

Kohtuasi C-403/23

Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1

Saabumise kuupäev:

30. juuni 2023

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

16. juuni 2023

Apellant:

Luxone Srl, tegutsedes enda nimel ja koos Iren Smart Solutions SpAga moodustatava ettevõtjate ajutise ühenduse esindajana

Vastustaja:

Consip SpA

Põhikohtuasja ese

Apellatsioonkaebus, mille Luxone esitas Consiglio di Statole (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu), tegutsedes enda nimel ja koos äriühinguga Iren Smart Solutions moodustatud ettevõtjate ajutise ühenduse esindajana (edaspidi „apellant“), Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus, edaspidi „TAR Lazio“) otsuse peale, millega viimane jättis rahuldamata apellandi kaebuse meetmete peale, mida Consip SpA oli tema suhtes võtnud. Need meetmed nägid ette hankemenetlusest kõrvalejätmise ja ajutiste tagatiste, mille apellant oli andnud hankemenetluses, realiseerimise.

Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus

Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kui viimase astme kohtu poolt ELTL artikli 267 alusel esitatud eelotsusetaotluse eesmärk on kontrollida, kas Itaalia õigusnormid, mis käsitlevad ettevõtjate ajutise

ühenduse koosseisu muutmist, ettevõtjate ajutise ühenduse kõrvalejätmist hankemenetlusest ühe liikme väljaastumise korral ja ajutiste tagatiste realiseerimist hankemenetluse raames, millest pakkuja on välja jäetud, on kooskõlas direktiiviga 2004/18/EÜ ning ELi proportsionaalsuse, ettevõtlusvabaduse, vaba liikumise ja asutamisvabaduse põhimõtetega.

Eelotsuse küsimused

A) Kas direktiiviga 2004/18/EÜ, Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklitega 16 ja 52, ELTL artiklites 49, 50, 54 ja 56 sätestatud proportsionaalsuse põhimõttega, konkurentsi põhimõttega, asutamisvabaduse põhimõttega ja teenuste osutamise vabaduse põhimõttega on vastuolus riigisisesed õigusnormid (seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 (decreto legislativo n. 163) artikli 11 lõige 6, artikli 37 lõiked 8, 9, 10, 18 ja 19 ning artikli 38 lõike 1 punkt f), mis välistavad moodustatava ettevõtjate ajutise ühenduse poolt algselt esitatud pakkumuse kehtivusaja lõppemisel võimaluse vähendada ühenduse algset koosseisu, kui selle pakkumuse kehtivusaega pikendatakse; eelkõige, kas sellised riigisisesed õigusnormid on kooskõlas Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtetega, mis käsitlevad vaba majandusalgatust ja soovitatavat toimet, ning Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikliga 16?

B) Kas direktiiviga 2004/18/EÜ, Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklitega 16, 49, 50 ja 52, Euroopa inimõiguste konventsiooni (EIÕK) protokolli nr 7 artikliga 4, ELL artikliga 6 ning ELTL artiklites 49, 50, 54 ja 56 sätestatud proportsionaalsuse põhimõttega, konkurentsi põhimõttega, asutamisvabaduse põhimõttega ja teenuste osutamise vabaduse põhimõttega on vastuolus riigisisesed õigusnormid (seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 (decreto legislativo n. 163) artikli 38 lõike 1 punkt f, artikkel 48 ja artikkel 75), mis näevad ette, et avaliku teenuse osutamise lepingu sõlmimise menetlusest ettevõtja kõrvalejätmise automaatne tagajärg on pakkumuse ajutise tagatise tagastamata jätmine, olenemata sellest, kas kõnealuse ettevõtjaga sõlmiti leping või mitte?

Viidatud liidu õigusnormid

Direktiiv 2004/18/EÜ, eelkõige selle põhjendus 2, artikkel 2 ja artikli 4 lõige 2

Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artiklid 16, 49, 50 ja 52

ELTL artiklid 49, 50, 54 ja 56

ELL artikkel 6

Viidatud riigisisesed õigusnormid

2006. aasta seadusandlik dekreet nr 163 – Ehitustööde, teenuste ja asjade riigihangete seadustik, millega rakendatakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ

(Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (edaspidi „riigihangete seadustik“), faktiliste asjaolude toimumise ajal kohaldatavas redaktsioonis:

Artikli 11 lõige 6:

„Iga pakkuja võib esitada ainult ühe pakkumuse. Pakkumus on siduv teates või kutses märgitud tähtaja jooksul ja kui sellist märget ei ole esitatud, siis 180 päeva alates pakkumuse esitamise tähtaja möödumisest. Hankija võib paluda pakkujatel selle tähtaja edasilükkamist“.

