



## Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
esitatud 21. märtsil 2017\*

### Kohtuasi C-76/16

**INGSTEEL spol. s r.o.,  
Metrostav, as,  
versus  
Úrad pre verejné obstarávanie**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slovaki Vabariigi kõrgeim kohus))

Riigihankelepingud — Kvalitatiivsed valikukriteeriumid — Ettevõtja majandusliku ja finantsseisundi tõendamine — Ettevõtja hankemenetlusest kõrvale jätmise otsuse kohtus vaidlustamine

1. Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slovaki Vabariigi kõrgeim kohus) esitab oma eelotsusetaotluses Euroopa Kohtule kolm küsimust riigihankelepingute sõlmimise kriteeriumeid ja hankijate otsuste peale kaebuse esitamist käsitlevate liidu õigusnormide tõlgendamise kohta.

2. Kaks esimest küsimust puudutavad pakkujate majandusliku ja finantsseisundi tõendamist direktiivi 2004/18/EÜ\*\* tähenduses. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul on kahtlused seoses selle seisundi tõendamisega ja sellega, millisest ajahetkest tuleb lähtuda. Kolmas küsimus seondub direktiivis 89/665/EMÜ\*\*\* ette nähtud õiguskaitsemehhanismidega, mille kohta Najvyšší súd (kõrgeim kohus) soovib kokkuvõttes teada, kas need kehtivad ka siis, kui leping on ajal, kui tuleb vaidlus lahendada, praktiliselt täidetud.

### I. Õiguslik raamistik

#### A. Liidu õigus

1. Euroopa Liidu põhiõiguste harta

3. Artikli 47 esimeses ja teises lõigus on sätestatud:

„Igaühel, kelle liidu õigusega tagatud õigusi või vabadusi rikutakse, on selles artiklis kehtestatud tingimuste kohaselt õigus tõhusale õiguskaitsevahendile kohtus.

\* Algkeel: hispaania.

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

\*\*\* 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).

Igäühel on õigus õiglasele ja avalikule asja arutamisele mõistliku aja jooksul sõltumatus ja erapooletus seaduse alusel moodustatud kohtus. Igäühel peab olema võimalus saada nõu ja kaitset ning olla esindatud.“

2. Direktiiv 2004/18

4. Põhjenduses 33 on sätestatud:

„Lepingu täitmise tingimused on kooskõlas käesoleva direktiiviga juhul, kui need ei ole otseselt ega kaudselt diskrimineerivad ning on esitatud hanketeates või lepingudokumentides. Esmajoones on nende abil võimalik soodustada kohapealset koolitust, eriti raskesti integreeruvate inimeste tööhõivet, tööpuudusevastast võitlust või keskkonnakaitsealast tegevust. Muu hulgas võib mainida näiteks nõudeid, mis kehtivad lepingu täitmise ajal ning mille kohaselt võetakse tööle pikka aega töötuid inimesi, rakendatakse töötute või noorte koolitusmeetmeid, täidetakse sisuliselt Rahvusvahelise Tööorganisatsiooni (ILO) põhikonventsioonide sätteid, kui neid ei ole rakendatud siseriikliku õigusega, ning võetakse tööle suurem arv puuetega isikuid, kui on ette nähtud siseriiklike õigusaktidega.“

5. Põhjenduses 39 on sätestatud:

„Tingimused, mille alusel kontrollitakse pakkujate sobivust avatud menetluse puhul, kandidaatide sobivust piiratud ja läbirääkimistega menetluste puhul, mille kohta on avaldatud lepinguteade, ning konkurentidega peetava dialoogi ja sellega seotud valiku puhul, peavad olema läbipaistvad. Selleks tuleb kindlaks määrata mittediskrimineerivad kriteeriumid, mida ostjad võivad kasutada pakkujate valimisel, ja vahendid, mida ettevõtjad saavad kasutada, et tõendada oma vastavust nendele kriteeriumidele. Läbipaistvuse tagamiseks tuleks samuti nõuda, et ostja esitaks niipea, kui leping läheb konkursile, oma valikukriteeriumid ning eripädevuse, mida ta võib ettevõtjatelt nõuda enne, kui annab loa riigihankelepingute sõlmimise menetluses osaleda.“

6. Artiklis 26 „Lepingute täitmise tingimused“ on sätestatud:

„Ostjad võivad kehtestada lepingu täitmisega seotud eritingimusi, kui need on kooskõlas ühenduse õigusega ning esitatud hanketeates või tehnilistes kirjeldustes. Lepingu täitmise tingimused võivad eelkõige olla seotud sotsiaal- ja keskkonnaprobleemidega.“

7. Artikli 44 „Osalejate sobivuse kontrollimine, nende valik ning lepingute sõlmimine“ lõikes 2 on ette nähtud:

„Ostjad võivad nõuda, et kandidaadid ja pakkujad vastaksid artiklite 47 ja 48 kohaselt minimaalse suutlikkuse tasemetele.

Artiklites 47 ja 48 osutatud teabe ulatus ja konkreetse lepingu täitmiseks vajalikud suutlikkuse miinimumtasemed peavad olema lepingu objektiga seotud ja proportsionaalsed.

Miinimumtasemed esitatakse hanketeates.“

8. Artiklis 47 „Finants- ja majanduslik seisund“ on sätestatud:

„1. Ettevõtja finants- ja majanduslikku seisundit võib üldjuhul tõendada ühe või mitme järgmise dokumendiga:

a) asjakohane pangaõiend või ametialase vastutuskindlustuse tõend, kui see on asjakohane;

[...].

4. Ostjad täpsustavad hanketeates või pakkumiskutses, millised lõikes 1 nimetatud dokumendid nad välja valisid ning milliseid muid dokumente tuleb esitada.

5. Kui ettevõtja ei saa ostja nõutud dokumente mõjuval põhjusel esitada, võib ta oma finants- ja majanduslikku olukorda tõendada ostja poolt sobivaks peetud muude dokumentidega.“

3. Direktiiv 89/665\*\*\*\*

9. Artikli 1 „Läbivaatamise korra reguleerimisala ja kättesaadavus“ lõikes 1 on sätestatud:

„[...]

