus, mis muudavad võimatuks menetluse jätkamise või enda kaitsmise või mis kahjustavad korvamatult õigusi või õigustatud huve“.

11. Hispaania 26. novembri 1992. aasta riigi- ja omavalitsusasutuste ning ühise haldusmenetluse õigusliku korra seaduse nr 30/1992 (Ley 30/1992 de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común), mida on muudetud 13. jaanuari 1999. aasta seadusega nr 4/1999 (Ley 4/1999), artikli 107 lõige 1 piirab haldusajades õiguskaitsevahendite kasutamist järgmises sõnastuses:

„Otsuste ja ettevalmistavate toimingute peale, millega tehakse asjas otsene või kaudne sisuline otsus, mis muudavad võimatuks menetluse jätkamise või enda kaitsmise või mis kahjustavad korvamatult õigusi või õigustatud huve, võivad huvitatud isikud esitada käesoleva seaduse artiklites 62 ja 63 ette nähtud mis tahes kehtetuse või tühistatavuse alusel vaide ja kaebuse uuesti läbivaatamiseks.“

5 — EÜT 1992 L 76, lk 14; ELT eriväljaanne 06/01, lk 315.

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

Ülejäänud ettevalmistavaid toiminguid võivad huvitatud isikud vaidlustada selleks, et seda võetaks arvesse otsuses, millega menetlus lõpetatakse.“

12. Hispaania 30. oktoobri 2007. aasta seadus nr 30/2007 riigihangete kohta (Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público), mida on muudetud 5. augusti 2010. aasta seadusega nr 34/2010 (Ley 34/2010), sätestab riigihangete vaidlustamise korra. Artikli 310 lõige 2 kujutab endast eelnimetatud seaduse nr 30/1992 (Ley 30/1992) artikli 107 lõikes 1 ette nähtud üldnormi vastet riigihanke valdkonnas. See sätestab, et „kaebust saab esitada järgmiste aktide peale:

- a) hanketeated, tehnilised kirjeldused ja hankedokumendid, milles on sätestatud hankelepingu sõlmimist reguleerivad tingimused;
- b) hankemenetluse ettevalmistavad toimingud, tingimusel et need sisaldavad otsust või kaudset hankeotsust, nendega muudetakse võimatuks menetluse jätkamine või enda kaitsmine või need tekitavad korvamatut kahju õigustele ja õigustatud huvidele. Menetlusaktideks, mis muudavad võimatuks menetluse jätkamise, loetakse hankekomisjoni toiminguid, millega jäetakse pakkuja menetlusest kõrvale;
- c) hankijate otsused hankelepingute sõlmimise kohta.

III. Vaidlus põhikohtuasjas ja eelotsuse küsimused

13. Agencia Pública de Puertos de Andalucía (Andaluusia riiklik sadamaamet) on oma ülesannetes sõltumatu ja iseseisva õigusvõimega eriotstarbeline asutus. See on Consejería de Obras Públicas y Viviendas de la Junta de Andalucía (Andaluusia piirkondliku omavalitsuse riiklike ehitustööde ja elamumajanduse piirkondlik asutus) allasutus.

14. Andaluusia riiklik sadamaamet algatas Marbella La Bajadilla sadama laiendamiseks riiklike ehitustööde kontsessiooni andmise hankemenetluse. Hankemenetluse käigus andis hankekomisjon hankemenetluses osalemise loa kahele ettevõtjate ühendusele: i) Marina del Mediterráneo SL jt – ajutine ettevõtjate ühendus (*union temporal de empresas*), kes tegutseb Marina Internacional de Marbella nime all; ja ii) teine ajutine ettevõtjate ühendus, kuhu kuulusid Ayuntamiento de Marbella (Marbella linnavalitsus), munitsipaalettevõtte Puerto Deportivo de Marbella, S.A. ja äriühing Nasir Bin Abdullah and Sons, SL.

15. Kaebajad vaidlustasid hankekomisjoni otsuse anda teisele ajutisele ettevõtjate ühendusele õigus esitada pakkumus, esitades 12. aprillil 2011 Andaluusia sadamaameti tegevjuhile (Director Gerente de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía) riigihanke vaidlustuse (*recurso especial en materia de contratación*).

16. Kaebajad leidsid, et rikutud on liidu ja liikmesriigi õigusakte. Nende arvates ei oleks tohtinud lubada teisel ajutisel ettevõtjate ühendusel hankemenetluses osaleda, sest a) Marbella linnavalitsus on avaliku sektori asutus, kes ei ole „ettevõtja“, keda on nimetatud liikmesriigi õiguses pakkuja mõiste määratlemisel; b) teine ajutine ettevõtjate ühendus ei vasta majandusliku ja finantsseisundi nõuetele ja c) Marbella linnavalitsust ei saa käsitada ettevõtjana, sest sellega moonutatakse vaba konkurentsi ja pakkujate võrdse kohtlemise eeskirju.

17. Andaluusia sadamaameti tegevjuht tegi 3. mail 2011 otsuse, mis on vaidlustatud, lükates tagasi kaebajate argumendid, kuna ta leidis esiteks, et avaliku sektori asutused võivad osaleda hankemenetluses vaba konkurentsi põhimõtet kahjustamata ja teiseks, et teise ajutise ettevõtjate ühenduse maksejõulisus oli kindlaks tehtud.

18. Marina del Mediterráneo SL jt esitasid seejärel 5. juulil 2011 kaebuse eelotsusetaotluse esitanud kohtule. Nad palusid tühistada vaidlustatud otsuse ja sellest tulenevad meetmed, eelkõige otsuse sõlmida leping teise ajutise ettevõtjate ühendusega. Samuti palusid kaebajad tunnistada nad ainsaks pakkujaks ja mõista välja hüvitis kantud kahju eest.