Artikli 37 lõiked 8, 9, 10, 18 ja 19:

„8. Pakkumusi võivad esitada artikli 34 lõike 1 punktides d ja e osutatud üksused, isegi kui neid ei ole veel moodustatud. Sellisel juhul peavad pakkumusele alla kirjutama kõik ettevõtjad, kes moodustavad ajutised ühendused või tavalised konkurentide konsortsiumid, ning see peab sisaldama kohustust, et hankelepingu sõlmimise korral annavad samad ettevõtjad erilise kollektiivse volituse koos esindusõigusega endi seast ühele (...), kes sõlmib lepingu enda ja volitajate nimel ja eest.

9. (...) Ilma et see piiraks lõigete 18 ja 19 sätete kohaldamist, on keelatud muuta ajutiste ühenduste ja tavaliste konkurentide konsortsiumide koosseisu võrreldes sellega, mis tuleneb pakkumuses esitatud kohustusest.

10. Eelmises lõikes sätestatud keeldude eiramine toob kaasa hankelepingu kehtetuks tunnistamise või lepingu tühistamise, samuti konkurentide ühenduse kõrvalejätmise (...).

18. Esindaja pankroti korral või füüsilisest isikust ettevõtja puhul selle isiku surma, tegevuskeelu, diskvalifitseerimise või pankroti korral või maffiavastastes õigusaktides sätestatud juhtudel võib hankija jätkata lepingulist suhet teise ettevõtjaga, kes on määratud esindajaks käesolevas seadustikus sätestatud korras, tingimusel et ta vastab veel teostatavate ehitustööde, teenuste või tarnete suhtes asjakohastele kvalifikatsiooninõuetele; juhul kui need tingimused ei ole täidetud, võib hankija lepingust taganeda.

19. Ühe volitaja pankroti korral või füüsilisest isikust ettevõtja puhul selle isiku surma, tegevuskeelu, diskvalifitseerimise või pankroti korral või maffiavastastes õigusaktides sätestatud juhtudel on esindaja – kui ta ei osuta mõnele teisele osalevale ettevõtjale, kes vastab ettenähtud nõuetele – kohustatud täitma lepingu otse või teiste volitajate kaudu, tingimusel et viimased vastavad veel teostatavate ehitustööde, teenuste või tarnete suhtes ette nähtud kvalifikatsiooninõuetele.“

Artikli 38 lõike 1 punkt f:

„1. Kontsessioonide andmise menetlusest ja ehitustööde, teenuste ja asjade riigihankemenetlusest jäetakse kõrvale isikud ning allhankelepingut ja sellega

seonduvaid lepinguid ei sõlmita järgmiste isikutega: [...] f) isik, kes hankija põhjendatud hinnangu kohaselt on toiminud hanketeate avaldanud hankija poolt temaga sõlmitud riigihankelepingu täitmisel raske hooletusega või pahauskselt või kes on oma kutsetegevuse raames toime pannud raske eksimuse, mida hankija on mis tahes viisil tõendanud.“

Artikli 48 lõige 1:

„Enne esitatud pakkumuste ümbriku avamist nõuavad hankijad, et vähemalt 10% pakkujatest, kes on esitanud pakkumuse, ümardatuna ülespoole – valitud avaliku loosimise teel –, tõendaksid kümne päeva jooksul alates taotluse esitamise kuupäevast, et nad vastavad hanketeates nõutud majandusliku ja finantsvõimekuse ning tehnilise ja korraldusliku pädevuse tingimustele, esitades hanketeates või kutses nimetatud dokumendid, kui neid on nõutud. Hankijad teevad kontrolli etapis kindlaks vastavuse ehitustööde tegemiseks vajaliku kvalifikatsiooni nõudele [...]. Kui selliseid tõendeid ei esitata või kui need ei kinnita osalemistaotluses või pakkumuses esitatud avaldusi, jätab avaliku sektori hankija pakkuja hankemenetlusest kõrvale [ning] realiseerib vastava ajutise tagatise [...].“

Artikkel 75:

„1. Pakkumusele lisatakse tagatis pakkuja valikul tagatisraha või käenduslepingu kujul, mis on võrdne kahe protsendiga teates või kutses märgitud baashinnast. [...]

