

Kohtuasi C-303/22

Eelotsusetaotlus

Saabumise kuupäev:

9. mai 2022

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Krajský soud v Brně (Brno maakonnakohus, Tšehhi Vabariik)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

5. mai 2022

Kaebaja:

CROSS Zlín a.s.

Vastustaja:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

KOHTUMÄÄRUS

Krajský soud v Brně (Brno maakonnakohus, Tšehhi Vabariik) kohtuasjas

kaebaja: **CROSS Zlín, a. s.**

[...]

versus

vastustaja: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (konkurentsiamet)**

[...]

menetluses osaleja: **Statutární město Brno (Brno linn)**

[...]

mis puudutab kaebust vastustaja peadirektori 9. novembri 2020. aasta otsuse peale, asi nr ÚOHS- 34854/2020/321/ZSř,

on teinud järgmise kohtumääruse:

I. Euroopa Liidu Kohtule esitatakse järgmine eelotsuse küsimus:

Kas Tšehhi õigusnorm, mis võimaldab hankijal sõlmida riigihankelepingu enne, kui ta esitab hagi kohtusse, mis on pädev kontrollima Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [konkurentsiamet, Tšehhi Vabariik] poolt teises astmes tehtud pakkuja väljajätmise otsuse seaduslikkust, on kooskõlas [nõukogu 21. detsembri 1989. aasta] direktiivi 89/665/EMÜ [riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT 1989, L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246)] artikli 2 lõikega 3 ja artikli 2a lõikega 2, tõlgendatuna lähtuvalt Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklist 47?

II. [...]

Põhjendused:

I. Menetluse ese

- 1 Käesolevas kohtuasjas algatas hankija, Statutární město Brno (Brno linn, Tšehhi Vabariik) 27. septembril 2019 avatud hankemenetluse, et sõlmida hankeleping „ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ“ (foorisüsteemi liiklusjuhtimiskeskuse ülesannete laiendamine), mis avaldati väljaandes *Věstník veřejných zakázek* (Tšehhi riigihangete teataja) viitenumbriga Z2019–034002 ning *Euroopa Liidu Teatajas* viitenumbriga 2019/S 190–461538. Riigihanke ese oli olemasoleva liiklusjuhtimiskeskuse laiendamine ja teenuste osutamine, mis hõlmab hankija kõigi fooride ühendamist liiklusjuhtimiskeskusega, liiklusjuhtimiskeskuse ühendamist süsteemiga DIC 2 Brno, liiklusjuhtimiskeskuse ühendamist linna kaamerastüsteemiga, tehnilise toe pakumist, operaatorite koolitamist ja pideva hoolduse tagamist. Hankelepingu eeldatav maksumus oli 13 805 000 Tšehhi krooni ilma käibemaksuta.
- 2 Hankija sai määratud tähtaja jooksul kaks pakumust riigihanke kohta – nimelt kaebaja CROSS Zlín, a. s.-i pakumuse, mille hind oli madalaim, ja Siemens Mobility, s. r. o. pakumuse, mille hind oli suuruselt teine. Vastavalt hankedokumentidele hinnati pakumuste majanduslikku eelist kõige soodsama pakumuse kriteeriumi alusel. Hankija jättis 6. aprilli 2020. aasta teatega CROSS Zlíni hankemenetlusest välja, kuna see ei vastanud hankemenetluses osalemise tingimustele. Seejärel valiti 7. aprillil 2020 edukaks pakkujaks Siemens Mobility. CROSS Zlín esitas pakumuse kõrvalejätmise teate peale kaebuse, mille hankija 4. mai 2020. aasta otsusega tagasi lükkas. CROSS Zlín esitas seejärel hankija tegevuse peale kaebuse Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (konkurentsiamet; edaspidi „konkurentsiamet“) ja palus tühistada tema kõrvalejätmise teade ja Siemens Mobility valimine edukaks pakkujaks. Konkurentsiametis pooleliolevas haldusmenetluses kohaldati 3. juulil 2020 *ex officio* ajutist meedet, millega keelati hankijal sõlmida riigihankelepingut kuni haldusmenetluse lõpliku lõpetamiseni. Konkurentsiamet jättis 5. augusti

2020. aasta otsusega kaebuse rahuldamata. CROSS Zlín esitas esimeses astmes tehtud otsuse peale vaide (*rozklad*), mille konkurentsiameti peadirektor jättis 9. novembri 2020. aasta otsusega rahuldamata, jättes samal ajal jõusse esimeses astmes tehtud otsuse; konkurentsiameti peadirektori otsus jõustus 13. novembril 2021. Hankija sõlmis 18. novembril 2020 riigihankelepingu eduka pakkujaga.