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

10. Artiklis 2 „Läbivaatamise korra nõuded“ on märgitud:

„1. Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 määratud 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 tellija otsuse rakendamise peatamine või selle peatamise tagamine;
- b) tühistada ebaseaduslikud otsused või tagada nende tühistamine ning kõrvaldada pakkumiskutses, lepingudokumentidest ning teistest kõnesolevat pakkumismenetlust käsitlevatest dokumentidest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad;
- c) maksta kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud.

[...]

4. Läbivaatamise korral ei pea tingimata olema automaatset peatavat mõju asjaomasele lepingu sõlmimise menetlusele, välja arvatud lõikes 3 ja artikli 1 lõikes 5 sätestatud juhtudel.

[...]

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

7. Välja arvatud artiklites 2d–2f ette nähtud juhtudel, määratakse käesoleva artikli lõikes 1 osutatud volituste kasutamise mõju juba sõlmitud lepingule kindlaks siseriiklike õigusaktidega.

\*\*\*\* Tekst on ära toodud sellisel kujul, nagu see tuleneb Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiivist 2007/66/EÜ, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (ELT 2007, L 335, lk 31).

Lisaks sellele võib liikmesriik ette näha, et pärast lepingu sõlmimist vastavalt artikli 1 lõikele 5, käesoleva artikli lõikele 3 või artiklitele 2a–2f piirduvad läbivaatamise korra eest vastutava asutuse volitused kahjutasu määramisega kõigile rikkumise tõttu kahju kannatanud isikutele, välja arvatud juhud, kui otsus tuleb tühistada enne kahjutasu määramist.

8. Liikmesriigid tagavad, et läbivaatamise korra eest vastutavate asutuste otsuseid oleks võimalik tõhusalt ellu viia.

[...]“

11. Artiklis 2d „Tühisus“ on märgitud:

„1. Liikmesriigid tagavad, et tellijast sõltumatu läbivaatamisasutus tunnistab lepingu tühiseks või lepingu tühisus tuleneb sellise läbivaatamisasutuse otsusest järgmistel juhtudel:

- a) kui tellija on sõlminud lepingu ilma lepinguteate eelneva avaldamiseta Euroopa Liidu Teatajas ja lepinguteate avaldamata jätmise ei olnud direktiivi 2004/18/EÜ kohaselt lubatud;
- b) kui on rikutud käesoleva direktiivi artikli 1 lõiget 5, artikli 2 lõiget 3 või artikli 2a lõiget 2 ja see on jätnud läbivaatamist taotleva pakkuja ilma võimalusest kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid, kui rikkumine on toimunud koos direktiivi 2004/18/EÜ rikkumisega, kui selline rikkumine on mõjutanud läbivaatamist taotleva pakkuja väljavaateid lepingu sõlmimiseks;
- c) käesoleva direktiivi artikli 2b punkti c teises lõigus osutatud juhtudel, kui liikmesriigid kasutavad raamlepingul või dünaamilisel ostusüsteemil põhinevate lepingute puhul ooteaja kohaldamisest tehtavat erandit.

2. Lepingu tühiseks tunnistamise tagajärjed nähakse ette siseriiklikes õigusaktides.

Siseriiklikes õigusaktides võib ette näha kõigi lepinguliste kohustuste tagasiulatuva tühistamise või piirata tühistamise ulatust kohustustega, mis alles vajavad täitmist. Viimasena nimetatud juhul näevad liikmesriigid ette muude karistuste kohaldamise artikli 2e lõike 2 tähenduses.

3. Liikmesriigid võivad ette näha, et kuigi leping on lõikes 1 nimetatud põhjustel sõlmitud ebaseaduslikult, võib tellijast sõltumatu järelevalveasutus jätta lepingu tühiseks tunnistamata, kui järelevalveasutus leiab pärast kõigi oluliste aspektidega tutvumist, et teatavad olulise avaliku huviga seotud põhjused nõuavad lepingu mõju säilitamist. Sellisel juhul näevad liikmesriigid ette alternatiivsed karistused artikli 2e lõike 2 tähenduses, mida kohaldatakse lepingu tühiseks tunnistamise asemel.

Lepingu kehtivuse juures võib majanduslikke huve pidada olulise avaliku huviga seotud põhjuseks ainult siis, kui erandlikel juhtudel kaasneksid lepingu tühiseks tunnistamisega ebaproportsionaalsed tagajärjed.

Olulise avaliku huviga seotud põhjusteks ei ole siiski asjaomase lepinguga otseselt seotud majanduslikud huvid. Lepinguga otseselt seotud majanduslike huvide hulka kuuluvad muu hulgas lepingu täitmise edasilükkumisest tulenevad kulud, uue hankemenetluse alustamisest tulenevad kulud, lepingut täitva ettevõtja vahetamisest tulenevad kulud ja lepingu tühisusest tulenevate õiguslike kohustuste kulud.

[...]“.

## B. Slovaki õigus

1. Riigihankelepingute seadus (zákon o verejnom obstarávaní)

12. Artiklis 27 „Finants- ja majanduslik seisund“ on sätestatud:

„1. Finants- ja majanduslikku seisundit võib üldjuhul tõendada järgmiste dokumentidega:

a) panga või välisriigi panga harukontori õiendid, nagu panga või välisriigi panga harukontori laenuandmislubadus;

[...]

3. Kui pakkuja või taotleja ei saa objektiivsetel põhjustel tõendada oma finants- ja majanduslikku seisundit konkreetse dokumendiga, võib hankija tal lubada oma finants- ja majanduslikku seisundit tõendada muu dokumendiga.“

## II. Kohtuvaidluse faktilised asjaolud ja eelotsuse küsimused

13. Slovenský futbalový zväz (Slovaki Jalgpalliliit) kuulutas välja hanke\*\*\*\* sellise „jalgpalliväljakute ümberehitamise, moderniseerimise ja ehitamise“ lepingu (edaspidi „leping“) sõlmimiseks,\*\*\*\*\* mille ees oli püstitada tribüünid kuueteistkümmele jalgpalliväljakule (kaheksa 2. kategooria, seitse 3. kategooria väljakut ja üks 4. kategooria väljak).\*\*\*\*\*

14. Hanketeate kohaselt pidid taotlejad tõendama oma finants- ja majanduslikku seisundit, esitades „panga või välisriigi panga harukontori õiendid laenu andmise kohta vähemalt summas kolm miljonit eurot hankelepingu täitmise ajal (48 kuud)“.\*\*\*\*\*

15. Konkreetselt nõuti „pangaõiend[it] (laenuleping või vastav eelleping), millega pank kohustub tagama, et pakkuja pakkumuse edukaks tunnistamise korral on viimasel piisavalt vahendeid, et tagada hankelepingu täitmine vähemalt kolme miljoni euro ulatuses. Õiend peab võimaldama kindlaks teha, et pakkujal on pärast lepingu sõlmimist sellised vahendid. Õiendi peab olema kinnitanud selleks panga volitatud isik.“

16. Äriühingud INGSTEEL spol. s r.o. ja Metrostav, a.s (edaspidi „Ingsteel ja Metrostav“) osalesid hankes ettevõtjate ühendusena. Amet kinnitas nende kvalifitseerimata jätmist, sest nende esitatud ühistaotlus ei vastanud hanketeate punktis III.2.2 ette nähtud nõudele.

