

Kohtuasi C-274/21

Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1

Saabumise kuupäev:

28. aprill 2021

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Bundesverwaltungsgericht (Austria föderaalne halduskohus)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

22. aprill 2021

Kaebuse esitaja:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Vastustajad:

Austria Vabariik

Bundesbeschaffung GmbH

Põhikohtuasja ese

Vahemenetlus ajutiste meetmete võtmiseks hankemenetluses tehtud ühe või mitme otsuse peale esitatud vaidlustuse läbivaatamisel

Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus

Direktiivi 89/665/EMÜ ja määruse (EL) nr 1215/2012 tõlgendamine; õiguskaitsega seotud tasusid reguleerivate riigisiseste õigusnormide ja kõnealuste tasude tasumata jätmise tagajärgede kooskõla liidu õigusega osas, mis puudutab Bundesverwaltungsgerichtis (Austria föderaalne halduskohus, BVwG) toimuvat ajutiste meetmete võtmise menetlust; ELTL artikkel 267

Eelotsuse küsimused

1. Kas direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artikli 2 lõike 1 punktis a ette nähtud ajutiste meetmete võtmise menetlus, mis toimub Austrias Bundesverwaltungsgerichtis (föderaalne halduskohus) ja mille raames saab nõuda ka raamlepingute sõlmimise või tarnelepingute sõlmimise ajutise keelu kehtestamist, on tsiviil- ja kaubandusasi Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2012. aasta määruse (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades artikli 1 lõike 1 tähenduses? Kas eespool viidatud ajutiste meetmete võtmise menetlus on vähemasti tsiviilasi Euroopa Liidu toimimise lepingu (ELTL) artikli 81 lõike 1 tähenduses? Kas direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artikli 2 lõike 1 punktis a ette nähtud ajutiste meetmete võtmise menetlus on ajutiste meetmete kehtestamise menetlus Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2012. aasta määruse (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades artikli 35 tähenduses?

2. Kas võrdväarsuse põhimõtet tuleb muid liidu õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et see annab isikule liikmesriigi vastu subjektiivsed õigused ja ei luba kohaldada Austria riigisiseseid õigusnorme, mille kohaselt peab kohus enne direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artikli 2 lõike 1 punktis a ette nähtud ajutiste meetmete võtmise taotluse läbivaatamist kindlaks tegema hankemenetluse liigi ja hankelepingu (eeldatava) maksumuse ning nende eraldi vaidlustatavate otsuste arvu, mille peale on esitatud vaidlustus, ning välja selgitama, millistes hankemenetlustes on kõnealused otsused tehtud, samuti kindlaks tegema teatud hankemenetluse osad, et seejärel saaks pädeva kohtukolleegiumi esistuja-kohtunik esitada tasu tagantjärele sissenõudmiseks täiendava tasu maksmise nõude ja juhul, kui tasu jäetakse maksmata, teha enne ajutiste meetmete võtmise taotluse läbi vaatamata jätmist või sellega samal ajal vaidlustuse läbivaatamise pädevusega kohtukolleegiumile ülesandeks menetlusega seotud tasu sisse nõuda, kusjuures vastasel juhul taotluse esitamise õigus kaob, samal ajal kui Austria (muudes) tsiviilkohtuasjades – nagu kahju hüvitamise hagid või konkurentsi rikkumisele tuginedes esitatud rikkumisest hoidumise hagid – ei takista tasu maksmata jätmise hagiga seotud ajutiste meetmete võtmise taotluse läbivaatamist, ilma et see piiraks õiguskaitse eest teatud summas tasuda tuleva tasu küsimust, kindlasummalise tasu maksmata jätmise ei takista tsiviilkohtutes hagist eraldi esitatud ajutiste meetmete võtmise taotluse läbivaatamist; samuti ei too Austrias haldusotsuste peale esitatud kaebuste eest tasu maksmata jätmise või halduskohtute otsuste peale Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus) või Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) esitatud kaebuste või kassatsioonkaebuste eest tasu maksmata jätmise kaasa kaebuse läbi vaatamata jätmist ega peatava mõju omistamise taotluste läbi vaatamata jätmist?

2.1. Kas võrdväarsuse põhimõtet tuleb muid liidu õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et sellega on vastuolus selliste Austria õigusnormide kohaldamine, mis näevad ette, et enne direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga

2014/23/EL) artikli 2 lõike 1 punktis a ette nähtud ajutiste meetmete võtmise taotluse läbivaatamist peab kohtukollegiumi esimees ainukohtunikuna tulenevalt sellest, et kindlasummaline tasu on jäetud tasumata, esitama tasu maksmise nõude ja jätma ajutiste meetmete võtmise taotluse tasu maksmata jätmise tõttu läbi vaatamata, samal ajal kui tsiviilasjades ei tule Austrias koos hagiga esitatud ajutiste meetmete võtmise taotluse eest vastavalt kohtukulude seadusele esimese astme kohtus põhimõtteliselt täiendavat kindlasummalist tasu maksta ning eraldi tasu ei tule maksta ka aktsessorsete peatava mõju omistamise taotluste eest, mis esitatakse koos kaebusega halduskohtule, kassatsioonkaebusega Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) või kaebusega Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus) ja millel on samasugune õiguskaitsega seotud eesmärk nagu ajutiste meetmete võtmise taotlusel?

3. Kas 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) (muudetud direktiiviga 2014/24/EL) artikli 2 lõike 1 punktis a sätestatud nõuet, mille kohaselt tuleb võtta esimesel võimalusel vahemenetluse korras ajutisi meetmeid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, tuleb liidu õiguse muid õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et viivitamatu tegutsemise nõue annab subjektiivse õiguse nõuda ajutiste meetmete võtmise taotluse kiiret lahendamist ja ei luba kohaldada Austria riigisiseseid õigusnorme, mille kohaselt peab kohus ka läbipaistmatute hankemenetluste puhul enne seda, kui ta vaatab läbi ajutiste meetmete võtmise taotluse, mille eesmärk on takistada hankijal sõlmida edasisi hankelepinguid, tegema kindlaks hankemenetluse liigi ja lepingu (eeldatava) maksumuse ning nende eraldi vaidlustatavate otsuste arvu, mille peale on esitatud vaidlustus, ning välja selgitama, millistes hankemenetlustes on kõnealused otsused tehtud, samuti kindlaks tegema teatud hankemenetluse osad, et seejärel saaks pädeva kohtukollegiumi eesistuja-kohtunik esitada tasu tagantjärele sissenõudmiseks täiendava tasu maksmise nõude ja juhul, kui tasu jäetakse maksmata, teha enne ajutiste meetmete võtmise taotluse läbi vaatamata jätmist või sellega samal ajal vaidlustuse läbivaatamise pädevusega kohtukollegiumile ülesandeks menetlusega seotud tasu taotlejalt sisse nõuda, kusjuures vastasel juhul taotluse esitamise õigus kaob?

4. Kas Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 47 sätestatud õigust õiglasele kohtulikule arutamisele tuleb liidu muid õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et see annab isikule subjektiivsed õigused ja ei luba kohaldada Austria riigisiseseid õigusnorme, mille kohaselt peab kohus ka läbipaistmatute hankemenetluste puhul enne seda, kui ta vaatab läbi ajutiste meetmete võtmise taotluse, mille eesmärk on takistada hankijal sõlmida edasisi hankelepinguid, tegema kindlaks hankemenetluse liigi ja lepingu (eeldatava) maksumuse ning nende eraldi vaidlustatavate otsuste arvu, mille peale on esitatud vaidlustus, ning välja selgitama, millistes hankemenetlustes on kõnealused otsused tehtud, samuti kindlaks tegema teatud hankemenetluse osad, et seejärel saaks pädeva kohtukollegiumi eesistuja-kohtunik esitada tasu tagantjärele sissenõudmiseks

täiendava tasu maksmise nõude ja juhul, kui tasu jäetakse maksmata, teha enne ajutiste meetmete võtmise taotluse läbi vaatamata jätmist või sellega samal ajal vaidlustuse läbivaatamise pädevusega kohtukollegiumile ülesandeks menetlusega seotud tasu taotlejalt sisse nõuda, kusjuures vastasel juhul taotluse esitamise õigus kaob?