6. Tagatis on juhuks, kui ettevõtja tõttu jääb leping allkirjastamata ja see vabastatakse lepingu allkirjastamisel automaatselt. [...]

9. Kui hankija teatab edututele pakkujatele hankelepingu sõlmimisest, vabastab ta samal ajal lõikes 1 osutatud tagatise [...].“

Asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

A) Vaidluse aluseks olevad asjaolud

- 1 21. detsembril 2015 avaldatud hanketeatega korraldas Consip valgustusteenuse ja sellega seotud teenuste osutamiseks hankemenetluse, mis oli jaotatud 12 ossa. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (edaspidi „CSEL“), Iren Smart Solutions ja Gi One esitasid ühiselt oma pakkumused osade 1, 8, 10 ja 11 kohta ning tasusid oma vastavad ajutised tagatised moodustatava ettevõtjate ajutise ühendusena, kohustudes lepingu sõlmimise korral looma ettevõtjate ajutise ühenduse.
- 2 Hankemenetlus oleks pidanud lõppema 18. aprilliks 2017, kuid selle asemel pikendas Consip seda kaheksal korral. Sellest tulenevalt pidid eespool nimetatud neli pakkumuses osalenud äriühingut siduvate pakkumuste esitamise tähtaja

lõppedes oma pakkumusi mitu korda ümber sõnastama, samuti pikendati ajutiste tagatiste tähtaega.

- 3 2020. aastal teatasid Luxone ja Iren Smart Solutions Consipi seitsmenda ja kaheksanda kinnitustaotluse ajal soovist oma esialgsed pakkumused kinnitada. Gi One ja CSEL seevastu teatasid tulenevalt menetluse ettenägematust mitmeaastasest kestusest enda soovist oma pakkumusi mitte kinnitada. Eelkõige märkisid kaks viimast äriühingut, et pakkumused ei ole enam ärilisest seisukohast ja nõuetekohase ja mõistliku ärijuhtimise seisukohast jätkusuutlikud.
- 4 Consipi sõnul loobusid Gi One ja CSEL pakkumuste kinnitamata jätmisega ettevõtjate ajutises ühenduses osalemast, muutes seega selle algset koosseisu ja astudes ettevõtjate ajutise ühendusest välja. 2020. aasta oktoobris tegi Consip seejärel otsuse jätta ettevõtjate ajutine ühendus selle kogu koosseisus kõrvale hankemenetlusest ja realiseerida ajutised tagatised kogusummas 2 950 000,00 eurot. Hankemenetlusest kõrvalejätmise meede põhines Gi One'i ja CSELi väljaastumise õigusvastasusel ja kõrvalehoidval iseloomul.
- 5 Mis puudutab väljaastumise õigusvastasust, siis Consipi sõnul on küll tõsi, et Itaalia õigus näeb ette pakkuja ja seega käesoleval juhul ettevõtjate ajutise ühenduse kogu koosseisu õiguse pakkumusest taganeda, kui hankemenetluse väljakuulutamisest on möödunud teatud aeg, kuid seda õigust ei saa kasutada ainult osa ettevõtjate ajutise ühingu äriühingutest.
- 6 Mis puudutab väljaastumise kõrvalehoidvat iseloomu, siis Consipi sõnul oli Gi One'i väljaastumise eesmärk seaduses sätestatud kontrollidest kõrvalehoidmine, kuna mõned Gi One'iga seotud üksused olid osalenud kriminaalses tegevuses. Kui rääkida CSELi väljaastumisest, siis tulenes kõrvalehoidmine eelkõige sellest, et polnud täidetud hankemenetluses osalemise nõuded, mis peavad aga olema täidetud alates taotluse esitamisest kuni lepingu sõlmimiseni.