17. Konkreetselt ei võtnud amet vastu Ingsteeli ja Metrostavi majandusliku ja finantsseisundi tõendina pangaõiendit nende kohustuste nõuetekohase täitmise kohta (mis sisaldas ka teavet arvelduskrediidi andmise kohta suuremas summas kui viis miljonit eurot), ega nende äriühingute vandega kinnitatud avaldust, milles nad teatasid, et kui nendega sõlmitakse leping, siis on nende kontrol vähemalt kolme miljoni euro suurune summa nii lepingu sõlmimise ajal kui ka kogu lepingu täitmise ajal.

\*\*\*\* Kuigi Slovenský futbalový zväz (Slovaki Jalgpalliliit) tegutses hankijana, osales menetluse lõppfaasis Úrad pre verejné obstarávanie (riigihangete amet, edaspidi „amet“).

\*\*\*\*\* Hanketeade avaldati 16. novembril 2013 Euroopa Liidu Teataja nr 223/2013 lisas ja Slovaki riigihangete teatajas (viitenumber 18627-MSP).

\*\*\*\*\* Jalgpalliväljakute klassifikatsioon on esitatud UEFA määruses, mis kiideti heaks 24. märtsi 2010. aasta koosolekul. Selles on ette nähtud neli suurusjärgu 1 kuni 4 kategooriat, olenevalt kriteeriumidele, milles arvestatakse jalgpalluritele ja teenindavale personalile (sh parkla mahutavust), pealtvaatajatele ja meediale mõeldud ruumi.

\*\*\*\*\* Punkt III.2.2.

18. Ingsteel ja Metrostav kaebasid selle otsuse peale Krajský súd Bratislava'le (Bratislava maakonna kohus, Slovaki Vabariik), paludes tühistada otsuse, millega nad jäeti hankemenetlusest kõrvale. Kaebus jäeti 13. jaanuari 2015. aasta kohtuotsusega rahuldamata.

19. Esimese astme kohtu otsuse peale kaevati edasi Najvyšší súd'ile (kõrgeim kohus), kes avaldab kahtlusi direktiivi 2004/18 artikli 47, eriti selle lõike 1 punkti a ja lõike 4 tõlgendamises. Ta peab küsitavaks ameti toimimisviisi vastavust nendele sätetele, kui see leidis pakkuja esitatud dokumentide põhjal, et pakkuja ei olnud tõendanud, et tema majanduslik ja finantsseisund vastab hanketeates kehtestatud tingimustele.

20. Najvyšší súd (kõrgeim kohus) võtab tähelepanukeskmesse vajaduse, et majanduslikku ja finantsseisundit tõendava dokumendina tuleb esitada siduv laenuandmislubadus, nagu ka keeldumise võtta vastu riigi panga õiend, mis on esitatud formaalselt niisuguse siduva laenuandmislubadusena, kuid milles on seatud laenu andmise tingimuseks, et peavad olema täidetud teatavad hilisemas lepingus sätestatavad nõuded. Tal tekib küsimus, kas niisuguses olukorras saab finants- ja majanduslikku seisundit tõendada alternatiivsete vahenditega ja kas piisaks vandega kinnitatud avaldusest, milles kinnitatakse krediidisuhete olemasolu pangaga hanketeates nõutust suuremas summas.

21. Lõpuks küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, kas asjaolu, et leping on praktiliselt täidetud, takistab kohtuliku kaitse andmist, mis on nõutav direktiiviga 89/665 koostoimes harta artikliga 47.

22. Najvyšší súd (kõrgeim kohus) esitab seega Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artikliga 47 ja eelkõige selle lõike 1 punktiga a ja lõikega 4 on kooskõlas liikmesriigi ametiasutuse niisugune toimimisviis, kes tuvastab eeldatavalt kolme miljoni eurose maksumusega lepingu sõlmimiseks korraldatud hankemenetluse raames, et hanketeates kehtestatud finants- ja majandusliku seisundi nõuded ei ole ühe pakkuja puhul täidetud, kuigi pakkuja esitatud vandega kinnitud avaldus ja talle adresseeritud tema panga õiend tõendavad, et ta saab välja võtta rahasummasid määramata otstarbel pangalaenuna limiidini, mille summa ületab hanke maksumust?
2. Kas liikmesriigi pangandusteenusteturu eriomased asjaolud, kus pank seab oma siduvas laenuandmislubaduses vahendite andmise tingimuseks, et peavad olema täidetud laenulepingus ette nähtud nõuded, mis ei ole hankemenetluse ajal veel konkreetselt kindlaks määratud, võivad olla viidatud direktiivi 2004/18 artikli 47 lõike 5 tähenduses mõjuv põhjus, mille tõttu pakkuja ei saa esitada hankija nõutud dokumente, nii et see pakkuja saab tõendada oma majanduslikku ja finantsseisundit vandega kinnitatud avaldusega, mis tõendab, et tema ja panga vaheline laenusuhe on piisav?
3. Kas kohtuliku kontrolli raames riigihangete valdkonnas pädeva riigiasutuse otsuse üle pakkuja hankemenetlusest kõrvale jätta võib asjaolu, et edukas pakkuja on eri lepingud juba praktiliselt täies mahus täitnud, pidada objektiivseks takistuseks, mille tõttu liikmesriigi kohus ei saa kohaldada Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 47 esimest ja teist lõiku koostoimes 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 ja artikli 2 lõigetega 3, 6, 7 ja 8?“

### III. Menetlus Euroopa Kohtus

23. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtu kantseleis 11. veebruaril 2016.