5. Kas võrdväarsuse põhimõtet tuleb muid liidu õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et see annab isikule liikmesriigi vastu subjektiivsed õigused ja ei luba kohaldada Austria riigisiseseid õigusnorme, mis näevad ette, et direktiivi 89/665/EMÜ kehtivas redaktsioonis ette nähtud ajutiste meetmete võtmise taotluse eest kindlasummalise tasu tasumata jätmise korral peab (nüüd vaid) halduskohtu kollegium kui õiguskaitseorgan esitama kindlasummalise tasu nõude (millega kaasnevad tasu maksmiseks kohustatud isiku piiratud õiguskaitsevõimalused), samal ajal kui tsiviilasjades esitatavate hagide, ajutiste meetmete võtmise taotluste ja õiguskaitsevahendite kasutamise tasu nõutakse sisse otsusega vastavalt kohtukulude seadusele ja tasud, mis tuleb maksta halduskohtule või Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus) esitatud kaebuste eest või Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) esitatud kassatsioonkaebuste eest, nõuab üldjuhul sisse maksuasutus, kelle otsuse peale (tasu sisse nõudmise otsus) saab alati esitada kaebuse halduskohtule ja seejärel omakorda kassatsioonkaebuse Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) või kaebuse Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus)?

6. Kas direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artikli 1 lõiget 1 tuleb liidu muid õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et raamlepingu sõlmimine üheainsa ettevõtjaga vastavalt direktiivi 2014/24/EL artikli 33 lõikele 3 on lepingu sõlmimine direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artikli 2a lõike 2 tähenduses?

6.1. Kas direktiivi 2014/24/EL artikli 33 lõike 3 sõnastust „*selles raamlepingul põhinevad hankelepingud*“ tuleb tõlgendada nii, et raamlepingul põhineva hankelepinguga on tegemist siis, kui hankija sõlmib sõnaselgelt raamlepingule tuginedes hankelepingu? Või tuleb viidatud sõnastust „*selles raamlepingul põhinevad hankelepingud*“ tõlgendada nii, et juhul, kui raamlepingu kogumaht on Euroopa Kohtu otsuse C-216/17 (punkt 64) tähenduses juba ammendatud, ei ole enam tegemist algselt sõlmitud raamlepingul põhineva hankelepinguga?

7. Kas Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 47 sätestatud õigust õiglasele kohtulikule arutamisele tuleb liidu muid õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et see ei luba kohaldada õigusnorme, mis näevad ette, et riigihanget puudutavas kohtuasjas nimetatud hankija peab ajutiste meetmete võtmise menetluses esitama kogu vajaliku teabe ja kõik vajalikud dokumendid – kusjuures vastasel korral võidakse tema kahjuks teha tagasellaotsus –, kui hankija esindaja või töötaja, kes peab hankija nimel kõnealuse teabe esitama, satub teabe andmise või dokumentide esitamisega ohtu, et tema enda suhtes võidakse algatada kriminaaluurimine?

8. Kas 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) (muudetud direktiiviga 2014/24/EL) artikli 1 lõikes 1 sätestatud nõuet, *et läbivaatamismenetlus peab olema eelkõige tõhus*, tuleb, arvestades põhiõiguste harta artiklis 47 sätestatud õigust tõhusale õiguskaitsevahendile ja muid liidu õigusnorme, tõlgendada nii, et kõnealused sätted annavad isikule subjektiivsed õigused ja ei luba kohaldada riigisiseseid õigusnorme, mille kohaselt peab õiguskaitset taotlev isik, kes on esitanud ajutiste meetmete võtmise taotluse, oma taotluses nimetama konkreetse hankemenetluse ja hankija otsuse, olgugi et väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse puhul ei tea taotleja, kui palju läbipaistmatuid hankemenetlusi on hankija korraldanud ja kui palju otsuseid on läbipaistmatutes hankemenetlustes juba tehtud?

9. Kas Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 47 sätestatud õigust õiglasele kohtulikule arutamisele tuleb liidu muid õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et kõnealune säte annab isikule subjektiivsed õigused ja ei luba kohaldada riigisiseseid õigusnorme, mille kohaselt on õiguskaitset taotleval vaidlustuse esitajal kohustus nimetada ajutiste meetmete võtmise taotluses konkreetne hankemenetlus ja konkreetne eraldi vaidlustatav ja ka vaidlustatud otsus, olgugi et väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse puhul ei tea taotleja, kui palju läbipaistmatuid hankemenetlusi on hankija korraldanud ja kui palju lepingu sõlmimise otsuseid on läbipaistmatutes hankemenetlustes juba tehtud?

10. Kas Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 47 sätestatud õigust õiglasele kohtulikule arutamisele tuleb liidu muid õigusnorme arvestades tõlgendada nii, et kõnealune säte annab isikule subjektiivsed õigused ja ei luba kohaldada riigisiseseid õigusnorme, mille kohaselt peab õiguskaitset taotlev ajutiste meetmete võtmise taotluse esitanud isik tasuma kindlasummalist tasu, mille suurus ei ole talle ette teada, kuna väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse puhul ei tea taotleja üldjuhul, kui palju läbipaistmatuid hankemenetlusi on hankija korraldanud ja milline on nende eeldatav maksumus ja kui palju eraldi vaidlustatavaid lepingu sõlmimise otsuseid on läbipaistmatutes hankemenetlustes juba tehtud?

Viidatud liidu õigusnormid

Euroopa Liidu toimimise leping (ELTL), eelkõige artikli 81 lõige 1

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2012. aasta määrus (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusasjades, eelkõige artikli 1 lõige 1, artikkel 35

Direktiiv 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL), eelkõige artikli 1 lõige 1, artikli 2 lõike 1 punkt a, artikli 2a lõige 2

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta, eelkõige artikli 33 lõige 3

Euroopa Liidu põhiõiguste harta, eelkõige artikkel 47

Viidatud riigisiseseid õigusnormid

2018. aasta föderaalne riigihangete seadus (Bundesvergabegesetz 2018, *BGBI* I 2018/65) (edaspidi „BVergG“), eelkõige §-d 2, 31, 46, 142 jj, 334, 336, 340 jj, 344, 350, 353, 354, 356, 382

Üldine haldusmenetluse seadus (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, edaspidi „AVG“), eelkõige §-d 49 ja 51

Tasusid reguleeriv 2018. aasta määrus (BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018, *BGBI* II 2018/212) (edaspidi „tasumäärus“)

BVergG ja tasumääruse viidatud sätted saab kokku võtta järgmiselt:

- enne lepingu sõlmimise otsuse tegemist esitatud vaidlustused, millega tunnistatakse kehtetuks eraldi vaidlustatavad hankija otsused, see tähendab otsused, mida saab direktiivi 89/665/EMÜ kehtiva redaktsiooni tähenduses kehtetuks tunnistada, eeldavad, et hankemenetluses ei ole veel tehtud lepingu sõlmimise otsust. Kui lepingu sõlmimise otsus on tehtud, saab esitada üksnes tuvastushagi.
- Vaidlustustega võib taotleda vaid eraldi vaidlustatava otsuse tühistamist, kusjuures vastuse küsimusele, mis on eraldi vaidlustatav otsus, leiab hankemenetluse liikide lõikes BVergG § 2 punkti 15 alapunktis a esitatud asjaomasest loendist.
- BVergG § 46 kohaselt võib ilma hankemenetlust korraldamata sõlmida vaid lepinguid, mille maksumus on kuni 100 000 eurot.
- Ajutiste meetmete võtmine, nagu on ette nähtud BVergG §-des 350 jj (liidu õiguses direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artiklis 2, on lubatud vaid vaidlustuste tagamiseks, millega vaidlustatakse teatud hankemenetlustes tehtud eraldi vaidlustatavad otsused. Alates lepingu sõlmimise otsuse tegemisest on BVergG §-le 351 tuginevate ajutiste meetmete võtmine keelatud.
- BVergG § 344 lõige 1 ja § 350 lõige 2 näevad ette, et taotleja peab nimetama hankemenetluse ja sellega seotud hankija otsused, mis on vaidlustatud, kusjuures kõnealused otsused peavad BVergG § 2 punktis 15 sisalduva loendi kohaselt olema eraldi vaidlustatavad.