- 3 Kaebaja CROSS Zlín esitas 13. jaanuaril 2021 konkurentsiameti peadirektori otsuse peale kaebuse Krajský soud v Brněle (Brno maakonnakohus). Kaebusega samal ajal esitatud taotlusega palus kaebaja anda nimetatud kaebusele täitmist peatav toime ja võtta ajutised meetmed, et keelata hankijal sõlmida riigihankelepingut või teise võimalusena keelata nimetatud lepingu täitmine. Kohus jättis 11. veebruari 2021. aasta määrusega peatava mõju ja ajutiste meetmete kohaldamise taotluse rahuldamata põhjendusel, et kuna leping oli juba sõlmitud, ei ole mõtet keelata hankijal lepingu sõlmimist. Isegi kui kaebus oleks rahuldatud ja kohus oleks tühistanud vastustaja peadirektori otsuse, oleks Urząd pärast kohtuasja edasikaebamist lõpetanud selle menetluse seaduse nr 134/2016 riigihangete kohta (zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek; edaspidi „seadus nr 134/2016“) i artikli 257 punkti j alusel ega oleks enam teinud otsust samas kohtuasjas. Kohtu arvates ei saanud hankijal keelata ka selle lepingu täitmist, kuna ei olnud mingit õiguslikku takistust, mis oleks takistanud lepingu sõlmimist asjaomasel ajal (pärast konkurentsiameti peadirektori otsuse jõustumist).
- 4 Kohus teavitas 28. märtsi 2022. aasta kirjaga menetlusosalisi sellest, et ta kaalub eelotsusetaotluse esitamist, ja andis neile tähtaja, et esitada oma seisukoht selle lähenemisviisi kohta. Vastustaja teatas kohtule 8. aprillil 2022, et ta vastab kohta lähenemisviisile üksikasjalikult alles eelkõsimumste menetluses, kui see toimub. Kaebaja märkis oma 26. aprilli 2022. aasta seisukohas, et oma ajutiste meetmete kohaldamise taotlusega püüdis ta edutult takistada riigihankelepingu sõlmimist pärast seda, kui vastustaja otsus oli jõustunud. Riigihankelepingute sõlmimine pärast seda, kui vastustaja otsus on jõustunud, on hankijate väljakujunenud tava, mis rikub kõrvale jäetud pakkuja õigust tõhusale õiguskaitsele ja õiglasele kohtumenetlusele. Seetõttu ei esitanud kaebaja vastuväiteid eelotsusetaotlusele. Ta väitis siiski, et see probleem oleks olnud lahendatav, kui vastustaja oleks hankija tegevust puudutavas läbivaatamismenetluses võtnud ajutisi meetmeid kuni halduskohtusse hagi esitamise tähtaja möödumiseni. [...]

II. Kohaldatavad liidu õiguse ja riigisisese õiguse sätted

- 5 Direktiivi 89/665/EMÜ artikli 1 lõike 3 kohaselt tagavad liikmesriigid, 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.