19. Eelotsusetaotluse esitanud kohus teatas oma 19. veebruari 2015. aasta määrusega pooltele, et kaebus võib olla vastuvõetamatu, sest liikmesriigi õigusnorm välistab pelgalt ettevalmistavate toimingute läbivaatamise. Liikmesriigi õigusnormi kohaselt ei ole hankekomisjoni otsus, millega ei jäeta pakkujat hankemenetlusest kõrvale, vaid antakse talle õigus hankemenetluses osaleda, akt, mida saab kohtus vaidlustada.

20. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Andaluusia kõrgem kohus, Hispaania) peatas 9. juuli 2015. aasta määrusega menetluse ja esitas Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas lojaalse koostöö ja direktiivi kasuliku mõju põhimõtteid silmas pidades tuleb direktiivi 89/665 artikli 1 lõiget 1 ja artikli 2 lõike 1 punkte a ja b tõlgendada nii, et nendega on vastuolus niisugune liikmesriigi õigusnorm nagu 30. oktoobri 2007. aasta seaduse nr 30/2007 riigihangete kohta (Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público) artikli 310 lõige 2 (nüüd kuninga seadusandliku dekreediga 3/2011, millega kiidetakse heaks riigihangete seaduse konsolideeritud tekst (RDLeg 3/2011, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) artikli 40 lõige 2), kuna sellega takistatakse võimalust vaidlustada hankija ettevalmistavad toimingud, milleks võib olla pakkuja pakkumuse vastuvõtmise otsus, millega väidetavalt rikutakse liikmesriigi ja liidu õigusnormides ette nähtud tehnilise pädevuse ja majandusliku seisundi tõendamise sätteid?

2. Kui esimesele küsimusele vastatakse jaatavalt, siis kas direktiivi 89/665 artikli 1 lõikel 1 ja artikli 2 lõike 1 punktidel a ja b on vahetu õigusmõju?“

21. Marina del Mediterráneo SL jt, Andaluusia piirkondliku omavalitsuse riiklike ehitustööde ja elamumajanduse piirkondlik omavalitsusasutus, Andaluusia riiklik sadamaamet, Austria, Itaalia ja Hispaania valitsus ning Euroopa Komisjon esitasid kirjalikud märkused. Kõik kirjaliku menetluse osalised, välja arvatud Itaalia valitsus, esitasid suulised seisukohad 29. juunil 2016 toimunud kohtuistungil.

IV. Hinnang

22. Kõigepealt tuleb lahendada kaks peamist küsimust. Esiteks, nagu kohtuistungil väideti, oli käesoleval juhul riigihankelepingu maksumus 77 000 000 eurot. Seega vastab see direktiivi 2004/18 artiklis 7 ja direktiivi 2004/17 artiklis 16 sätestatud lepingu maksumuse piirmäärale.

23. Teiseks väidab Hispaania valitsus, et käesolev eelotsusetaotlus tuleks sellest hoolimata tunnistada vastuvõetamatuks, sest direktiivi 89/665 kohaldatakse ainult klassikalisi riigihankeid käsitlevas direktiivis 2004/18 nimetatud riigihankelepingute suhtes. Ta väidab, et kõnealune olukord kuulub hoopis direktiivi 2004/17 kohaldamisalasse (ja seega reguleerib seda direktiiv 92/13), sest direktiivi 2004/17 artikli 7 punkt b sätestab, et seda direktiivi kohaldatakse geograafilise piirkonna kasutamise seotud tegevuste suhtes, mille eesmärk on lennuvälja-, meresadama- või siseveekogude sadamateenuste või muude terminaliteenuste osutamine ettevõtjatele, kes teevad vedusid õhu-, mere- või siseveeteede kaudu.

24. Liikmesriigi kohtu ülesanne on kohtuasja asjaolude, kõnealuse riigihankelepingu üksikasjade ja selles ette nähtud tegevuse täpse laadi alusel kindlaks teha, milline kahest direktiivist – direktiiv 89/665 või direktiiv 92/13 – on käesoleval juhul kohaldatav. Võttes arvesse, et eelotsusetaotluse esitanud kohus esitas küsimused selgelt direktiivile 89/665 tuginedes, piirdun käesolevas ettepanekus selle direktiivi tõlgendamisega. Samas tuleks meeles pidada ka seda, et mõlema direktiivi asjakohased sätted on suures osas sarnased.

A. *Esimene küsimus*

25. Oma esimese eelotsuse küsimusega soovib liikmesriigi kohus sisuliselt teada, kas direktiiv 89/665 nõuab, et hankija *mis tahes* otsus, sealhulgas selline ettevalmistav toiming nagu otsus, millega antakse taotlejale hankemenetluses osalemise õigus, tuleb *viivitamatult* läbi vaadata.

26. Sellele küsimusele vastan ma järgmiselt: pärast mõningate üldiste tähelepanekute esitamist (1. jagu) selgitan, miks minu arvates lubab direktiiv 89/665 üldiselt hankija ettevalmistavate toimingute läbivaatamise edasi lükata (2. jagu). Otsus lubada veel ühel konkurendil osaleda avatud hankemenetluses on selline ettevalmistav toiming (3. jagu).

1. Üldised kaalutlused

27. Esiteks väidab Hispaania valitsus, et Euroopa Kohus on juba leidnud kohtuotsuses komisjon *vs.* Hispaania,⁷ et riigihangete seaduse artikli 310 lõige 2 (või pigem sellega sarnaselt sõnastatud sellele eelnenud õigusakt) ei ole direktiiviga 89/665 vastuolus.