24. Euroopa Kohus palus 23. märtsil 2016 Najvyšší súd'il (kõrgeim kohus) täpsustada vaidluse esemeks oleva lepingu maksumus. Vastuseks teatati 25. aprillil 2016, et selleks on 25 500 000 eurot pluss käibemaks.

25. Oma seiskohad esitasid kirjalikult Slovaki valitsus ja Euroopa Komisjon. Ingsteel ja Metrostav keeldusid eelotsusemenetluses osalemast. Kohtuistungi pidamist ei peetud vajalikuks.

#### IV. Poolte seisukohtade kokkuvõte

##### A. Esimene eelotsuse küsimus

26. Slovaki valitsus on seisukohal, et pangaõiendiga, mille pakkujad pidid esitama, tuli tagada üle kolme miljoni euro suurune summa kogu hankelepingu täitmise ajal (48 kuud). Ta kinnitab, et kuigi direktiivi 2004/18 artikli 47 lõigetes 1 ja 4 ei ole sõna-sõnalt niisugust tingimust ette nähtud, toetab viimase ülesehitus ja eesmärk nõuet, et pakkujal peavad vajalikud vahendid olema olema kogu lepingu täitmise ajal. Nii tuleneb tema sõnul analoogia alusel sama direktiivi artikli 47 lõikest 2, milles on lubatud, et pakkuja tugineb lepingu täitmiseks teiste üksuste võimalustele.

27. Slovaki valitsuse sõnul oleks vastuolus hankemenetluse tõhususe põhimõttega, et selles osaletakse, ilma et hankija saaks nõuda lepingu täitmise tagamiseks vajaliku tõelise finants- ja majandusliku seisundi tõendamist.

28. Komisjon on seisukohal, et direktiivi 2004/18 artiklis 47 viidatakse pakkuja finants- ja majanduslikule seisundile lepingu sõlmimise ajal. Tema majanduslikku ja finantsseisundit lepingu täitmise ajal reguleerib seevastu selle direktiivi artikkel 26 lepingu täitmise tingimuste kohta. Igal juhul teeb ta eelotsuse küsimuste sõnastust arvestades ettepaneku analüüsida pakkujale seatud tingimust nii direktiivi 2004/18 artikli 26 kui ka selle artikli 47 seisukohast.

29. Komisjoni hinnangul nõuab direktiivi 2004/18 artikkel 26, et lepingu täitmise tingimused peavad olema hanketeates esitatud – see nõue on käesoleval juhul täidetud – ja et need tingimused oleksid kooskõlas liidu õigusega. Viidates Euroopa Kohtu praktikale, väidab ta, et kuna direktiiv 2004/18 ei reguleeri lepingu täitmise eritingimusi ammendavalt, võib neid hinnata liidu esmase õiguse alusel.

30. Vaadeldes probleemi direktiivi 2004/18 artikli 47 seisukohast, täheldab komisjon – olles eelnevalt tunnustanud hankija ulatuslikku kaalutlusruumi –, et probleemi keskmes on majandusliku ja finantsseisundi tõendamise viis. Ta kahtleb, et hanketeates on selgelt väljendatud, et vaja on lepingu täitmiseks määratud laenu (mis võimaldaks hankijal olla kindel, et panga antavaid vahendeid kasutatakse tõepoolest lepingu täitmiseks). Ta on seisukohal, et kuna hankes osalemise tingimused peavad olema hanketeates esitatud niisuguse selguse ja täpsusega, siis ei ole võimalik pakkujat seetõttu, et ta ei ole tõendanud lepingu täitmiseks määratud laenu andmist, hankest kõrvale jätta muidu, kui ainult juhul, kui niisugune nõue on nimetatud teates selgelt ja üheselt märgitud.

##### B. Teine eelotsuse küsimus

31. Slovaki valitsuse sõnul andis äriühingute Ingsteel ja Metrostav moodustatud ühendus oma majanduslikku ja finantsseisundit tõendavad dokumendid üle pakkumuste esitamise päeval, kuid ei tõendanud, et tal on vahendid olemas lepingu täitmise ajal, mistõttu ei täitnud ta hanketingimusi.

32. Võimaluse kohta võtta direktiivi 2004/18 artikli 47 lõike 5 alusel maksejõulisuse tõendusvahendina vastu vandega kinnitatud avaldus väidab Slovaki valitsus, et ei esinenud asjaolusid, mis seda õigustaksid, tuginedes selleks määratud otstarbega laenude saamise Slovakkia pangandustava analüüsile.

33. Komisjon peab direktiivi 2004/18 artikli 47 lõike 5 kohaldamise piisavaks aluseks seda, et esinesid objektiivsed, pakkujast olenematud asjaolud, mille tõttu tal ei olnud võimalik tema finants- ja majandusliku seisundi hindamiseks hankija nõutud dokumente esitada.

#### *C. Kolmas eelotsuse küsimus*

34. Slovaki valitsus lähtub sellest, et direktiiv 89/665 ei näe ette pakkumuse edukaks tunnistamise otsuste peale esitatud kaebuste peatavat mõju ja näeb ette mehhanismid nii pakkumuse edukaks tunnistamise või lepingu sõlmimise otsuse tühistamiseks kui ka kahjuhüvitise määramiseks.

35. Komisjoni tõlgenduse kohaselt soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus eelotsuse küsimusega teada, kas lepingu täitmine, vaatamata sellele, et pakkuja hankemenetlusest kõrvale jätmise otsus on vaidlustatud, on piisav põhjus selleks, et kohtumenetlus peatada. Ta arvab, et direktiiv, et direktiiv 89/665 ei anna niisuguseks peatamiseks piisavat alust.

### **V. Õiguslik hinnang**

#### *A. Esimene eelotsuse küsimus*

36. Ehkki ei ole kerge öelda, kust läheb eraldusjoon – kui see on olemas – ühelt poolt õigusnormide kohaldamise ja teiselt poolt nende tõlgendamise vahel, on oma siseriikliku õiguse (sealhulgas sel juhul hanketeate tingimuste) kohaldamine eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne ja Euroopa Kohtu ülesanne on anda talle direktiivi 2004/18 artikli 47 lõike 1 punkti a ja lõike 4 tõlgendus. Hinnata, kas äriühingute Ingsteel ja Metrostav esitatud dokumendid oma finants- ja majandusliku seisundi tõendamiseks vastasid hanketeatele, ei ole mitte Euroopa Kohtu, vaid liikmesriigi kohtu ülesanne.