B) Menetlus esimeses kohtuastmes ja apellatsioonimenetlus

- 7 Apellant esitas kaebuse TAR Láziosse (Lazio maakonna halduskohus), milles vaidlustas Consipi poolt võetud eespool nimetatud meetmed.
- 8 TAR Lazio (Lazio maakonna halduskohus) jättis otsusega nr 4505/2021 apellatsioonikaebuse rahuldamata, põhjendades seda järgmisega: a) on võimatu, et pakkumust kinnitavad tähtaja lõppemisel ainult teatavad ettevõtjate ajutise ühenduse liikmed; b) ettevõtjate ajutise ühenduse poolt väljaastumisõiguse kasutamise lubamatus väljaspool kohtupraktikaga lubatud juhtumeid, mida käesoleval juhul ei olnud; c) käesolevas asjas tehtud väljaastumise kõrvalehoidev laad, kuivõrd selle eesmärk oli vältida hankemenetlusest kõrvalejätmist.
- 9 TAR Lazio (Lazio maakonna halduskohus) leidis samuti, et puudub alus Itaalia õigusnormide põhiseaduslikkuse või ELi õigusega kooskõla küsimuse

tõstatamiseks. Tema arvates ei näe sel ajal kehtinud direktiiv 2004/18 ette riigi seadusandja kohustust kehtestada sellises olukorras nagu käesoleval juhul võimalust vähendada algse ettevõtjate ajutise ühenduse hulka kuuluvate ettevõtjate arvu.

- 10 Apellant esitas TAR Lazio (Lazio maakonna halduskohus) otsuse peale apellatsioonkaebuse Consiglio di Statole (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu), kes seejärel peatas menetluse, kuni Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) teeb otsuse põhiseadusele vastavuse küsimustes, mille Consiglio di Stato (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) on tõstatanud ühes teises menetluses, mis puudutab sarnast vaidlust.
- 11 Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) välistas 2022. aasta kohtuotsusega nr 198 ajutise tagatise realiseerimise karistusõigusliku sanktsiooni laadi põhjendusel, et selle eesmärk oli peamiselt tagada hanke-eeskirjade järgimine, taastades kahjustatud avaliku huvi, milleks on vältida sobimatute pakkujate või nõuetele mittevastavate pakkumuste osalemist hankemenetluses. Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) arvates võib ajutise tagatise suurusel, alternatiivsete tagatise andmise vormide (tagatisraha või käendus) sätestamisest ja seadusandja poolt ette nähtud vähendamise korrast järeldada, et tegemist ei ole tõsise raskusastmega, mis on vajalik, et kahjustavat meetet saaks samastada kriminaalkaristusega.
- 12 Consiglio di Stato (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) leiab, et see Corte costituzionale (konstitutsioonikohus) otsus ei ole tema menetluses oleva vaidluse lahendamisel otsustav, võttes arvesse ka seda, et tema menetluses olevas kohtuasjas on tagatisraha kogusumma väga suur.

Põhikohtuasja poolte peamised argumendid

- 13 Apellant vaidlustab hankemenetlusest kõrvalejätmise järel ajutise tagatise realiseerimise meetme õiguspärasuse. See meede on õigusvastane, kuna realiseerimise meetme aluseks olev hankemenetlusest kõrvalejätmise meede on õigusvastane. Samuti on see õigusvastane autonoomselt, sest vastavalt sel ajal kehtinud õigusaktidele võib realiseerimine toimuda ainult kahel juhul: kui pakkuja ei suuda tõendada, et ta vastab majandusliku ja finantsvõimekuse ning tehnilise ja korraldusliku pädevuse tingimustele, või kui leping jääb allkirjastamata „ettevõtja tõttu“.
- 14 Apellandi sõnul eeldab mõlemal juhul tagatise realiseerimine sellise käitumise olemasolu, mis on subjektiivselt omistatav ettevõtjale, kellele omistatakse lepingu sõlmimata jätmise või hankemenetluses osalemise katkestamine. Apellandi arvates ei kehti käesoleval juhul kumbki neist kahest hüpoteesist.
- 15 Apellandi hinnangul kujutab tagatisraha realiseerimine endast koormavat sanktsiooni ja on karistusõiguslikku laadi, kuna puudub tagatisraha realiseerimise tüüpiline eesmärk, st hankijale tekitatud kahju hüvitamine. Käesoleval juhul ei

kandnud Consip mingit kahju, kuna ettevõtjate ajutine ühendus jäeti hankemenetlusest kõrvale.