28. Kõnealuses kohtuasjas väitis komisjon, et Hispaania on rikkunud direktiivi 89/665, jättes muu hulgas tagamata võimaluse „taotleda kõikide hankija vastu võetud otsuste, sealhulgas *kõikide riigihankemenetluse toimingute*“ läbivaatamist. Seda konkreetset väidet ümber lükates märkis Euroopa Kohus: „komisjon ei ole tõendanud, et kõnealune õigusakt ei taga piisavat õiguskaitset isikutele, kes on kannatanud kahju asjaomaste ühenduse õigusnormide või neid üle võtvate liikmesriigi õigusnormide rikkumise tõttu“.⁸

29. Mina saan kohtuotsusest komisjon *vs.* Hispaania aru nii, et Euroopa Kohus lihtsalt lükkas komisjoni väite tagasi selle kohta sisulist otsust tegemata, sest komisjon ei esitanud rahuldavaid tõendeid ELi õiguse rikkumise kohta. Seega ei saa minu arvates kõnealust otsust tõlgendada Hispaania õiguse ELi õigusele vastavuse kinnituseks. See küsimus jäi lahtiseks.

30. Teiseks tuleks rõhutada seda, et käsitletavas eelotsusetaotluses esitatud küsimus ei puuduta ettevalmistavate toimingute läbivaatamise *välisest*. See käsitleb läbivaatamise hilisemas etappi *edasilükkamise* võimalust. Asjaomase Hispaania õigusakti kohaselt ei saa pelgalt ettevalmistav toimingut eraldi vaidlustada, vaidlustades (kohtus) riigihanke. Nagu Hispaania valitsus märgib, on see välistus mõeldud menetlusökonoomia põhimõtte järgimiseks. Selle eesmärk on vältida hankemenetluses tarbetuid viivitusi. Kuid samuti on rõhutatud, et selline välistus ei välista ettevalmistavate toimingute hindamist hilisemas etapis, kui vaadatakse läbi lõplik otsus.

7 — Vt kohtuotsus, 15.5.2003, komisjon *vs.* Hispaania (C-214/00, EU:C:2003:276).

8 — Vt kohtuotsus, 15.5.2003, komisjon *vs.* Hispaania (C-214/00, EU:C:2003:276, punkt 80).

31. Kolmandaks tugineb eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimene küsimus ainult direktiivi 89/665 artikli 1 lõikele 1 ja artikli 2 lõike 1 punktidele a ja b. Samas on käesolevas kohtuasjas asjakohane ka direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 3. Mõiste „vaidlustatav hankija otsus“ ja kaebeõigus on omavahel loogiliselt seotud. Direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 kohaselt peavad liikmesriigid tagama, et läbivaatamise kord oleks kättesaadav vähemalt isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada.

32. Seega tuleb järgmises jaos hinnata küsimust, kas nimetatud kolm sätet üheskoos nõuavad, et hankija *mis tahes* otsus, sealhulgas selline ettevalmistav toiming nagu otsus anda taotlejale hankemenetluses osalemise õigus, tuleb *viivitamatult* ja *eraldi* läbi vaadata.

2. Ettevalmistavate toimingute läbivaatamise edasilükkamine vastavalt direktiivile 89/665

33. On tõsi, et artikli 1 lõiget 3 võib sõna-sõnalt tõlgendada nii, et selle kohaselt tuleb hankemenetluse käigus tehtud *mis tahes* otsus läbi vaadata, kui on täidetud kaks kaebeõigusega seotud tingimust: kaebajal peab i) olema huvi konkreetse lepingu sõlmimise vastu ja ii) ta peab olema väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada.

34. Sellisel tõlgendusel oleks aga kaugeleulatuvad tagajärjed. Kaebeõiguse selline lai ja üsna piiramatu määratlemine tähendaks, et iga otsuse, sõltumata sellest, kui tähtsusetu ja täiendav see on, saaks kohe vaidlustada ja sellega hankemenetluse tegelikult peatada. Minu arvates tuleks riigihankemenetluses⁹ siiski leida mõistlik tasakaal eri huvide vahel, nimelt ühelt poolt õiguse pöörduda menetluse aspektide vaidlustamiseks kohtu poole ja nõuda kohtulikku läbivaatamist ja teiselt poolt menetluse üldise tõhususe ja kohtu töö otstarbekuse vahel.

35. Komisjoni väitel on Euroopa Kohus tõlgendanud mõistet „hankijate otsused“ laialt. Euroopa Kohus on märkinud, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 1 ei kehtesta mingeid piiranguid selliste otsuste olemuse ja sisu suhtes;¹⁰ kohtuliku läbivaatamise ulatust ei saa tõlgendada kitsalt;¹¹ ja et artikli 1 lõike 1 mõttes läbivaatamisele kuuluv otsus on igasugune riigihankeid käsitlevate direktiivide materiaalsesse kohaldamisalasse kuuluvate riiklike teenuslepingute suhtes vastu võetud hankija toiming, millel võivad olla õiguslikud tagajärjed.¹²

36. Minu arvates ei tähenda „läbivaatamisele kuuluv“ siiski tingimata sama mis „*viivitamatult* ja *eraldi* läbivaatamisele kuuluv“. Minu arvates ei nõua direktiiv 89/665, et liikmesriigid peavad tagama hankemenetluse iga etapi – nagu taotlejale hankemenetluses osalemise õiguse andmise – viivitamatu läbivaatamise. See tuleneb direktiivi 89/665 sõnastusest, laadist, arengust ja eesmärgist.