- Nagu tuleneb BVergG § 344 lõigetest 1 ja 2 ning § 350 lõikest 2, tuleb vaidlustus ja sellega seoses nõude tagamiseks esitatud ajutiste meetmete võtmise taotlus põhimõtteliselt alati esitada hankija üheainsa otsuse peale.
- Otselepingute peale esitatud vaidlustuste eest tuleb olenevalt hankemenetluse liigist tasuda iga eraldi vaidlustatava otsuse kohta 324 euro suurune kindlasummaline tasu. Täiendava ajutise meetme võtmise taotluse eest tuleb tasuda veel 50% nimetatud summast, seega kokku 486 eurot (ühe otselepingu kohta).

Asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

- 1 Vastustajad sõlmisid 2020. aasta sügisel (vähemalt) 15 raamlepingut Covid-19 tuvastavate antigeeni testide tarnimiseks väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluses. Raamlepingud sõlmiti üheainsa ettevõtjaga (direktiivi 2014/24/EL artikli 33 lõige 3).
- 2 Taotleja esitas 1. detsembril 2020 eelotsusetaotluse esitanud kohtule kirja, milles ta väitis, et vastustajad olid Covid-19 antigeeni testide tarnimiseks sõlminud läbipaistmatul viisil 21 raamlepingut maksumusega 3 miljonit eurot. Taotleja väitel oli kõnealune tegevus ja raamlepingutega seotud minikonkursside alusel hankelepingute sõlmimine vastuolus riigihankeid reguleerivate õigusnormidega ning tekitas talle kahju.
- 3 Taotleja esitas BVwG-le vaidlustuse, paludes hinnata, kas valitud hankemenetlus või valitud hankemenetlused ning pakkumuse esitamise kutse tingimused väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlusesel ning Bundesbeschaffung GmbH (BBG) raamlepingute alusel korraldatud minikonkursid ja sõlmitud hankelepingud on seaduslikud, ja tühistada vastustajate erinevad otsused.
- 4 Taotleja esitas 1. detsembril 2020 ka ajutiste meetmete võtmise taotluse, paludes BVwG-l keelata vastustajatel jätkata hankemenetlust või hankemenetlusi ning sõlmida tarnelepinguid otselepingute kujul ning korraldada BBG raamlepingute alusel antigeeni testide tarnimiseks minikonkurssid ja sõlmida hankelepinguid ning viia läbi väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlusi ajal, mil vaidlustusmenetlus on pooleli.
- 5 Veel 1. detsembril 2020 palus BVwG taotlust parandada, kuna kirjade põhjal ei olnud selge, millistes konkreetsetes hankemenetlustes on tehtud need eraldi vaidlustatavad otsused, millega seoses esitas taotleja tühistamise nõude, ning milliste hankemenetluste puhul palus ta võtta teatavad kohustava sisuga ajutised meetmed.
- 6 7. detsembri 2020. aasta kirjaga teatas taotleja, et vastustajate otsuste seast vaidlustab ta seoses ühe hankemenetlusega vaid ühe eraldi vaidlustatava otsuse, nimelt otsuse, millega valiti välja hankemenetlus, et tellida täiendavaid antigeeni teste „SARS-Cov-2 (Covid-19)“ masstestimise korraldamiseks Austrias.

- 7 Taotleja selgitas 9. detsembri 2020. aasta kirjas, et esitatud vaidlustusega ei vaidlusta ta mitte BBG sõlmitud raamlepinguid, vaid vaidlustuse ees on keelatud minikonkursid, mille korraldas Austria Vabariik, kuna BBG sõlmitud raamlepingute alusel võib minikonkursse korraldada ainult mahus kuni 3 miljonit eurot. Minikonkursside korraldamine seda summat ületavas mahus on seega riigihankeid reguleerivate õigusnormide kohaselt keelatud otselepingute sõlmimine. Ta vaidlustas hankelepingu sõlmimise kolme nimeliselt nimetatud ettevõtjaga ja ühe raamlepingu alusel korraldatud minikonkursi.
- 8 BVwG palus taotlejal esitada seisukoht tasuda tuleva kindlasummalise tasu kohta. Taotleja märkis, et tema vaidlustus ei puuduta BBG sõlmitud 21 raamlepingut, vaid on seotud otselepingutega, mille sõlmis Austria Vabariik täiendava koguse (eeldatavalt kahe miljoni) SARS-Cov-2 (Covid-19) antigeeni testi tarnimiseks. Taotleja arvates on täielikult välistatud, et makstav tasu tuleb arvutada 21 raamlepingu kogumaksumuse alusel. Arvesse tuleb võtta vaid sõlmitud või kavandatud lepingute maksumust.
- 9 Taotleja palus eelotsusetaotluse esitanud kohtul üksikasjalikult hinnata, milliste hankemenetluste ja vaidlustatavate otsustega on tegemist, kuigi BVergG kohaselt lasub hankemenetluse või hankemenetluste ja asjaomaste vaidlustatud otsustega seotud tõendamiskoormis taotlejal.
- 10 Taotleja märkis 5. jaanuari 2021. aasta kirjas – ilma et seda oleks nähtunud juba tema 1. detsembri 2020. aasta menetlust algatavast kirjast –, et nüüd puudutab tema vaidlustus üksnes seda, et raamlepingutele tuginedes korraldatud minikonkursi põhjal on alates 20. novembrist 2020 sõlmitud lepingud ettevõtjatega S ja I. Ta lähtus sellest, et ettevõtjatega S ja I sõlmitud lepingutega on ületatud raamlepingute alusel sõlmitavate hankelepingute lubatud maksumus. Ta märkis korduvalt, et minikonkursi tulemuste põhjal sõlmitud lepingud, mille maksumus ületab asjaomase raamlepingu eeldatava maksumuse, on „otselepingud“ (riigisisese BVergG mõistete tähenduses), mille ta vaidlustab. Kas taotleja võis sellega riigisisese kohtupraktika tähenduses objektiivselt silmas pidada väljakuulutamisetähtaegade läbirääkimistega hankemenetlust, selle peab BVwG veel välja selgitama.
- 11 Enesesüüdistamise keeluga seoses tuleb asjaolusid täpsustada selliselt, et ajaleheartikli põhjal esitati süüdistus ilmselt föderaalvalitsuse liikmete vastu (kriminaalmenetluse seadustiku (Strafprozessordnung) § 80 tähenduses). Kuriteoteate laekumist kinnitas pädev prokuratuur, mistõttu on võimalik, et edaspidi võetakse karistusõiguslikke meetmeid.

Põhikohtuasja poolte peamised argumendid

- 12 Taotleja väidab, et hankemenetlus on läbipaistmatu, kuna ei ole teada, kas BBG on asjaomase hankelepingu sõlmimiseks korraldanud eraldi väljakuulutamisetähtaegade hankemenetlused ühe ettevõtjaga või on ta korraldanud ühe hankemenetluse kõikide ettevõtjatega. Seega seatakse talle kohustuseks võtta hankemenetluste

nimetamisel arvesse ka võimalikke väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusi ja võimalike minikonkursside korraldamist olemasolevate raamlepingute alusel. Nagu vaidlustuses üksikasjalikult kirjeldatud, on otsus, mille on taotleja vaidlustanud, *de facto* vastustajate üksainus konkreetne otsus, nimelt otsus sõlmida otseleping mitme miljoni SARS-Cov-2 (Covid-19) antigeeni testi tarnimiseks (ilma et riigihanked reguleerivad õigusnormid selleks alust annaksid).