- 6 Direktiivi 89/665/EMÜ artikli 2 lõikest 3 tuleneb, et kui lepingu sõlmimisotsuse peab läbi vaatama hankijast sõltumatu esimese astme asutus, tagavad liikmesriigid, et hankija ei saa lepingut sõlmida enne, kui läbivaatamisasutus on teinud otsuse kas ajutiste meetmete või läbivaatamise kohaldamise kohta. Peatamine kestab vähemalt artikli 2a lõikes 2 ja artikli 2d lõigetes 4 ja 5 osutatud ooteaja lõpuni.
- 7 Direktiivi 89/665/EMÜ artikli 2a lõikes 1 on sätestatud, et võttes vastu vajalikud sätted, millega tagatakse käesoleva artikli lõikega 2 ja artikliga 2c sätestatud minimaalsetest tingimustest kinnipidamine, tagavad liikmesriigid, et artikli 1 lõikes 3 osutatud isikutel on piisavalt aega tellija tehtud lepingu sõlmimisotsuste kohta läbivaatamiskohtade esitamiseks.
- 8 Direktiivi 89/665/EÜ artikli 2a lõike 2 kohaselt peab direktiivi 2014/24/EL või direktiivi 2014/23/EL kohase lepingu sõlmimisotsuse ja lepingu tegeliku sõlmimise vahele jääma vähemalt kümme kalendripäeva alates sellele päevale järgnevast päevast, kui lepingu sõlmimise otsus edastati asjaomastele pakkujatele ja taotlejatele faksi teel või elektrooniliselt, või kui kasutati muid sidevahendeid, vähemalt 15 kalendripäeva alates sellele päevale järgnevast päevast, kui lepingu sõlmimise otsus edastati asjaomastele pakkujatele ja taotlejatele, või vähemalt kümme kalendripäeva alates lepingu sõlmimisotsuse saamisele järgnevast päevast. Asjaomasteks loetakse pakkujad, keda ei ole veel lõplikult välistatud. Välistamine on lõplik, kui sellest on asjaomastele pakkujatele teatatud ning see on kas sõltumatu läbivaatamisasutuse poolt õiguspäraseks tunnustatud või kui välistamise kohta ei saa enam alustada läbivaatamismenetlust.
- 9 Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artikli 47 lõike 2 kohaselt on igapäevael õigus õiglasele ja avalikule asja arutamisele mõistliku aja jooksul sõltumatus ja erapooletus seaduse alusel moodustatud kohtus. Igapäevael peab olema võimalus saada nõu ja kaitset ning olla esindatud.
- 10 Kaitse hankija väärkäitumise eest on ette nähtud riigisisestes õigusaktides, seaduse nr 134/2016 13. osas. Kaebuse hankija tegevuse vastu võib esitada 15 päeva jooksul alates kuupäevast, mil kaebuse esitaja sai teada hankija seaduserikkumisest (seaduse § 241 ja § 242).
- 11 Vastavalt seaduse nr 134/2016 § 245 lõikele 1 saadab hankija 15 päeva jooksul alates kaebuse kättetoimetamisest kaebuse esitajale otsuse kaebuse kohta. Ta märgib otsuses, kas ta rahuldab kaebuse või lükkab selle tagasi; otsus peab sisaldama põhjendust, milles hankija selgitab üksikasjalikult ja arusaadavalt kõiki kaebuse esitaja poolt kaebuses esile toodud asjaolusid. Kui hankija kaebuse rahuldab, märgib ta samal ajal selles otsuses, milliseid parandusmeetmeid ta võtab.
- 12 Seaduse nr 134/2016 § 245 lõikest 4 tuleneb omakorda, et kui hankija lükkab kaebuse tagasi, teavitab ta oma otsuses kaebuse kohta kaebuse esitajat võimalusest esitada konkurentsiametile § 251 lõikes 2 määratud tähtaja jooksul taotlus hankija

tegevuse läbivaatamiseks ja kohustusest esitada hankijale sama tähtaja jooksul selle taotluse koopia.