37. Esiteks olgu meenutatud, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõikes 3 sätestatud kaebeõiguse suhteliselt laiale määratlusele eelneb tähtis tingimus: „Liikmesriigid tagavad, et läbivaatamise kord oleks *võimalike liikmesriikide poolt kehtestatavate üksikasjalike eeskirjade kohaselt* kättesaadav vähemalt [...]“.¹³

9 — Vt kohtuotsus, 11.9.2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 63) ja kohtumäärus, 23.4.2015, komisjon vs. Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punktid 31 ja 34).

10 — Vt kohtuotsus, 28.10.1999, Alcatel Austria jt (C-81/98, EU:C:1999:534, punkt 35).

11 — Vt kohtuotsus 18.6.2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punkt 61).

12 — Vt kohtuotsus, 11.1.2005, Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 34).

13 — Kohtujuristi kursiiv.

38. See sõnastus, mis sisaldab sõnaselget viidet liikmesriikide seadustele, kinnitab, et direktiiv 89/665 on oma olemuselt minimaalse ühtlustamise vahend. Vastavalt pealkirjale on direktiivi 89/665 eesmärk riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide *kooskõlastamine*. Selles ei ole sõnaselgelt kindlaks määratud nende õiguskaitsevahendite ulatust, mis liikmesriigid peavad sel eesmärgil kindlaks määrama.¹⁴ Selles on sätestatud ainult miinimumtingimused, millele liikmesriigi õigussüsteemis kehtestatud läbivaatamise kord peab vastama, et tagada vastavus riigihankeid käsitlevate ELi õigusaktide nõuetele.¹⁵

39. Järelikult on liikmesriikidel direktiivis 89/665 nimetatud menetluslike tagatiste valimisel ulatuslik kaalutusõigus.¹⁶ Küsimust reguleerivate liidu õigusnormide puudumisel peab iga liikmesriik kooskõlas direktiivi 89/665 artikli 1 lõikega 3 ja liikmesriikide menetlusautonoomia põhimõttega ise kehtestama *üksikasjalikud* haldus- ja kohtumenetlusnormid, mille eesmärk on tagada isikutele liidu õigusest tulenevate õiguste kaitse. Liikmesriigid peavad siiski kasutama oma kaalutusõigust kooskõlas tõhususe põhimõttega. Seega ei saa nad muuta isikutele liidu õiguskorraga antud õiguste kasutamist tegelikult võimatuks või ülemäära raskeks.¹⁷

40. Euroopa Kohus on eelkõige määranud, et siseriiklikus õiguskorras võib kehtestada riigihankemenetluses tehtud aktide läbivaatamisele teatud tingimused, näiteks tähtaja, mille möödumisel ei saa hankija otsuseid enam vaidlustada,¹⁸ või muud menetluspiirangud, sealhulgas menetluste koondamine.¹⁹

41. Samamoodi võivad liikmesriigid menetlusautonoomiat kasutades kehtestada eeskirjad, mis ei luba taotlejatel riigihankemenetluse teatud toiminguid igal ajal vaidlustada, sest direktiiv 89/665 ei kehtesta konkreetset aega, mille jooksul peab läbivaatamine toimuma.²⁰ Kaugel sellest, et nõuda hankemenetluse käigus tehtud *mis tahes* toimingut *viivitamatult* läbivaatamist, on direktiivi teises põhjenduses vaid sätestatud, et vastavate liidu sätete järgimine tuleb tagada „etapis, kui rikkumisi saab veel parandada“. Euroopa Kohus on seda väljendit kooskõlas teiste keeleversioonidega tõlgendanud nii, et see tähendab, et „kui rikkumisi saab *veel* „kõrvaldada“ või „parandada“.²¹

42. Seega kui vaadata direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 teist osa selle sõnastust, laiemat tausta ja Euroopa Kohtu praktikat arvesse võttes, ei tundu, et see nõuab iga võimaliku rikkumise viivitamatut läbivaatamist mis tahes hetkel. Läbivaatamine võib toimuda hiljem, tingimusel et väidetava rikkumise saab veel kõrvaldada.

43. Teiseks viitavad direktiivi tekke- ja arengulugu sellele, et liidu seadusandja eesmärk ei olnud nõuda hankemenetluse käigus tehtud iga üksiku toimingut viivitamatult läbivaatamist.

14 — Vt kohtuotsus, 18.6.2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punktid 58–59).

15 — Vt kohtuotsus, 27.2.2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, punkt 47) ja kohtuotsus, 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 46).

16 — Vt kohtuotsus, 18.6.2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punkt 62); kohtuotsus, 9.12.2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie jt (C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 57) ja kohtuotsus, 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 44).

17 — Vt kohtuotsus, 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 46 ja seal viidatud kohtupraktika).

18 — Vt kohtuotsus, 12.12.2002, Universale-Bau jt (C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 79).

19 — Vt kohtuotsus, 9.12.2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie jt (C-568/08, EU:C:2010:751).

20 — Vt kohtuotsus, 11.1.2005, Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 38).

21 — Vt kohtuotsus, 28.10.1999, Alcatel Austria jt (C-81/98, EU:C:1999:534, punkt 33); kohtuotsus, 12.12.2002, Universale-Bau jt (C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 74); kohtuotsus, 11.1.2005, Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 39). Kohtujuristi kursiiv.