- 13 Riigihanked reguleerivates õigusnormides sätestatud läbipaistvuse nõude raske rikkumise tõttu ei olnud taotleja käsutuses ei hanketeadet ega hankemenetluse dokumente. Pigem on tegemist mitmekümnemiljonilise maksumusega otselepinguga, mida vormilistele aspektidele tuginedes ei tohiks varjata või ei tohiks olla võimalik varjata.
- 14 Tõhusa õiguskaitse tähenduses ei pea hankemenetluse konkreetne nimetus teada olema. Kui väljakuulutamiseta hankemenetluses hangitakse kaupa mitmekümne miljoni eest ja muu taotlejale kättesaadav täpne teave (nt hankedokumendid) puudub, siis ei saa panna taotlejale kohustust teatada vaid ajakirjanduses avaldatud teabest saadud andmete alusel hankemenetluse täpne nimetus. See tähendaks käesoleval juhul – arvestades eelkõige läbipaistvuse nõude rasket rikkumist – tõhusast õiguskaitsest ilmajäämist.
- 15 BVergG 2018 sätete tõlgendamine nii, et taotleja on kohustatud teatavaks tegema hankemenetluse või hankemenetluste täpse arvu ja liigi ning nimetama vastustaja eraldi vaidlustatavad otsused, kuigi vastustaja läbipaistmatu tegevuse tõttu ei olnud tal eelnevalt võimalik selle kohta teavet saada, oleks vastuolus Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikas kehtestatud tõhusa õiguskaitse nõudega.
- 16 Vastustajad leiavad, et taotlejal puudub nõude esitamise õigus ja paluvad jätta ajutiste meetmete võtmise taotluse rahuldamata, teise võimalusena läbi vaatamata.
- 17 Kuna BVergG 2018 § 344 sätestab üheti mõistetavalt, et BVergG 2018 § 342 lõike 1 kohases taotluses peab tingimata olema nimetatud asjaomane hankemenetlus ja eraldi vaidlustatav otsus, mis on vaidlustatud, siis on taotleja ise kohustatud juba taotluses nimetama vaidlustatud otsuse ja Verwaltungsgerichtshofi (Austria kõrgeim halduskohus) praktika kohaselt ei ole BVwG kohustatud koguma asjaolude kohta tõendeid.
- 18 Vastustajate arvates on taotleja taotlused põhjendamatud ja nende eesmärk ei ole pakkuja subjektiivse õiguse maksmapanek. Seega on need vastuvõetamatud.

Eelotsusetaotluse põhjenduste lühikokkuvõte

- 19 BVwG puutub käesoleval juhul kokku olukorraga, kus taotleja on vaidlustuse eset ja ka tagamisinõuet nimetanud mitut moodi.

- 20 Austrias tuleb maksta kindlasummalist tasu vastavalt teatud kindlast hankemenetlusest tulenevate vaidlustatud otsuste arvule ja vastavalt hankemenetluste arvule, millega seoses on esitatud vaidlustus ja ajutiste meetmete võtmise taotlus.
- 21 Kõnealust tasu reguleerivat korda käsitlev Verfassungsgerichtshofi (konstitutsioonikohus) praktika näeb ette, et enne tasumisele kuuluva tasu maksmist või võlgnetava tasu sissenõudmist määrusega ei või BVwG vaidlustust või ajutiste meetmete võtmise taotlust menetleda – rahuldada, läbi vaatamata või rahuldamata jätta – ja pärast asjaomase õiguskaitsetaotluse tagasivõtmist menetlust peatada, kuna pärast õiguskaitsetaotluse lahendamist ei saa tasumisele kuuluvat tasu enam sisse nõuda. Piisava tasu maksmine on seega sisulise otsuse tegemise tingimus.
- 22 Kui tasumisele kuuluvat tasu sisse ei nõuta, võib asuda seisukohale, et õigusvastaselt tegutsedes on kohus põhjutanud süüliselt riigieelarvele varalise kahju.
- 23 Selliseid õiguskaitsevahendite kasutamisega seotud tasude suhtes kehtivaid õiguse lõppemise või aegumise sätteid, mis on piiratud menetluse kestusega, Austria õiguskorras üldiselt ei leidu. Üldjuhul on sissenõudmise võimalusel tunduvalt pikem tähtaeg (nt tsiviilkohtuasjades 5 aastat või Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) esitatavate kassatsioonkaebuste puhul 3 aastat).
- 24 Seega on eelkõige läbipaistmatute hankemenetluste korral nagu käesolevas asjas vaja enne tasu sissenõudmist ulatuslikult uurida asjaolusid, mis õiguskaitsetaotluste lahendamiseks ei oleks tegelikult vajalik.
- 25 Taotleja ei saa selliste tema jaoks läbipaistmatute hankemenetluste puhul oma õiguskaitsetaotluse esitamisel (millega tekib tasu maksmise kohustus) üldse teada, kui suures summas peab ta lõpuks kohtule tasu maksuma, kuna see oleneb sellest, kui palju otselepinguid või väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusi on tegelikult korraldatud ja kui palju eraldi vaidlustatavaid otsuseid on seejuures tehtud.
- 26 BVwG peab seoses tasudega lisaks kindlaks tegema, kas taotleja on õiguskaitsetaotluste ühekordse või mitmekordse muutmisega taotlusi tagasi võtnud, mille tagajärjel võidakse kindlasummalist tasu ühe tasulise õiguskaitsetaotluse kohta tagantjärele 25% vähendada. Samuti tuleb kindlaks teha, kas esitatud on uusi täiendavaid õiguskaitsetaotlusi.
- 27 Verwaltungsgerichtshofi (Austria kõrgeim halduskohus) praktika kohaselt ei ole seejuures (esmajärjekorras) oluline näiteks see, millise hankemenetluse nimetuse taotleja taotluses ära märkis, vaid see, mida taotlusega sisuliselt vaidlustati, kuna sellest oleneb menetluse kulu ja võimalik kasu.
- 28 Olukorras, kus esitatakse vaidlustused seoses tarnelepingutega (nt antigeeni testid), mille eeldatav maksumus on kolm miljonit ühe raamlepingu kohta,

vaidlustatakse kolm otsust ning esitatakse ajutiste meetmete võtmise taotlus avaliku sektori keskse hankija Austria Vabariigi vastu ning märgitakse, et väidetavalt on ühtekokku sõlmitud 21 raamlepingut, tuleks kindlasummalise tasuna maksta 1 061 424 eurot.

- 29 Taotleja on seni maksnud kindlasummalist tasu summas 486 eurot.
- 30 Olukorras, kus hankemenetlustega seotud toimingud on läbipaistmatud ja prokuröri ettevaatuse põhimõttega kooskõlas on väidetud 21 hankemenetluse korraldamist ja sellest tulenevalt on vaidlustatud kolm eraldi vaidlustatavat otsust ning tarnelepingute maht ületab lubatud piirmäära rohkem kui 20 korda, saab taotleja alles täiendava tasu maksmise nõude saamisel teada, et ta peab maksuma rohkem kui miljoni euro suurust tasu, millega ta varem tingimata arvestama ei pidanud.
- 31 BVwG peab nüüd kooskõlas kõrgeima astme kohtuks oleva Verfassungsgerichtshofi (konstitutsioonikohus) praktikaga (V 64/2019) esitama piisava tasu maksmata jätmise tõttu esiteks täiendava tasu maksmise nõude ja seejärel – kuna tagantjärele sissenõutud tasu on jäetud maksmata – tegema täiteotsuse, enne kui ta võib näites kirjeldatud vaidlustuse ja ajutiste meetmete võtmise taotluse lõplikult lahendada.
- 32 Seejuures märgitakse, et riigisisese seaduse sõnastuse kohaselt ei kao tasu maksmise kohustus ka siis, kui tasu maksmata jätmise tõttu jäetakse vaidlustuse ja ajutiste meetmete võtmise taotlused läbi vaatamata.
- 33 Direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) tähenduses kehtetuks tunnistada ja BVergG mõistete tähenduses tühistada saab viidatud seaduse kohaselt vaid eraldi vaidlustatavaid otsuseid, mis on tehtud teatud kindlas hankemenetluses.
- 34 Käesolevas asjas tuleb seega juhul, kui tegemist on BVergG kohase otselepingute sõlmimise menetlusega, kõne alla *otselepingute valik* või juhul, kui tegemist on väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusega raamlepingu sõlmimiseks üheainsa ettevõtjaga, asjaomased § 2 punkti 15 alapunktis a loetletud otsused.
- 35 Seega peab taotleja oma vaidlustuses ja sellega seotud ajutiste meetmete võtmise taotluses ära märkima hankemenetluse ja eraldi vaidlustatava otsuse nimetuse. Kui kasutatud on mitut hankemenetlust, peab olema selge, millist hankemenetlust ja millist eraldi vaidlustatavat otsust vaidlustus puudutab.
- 36 Juhul kui raamleping väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses sõlmitakse üheainsa ettevõtjaga, on viimane valitud ettevõtjat puudutav vaidlustatav otsus see otsus, mille alusel sõlmitakse ettevõtjaga raamleping.
- 37 Seejärel on direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) alusel õiguskaitset taotleval isikul olukorras, kui hankeleping on sõlmitud

läbipaistmatult, õiguskaitsevahendina kasutada vaid hanke puhul eriomaselt kasutatav tuvastusnõue.