37. Täpsustan seda sellepärast, et esimeses eelotsuse küsimuses eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et riiklik reguleerimisasutus oli leidnud, et Ingsteeli ja Metrostavi pakkumus ei vastanud ühele hanketeate nõuetest. Seda, kas see otsus on juriidiliselt õige või mitte, saavad välja selgitada ainult liikmesriigi kohtud. Direktiivi 2004/18 tõlgendades võib Euroopa Kohus anda neile mõned tõlgendamissuunised, kuid ei saa neid asendada nende endi ülesannetes, mille hulgas on analüüsida üksikasjalikult dokumente, mille hankest kõrvale jäetud pakkuja esitas, ja kontrollida, kas need vastavad hanketeate konkreetsetele tingimustele.

38. Vastavalt direktiivi 2004/18 artiklitele 44 ja 47 võib hankelepingu sõlmimise kandidaatidelt nende sobivuse kontrollimiseks nõuda, et nad vastaksid minimaalse finants- ja majandusliku suutlikkuse tasemele, mida tuleb tõendada kas hanketeates täpsustatud vahendite ja dokumentidega (artikli 47 lõiked 1 ja 4) või muude dokumentidega, mida hankija peab sobivaks (lõige 5).

39. Euroopa Kohtu praktikas on järjekindlalt kinnitatud, et direktiivi 2004/18 artikkel 47 „jätab [...] hankijatele piisavalt suure vabaduse“, sest erinevalt artiklist 48 lubab see neil „sõnaselgelt [...] valida, milliseid tõendavaid dokumente taotlejad või pakkujad peavad esitama, et tõendada oma majanduslikku ja finantsseisundit. Kuna direktiivi 2004/18 artikli 44 lõige 2 viitab kõnealusele artiklile 47, on samasugune valikuvabadus minimaalse majandusliku ja finantssuutlikkuse taseme osas“ \*\*\*\*\*.

40. Hanketeate punktis III.2.2 nõuti pakkujate majandusliku ja finantsseisundi tõenduseks, et pangaõiendil laenu andmise kohta vähemalt summas kolm miljonit eurot oleks märgitud, et see on kehtiv „hankelepingu täitmise ajal (48 kuud)“.

\*\*\*\*\* Kohtuotsus, 18.10.2012, Édukövízig ja Hochtief Solutions (C-218/11, EU:C:2012:643, punkt 28).



41. Poolte vahel ei ole vaidlust vajaliku maksejõulisuse taseme osas (mis väljendub pangalaenu suurus) ega nõude osas, et seda tuleb tõendada finantsasutuse väljastatud dokumendiga. Vaidlus on pigem piiritletud hanketeates nõutud pangatagatise ajalise ulatusega: laen pidi olema käsutuses „hankelepingu täitmise ajal“, see tähendab 48 kuu jooksul, mille vältel tuli lepingut täita. Kas see konkreetne nõue rikub direktiivi 2004/18 artikleid 44 ja 47? Põhjustel, mis ma järgnevalt esitan, arvan, et ei.

42. Nagu ma juba märkisin, eristab komisjon direktiivi 2004/18 artiklitega 26 ja 47 kehtestatud kordi üksteisest: viimane neist on mõeldud pakkuja finants- ja majandusliku seisundi tõendamiseks *pakkumuse edukaks tunnistamise ajal*, samas kui artikkel 26 on mõeldud selleks, et täpsustada tingimused *lepingu täitmise aja* kohta.

43. Ma ei jaga seda arvamust. Direktiivi 2004/18 artikli 26 keskmes on teatavad lepingu täitmise eritingimused ja selles peetakse eriliselt silmas sotsiaalseid või keskkonnaeesmärke. Seda selgitab selle direktiivi põhjendus 33, \*\*\*\*\* kus on nimetatud, et lepingu täitmise tingimused võimaldavad „[e]smajoones [...] soodustada kohapealset koolitust, eriti raskesti integreeruvate inimeste tööhõivet, tööpuudusevastast võitlust või keskkonnakaitsealast tegevust“.

44. Kuna direktiivi 2004/18 artiklid 44 ja 47 nõuavad, vastupidi, teatavat minimaalset suutlikkuse taset, eeldavad need, et seda tuleb tõendada lepingu täitmise aja kohta. Ei oleks mõistlik nõuda maksejõulisust ainult pakkumuse edukaks tunnistamise ajal ja see, et hankijal ei ole õigust nõuda tagatist, et tulevase eduka pakkuja finants- ja majanduslik seisund lepingu täitmise ajal säilib.

45. Minu arvates on selle tõlgendusega kooskõlas, et direktiivi 2004/18 artikli 47 lõikega 4 on hankijale antud suure kaalutusruumi väljendusena lubatud lisada lõikes 1 ette nähtud tõendusvahenditele „muid dokumente“, samamoodi nagu sama artikli lõikega 2 on lubatud „kasutada teiste üksuste võimalusi“, kui hankijale tõendatakse, et nende abiga on pakkujal olemas oma võetud kohustuste täitmiseks vajalikud vahendid.

46. Euroopa Kohtu praktikast leiab väärtuslikke viiteid selle regulatsiooni eesmärgi kohta. Direktiivi 92/50/EMÜ \*\*\*\*\* kehtivusaegal märgiti kohtuotsuses *Holst Italia* \*\*\*\*\* , et „hankija [...] ülesanne [...] on kontrollida teenuseosutajate sobivust vastavalt loetletud kriteeriumidele. Selle kontrollimise eesmärk on eelkõige tagada hankijale, et pakkuja saab *hankelepingu kehtivuse ajal* tööpooldest kasutada igat tüüpi vahendeid, millele ta tugineb“. Ja seejärel oli teiste üksustega seotusest tuleneva suutlikkuse kohta kinnitatud, et „oma finants-, majandusliku ja tehnilise suutlikkuse tõendamiseks selleks, et [tal] oleks lubatud hankemenetluses osaleda, tuleb tõendada, et [ta] saab tööpooldest kasutada nende üksuste või ettevõtjate vahendeid, mis ei ole tema omad ja mis on vajalikud *hankelepingu täitmiseks*“ \*\*\*\*\* .