44. Esialgses ettepanekus sõnastas komisjon artikli 1 lõike 1 järgmiselt: „Liikmesriigid võtavad meetmed, mis on vajalikud, et tagada *hankemenetluse kõikides etappides* tõhusad halduslikud ja/või õiguskaitsevahendid [...]“.²² Pärast selle esimest lugemist Euroopa Parlamendilt arvamuse saamist jäi komisjon muudetud ettepanekus sarnase sõnastuse juurde.²³ Võib väita, et kui esialgne sõnastus oleks säilitatud, tähendaks see tõepoolest, et hankemenetluses vastu võetud mis tahes toimingut peaks olema võimalik kohe vaidlustada. Kuna aga nõukogu loobus lõpuks tingimusest „hankemenetluse kõikides etappides“, tundub, et seadusandja lõplik tahe oli pigem vastupidine.

45. Lisaks ei ole see seadusandja tahe aja jooksul muutunud, nagu näitab direktiiv 2007/66, millega muudeti direktiivi 89/665. Tõepoolest, direktiiv 2007/66 ei tõsta esile ühtki liikmesriikide poolt *enne* edukaks tunnistamist pakutavate läbivaatamismehhanismide konkreetset puudust. Direktiiv 2007/66 sätestas eeskätt minimaalse ooteaja, mis algas kohe pärast lepingu sõlmimise otsuse tegemist, et vältida lepingu kiirustades sõlmimist ja tagada hankeotsuse enda tõhus läbivaatamine.

46. Kolmandaks räägiti nii kirjalikes seisukohtades kui ka kohtuistungil palju direktiivi 89/665 eesmärgist. Kas see kahjustaks direktiivi 89/665 üldist eesmärki või kasulikku mõju (*effet utile*), kui iga üksikut hankemenetluse käigus vastu võetud toimingut saaks (või ei saaks) viivitamatult vaidlustada?

47. Vastus sellele küsimusele sõltub loomulikult sellest, mis on direktiivi 89/665 *tegelik* eesmärk. Ei ole üllatav, et direktiivi 89/665 konkreetne eesmärk on tagada ettevõtjatele tõhusad õiguskaitsevahendid, et (nagu on öeldud direktiivi põhjendustes) nad ei pelgaks õiguskaitsevahendite puudumise tõttu pakkumust esitada, ning kehtestada tugevamad läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise tagatised hankemenetlustes.

48. Nagu kõikides teistes õigusvaldkondades, peavad kõik menetlused ja neis tagatud menetlusõigused olema seotud menetluse sisu ja üldise eesmärgiga. Menetlusõigused ei tohi muutuda omaette õigusteks, millel puudub igasugune tajutav seos konkreetse isiku õigusliku seisundiga. Metafoori abil kokku võttes: menetlus võib olla hea teener, kuid halb peremees.

49. Minu arvates ei ole direktiiv 89/665 ja selles sätestatud õigused omaette eesmärk. Need on vahendid, et saavutada eesmärk: teadlik, õiglane, konkurentsivõimeline, läbipaistev ja mittediskrimineeriv riigihankeotsus, mis tehakse võimaluse korral mõistlikult kiiresti. Nii viisi üldiselt ümber sõnastades on ilmne, et selle eesmärgi saavutamiseks tuleb leida tasakaal ühelt poolt tõhusa kohtuliku läbivaatamise kättesaadavuse ja teiselt poolt lepingu mõistliku aja jooksul sõlmimise vahel.

50. Kui oleks võimalik iga toimingut mis tahes ajal kohtus vaidlustada, nagu väidab komisjon, siis vaevalt muudaks see riigihankemenetluse (mis on väidetavalt paljudes liikmesriikides praegu üks kiireimad haldusmenetlusi)²⁴ kiiremaks. Pealegi ei muudaks iga ettevalmistava toimingu eraldi vaidlustamise võimalus õiguskaitset tõhusamaks, vaid pigem koormaks süsteemi.²⁵ Nagu Euroopa Kohus ise on selgitanud, oleks direktiivi 89/665 eesmärgi täielik saavutamine ohustatud, kui taotlejatel ja pakkujatel oleks lubatud *igas hankemenetluse etapis* viidata riigihankeid käsitlevate õigusnormide rikkumisele, kohustades hankijat rikkumiste parandamiseks kogu menetlust uuesti alustama.²⁶

22 — KOM(87) 134 (lõplik) (EÜT1987 C 230 lk 6). Kohtujuristi kursiiv.

23 — KOM(88) 733 (lõplik) (EÜT 1989 C 15 lk 8): „Liikmesriigid võtavad meetmed, mis on vajalikud, et tagada *riigihankemenetluse kõikides etappides*, et iga töövõtja [...], kes osaleb riigihankemenetluses [...], või iga kolmas isik, kellel on õigus sellises hankemenetluses osaleda, saab kasutada tõhusaid ja kiireid halduslikke ja õiguskaitsevahendeid seoses hankija mis tahes otsusega [...], millega rikutakse ühenduse või liikmesriigi riigihankeeskirju“ (kohtujuristi kursiiv).

24 — Üldiseks võrdlemiseks vt nt riikide aruandeid ja koondaruannet väljaandes Neergaard, U. jt (toim.), *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes: The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014, Congress Publications 3. kd*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014; ja Delvolvé, P. (toim.), „Le contentieux des contrats publics en Europe“, *Revue française de droit administratif*, 2011, nr 1, lk 1 jj.

25 — Seega ei kuuluks väide, et keerukate menetluste tõttu „võtub ühekorruselise eramaja ehitamine kahetekümnele sajandil rohkem aega kui katedraali ehitamine kaheteistkümnendal sajandil“ vaid poliitilise satiiri valdkonda („Jah, härra peaminister“, 1. hooaeg, 1. episood: „Avatud valitsus“; esimest korda BBC eetris 25. veebruaril 1980).