- 38 Kui olenevalt kogutud tõenditest peaks tõepoolest olema tegemist otselepingu sõlmimisega BVergG § 31 lõike 11 tähenduses, saab vaidlustusega vaidlustada vaid hankemenetlust, mille raames on sõlmitud otseleping.
- 39 Seoses vaidlustustega tekib BVwG-l käesolevas asjas esmalt küsimus, kas õiguskaitse, millega seoses peab taotleja läbipaistmatute hankemenetluste peale esitatavates vaidlustustes ja ajutiste meetmete võtmise taotlustes ära märkima hankemenetluse nimetuse, on võrdväärne, tõhus ja õiglane.
- 40 Kui hankemenetluse nimetamise kohustus ei ole liidu õiguse kohaselt põhjendatud ja on seega ebatõhus või tagaplaanile surutud, oleks mõeldav, et BVwG kasutab selles osas väljaselgitamispädevust ja tühistamise õigust, et tuvastada teatud hankemenetluste raames tehtud otsused, mida saab siis enne lepingu sõlmimise otsuse tegemist tühistada. Kui hankemenetluse nimetamise kohustus on aga liidu õigusega kooskõlas, peab BVwG taotlused seetõttu, et hankemenetluse nimetust ei ole esitatud, pärast täiendava tasu sissenõudmise menetlust olenevalt asjaoludest läbi vaatamata jätma.

Võrdväarsuse põhimõte ja tõhususe põhimõte

- 41 Riigihankeid reguleeriv materiaalõigus on õigusnormide kogum, mis sätestab eelkõige lepingueelsed tegutsemiskohustused riigihankeõigusega hõlmatud hankijate ja lepingu sõlmimisest huvitatud ettevõtjate suhtes, on käesolevas asjas esindatud seisukoha järgi lepinguõigusena eriomane tsiviilõigus ja kuulub seega määruse nr 1215/2012 kohaldamisalasse.
- 42 Määruse nr 1215/2012 artiklis 25 on kohtualluvuse kokkulepe ette nähtud võimalusena määrata pädev kohus. Austria Verwaltungsgerichtshof (Austria kõrgeim halduskohus) välistas riigihangete valdkonnas kohtualluvuse kokkuleppimise vastavalt riigisisesele menetlusõigusele. Selle põhjal võib järeldada, et Austrias BVergG-s sätestatud riigihankeõigus ei ole tsiviilõigus.
- 43 Riigihankeid reguleeriva materiaalõiguse tsiviilõiguslik olemus (esimene eelotsuse küsimus) on eelotsuse küsimusele eelnev küsimus võrdväarsuse põhimõtet puudutavas osas.
- 44 Vähemasti Saksa Bundesverwaltungsgericht (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim halduskohus) lähtub – rahvusvahelises võrdluses – sellest, et riigihankeõigus kuulub tsiviilõiguse alla (BVerwG 02.05.2007, BVerwG 6 B 10.07 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 45 Kuna ajutiste meetmete kaudu – nagu on ette nähtud direktiivi 89/665/EMÜ kehtivas redaktsioonis ja ka riigisiseses BVergG-s – võidakse lepingu sõlmimise võimalusi ajaliselt väga piirati, asutakse käesolevas eelotsusetaotluses seisukohale, et ka ajutiste meetmete võtmise menetlus, mida näeb ette direktiiv

89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL), on tsiviilõiguslikke nõudeid puudutav menetlus vastavalt Euroopa Inimõiguste Kohtu 15. oktoobri 2009. aasta otsusele *Micaleff vs. Malta*, 15BSW 17056/06.

- 46 Liidu õiguses sätestatud võrdväarsuse põhimõte näeb ette, et liidu õigusega antud õiguste maksmapanek ei või olla põhjendamatult keerulisem kui liikmesriikide õiguskordadest tulenevate õiguste maksmapanek.
- 47 Võrdväarsuse põhimõttega keelab liidu õigus seega menetlusõigusliku diskrimineerimise seoses vastutusele võtmisega liidu õigusest tuletatud õiguste kasutamisel võrreldes menetlusnormidega, mille alusel toimub vastutusele võtmine seoses puhtalt riigisiseste õiguste kasutamisega.
- 48 Tsiviilõigust puudutavates kohtuasjades, mis on algatatud esimese astme kohtule või liidumaa kohtule esitatud hagiga, tuleb maksta kindlasummaline tasu olenevalt hagi hinnast, mille suurus on hagejale, kes on riigihankeõiguses võrreldav taotlejaga, üldjuhul ette teada. Seega teab hageja, millise tasuga peab ta arvestama.
- 49 BVergG § 340 lõike 1 punkti 4 kohaselt peab ajutiste meetmete võtmise taotluse eest maksuma kindlasummalist tasu, mille suurus on 50% vaidlustuse eest makstavast tasust, isegi juhul, kui ajutisi meetmeid taotletakse menetlust algatavate vaidlustustega, samal ajal kui Austria tsiviilkohtutes ei maksta selliste hagiga seotud ajutiste meetmete võtmise taotluste eest eraldi kindlasummalist tasu, kuigi tasu maksmise kohustus on põhimõtteliselt olemas.
- 50 Oluline on siin aga see, et vastavalt kohtukulude seadusele ei ole kindlasummalise tasu maksmine hagide ja ajutiste meetmete võtmise taotluste puhul sisulise otsuse tegemise tingimus ja riigi tasunõue seeläbi ei kao.
- 51 Erinevalt BVergG kohasest kindlasummalisest tasust nõutakse kohtule tasuda tulev kindlasummaline tasu sisse haldusasutuse otsusega, ilma et see avaldaks muud mõju hagi või ajutiste meetmete võtmise taotluse läbivaatamisele.
- 52 Sissenõudmisotsuse peale saab seega õiguskaitsevahendina esitada kaebuse BVwG-le kui ulatusliku hindamis- ja otsustusõigusega kohtule. Otsuseid, mille on BVwG teinud tasude kohta, võib seega vaidlustada üksnes kassatsioonkaebuse esitamisega Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) või kaebuse esitamisega Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus).
- 53 Seega on isikud, kes esitavad BVwG-le vaidlustusi ja ajutiste meetmete võtmise taotlusi eesmärgiga algatada liidu õiguses, nimelt direktiivis 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) ette nähtud õiguskaitsemenetlusi, võrreldes puhtalt riigisiseste õiguskaitsemenetluste algatamisega mitu korda ebasoodsamas olukorras.