- 13 Seaduse nr 134/2016 § 246 lõikes 1 on sätestatud, et hankija ei saa sõlmida eduka pakkujaga lepingut a) enne kaebuse esitamise tähtaja möödumist hankemenetluses osaleja kõrvalejätmise otsuse, eduka pakkuja valimise või lepingu sõlmimise kavatsusest vabatahtlikult teatamise akti vastu, b) kuni kaebuse kohta tehtud otsuse kättetoimetamiseni kaebuse esitajale, kui kaebus esitati, c) enne hankija tegevuse läbivaatamise menetluse algatamise taotluse esitamise tähtaja möödumist, kui hankija jättis esitatud kaebuse rahuldamata, d) 60 päeva jooksul alates hankija tegevuse läbivaatamise menetluse algatamisest, kui taotlus selleks esitati tähtaja jooksul; hankija võib siiski sõlmida lepingu enne selle tähtaja möödumist, kui konkurentsiamet on taotluse tagasi lükanud või kui läbivaatamisega seotud haldusmenetlus on lõpetatud ja otsus selle kohta on jõustunud. Nimetatud paragrahvi lõikes 2 on ette nähtud, et lisaks sellele ei tohi hankija sõlmida lepingut eduka pakkujaga 60 päeva jooksul alates kuupäevast, mil algatati menetlus hankija tegevuse läbivaatamiseks, kui konkurentsiamet on algatanud sellise menetluse *ex officio*; siiski võib hankija siiski sõlmida lepingu enne selle tähtaja möödumist, kui haldusmenetlus on lõpetatud ja otsus selle kohta on jõustunud.
- 14 Seaduse nr 134/2016 §254 lõikest 1 tuleneb, et riigihankelepingu täitmise keelamise taotluse võib esitada taotleja, kes väidab, et hankija on lepingu sõlminud: a) väljakuulutamisetähtaajaga [...], b) vaatamata käesolevast seadusest või ajutistest meetmetest tulenevale keelule seda sõlmida, c) sooritades toimingut väljaspool riigihankelepingu menetlust, [...] või d) sooritades toimingut vastavalt § 135 lõikele 3 või § 141 lõikele 4 [...].
- 15 Seaduse nr 134/2016 § 264 lõikes 1 on sätestatud, et § 254 alusel esitatud taotlusega algatatud menetluses keelab konkurentsiamet hankijal lepingut täita, kui riigihankeleping või raamleping on sõlmitud §254 lõikes 1 nimetatud viisil. Leping, mille täitmiseks kehtestab konkurentsiamet keelu, on ilma lõike 3 kohaselt tegutsemata *ab initio* kehtetu. Viidatud paragrahvi lõikes 2 on lisaks ette nähtud, et riigihanke täitmise leping muutub nimetatud seaduse rikkumise tõttu kehtetuks üksnes juhul, kui konkurentsiamet keelab niisuguse lepingu täitmise lõike 1 alusel. See ei mõjuta muudel alustel kehtetuks tunnistamist.
- 16 Vastavalt seaduse nr 134/2016 § 257 punktile j lõpetab konkurentsiamet algatatud menetluse määrusega, kui hankija on haldusmenetluse käigus sõlminud lepingu läbivaatamismenetluse esemeks olnud hankelepingu täitmiseks.
- 17 Vastavalt seaduse 500/2004 haldusmenetluse seadustiku kohta (zákon č. 500/2004 Sb., správní řád; edaspidi „seadus 500/2004“) §-le 61 võib haldusasutus enne menetluse lõppu kohaldada *ex officio* või osaleja taotlusel otsusega ajutist meetet, kui see on vajalik menetlusosaliste olukorra ajutiseks normaliseerimiseks [...]. Ajutise meetme eesmärk võib olla osaleja või muu isiku kohustamine midagi tegema, millestki hoiduma või midagi taluma, samuti sellise asja arestimine, mis

võib olla tõendiks või mille suhtes võib kohaldada täitmist (lõige 1). Otsus osaleja ajutise meetme kohaldamise kohta tuleb teha 10 päeva jooksul. Otsus edastatakse ainult asjaomasele isikule või vajaduse korral ka teisele osalejale, kes seda taotles. Ajutise meetme otsuse peale esitatud kaebusel ei ole peatavat toimet; selle võib esitada ainult see osaleja, kellele otsus on teatavaks tehtud (lõige 2). Haldusasutus tühistab otsusega ajutise meetme niipea, kui põhjus, mille tõttu seda kohaldati, kaotab kehtivuse. Kui ta seda ei tee, kaotab ajutine meede kehtivuse kuupäeval, mil selle aluseks olnud otsus jõustus või hakkas avaldama muid õiguslikke tagajärgi (lõige 3).