47. See arusaam, et suutlikkust tuleb hinnata lepingu õigesti täitmiseks sobivuse näitajana, püsib direktiivi 2004/18 tõlgendanud kohtupraktikas järjekindlalt. 18. oktoobri 2012. aasta kohtuotsuses *Édukóvízig ja Hochtief Solutions* \*\*\*\*\* Euroopa Kohus täpsustas, et hankija poolt valitud elemendid (sel juhul ettevõtja bilansikirjed) „minimaalse majandusliku ja finantssuutlikkuse taseme

\*\*\*\*\* Euroopa Kohtu poolt sõnaselgelt osundatud tema kohtuotsuses, 17.11.2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, punkt 56).

\*\*\*\*\* Nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT 1992, L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322).

\*\*\*\*\* Kohtuotsus, 2.12.1999 (C-176/98, EU:C:1999:593, punkt 28). Kohtujuristi kursiiv.

\*\*\*\*\* Kohtujuristi ettepanek, Léger, kohtuasi *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:447), sisaldab punktides 24–26 tarvilikke suuniseid hankija õiguste kohta pakkuja lepingu soovitud viisil täitmiseks sobivuse hindamisel. See on direktiivi 92/50 artiklite 31 ja 32 (vastavalt finants- ja majandusliku ja tehnilise suutlikkuse kohta) eesmärk, kui nendega püütakse „kaitsta hankija huvi niisuguste ettevõtjate hankemenetluses osalemise välistamise vastu, kelle mureks on pigem saada tulusaid hankelepinguid kui täita peamist kohustust, mida need eeldavad, s.o neid hoolikalt täita“.

\*\*\*\*\* Kohtuasi C-218/11, EU:C:2012:643, punkt 29.

määratlemiseks [...] peavad olema objektiivselt sobivad, et saada teavet ettevõtja suutlikkuse kohta ja sel viisil määratud piirmäär peab olema kooskõlas asjaomase riigihanke mahuga viisil, et see kajastab objektiivselt *hankelepingu täitmiseks* piisava minimaalse majandusliku ja finantsbaasi olemasolu“\*\*\*\*\*.

48. Lõpuks on Euroopa Kohus teistes kohtuasjades, kus ta on analüüsinud võimalust, et pakkujad tuginevad kolmandate isikute suutlikkusele, seadnud niisuguse võimaluse tingimuseks, et nad peavad hankijale tõendama, et neil on hiljem olemas nimetatud lepingu täitmiseks vajalikud vahendid.\*\*\*\*\* Kui tegu on finants- või majanduslike vahenditega, on mõistlik, et nende kestus ei või olla mööduv, vaid et see püsib kuni lepinguliste kohustuste täitmiseni.

49. Minu arvates on direktiivi 2004/18 artiklitega 44 ja 47 samal ajal, kui on lubatud hankijatel nõuda pakkujatelt minimaalset finants- ja majanduslikku suutlikkust, neil ka lubatud vastavates teadetes nõuda teatud tõendeid lepingu täitmiseks piisava majandusliku ja finantsbaasi kohta kogu lepingu ette nähtud kestuseks. Selle nõude rakendamisel on hankijatel – nagu juba öeldud – ulatuslik kaalutlusruum.

50. Arvan, et hankija võis seda maksejõulisuse tingimuste ja selle tõendamise vahendite kehtestamise vabadust kasutades käesoleval juhul nõuda pangadokumente samadel tingimustel nagu hanketeate punktis III.2.2, sest:

- laenu suurus, kuni kolm miljonit eurot, oli seotud ja proportsionaalne lepingu esemega (mille kogumaksumus ulatus üle kahekümne viie miljoni euro), nagu nõuab direktiivi 2004/18 artikli 44 lõige 2;
- periood, mille vältel see panga tagatud maksejõulisuse tagatis pidi kestma, langes kokku lepingu täitmise ajaga, mis – kordan – on kõige eespool öeldu seisukohast loogiline (ja mõistlik).

51. Nende eelduste alusel tuleb asja arutaval kohtul lahendada küsimus, kas konkreetselt äriühingute Ingsteel ja Metrostav esitatud tõendavad dokumendid vastasid hanketingimustele nende finants- ja majandusliku seisundi kohta, sealhulgas pangalaenu ajalise kestuse ja selle lepingu täitmiseks määratuse kohta lepingu täitmiseks vajaliku aja vältel.

#### B. Teine eelotsuse küsimus

52. Direktiivi 2004/18 artikli 47 lõikes 5 on märgitud, et „[k]ui ettevõtja ei saa ostja nõutud dokumente mõjuval põhjusel esitada, võib ta oma finants- ja majanduslikku olukorda tõendada ostja poolt sobivaks peetud muude dokumentidega“.

53. Selle sätte kohaldamiseks käesolevas kohtuasjas tuleks tõendada, et äriühingutel Ingsteel ja Metrostav ei olnud võimalik täita „normaalseid“ tingimusi, mille hankija oli nende finants- ja majandusliku seisundi tõendamiseks kehtestanud. Nii oleks see juhul, kui Slovakkias ei saaks pakkujat finantsasutustelt lepingu täitmise seotud laenu hanketeate punktis III.2.2 nõutud tingimustel.

54. Sel juhul küsib asja arutav kohus, kas oleks kehtiv pakkuja vandega kinnitatud avaldus, milles ta kinnitab, et kui ehitustööleping sõlmitakse temaga, siis on tema kontrol vähemalt kolme miljoni euro suurune summa, mis vastab nõutavale laenusummale, nii lepingu sõlmimise ajal hankijaga kui ka kogu lepingu täitmise aja kestel.

\*\*\*\*\* Originaalis kursiivita. See oli kohtuotsuse *ratio decidendi* ja kajastus vastuses eelotsusele.

\*\*\*\*\* Kohtuotsused, 10.10.2013, Swm Costruzioni ja Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 29); 14.1.2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, punkt 23), ja 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 33).

55. Direktiivi artikli 47 lõike 5 kohaldamine eeldab esiteks, et ettevõtjal ei ole võimalik hankija nõutud dokumente saada. Ja teiseks, et see ei ole võimalik „mõjuval põhjusel“. Alternatiivseid maksejõulisuse tõendamise vahendeid saab kasutada ainult siis, kui esinevad need mõlemad asjaolud.