26 — Vt kohtuotsus, 12.12.2002, Universale-Bau jt (C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 75).

51. Otsides mõistlikku tasakaalu vastandlikele huvidele ehk ühelt poolt kohtulikule läbivaatamisele piiramatul juurdepääsu ning teiselt poolt menetlusökonoomia ja menetluse üldise tõhususe vahel, on kasulik meeles pidada, et ei liidu õigus ega liikmesriikide õigussüsteemid üldiselt²⁷ ei näe ette ettevalmistavate toimingute viivitamatut läbivaatamist.

52. Mis puudutab Euroopa Liidu ettevalmistavaid toiminguid, siis ehkki puhtalt ettevalmistusliku iseloomuga meetmete peale ei saa esitada tühistamishagi, võib nende võimalikule õigusvastasusele tugineda, vaidlustades selle lõpliku akti, mille ettevalmistamisega need meetmed seotud on.²⁸

53. Mis puudutab liikmesriike, siis Euroopa Kohus on hankemenetluse käigus tehtud siseriiklike toimingute suhtes leidnud, et liikmesriigi õiguses peaks olema tagatud võimalus esitada hankija mõne muu otsuse läbivaatamist taotledes väide, et hankija varasema otsusega on rikutud liidu õigusnormi.²⁹

54. Kokkuvõttes ma ei arva, et liikmesriigi õigusnormi, mis lubab ettevalmistavate toimingute läbivaatamise lükata edasi hilisemasse etappi, peaks iseenesest pidama direktiiviga 89/665 vastuolus olevaks, tingimusel et on tagatud selliste toimingute tõhus läbivaatamine hilisemas etapis ja vähemalt siis, kui võetakse vastu hankeotsus – „hankija kõige tähtsam otsus“.³⁰

3. Otsus anda osalejale hankemenetluses osalemise õigus

55. Kui teatud liiki ettevalmistavate toimingute läbivaatamise edasilükkamist peetakse direktiiviga 89/665 kooskõlas olevaks, on järgmiseks oluliseks küsimuseks kindlaks teha, milliste toimingute läbivaatamise võib edasi lükata.

56. Minu arvates tuleks toiminguid, mis tuleb kohe läbi vaadata, ja neid, mida ei pea kohe läbi vaatama, eristada selle järgi, millised toimingud tekitavad ettevõtjatele *kahjulikke õiguslikke tagajärgi* ja millistel selline mõju puudub. Esimeste puhul tuleks ette näha nende viivitamatu läbivaatamine, kuid teiste puhul ei ole see tingimata vajalik.

57. Kohtuotsuses Stadt Halle eristas Euroopa Kohus juba pelgalt ettevalmistavaid toiminguid, mis ei kuulu läbivaatamisele – näiteks turu-uuringud või aktid, mis on puhtalt ettevalmistusliku iseloomuga ja mille puhul on tegemist hankija sisekaalutlustega enne riigihankelepingu sõlmimist³¹ – hankija otsustest, mida peab saama vaidlustada. Euroopa Kohus leidis eelkõige, et viimased on need otsused, millel *võivad olla õiguslikud tagajärjed*. Kohus ei täpsustanud seda seisukohta seoses kõnealuse kohtuasjaga.³²

58. Euroopa Kohtu käsitus kohtuotsuses Stadt Halle edasi arendades leian, et vastavalt direktiivile 89/665 peavad liikmesriigid tagama selliste õigusvastaste toimingute viivitamatu läbivaatamise, mis võivad kahjustada huvitatud pakkuja õiguslikku seisundit nii, et pakkujal on ülemäära raske või võimatu jätkata mõistlikult hankemenetluses osalemist, kahjustades sellega hankemenetluse läbipaistvust ja õiglast konkurentsi.

27 — Vt nt Prantsusmaa kohta: Guyomar, M. ja Seiller, B., *Contentieux administratif*, Dalloz, 3. tr, 2014, lk 295 jj; Saksamaa kohta: Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, kirjastus C. H. Beck, 12. tr, 1999, lk 181 jj ja 480 jj; Itaalia kohta: Gallo, C.E., *Manuale di Giustizia Amministrativa*, G. Giappichelli Editore Turin, 6. tr, 2012, lk 143 jj; Hispaania kohta: García de Enterría, E. ja Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 15. tr, 2011, lk 595 jj.

28 — Vt kohtuotsus, 11.11.1981, IBM vs. komisjon (60/81, EU:C:1981:264, punkt 12); kohtuotsus, 18.3.1997, Guérin automobiles vs. komisjon (C-282/95 P, EU:C:1997:159, punkt 34).

29 — Vt kohtuotsus, 27.2.2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, punktid 64–65).

30 — Vt kohtuotsus, 28.10.1999, Alcatel Austria jt (C-81/98, EU:C:1999:534, punkt 38). Ka direktiivi 2007/66 põhjenduse 13 kohaselt on ebaseaduslikult otsustuskorras lepingute sõlmimine „riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide kõige tõsisem[ne] rikkum[ine]“.

31 — Vt kohtuotsus, 11.1.2005, Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 35).

32 — Vt kohtuotsus, 11.1.2005, Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 34).