- 18 Vastavalt seaduse 150/2002 halduskohtumenetluse seadustiku kohta (Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní; edaspidi „seadus nr 150/2002“) §-st 38 tuleneb, et kui on esitatud menetluse algatamise taotlus ja kui menetlusosaliste suhteid on vaja ajutiselt normaliseerida tõsise kahju ohu tõttu, võib kohus ajutiste meetmete kohaldamise taotluse korral teha määruse, millega ta kohustab osalejaid midagi tegema, millestki hoiduma või midagi taluma. Samadel põhjustel võib kohus kehtestada niisuguse kohustuse ka kolmandale isikule, kui temalt saab seda mõistlikult nõuda (lõige 1). Vajaduse korral palub kohus teistel osalejatel esitada oma seisukohad ajutiste meetmete kohaldamise kohta (lõige 2). Kohus teeb otsuse ajutiste meetmete kohaldamise kohta ilma põhjendamatu viivitusega; kui ei ole ohtu, et taotluse läbivaatamine kestab kauem, teeb kohus otsuse 30 päeva jooksul alates taotluse esitamise kuupäevast. Ajutiste meetmete kohaldamise taotluse kohta tehtud määrus peab alati olema põhjendatud (lõige 3). Kohus võib tühistada või muuta ajutiste meetmete kohaldamise otsust, kui asjaolud muutuvad, ja seda isegi ilma taotluseta. Ajutine meede kaotab kehtivuse hiljemalt kuupäeval, mil menetluse lõpetanud kohtu otsus on jõustunud (lõige 4).
- 19 Seaduse nr 150/2002 artikli 72 lõike 1 kohaselt võib kaebuse esitada kahe kuu jooksul alates kuupäevast, mil otsus tehti kaebajale teatavaks selle koopia edastamise teel või muul seaduses sätestatud viisil, kui eriseadusega ei ole ette nähtud teistsugust tähtaega.
- 20 Seaduse nr 150/2002 § 78 lõike 1 sättest tuleneb, et kui kaebus on põhjendatud, tühistab kohus vaidlustatud otsuse selle õigusvastasuse või menetlusnormide rikkumise tõttu. Kohus tühistab vaidlustatud otsuse õigusvastasuse tõttu ka siis, kui ta tuvastab, et haldusorgan on ületanud seaduses ette nähtud kaalutusõiguse piire või on neid kuritarvitanud. Lisaks on lõikes 4 ette nähtud, et kui kohus tühistab otsuse, teeb ta samal ajal teatavaks, et kohtuasi saadetakse tagasi vastustajale edasiseks menetlemiseks.

III. Eelotsuse küsimuse analüüs

- 21 Käesoleval juhul on kohtul kahtlusi, kas Tšehhi õigusnormid, mis võimaldavad hankijal sõlmida riigihankelepingu enne, kui on algatatud konkurentsiameti otsuse kohtulik läbivaatamine vaide (*rozklad*) peale või enne, kui kohus on saanud teha otsust ajutiste meetmete kohaldamise kohta, millega keelatakse hankijal sõlmida

leping kuni kaebuse kohta tehtud otsuse jõustumiseni, on kooskõlas direktiivi 89/665/EMÜ nõuetega ja põhiõiguste harta artiklis 47 sätestatud tõhusa kohtulikku kontrolli tagamise nõudega.

- 22 Kui pakkuja jäetakse riigihankemenetlusest kõrvale, nagu juhtus käesolevas asjas, kulgeb konkurentsiametile kõrvaldatud pakkuja esitatud kaebuse menetlemise ajal 60-päevane blokeerimisperiood, mille jooksul ei ole hankelepingu sõlmimine lubatud (seaduse nr 134/2016 § 246 lõike 1 punkt d). Konkurentsiamet võib seda tähtaega pikendada, kohaldades seaduse nr 500/2004 § 61 kohast ajutist meetet, mis seisneb selles, et hankijal keelatakse sõlmida riigihankelepingut, kuni konkurentsiameti otsus kaebuse kohta on jõustunud. Kohaldatud ajutine meede kaotab siiski kehtivuse hiljemalt siis, kui jõustub konkurentsiameti peadirektori otsus vaide (*rozklad*) kohta. Kui konkurentsiameti peadirektori otsus vaide (*rozklad*) kohta on jõustunud, ei ole hankijal enam mingit takistust riigihankelepingu sõlmimiseks. Sellest tulenevalt esineb sageli olukordi, kus hankija sõlmib riigihankelepingu enne, kui on kohtusse jõudnud kaebus konkurentsiameti peadirektori otsuse peale vaide (*rozklad*) kohta. Halduskohtusse võib kaebuse esitada kahe kuu jooksul alates kuupäevast, mil teise astme haldusotsus hagejale teatavaks tehti (seaduse nr 150/2002 § 72 lõige 1), ning selle kaebuse võib ühendada taotlusega kohaldada ajutisi meetmeid, mis seisnevad selles, et hankijal keelatakse sõlmida riigihankelepingut kohtumenetluse ajaks. Enne kaebuse esitamist ei ole ajutiste meetmete kohaldamise taotlust lubatud esitada (seaduse nr 150/2002 § 38).
- 23 Kui riigihankeleping on sõlmitud enne ajutiste meetmete kohaldamise taotlusega ühendatud taotluse esitamist, siis ei tohi kohus väljakujunenud kohtupraktika kohaselt enam ajutisi meetmeid määrata, kuna sellises olukorras ei ole enam vaja menetlusosaliste suhteid ajutiselt normaliseerida (vt näiteks Krajský soud v Brně (Brno maakonnakohus) 26. novembri 2020. aasta kohtumäärus, asi nr 30 Af 66/2020-88). Kui kohus leiab, et konkurentsiamet on hinnanud pakkuja kõrvalejätmise õiguspärasust valesti, tühistab kohus konkurentsiameti otsuse selle õigusvastasuse tõttu ja saadab asja talle tagasi edasiseks menetlemiseks (seaduse nr 150/2002 § 78 lõiked 1 ja 4). Kui aga riigihankeleping on juba siiski enne sõlmitud, ei hinda konkurentsiamet pärast seda, kui kohus on talle asja edasiseks menetlemiseks tagasi saatnud, enam hankija tegevuse läbivaatamise taotluse põhjendatust uuesti läbi vastavalt kohtu järeldustele, vaid lõpetab taotluse menetlemise seaduse nr 134/2016 § 257 punkti j alusel. Seega võib tekkida olukord, kus kohus nõustub kõrvale jäetud pakkuja väitega, et hankija tegevus, millega ta kõrvale jäeti, oli õigusvastane, ja tühistab konkurentsiameti teise astme otsuse selle õigusvastasuse tõttu, kuid sellest hoolimata ei ole kõrvale jäetud pakkujal enam võimalik hankelepingut saada, kuna sellel ajavahemikul, kui jõustus konkurentsiameti otsus kaebuse kohta ja tehti võimalik kohtuotsus ajutiste meetmete kohaldamise kohta kohtumenetluses, on sõlmitud riigihankeleping. Tšehhi õiguse kohaselt on niisugusel pakkujal üksnes õigus nõuda tsiviilkohtus seaduse 99/1963 tsiviilkohtumenetluse seadustiku kohta (zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád) alusel hüvitist kahju eest, mida hankija õigusvastane käitumine talle tekitas. Kahju hüvitamise menetluses saab pakkuja, kes on