- 54 BVwG-le koos vaidlustusega esitatud ajutiste meetmete võtmise taotluse eest tuleb erinevalt tsiviilkohtumenetlusest maksta alati täiendavat kindlasummalist tasu.
- 55 Vaidlustus ja ajutiste meetmete võtmise taotlus jäetakse BVergG kohaselt läbi vaatamata, kui taotleja ei tasu kindlasummalist tasu kohtu määratud summas vastavalt täiendava tasu nõudele; oma õiguskaitsetaotluse sisulise läbivaatamise õiguse kaotab ta juba tasu maksmata jätmise tõttu. BVergG kohast vaidlustust või ajutiste meetmete võtmise taotlust ei või läbi vaatamata jätta ka muudel põhjustel kui tasu maksmata jätmise enne tasu sissenõudmist, isegi kui otsuse tegemine oleks olnud juba võimalik. Ebasoodsamas olukorras võivad olla eelkõige hankijad, kes peavad ajutiste meetmete taotluste tõttu arvestama seadusjärgse peatava toimega, kuna enne ajutiste meetmete võtmise taotluse lahendamist peab olema lahendatud tasu küsimus, isegi kui muus osas võib esineda kohtuniku vastutus sisse nõudmata jäetud kindlasummalise tasu tõttu.
- 56 Kui BVwG kui õigust mõistev organ nõuab sisse BVergG kohase kindlasummalise tasu, ei ole taotlejal õigust esitada kaebust täieliku hindamis- ja otsustuspädevusega halduskohtule, vaid ta saab esitada üksnes kassatsioonkaebuse Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus), kus tõendite hindamise küsimusi saab käsitleda vaid väga piiratud, või kaebuse Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus), kus saab üksikjuhul kaebuse esitada põhimõtteliselt vaid õigusvastaste abstraktsete üldnormide või õiguse põhiseadusvastase kohaldamise peale.
- 57 Olenemata käesolevas asjas esindatud seisukohast, et tsiviilõiguslike hagide ja sellega seotud ajutiste meetmete võtmise taotluste eest tasuda tulevate tasude süsteem ning vaidlustuste, tuvastusnõuete ja ajutiste meetmete võtmise taotluste eest tasuda tulevate tasude süsteem peavad olema ühevõrra soodsad liidu õiguse võrdväarsuse põhimõtte tähenduses, tuleb õiguskordade täiendava võrdluse eesmärgil kirjelda ka tasude süsteemi, mis kehtib halduskohtule esitatavate kaebuste, Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) esitatavate kassatsioonkaebuste ja Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus) halduskohtute otsuste peale esitatavate kaebuste puhul.
- 58 Ka seejuures tuleb maksta tasu. Kui halduskohtule esitatavate kaebuste, Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus) esitatavate kaebuste või Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) esitatavate kassatsioonkaebuste puhul esitatakse peatava mõju tuvastamise omistamisega (või äravõtmisega) seotud nõuded, millega funktsionaalselt saavutatakse sama nagu ajutiste meetmetega, on Verwaltungsgerichtshof (Austria kõrgeim halduskohus) olnud seni kogu aeg seisukohal, et sellised taotlused, mis esitatakse koos kaebuse või kassatsioonkaebusega, on aktsessoorsed taotlused, mille eest tuleb maksta täiendavat kindlasummalist tasu.
- 59 Mitte üheski eespool haldusõiguse valdkonnas kirjeldatud tasusüsteemis ei ole tasu maksmine asjaomase õiguskaitsevahendi sisulise lahendamise tingimus.

- 60 Kui eespool nimetatud kolme õiguskaitsevahendite kasutamise tasu ära ei maksta, teeb pädev maksuamet nende tasude sissenõudmise otsuse. Tasu maksmiseks kohustatud isikul on seejärel õigus esitada kaebus täieliku hindamis- ja otsustamispädevusega kohtuks olevale Bundesfinanzgerichtile (föderaalne maksukohus), Bundesfinanzgerichti (föderaalne maksukohus) otsuse peale saab omakorda esitada kassatsioonkaebuse Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) või kaebuse Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus).
- 61 Liidu õiguses sätestatud tõhususe põhimõtte kohaselt ei või riigisisesed õigusnormid muuta liidu õigusega antud õiguste kasutamist riigihangete sektoris praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks. Õiguse tõhusa kasutamise nõudele on viidatud ka direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artiklis 1 ja põhiõiguste harta artiklis 47.
- 62 Direktiiv 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) peab tagama kiired ja tõhusad vaidlustusmenetlused, mille tulemusel võidakse hankija otsused kehtetuks tunnistada. Viidatud direktiivil põhineva ajutiste meetmete võtmise menetluse eesmärk on luua võimalus võtta võimalikult kiiresti ajutisi meetmeid vaidlustuse ja tühistamise põhinõude tagamiseks.
- 63 Viidatud direktiivi artikli 1 lõike 1 kohaselt on seejuures ka raamlepingud lepingud direktiivi tähenduses.
- 64 Direktiivi sätetest, mis on tingimusteta ja piisavalt täpsed, tulenevad isikule subjektiivsed õigused, nii nt Euroopa Kohtu otsus C-391/15.
- 65 Sellega seoses leiab BVwG, et liidu õigusest tuleneb subjektiivne õigus, et vaidlustuste ja ajutiste meetmete võtmise taotlused tuleb lahendada võimalikult kiiresti ja sõltumatult kohtu kindlasummaliste tasudega seotud küsimusest.
- 66 Seoses riigisese tasusüsteemiga, mis on loodud õiguskaitsevahendite kasutamiseks just riigihangete valdkonnas, tekib BVwG-l küsimus, kas olukord, kus läbipaistmatute hankemenetluste korral tekib taotluse esitamise ajal kohustus maksta tasud, mille suurust ei ole taotluse esitamise ajal veel võimalik teada, on liidu õigusega kooskõlas, tõhus, õiglane, võrdväärne ja kiire menetluse kriteeriumile vastav.
- 67 Teisisõnu tekib küsimus, kas selline olukord, kus BVwG peab isegi juhul, kui asjas on võimalik teha otsust, seoses vaidlustuse ja ajutiste meetmete võtmise taotlusega ikkagi muul tasandil kõigepealt välja selgitama, mitme otsuse peale on taotleja vastavalt poole objektiivselt avaldatud tahtele esitanud menetluse algatamise ajal vaidlustuse ja ajutiste meetmete võtmise taotluse ning mitme hankemenetlusega on need otsused seotud, samuti välja selgitama, mitu vaidlustust ja ajutiste meetmete võtmise taotlust on taotleja seejärel – käesolevas asjas 5. jaanuariks 2021 – veel jõusse jätnud, on eelkõige võrdväärne, tõhus ja õiglane.

Eelotsuse küsimused

- 68 BVwG hinnangul tuleb esmalt välja selgitada liidu õiguslik olukord ja liidu õiguse vahetu kohaldatavus ning liidu õigusega vastuolus olevate riigisiseste õigusnormide kohaldamatus, enne kui välja selgitatud õigusliku olukorra põhjal saab rohkem või vähem ulatuslikult uurida teisi asjaolusid asjaomase konkreetse asjaga seotud õigusliku olukorra kohta.
- 69 **Esimene küsimus:** Kui riigihankeid puudutava materiaalõiguse puhul on tegemist tsiviilõiguse teatud osaga, tuleneb liidu õiguses sätestatud võrdväarsuse põhimõttest, et õiguse maksmapanekut riigihankeid puudutavas osas ei või muuta taotleja jaoks ebasoodsamaks kui riigisisese muu tsiviilõiguse osas.
- 70 Nendele küsimustele soovitatakse vastata nii, et riigihankeid puudutav materiaalõigus kui õigusnormide kogum, millest tulenevad isikule lepingu sõlmimise eelsel ajal lepingueelsed õigused ja kohustused, on tsiviilõiguse valdkond nagu muud lepingu sõlmimist puudutavad sätted; ja et ajutiste meetmete võtmise menetlused on vastavalt direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artikli 2 lõike 1 punktile a samuti tsiviilõigusega seotud menetlused, vähemasti aga menetlused määruse nr 1215/2012 artikli 35 tähenduses.
- 71 **Teine küsimus:** Selle küsimusega uuritakse, kas liidu õiguses sätestatud võrdväarsuse põhimõte viib koos muu liidu õigusega selleni, et eespool kirjeldatud riigisisene tasusüsteem ei ole kohaldatav.
- 72 Kui Euroopa Kohus peaks vastama sellele küsimusele nii, et liidu õigus viib selleni, et ajutiste meetmete võtmise taotlusi ning muid individuaalset õiguskaitset puudutavaid õiguskaitsevahendeid võib Austrias lahendada olenemata kindlasummalise tasu küsimusest ja kindlasummalise tasu maksmisest, võiks BVwG pidada tasu määramiseks vajalikke uurimistoiminguid subsidiaarseteks ja menetlusökonoomia põhimõtte kohaselt lahendada esitatud ajutiste meetmete võtmise taotluse või taotlused olenevalt uurimise tulemusest tõenäoliselt väga kiiresti, ilma et ta peaks eelnevalt tegema ulatuslikke uurimisi hankemenetluste arvu kohta.
- 73 **Teise küsimuse esimene alaküsimus:** Arvestades eelkõige liidu õiguses sätestatud võrdväarsuse põhimõtet, soovitakse teada, kas liidu õiguse alusel võib ajutiste meetmete võtmise taotluse eest nõuda eraldi kindlasummalist tasu, kui see taotlus esitatakse koos vaidlustusega, samal ajal kui muus tsiviilõiguses ei tule hagiga seotud ajutiste meetmete võtmise taotluste eest peale hagi eest nõutava tasu täiendavat tasu tasuda ning haldusõiguse valdkonnas ei tule maksta täiendavat tasu peatava toime taotluste eest, mis esitatakse koos kaebusega.
- 74 Kui Euroopa Kohus peaks teisisõnu otsustama, et vaidlustuse esitaja ei pea seetõttu, et teda on võrreldes teiste kassatsioonkaebuse esitajatega Austrias menetlusõiguslikult diskrimineeritud, tasuma Austrias koos vaidlustusega esitatud ajutiste meetmete võtmise taotluse eest täiendavat tasu, siis saaks taotleja ajutiste