59. Sellega oleks tegemist just nimelt juhul, kui ettevõtja ei saa enam tõhusalt konkureerida või kui ta siiski seda saab, on vaidlustatud toimingut tõttu konkurentsi oluliselt moonutanud.³³ Kohtuotsuses *Grossmann Air Service* leidis Euroopa Kohus, et isik peaks viivitamatult taotlema hankija väidetavalt diskrimineeriva hanketingimusi kindlaks määrava otsuse läbivaatamist, kui ta sellega tegelikult hankemenetlusest välja jäeti. Leiti, et see, kui isikut sunnitakse ootama kuni hankeotsusest teatamiseni, enne kui ta saab tingimuste seaduslikkuse vaidlustada, on vastuolus direktiivi 89/665 kiiruse ja tõhususe eesmärkidega. Leiti, et selline läbivaatamismenetluse alustamisega viivitamine takistab riigihankeid käsitlevate direktiivide tõhusat rakendamist.³⁴

60. Kui kohaldada seda konkreetselt otsuse suhtes anda taotlejale õigus osaleda hankemenetluses, ilmneb et selline otsus ei kahjusta teiste taotlejate õiguslikku seisundit, eelkõige avatud hankemenetluses, kus konkurents peab olema võimalikult ulatuslik.

61. Sellega seoses tuleb kahjulikke *õiguslikke* tagajärgi, millel on vahetu negatiivne mõju ettevõtja õiguslikule seisundile, eristada pelgast *faktilisest* mõjust hankemenetluses osalevale ettevõtjale. Mõistan väga hästi, et otsusel lubada veel ühel konkurendil osaleda avatud hankemenetluses võib olla teatud negatiivne mõju teiste konkurentide seisundile. Võimalik, et nad peavad sellele kuidagi reageerima ja oma strateegiat muutma. Välja arvatud juhul, kui riigihanke-eeskirju tõlgendatakse objektiivse ja abstraktse seaduslikkuse põhimõtetenä, mida iga potentsiaalne konkurent võib käsitada enda subjektiivse õigusena, ei kahjusta otsus lubada taotlejal hankemenetluses osaleda (veel) siiski nende õiguslikku seisundit.

62. Otsuse lubada taotlejal hankemenetluses osaleda edasilükkamist toetab ka asjaolu, et kvalifitseerimis- ja hindamiskriteeriumide erinevus on järk-järgult kadumas. Avatud hankemenetluste puhul lubavad uued riigihankedirektiivid sõnaselgelt pakkumused läbi vaadata enne kõrvaldamis- ja hindamiskriteeriumitele vastavuse kontrollimist.³⁵ Samuti saab teatud asjaolusid, mis on tavaliselt taotlejate valiku menetluse osaks, nagu töötajate töökorraldus, kvalifikatsioon ja kogemus, nüüd hinnata edukaks tunnistamise etapis.³⁶

63. Seega oleks väide, et taotlejale hankemenetluses osalemise õiguse andmise otsuse läbivaatamine eraldi hankeotsuse läbivaatamisest peaks tulenema eraldi etapi olemasolust hankemenetluses, kui kaks etappi on tegelikult teineteisega sarnastumas, samuti vastuolus liidu seadusandja uuema käsitleusega.³⁷

64. Seetõttu olen arvamusel, et direktiiv 89/665 ei kohusta liikmesriike ette nägema veel ühele konkurendile avatud riigihankemenetluses osalemise õiguse andmise otsuse viivitamatu ja eraldi läbivaatamise. Samas peavad liikmesriikide õigusnormid tagama, et sellise otsuse peale õigusvastasuse vastuväite saab esitada, kui vaidlustatakse lõplik hankeotsus, mis võeti vastu varasemate otsuste alusel, millega lubati taotlejatel hankemenetluses osaleda.

33 — Vt kohtuotsus, 12.2.2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02, EU:C:2004:93).

34 — Vt kohtuotsus, 12.2.2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02, EU:C:2004:93, punktid 37–38).

35 — Vt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta artikli 56 lõige 2 (ELT 2014 L 94 lk 65). Vt ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ, artikli 76/lõige 7 (ELT 2014 L 94, lk 243).

36 — Vt direktiivi 2014/24 artikli 67 lõike 2 punkt b ja direktiivi 2014/25 artikli 82 lõike 2 punkt b.

37 — Oma direktiivi ettepaneku seletuskirjas märkis komisjon, et „[p]akkujate hindamise edukaks tunnistamise eristamine, mis on sageli vigade ja arusaamatuste allikas, on muudetud paindlikumaks“ (ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta, KOM(2011) 896 (lõplik), lk 9).

65. Mis puudutab Hispaania riigihankeseaduse artikli 310 lõiget 2, siis juhin tähelepanu asjaolule, et selles eristatakse kahte liiki hankemenetlust ettevalmistavaid toiminguid: i) need, milles otsustatakse otseselt või kaudselt edukaks tunnistamise üle, need, mis muudavad võimatuks menetluse jätkamise või enda kaitsmise või need, mis kahjustavad korvamatult õigusi või õigustatud huve, ja ii) teised, mis ei vasta ühelegi nimetatud kolmest kriteeriumist. Esimeste puhul saab taotleda nende viivitamatut läbivaatamist, esitades riigihanke vaidlustuse. Teiste puhul mitte.

66. Liikmesriigi õiguse tõlgendamine, et teha kindlaks, kas nimetatud seaduse artikli 310 lõige 2 tervikuna ja kõik võimalikud ettevalmistavad toimingud, mis võivad kuuluda või mitte selle sätte kohaldamisalasse, on kooskõlas liidu õigusega, on liikmesriigi kohtu ülesanne. Käesolevas ettepanekus välja pakutud vastus puudutab ainult ühte liiki ettevalmistavat toimingut: otsust anda konkurendile õigus osaleda avatud riigihankemenetluses. Mis puudutab teisi ettevalmistavaid toiminguid, mida saab Hispaania õiguse kohaselt teha, siis liikmesriigi kohus peab kõiki asjaolusid arvesse võttes otsustama, kas artikli 310 lõige 2 takistab ettevõtjatele kahjulikke õiguslikke tagajärgi tekitavate ettevalmistavate toimingute viivitamatut läbivaatamist.