56. Käesoleval juhul tuleks seega tõendada, et lepingu täitmiseks määratud pangalaenu ei olnud „objektiivselt“ võimalik \*\*\*\*\* saada lepingu täitmise ajaks. Tegemist on puhtfaktilise asjaolu tuvastamisega, mis on liikmesriigi kohtu pädevuses. Tal tuleb kontrollida, kas pangandustava tõttu Slovakkias ei ole pakkujatest ettevõtjatel, nagu Ingsteel ja Metrostav, võimalik saada pangaõiendit, nagu on tehnilises kirjelduses nõutud. \*\*\*\*\*

57. Kui eelotsusetaotluse esitanud kohus jõuab lahendusele, et selles riigis on niisugust panga lubadust võimalik saada, siis argumenti direktiivi 2004/18 artikli 47 lõike 5 kohaldamiseks lihtsalt ei oleks.

58. Seevastu kui seda panga lubadust ei ole võimalik saada, siis on mõeldav võtta arvesse alternatiivseid vahendeid, mida pakkuja oma maksejõulisuse tõendamiseks esitas. Tuleb siiski märkida, et seda, kas tehnilises kirjelduses nõutud dokumente ei olnud võimalik esitada, tuleb analüüsida objektiivselt seisukohast: pelgalt asjaolu, et teatud eriliste asjaolude tõttu, mis on just nimelt seotud majanduslike vahendite ebapiisavusega, ei olnud pakkujatest ettevõtjatel võimalik saada tehnilisele kirjeldusele vastavat pangalaenu, ei ole „mõjuv põhjus“.

59. Eelotsusetaotluse kohaselt esitas pakkuja alternatiivse vahendina vandega kinnitatud avalduse, mida ma juba nimetasin. Selle enda maksejõulisuse kohta ise tehtud avalduse kehtivust peab esmajoones hindama hankija, sest direktiivi 2004/18 artikli 47 lõike 5 *in fine* kohaselt on temal õigus hinnata, kas dokument on selleks otstarbeks „sobiv“.

60. Otsuse seda dokumenti mitte vastu võtta saab loogiliselt vaidlustada liikmesriigi kohtus, kes peab omakorda kontrollima selle aluseid ja põhjendusi, et välja selgitada, kas hankija on väljunud talle artikli 47 lõikes 5 *in fine* pakkuja esitatud alternatiivse vahendi „sobivaks pidamiseks“ jäetud kaalutusruumi piires. Jällegi ei saa Euroopa Kohus teha liikmesriigi kohtu asemel seda otsust, mis on väga tihedalt seotud faktiliste asjaoludega, ega lahendada küsimust, kas pakkuja vandega kinnitatud avaldus on konkreetsel juhul lepingu täitmiseks piisav majanduslik ja finantstagatis.

### C. Kolmas eelotsuse küsimus

61. Nõustun Slovaki valitsusega, et Najvyšší súd'i (kõrgeim kohus) kolmas küsimus ei ole teatud mõttes selge nii selles kirjeldatud faktiliste asjaolude kui ka sisu enda poolest.

62. Faktilistest asjaoludest toob eelotsusetaotluse esitanud kohus ühelt poolt ära ameti arvamuse, et olukord oli „pöördumatu ja seda ei saa muuta, isegi otsuse läbivaatamise korral ameti nõukogu poolt“, sest lepinguid oli juba hakatud täitma. \*\*\*\*\* Teiselt poolt on eelotsusetaotluses eelotsuse küsimuse eeldusena tunnustatud võimalust, et „esialgse haldusmenetluse ese (st hankemenetluses osalemine) on ära langenud või [...] uut riigihankemenetlust ei ole võimalik algatada, sest edukas pakkuja on hankelepingu juba täitnud“.

\*\*\*\*\* Eelotsusetaotluse punktis 16 on täpsemalt kasutatud väljendust „objektiivselt võimatu saada hankija nõutud dokumente“.

\*\*\*\*\* Eelotsusetaotluse punkti 20 kohaselt „lähtus amet kahe Slovaki panga avaldustest võimaluse kohta saada pangalt siduv ja mitesiduv laenuandmislubadus, ja nendevaheliste erinevuste kohta“.

\*\*\*\*\* Eelotsusetaotluses on need ameti seisukohad ära toodud: „3. augustil 2014 sõlmis hankija raamlepingu, mille alusel sõlmiti neli ehitustööde hankelepingut järgmiste väljakute ehitamiseks: NTC Poprad, 15. augustil 2014; Bardejovi jalgpalliväljak, 24. veebruaril 2015; Zvolene jalgpalliväljak, 20. mail 2015; Podbrezová jalgpalliväljak, 22. mail 2015.“

63. Sellest lähtuvalt näib, et eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib lõppkokkuvõttes teada, kas vastavalt harta artiklile 47 koostoimes direktiivi 89/665 artikli 1 lõikega 1 ja artikli 2 lõigetega 3, 6, 7 ja 8 ei saa selle tõttu, et leping on praktiliselt täidetud, kõrvale jäetud pakkuja kasutada asjaomaseid õiguskaitsevahendeid (kaebused) pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vastu, sealhulgas nõuda selle tühistamiseks tunnistamist.

64. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on tsiteerinud direktiivi 89/665 artikleid nende esialgses redaktsioonis, mis hankelepingu sõlmimise ajal (16. november 2013) ei olnud enam kehtiv. Viited õigusnormidele tuleb seega kohandada pärast direktiiviga 2007/66\*\*\*\*\* tehtud muudatuste jõustumist kehtivale konsolideeritud tekstile.

65. Ettepanekus kohtuasjas Connexion Taxi Services\*\*\*\*\* ma rõhutasin, et „[l]iikmesriigid peavad tagama asjaomastele isikutele hankijate otsuste (mõistagi direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse kuuluvate lepingute puhul) läbivaatamise mehhanismid, mis võimaldavad kiiresti ja tõhusalt otsustada, kas nende otsustega on rikutud riigihankeid reguleerivat liidu õigust või selle liikmesriikide õigusesse üle võtnud siseriiklike õigusnorme. See on kindlasti lõppkokkuvõttes direktiivi 89/665 eesmärk“.