meetmete võtmise nõuet läbi vaadata tunduvalt kiiremini ja eelkõige ilma tasuspetsiifilise uurimisvajaduseta.

- 75 **Kolmas küsimus:** Selle küsimusega soovitakse teada, kas liidu õiguse kohaselt – arvestades eelkõige direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artikli 1 lõikes 1 sätestatud kiire menetlemise nõuet ja sama direktiivi artikli 2 lõike 1 punktis a sätestatud viivitamatu tegutsemise nõuet – on keelatud seada vaidlustuse või ajutiste meetmete võtmise taotluse kiire lahendamise tingimuseks seda, et sellise taotluse eest kohtule tasuda tulev tasu on juba makstud või tasutakse täiendava tasu maksmise nõude saamisel – kusjuures tasu maksmata jätmise korral jääb taotlus läbi vaatamata –, kui kõnealune taotlus oleks ilma tasu küsimuseta väga kiiresti lahendatav. Tehakse ettepanek vastata küsimusele nii, et see on keelatud.
- 76 **Neljas küsimus:** Käesolevas asjas esindatud seisukoha järgi on kõikide menetlusosaliste jaoks ebaõiglane, kui kohus peab sellises asjas nagu käesolev, kus hankemenetlusega seotud toimingud on läbipaistmatud, uurima ulatuslikult tasu arvutamiseks vajalikke asjaolusid, esitama täiendava tasu maksmise nõude ja seejärel jätma vaidlustuse või ajutiste meetmete võtmise taotluse asjaomase tasu maksmata jätmise tõttu vajaduse korral rahuldamata. Kui selline tasusüsteem peaks olema liidu õiguse kohaselt keelatud ja seega ka riigisiselt kohaldamatu, saaks BVwG kõnealused taotlused palju kiiremini läbi vaadata.
- 77 **Viies küsimus:** Üldjuhul on isikul õigus esitada haldusasutuse otsuse peale, millega kohustatakse isikut tasuma kohtukulud, kaebus täieliku hindamis- ja otsustuspädevusega halduskohtule, samal ajal kui BVergG kohaselt on riigihangetega seotud vaidlustuste, tuvastamisnõuete ja ajutiste meetmete võtmise taotluste puhul võimalik kasutada kohtukulude vaidlustamiseks pärast seda, kui esimese astme kohus on esitanud tasu maksmise nõude, õiguskaitsevahendeid vaid Verfassungsgerichtshofis (konstitutsioonikohus) ja Verwaltungsgerichtshofis (Austria kõrgeim halduskohus) ning nimetatud kõrgeima astme kohtud ei vii läbi ulatuslikku uurimist (vt eespool punkt 57).
- 78 Tsiviilkohtumenetluses esitatavate hagide või halduskohtus kasutatavate õiguskaitsevahendite puhul esitab haldusasutus seevastu tasu maksmise nõude, mida saab alati vaidlustada pädevale halduskohtule esitatava kaebusega ja seejärel omakorda Verwaltungsgerichtshofile (Austria kõrgeim halduskohus) esitatava kassatsioonkaebusega või Verfassungsgerichtshofile (konstitutsioonikohus) esitatava kaebusega.
- 79 Käesolevas asjas on asutud seisukohale, et selline BVergG kohane õiguskaitse aspektist diskrimineeriv riigisisene kord, mis reguleerib kohtusse pöördumise tasu riigihangetega seotud asjades, on liidu õigusega põhimõtteliselt vastuolus, eriti kui pidada silmas, et nende kohtukulude tasumine on erinevalt muudest kohtukuludest koguni sisulise otsuse tegemise eeldus.

- 80 **Kuues küsimus:** Selle küsimusega uuritakse, kas eelkõige direktiivi 89/665/EMÜ (muudetud direktiiviga 2014/23/EL) artikli 1 lõiget 1 arvestades on raamlepingu sõlmimine üheainsa ettevõtjaga hankija seisukohast lepingu sõlmimine vastavalt eespool viidatud direktiivile ja seega lepingu sõlmimise otsus vastavalt riigisisesele õigusele.
- 81 Kui sellele küsimusele peaks vastatama jaatavalt, on BVwG-s jätkatud uurimismenetluse jaoks liidu õigusega kooskõlas olles selge, et juba alates sellest ajast on riigisisese õiguse kohaselt võimalik esitada vaid tuvastusnõudeid vastavalt BVergG §-le 334 ja ajutiste meetmete võtmise taotlused tuleb ainuüksi juba tehtud „lepingu sõlmimise otsuse“ tõttu läbi vaatamata jätta.
- 82 Tehakse ettepanek vastata neile kahele küsimusele nii, et raamlepingu sõlmimine üheainsa ettevõtjaga on lepingu sõlmimine või lepingu sõlmimise otsuse tegemine, kuna viidatud direktiivi artiklis 1 on selline võrdväärus juba ette nähtud.
- 83 **Kuuenda küsimuse esimene alaküsimus:** Selle küsimusega soovitakse välja selgitada, kas liidu õiguse kohaselt põhinevad raamlepingule tuginevad lepingud sellel raamlepingul ka siis, kui seejuures on raamlepingu kogumahtu vastavalt Euroopa Kohtu otsusele C-216/17 juba ületatud. Kui vastus sellele küsimusele on jaatav, tuleks riigisisese õiguse kohaselt lähtuda asjaomase uurimise tulemuse põhjal sellest, et ka kogumahtu ületavate lepingute peale – mis on raamlepingul põhinevad lepingud – saab nüüd esitada vaid tuvastushagi, ilma et lubatav oleks ajutiste meetmete võtmise taotlemine.
- 84 Kui Euroopa Kohus jõuaks vastupidi järeldusele, et hankelepingud, mis ületavad algse raamlepingu kogumahtu, ei põhine enam algsel raamlepingul, siis tuleb kontrollida, kas uued hankelepingud on (olid) riigisisese õiguse alusel otselepingud või kavandati või sõlmiti need hankelepinguna läbipaistmatus hankemenetluses või on need hankelepingud uue läbipaistmatul viisil sõlmitud täiendava raamlepingu alusel. Selles osas on enne lepingu sõlmimise otsuse tegemist võimalik veel esitada uusi vaidlustusi või ajutiste meetmete võtmise taotlusi. Olenevalt sellest tuleb hinnata, kas selliste uute hankelepingute peale saab esitada vaidlustusi, tuvastusnõudeid või ajutiste meetmete võtmise taotlusi.
- 85 Menetlusökoonomia kaalutlustel tehakse ettepanek vastata mõlemale küsimusele nii, et hankelepingud, mis on sõlmitud raamlepingule tuginedes, põhinevad raamlepingul ka siis, kui raamlepinguga oli kogumaht juba ammendatud.
- 86 **Seitsmes küsimus:** Selle küsimusega puudutatakse teabe andmise kohustust, arvestades enesesüüstamise keeldu.
- 87 Käesolevas asjas kohaldatav AVG § 49 lõike 1 punkt 1 sätestab tunnistaja õiguse keelduda ütluste andmisest ja selle kohaselt võib tunnistaja keelduda andmast ütlusi küsimuste kohta, millele vastamine tooks tunnistajale või tema pereliikmele kaasa vahetu varalise kahju, kriminaalvastutusele võtmise ohu või mainekahju.