67. Seetõttu leian, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõikega 1, artikli 1 lõikega 3 ja artikli 2 lõikega 1 ei ole vastuolus põhikohtuasjas vaatlusalune siseriiklik õigusnorm, tingimusel et:

- siseriiklik õigusnorm ei takista ettevõtjatele kahjulikke õiguslikke tagajärgi tekitavate ettevalmistavate toimingute viivitamatut läbivaatamist;
- väite selliste ettevõtjatele kahjulikke õiguslikke tagajärgi mittetekitavate ettevalmistavate toimingute nagu taotlejale hankemenetluses osalemise õiguse andmise otsuse õigusvastasuse kohta saab esitada, kui vaidlustatakse lõplik hankeotsus, mis võeti vastu selliste ettevalmistavate toimingute alusel.

B. 2. küsimus

68. Võttes arvesse minu ettepanud vastust eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele küsimusele, ei ole teisele küsimusele vähemalt eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimuste sõnaselget sõnastust arvestades vaja vastata. Terviklikkuse huvides ja et Euroopa Kohut täielikult abistada, oleks minu lühike vastus teisele küsimusele, mis käsitleb direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 ja artikli 2 lõike 1 punktide a ja b vahetut õigusmõju, järgmine:

69. Euroopa Kohus juba leidis kohtuotsuses Koppensteiner, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 1 ja artikli 2 lõike 1 punkt b on tingimusteta ja piisavalt täpsed, et kehtestada üksikisikule õigus, millele isik saab vajaduse korral tugineda.³⁸ Seega on kõnealustel sätetel kahtlemata vahetu õigusmõju.

70. Võttes arvesse artikli 2 lõike 1 punkti a täpset sõnastust ja selle funktsionaalset sarnasust artikli 2 lõike 1 punktiga b, ei näe ma põhjust, miks ei peaks sama järeldus kehtima ka artikli 2 lõike 1 punkti a suhtes.

71. Seega on minu arvates kõigil kolmel sätel, see tähendab direktiivi 89/665 artikli 1 lõikel 1 ning artikli 2 lõike 2 punktidel a ja b, vahetu õigusmõju.

38 — Vt kohtuotsus, 2.6.2005, Koppensteiner (C-15/04, EU:C:2005:345, punktid 38–39).

C. Järelmärkus

72. Direktiiv 89/665 näeb ette tõhusa, kuid mitte tingimata ühtse läbivaatamise korra. Tuleb leida tasakaal hankemenetluse jooksul kohtu poole pöördumise piiramatult õiguse ning menetlusökonoomia vahel, et tagada *tõhus* õiguskaitse. Lõppkokkuvõttes loeb hankeotsuse enda tõhus ja kiire läbivaatamine, mille käigus saab vaidlustada kõik eelnevad etapid, et tagada kõikide rikkumiste õigeaegne heastamine.

73. Seetõttu on direktiivis 89/665 sätestatud miinimumtingimus. Eeltoodud põhjustel leian, et kohustus tagada hankija mis tahes otsuse viivitamatult ja eraldi läbivaatamine ei ole vajalik selle miinimumnõude täitmiseks.

74. Liikmesriigil on tõepoolest mitu võimalust, et täita direktiivis 89/665 sätestatud miinimumnõudeid: liikmesriik võib koondada läbivaatamised võimalikult ühele ajale, ühte lõplikku otsusesse. Kuid liikmesriik võib ka ette näha hankemenetluse iga üksiku toiminguga eraldi läbivaatamise, kuid jätta välja juba varem käsitletud küsimused lõpliku otsuse võimalikult läbivaatamisest. Seega on garanteeritud teatud paindlikkus, tingimusel et on tagatud hankemenetluse kõikide toimingute tõhus ja kiire läbivaatamine mingis etapis.

75. Samas ei takista asjaolu, et liikmesriigid ei ole kohustatud ühtlustamise miinimummäära kohaselt midagi tegema, neid seda tegemast. Eelkõige ei takista see kindlasti liikmesriikidel ette näha ulatuslikumad õiguskaitsevahendid, sealhulgas hankemenetluse käigus vastu võetavate võimalike ettevalmistavate toimingute viivitamatult ja eraldi läbivaatamine, kui nad seda soovivad.

V. Ettepanek

76. Eespool esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Andaluusia kõrgem kohus, Hispaania) esitatud esimesele eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta artikli 1 lõikega 1, artikli 1 lõikega 3 ja artikli 2 lõikega 1 ei ole vastuolus põhikohtuasjas vaatlusalune siseriiklik õigusnorm, tingimusel et:

- siseriiklik õigusnorm ei takista ettevõtjatele kahjulikke õiguslikke tagajärgi tekitavate ettevalmistavate toimingute viivitamatult läbivaatamist;
- väite selliste ettevõtjatele kahjulikke õiguslikke tagajärgi mittetekitavate ettevalmistavate toimingute nagu taotlejale hankemenetluses osalemise õiguse andmise otsuse õigusvastasuse kohta saab esitada, kui vaidlustatakse lõplik hankeotsus, mis võeti vastu selliste ettevalmistavate toimingute alusel.