riigihankemenetlusest õigusvastaselt kõrvale jäetud, enda jaoks soodsa tulemuse siiski vaid juhul, kui ta tõendab, et: 1) hankija õigusvastane käitumine, 2) kahju tekitamine, 3) põhjuslik seos kahju tekitanud isiku õigusvastase käitumise ja tekitatud kahju vahel, ja vajadusel ka 4) kahju tekitanud isiku süü vastavalt seaduse nr 89/2012 tsiviilseadustiku kohta (zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník) §-le 2911, (isegi kui Euroopa Kohtu 30. septembri 2010. aasta kohtuotsusele Strabag jt, C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567, viidates võiks tõdeda, et riigihankeõiguse rikkumisega tekitatud kahju hüvitamisel vastutab hankija niisuguse kahju eest *a limine*). Praktikas on riigihankemenetlusest õigusvastaselt kõrvale jäetud pakkujal mõnikord raske tõendada tegeliku kahju tekkimist ning põhjuslikku seost hankija õigusvastase käitumise ja tekkinud kahju vahel. Tõepoolest ei piisa ainult sellest, kui tuvastada ainult hankija õigusvastasest käitumisest tuleneva kahju võimalikkus, vaid kindlalt tuleb tõendada ka tegelik kahju ja põhjuslik seos.