66. Selle üldeesmärgiga on direktiivi 89/665 artiklis 2 vaadeldud kahte erinevat menetlusstenaariumit: a) kiirmenetlus, mis võimaldab võtta ajutisi meetmeid lepingu sõlmimisele eelnevas etapis, ja b) ülejäänud õiguskaitsevahendid pakkumuse edukaks tunnistava haldusakti tühistamiseks ja vajaduse korral kahju hüvitamiseks, kusjuures läbivaatava asutuse otsus võib piirduda kahjuhüvitise määramisega.

67. Kuna Ingsteel ja Metrostav algatasid Slovaki kohtutes kohtuasja akti tühistamiseks, peaks nende nõuete võimalik rahuldamine põhimõtteliselt võimaldama tühistada pakkumuse edukaks tunnistava akti.\*\*\*\*\* Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab aga kindlaks, et \*\*\*\*\* tühistamine ei tähendaks praktikas hankemenetluse taastamist, nii et tekkinud olukorda saaks ümber pöörata.

68. Kuna direktiivi 89/665 artikli 2 lõikes 4 on lubatud, et vaidlustamisel ei ole automaatset peatavat mõju, on loogiline, et direktiivis on võetud arvesse võimalust, et tühistamisnõue esitatakse lepingu kohta, mille täitmist on juba alustatud või mis on juba täidetud.

\*\*\*\*\* Vt käesoleva ettepaneku joonealune märkus 4.

\*\*\*\*\* Kohtuasi C-171/15, EU:C:2016:506.

\*\*\*\*\* Ettepanekus kohtuasjas Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ja Petrotel, C-231/15, EU:C:2016:440, punktid 62–69, ma märkisin, et üldjuhul on haldusotsuse tühistamisel tagasiulatav mõju, nii et otsuse täitmist peatava ajutise meetme puudumisel tingib haldusotsuse tühistamine kohustuse kaotada selle tagajärjed algusest peale. Sellest üldreeglist on aga lubatud teha teatud erandeid, mis ei ole liidu õiguses tundmatud, ja ma nimetasin just riigihankevaldkonda ja direktiivi 89/665 direktiiviga 2007/66 lisatud edasikaebamise süsteemi.

\*\*\*\*\* Amet kinnitas, nagu on eelotsusetaotluse punktis 23 ära toodud, et hankija jätkas pärast seda, „kui vaidemenetluses tehtud ameti otsus lõplikuks [sic], riigihankelepingu täitmist“.

69. Tegelikult ei ole direktiivis 89/665 selle kohta kehtestatud ühtset lahendust. Mõnel juhul (artiklid 2d–2f) kohaldatakse direktiivi enda regulatsiooni, \*\*\*\*\* millega on lubatud ka, et riikide läbivaatamisasutused ei tunnista lepingut kehtetuks, kuigi see oli sõlmitud õigusvastaselt, kui esineb olulise avaliku huviga seotud põhjuseid, mis nõuavad, et lepingute tagajärjed tuleb säilitada, ilma et see piiraks kohaste karistuste ja kahjuhüvitise määramist. \*\*\*\*\* Teistel juhtudel, vastupidi (direktiivi artikli 2 lõige 7) on sõlmitud lepingute vaidlustamise mõju määratud lihtsalt siseriikliku õiguse eeskirjadega.

70. Nendest võimalustest, millest tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtul (või esimese astme kohtul) lähtuda, oleks vastuvõetamatu see, et lepingu täitmise hetkeseisu faktilist olukorda võiks pidada ületamatuks takistuseks, mille tõttu ei saa välja selgitada, kas pakkuja hankest kõrvale jätmise otsus oli õiguspärane. Milline direktiivile 89/665 (ja selle üle võtnud liikmesriigi õigusele) kõige rohkem vastav menetluslik lahendus ka ei oleks, samamoodi nagu selle praktilised tagajärjed lepingu tagajärgedele, püsib kaebajate huvi, et tehtaks sobiv kohtuotsus, vähemalt selleks, et – kui nende kaebus rahuldatakse – saada hüvitist neile sellega, et nad jäeti õigusvastaselt kõrvale valikumenetlusest, tekitatud kahju eest.

71. Jällegi on liikmesriigi kohtu ülesanne hinnata sõlmitud hankelepingu osas pakkumuse edukaks tunnistava otsuse oletatava tühistamise tagajärgi.

## VI. Ettepanek

72. Esitatud argumentide põhjal teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slovaki Vabariigi kõrgeim kohus) küsimustele järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artikliga 47, eriti lõike 1 punktiga a ja lõikega 4 ei ole vastuolus, et hanketeade sisaldab niisuguseid nõudeid eduka pakkuja finants- ja majandusliku seisundi kohta, nagu selles hanketeades, millega seoses algatati põhikohtuasi. Liikmesriigi kohtu ülesanne on välja selgitada, kas hankest kõrvale jäetud pakkujad vastasid nendele nõuetele.
2. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevuses on hinnata, kas esines direktiivi 2004/18/EÜ artikli 47 lõike 5 tähenduses „mõjuv põhjus“, mille tõttu pakkujal ei olnud võimalik hankija nõutud dokumente esitada. Jaatava vastuse korral on tema pädevuses samuti hinnata, kas vastavalt Slovaki õigusele on pakkuja vandega kinnitatud avaldus oma maksejõulisuse kohta sobiva majandusliku ja finantstagatisena vastuvõetav.
3. Asjaolu, et edukas pakkuja on lepingu praktiliselt täies mahus täitnud, ei takista hankest kõrvale jäetud pakkujatel kasutada vastavalt Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 47 esimesele ja teisele lõigule koostoides nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta artiklitega 1 ja 2 asjakohaseid õiguskaitsevahendeid.

\*\*\*\*\* Tühistamisnõude ja sõlmitud lepingute tagajärgede puudumise kohta on kohtuotsuses, 11.9.2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 42), märgitud, et „meetmed, mida võib võtta eelkõige [...] direktiivi [89/665] artiklis 2d silmas peetud olukordades hankijate otsuste peale esitatud vaidlustuste läbivaatamisel, [peavad] olema kindlaks määratud üksnes nimetatud direktiivis sätestatud korras“.

\*\*\*\*\* Artikli 2d lõige 3. Sama artikli lõikes 2 on lubatud liikmesriikide õigusaktides ette näha „kõigi lepinguliste kohustuste tagasiulatuv tühistamine“ või piirata „tühistamise ulatust kohustustega, mis alles vajavad täitmist“.