- 88 Vastavalt AVG §-le 51 on ütluste andmisest keeldumise õigus ka kohtuasja pooltel, kusjuures varalise kahju puhul ütluste andmisest keeldumise õigus siiski puudub.
- 89 BVergG § 336 kohaselt on kaalutusotsuse raames võimalik teha tagaseljaotsust väidete põhjal, mille on kohtumenetluses esitanud teine pool, kui menetluspool ei anna teavet või ei esita nõutud dokumente.
- 90 BVergG §-s 336 ei ole ütluste andmisest keeldumise õigust ega teabe andmisest keeldumise õigust – nagu see on ette nähtud AVG § 49 lõike 1 punktis 1– siiski sätestatud.
- 91 BVwG leiab, et olukord, kus hankija esindajad või töötajad peavad tagaseljaotsuse tegemise ohu vältimiseks andma teavet ja esitama andmeid, isegi kui seejuures võidakse avaldada fakte, mida saab seejärel kasutada esindajate ja töötajate vastu karistusõiguse alusel (või ka kahjuhüvitise sissenõudmiseks), võib rikkuda enesesüüstamise keeldu.
- 92 Kui teabe või dokumentide esitamata jätmise korral tagaseljaotsuse tegemise võimalus puuduks, siis piiraks see õiguskaitse tõhusust riigihangete osas.
- 93 Põhiõigusi silmas pidades tehakse ettepanek vastata sellele küsimusele nii, et teabe ja dokumentide esitamise kohustust ei ole siis, kui sellega tekiks hankijat esindaval füüsilisel isikul enesesüüstamise kohustus.
- 94 **Kaheksas ja üheksas küsimus:** Nende küsimustega soovitakse välja selgitada riigisisese korra piisav tõhusus ja õiglus hankemenetlusega seotud toimingute puhul, mis on taotleja jaoks läbipaistmatud.
- 95 Näib olevat reaalne ja võimalik, et menetlust algatava dokumendi esitamise ajal ei teadnud taotleja, kui palju ja millist liiki hankemenetlusi (otselepingud, väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlused) vastustajad korraldavad või korraldasid ja kui palju eraldi vaidlustatavaid otsuseid on vastustajad hankemenetluses või hankemenetlustes juba teinud.
- 96 Sellega pandi taotlejale tõendamiskoormis seoses hankemenetluste liigi ja eraldi vaidlustatavate otsuste nimetamisega, olgugi et hankemenetlused ei olnud läbipaistvad. Seetõttu esitas taotleja menetluste kohta ebatäpseid väiteid.
- 97 Teiselt poolt peab ka iga hageja Austria tsiviilkohtumenetluses esitama oma tõendamiskoormise raames nõude aluseks olevad asjaolud ja kuna seaduses teistsugused sätted tõendamiskoormise kohta puuduvad, siis lasub tal ka objektiivne tuvastamiskoormis, kui tema esitatud nõuet põhistavat olukorda ei ole võimalik tõendada või on võimalik vaid osaliselt tõendada.
- 98 Sellised väidete esitamise kohustuse ja tõendamiskoormisega seotud ohud on Austria õiguskorrale seega põhimõtteliselt omased, seda eriti tsiviilõiguses (nt kahju hüvitamist ja konkurentsi reguleerivas õiguses).

- 99 Kui BVergG alusel on vaidlustus ja ajutiste meetmete võtmise taotlus vastuvõetav vaid siis, kui selles on nimetatud konkreetne eraldi vaidlustatud otsus, ja hankemenetlus, milles on see otsus tehtud, kusjuures vastasel korral jäetakse taotlus pärast täiendava tasu maksmise nõude esitamist läbi vaatamata, on õiguskaitset kasutada soovival isikul väga raske või koguni võimatu tähtaegselt enne lepingu sõlmimise otsuse tegemist piisava kindlusega teada, kui palju eraldi vaidlustatavaid otsuseid on tehtud ja mitme hankemenetlusega on need otsused seotud.
- 100 Kui puuduvat läbipaistvust võrrelda aga teiste õiguskaitseüsteemidega ja eelkõige Austria tsiviilkohtutesse esitatavate hagidega, siis on ka seal nii, et õiguskaitset taotleval hagejal lasub alguses tõendamiskoormis ja seejärel objektiivne tuvastamiskoormis, seega esineb oht, et nõude aluseks olevad asjaolud ei ole tõendatavad.
- 101 Menetlusõiguse võrdlemise tulemust arvestades tehakse ettepanek vastata küsimustele nii, et sellised hankemenetluste liigi ja otsuste nimetamise kohustused ei muuda BVergG õiguskaitseüsteemi ebatõhusaks ega ebaõiglaseks liidu õiguse tähenduses.
- 102 **Kümnes küsimus:** Selle küsimusega soovitakse teada, kas põhiõiguste harta artiklis 47 sätestatud õigus õiglasele menetlusele olukorras, kus hankemenetlusega seotud toimingud on õiguskaitset taotlevale isikule läbipaistmatud, lubab kohaldada kohtutes kehtivat tasusüsteemi, mille puhul sõltub lõppkokkuvõttes tasuda tuleva tasu suurus lepingu eeldatavast maksumusest, teatud maksumusega hankemenetluste arvust ja vaidlustatud eraldi vaidlustatavate otsuste arvust.
- 103 Käesolevas asjas asutakse seisukohale, et kuna hankemenetlusega seotud toimingud on taotlejale läbipaistmatud, siis on ebaõiglane nõuda vaidlustuste ja ajutiste meetmete võtmise taotluste eest kindlasummalist tasu, kui kohus on nõuetekohaselt kindlaks teinud, kui palju eraldi vaidlustatud otsuseid soovis taotleja vaidlustada ning milliste hankemenetlustega olid need seotud ja milline oli lepingute eeldatav maksumus. Ebaõiglane seetõttu, et tsiviilkohtus õiguskaitset taotlevale isikule on üldjuhul juba hagi ja sellega seotud ajutiste meetmete võtmise taotluse esitamisel selge, millist tasu peab ta selle eest maksma. BVergG § 340 kohases tasusüsteemis peab õiguskaitset taotlev isik olenevalt asjaoludest arvestama ootamatult suurte tasudega.
- 104 Kui kaheksandale ja üheksandale küsimusele vastata nii, et liidu õiguse kohaselt ei ole vaidlustatud otsuse ja hankemenetluse nimetamine läbipaistmatute hangete peale vaidlustuse esitamise ajal vajalik, kuid seejärel tuleb makstav tasu BVergG § 340 ja tasumääruse (Pauschalgebührenverordnung) alusel siiski välja selgitada alles vaidlustus- või ajutiste meetmete võtmise menetluse jooksul, võttes aluseks tuvastatavad teatud eeldatava maksumusega hankemenetlused ja tühistatavate otsuste arvu, ilmneks tasu suuruse läbipaistmatus taotluse esitamisel veelgi suuremal määral

- 105 Seepärast tehakse ettepanek vastata küsimusele nii, et liidu õiguse kohaselt on ebaõiglane, kui riigisiseste tasu reguleerivate õigusnormide kohaselt peab taotleja maksta tasu, mida ta hankemenetlusega seotud toimingute läbipaistmatuse tõttu taotluse esitamise ajal ette näha ei saanud, mistõttu tuleb riigisisese tasu reguleerivad õigusnormid kohaldamata jätta.

TÖÖDOKUMENT