- 24 Tšehhi õigusaktide kohaselt on konkurentsiamet „läbivaatamisasutus“ direktiivi 89/665/EMÜ tähenduses. Sellest annab tunnistust ka seaduse nr 134/2016 § 246 regulatsioon, kus on sätestatud tähtajad, mille jooksul on hankijal keelatud sõlmida lepingut konkurentsiametis poolelioleva menetluse ajal. Konkurentsiametit ei saa siiski pidada sõltumatuks ja erapooletuks seaduse alusel moodustatud kohtuks põhiõiguste harta artikli 47 tähenduses.
- 25 Euroopa Kohus selgitas oma 21. detsembri 2021. aasta kohtuotsuses Randstad Italia (C-497/20, EU:C:2021:1037, punkt 73), et direktiivi 89/665/EMÜ artikli 2a lõiget 2 tuleb tõlgendada lähtuvalt põhiõiguste harta artikli 47 teisest lõigust. Euroopa Kohtu sõnul tuleb neil asjaoludel selleks, et teha kindlaks, kas pakkuja kõrvalejätmine on muutunud lõplikuks, mõistet „sõltumatu läbivaatamisasutus“ viidatud artikli 2a tähenduses mõista nii, et sellega peetakse silmas sõltumatut ja erapooletut seaduse alusel moodustatud kohut harta artikli 47 tähenduses.
- 26 Järeldus, et mõistet „sõltumatu läbivaatamisasutus“ tuleb tõlgendada lähtuvalt põhiõiguste harta artiklist 47, tuleneb ka Euroopa Kohtu 15. septembri 2016. aasta kohtuotsusest Star Storage (C-439/14 ja C-488/14, EU:C:2016:688), mis puudutas nii direktiivi 89/665/EMÜ kui ka nõukogu [25. veebruari 1992. aasta] direktiivi 92/13/EMÜ veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta [EÜT 1992, L 76, lk 14; ELT eriväljaanne 06/01, lk 315], tõlgendamist. Kõnealuse kohtuotsuse punktis 41 on märgitud, et direktiivide eesmärk on „tugevdada kõikides liikmesriikides olemasolevaid mehhanisme riigihankealaste liidu normide tõhusa kohaldamise tagamiseks, eriti etapis, kus rikkumisi saab veel parandada“. Euroopa Liidu Kohtu sõnul peavad liikmesriigid „tagama“ „taotlejatele ja pakkujatele, keda hankijate otsused on kahjustanud“ „õiguse tõhusale õiguskaitsevahendile ja juurdepääsu sõltumatule kohtule, vastavalt harta artiklile 47“ (vt punkt 46).

- 27 Kui kohaldatakse põhimõtet, et direktiivi 89/665/EMÜ artikli 2a lõike 2 või artikli 2 lõike 3 kohane sõltumatu läbivaatamisasutus peab olema sõltumatu kohus, siis Tšehhi õigusnorm, mis lubab sõlmida riigihankelepingu kohe, kui konkurentsiameti peadirektori otsus vaide (*rozklad*) kohta on jõustunud ja seega enne menetluse algatamist harta artikli 47 kohaselt moodustatud kohtus, rikub direktiivi 89/665/EMÜ artikli 2a lõiget 2 ega taga riigihankest kõrvale jäetud pakkujatele tõhusat õiguskaitsevahendit. Põhiõiguste harta artiklis 47 väljendatud tõhusa õiguskaitse tagamise nõuet kinnitavad nii eespool viidatud kohtuotsuse Randstad punktid 57–58 kui ka näiteks Euroopa Kohtu 17. juuli 2014. aasta kohtuotsuse Sánchez Morcillo ja Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099) punktid 35–36.
- 28 Hinnang sellele, kas riigisisese õigusnormid vastavad direktiivi 89/665/EMÜ nõuetele, on kaebusega vaidlustatud otsuse õiguspärasuse kohtuliku kontrolli käigus otsustava tähtsusega. Kui Euroopa Kohus peaks leidma, et Tšehhi seadusandja ei ole direktiivi piisavalt üle võtnud, siis on kohus seisukohal, et juhul, kui vaidlustatud otsus tunnistatakse õigusvastaseks, peaks ta oma otsuses siduma konkurentsiameti oma siduva õigusliku seisukohaga, mis viiks selle rikkumise põhjustanud riigisisese õigusnormi kohaldamata jätmiseni (vt Euroopa Liidu Kohtu 18. mai 2021. aasta kohtuotsus Asociația „Forumul Judecătorilor din România“, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 ja C-397/19, EU:C:2021:393, punktid 250–251). Käesoleval juhul näib ainus tõhusa õiguskaitse põhimõtet järgiv mõistlik tagajärg olevat see, et pärast seda, kui kohtumenetluse käigus on konkurentsiameti otsus õigusvastasuse tõttu tühistatud ja asi on saadetud talle tagasi edasiseks menetlemiseks, ei peaks konkurentsiamet kohaldama regulatsiooni, mis käsitleb võimalust lõpetada menetlus riigihankelepingu sõlmimise tõttu, vastavalt § 257 punktile j, vaid tunnistada enne kaebuse esitamist sõlmitud leping kehtetuks ja keelata selle täitmine, kohaldades *mutatis mutandis* seaduse 134/2016 § 254 lõike 1 punkti b koostoimes § 264 lõigetega 1 ja 2. Seejärel peaks konkurentsiamet uuesti kontrollima pakkuja kõrvalejätmise õiguspärasust vastavalt kohtu siduvale õiguslikule seisukohale. Sel viisil säiliks pakkujal võimalus võita riigihankemenetlus.

IV. Järeldus

29 [...]

30 [...]

31 [...]

[...]