- 16 Tagatiste automaatne realiseerimine suures ja koormavas summas on täiesti põhjendamata ja ebamõistlik sanktsioon, mis on ettevõtjate ajutise ühenduse käitumisega ilmselgelt ebaproportsionaalne ning annab alust riigihangete seadustiku artiklite 48 ja 75 tõlgendamiseks viisil, mis on vastuolus põhiseaduse ning ELi põhimõtete ja sätetega.

Eelotsusetaotluse põhjenduste lühikokkuvõte

- 17 Consiglio di Stato (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu; edaspidi ka „eelotsusetaotluse esitanud kohus“) sõnul tuleb hinnata Itaalia õigusnormide ja ELi õiguse kooskõla, mille alusel on ettevõtja poolt pakkumuse kinnitamata jätmine selle siduvuse lõppemise ajal võrdsustatud ettevõtjate ajutisest ühendusest väljaastumisega. Samuti on vaja pikemalt käsitleda kõrvalejätmise meetet, mis on asjakohane ka seoses sellest tuleneva tagatise realiseerimise meetmega.

Kõrvalejätmise meetme kohta

- 18 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates on Itaalia õigusnormide kohaselt kõrvalejätmise meetde õiguslikult nõutav toiming esiteks seetõttu, et Gi One poolt pakkumuse kinnitamata jätmine, s.t väljaastumine, rikub ettevõtjate ajutise ühenduse koosseisu muutmise keeldu, ja teiseks seetõttu, et väljaastumine kujutab endast käesoleval juhul ettevõtja moraalselt usaldusväärsust kontrolliva toimuingu vältimist.
- 19 Mis puudutab ettevõtjate ajutise ühenduse muutmise keeldu, siis juhib eelotsusetaotluse esitanud kohus tähelepanu sellele, et vastavalt riigihangete seadustiku artiklile 37 võib ettevõtjate ajutine ühendus peale tähtaja möödumist hankemenetluses esitatud pakkumusest taganemise õigust kasutada ainult täies koosseisus, kuna ükski õigusaktides ja kohtupraktikas lubatud eranditest, mis võimaldaks ettevõtjate ajutist ühendust muuta, ei ole käesoleval juhul kohaldatav.
- 20 Tegelikult osaleb ettevõtjate ajutine ühendus hankemenetluses mitme subjektiga osapoolena, mis koosneb kõigist ettevõtjatest, kes selle lepingu sõlmimise korral moodustavad. Seega ei oleks võimalik, et pakkumust kinnitaksid vaid kaks (algsest neljast) ettevõtjate ajutise ühenduse liiget, võttes eelkõige arvesse riigihangete seadustiku artikli 11 lõike 6 eesmärki ja sama seadustiku artikli 37 lõikest 9 tulenevat põhimõtet, et ettevõtjate ajutist ühendust ei saa pakkumuse ajal muuta, mis kehtib ka juhul, kui ettevõtjate ajutist ühendust ei ole veel ametlikult moodustatud.
- 21 Artikli 11 lõike 6 eesmärk on hoida pakkumus muutumatuna kogu hankemenetluse eeldatava kestuse ajal. Selle artikli eesmärk on kaitsta pakkujat, kes pärast tähtaja möödumist võib pakkumusest taganeda, kuid kui taganemist ei deklareerita, siis pakkumus kehtivust ei kaota. Seega, kui kõik pooled, kes

moodustavad mitme subjektiga osapoolle, ei ole väljendanud vastupidist soovi, tuleb seotust pidada endiselt kehtivaks. Itaalia õigusnormide sätted võimaldavad hankijal tagada ka ametlikult veel moodustamata ettevõtjate ajutise ühenduse hankemenetluses osalemise tõsiseltvõetavuse, et tagada nende tegelik moodustamine pärast lepingu sõlmimist.

- 22 Mis puudutab usaldusväarsuse kontrollimisest kõrvalehoidmist, siis juhib eelotsusetaotluse esitanud kohus tähelepanu sellele, et kooskõlas asjakohase halduskohtupraktikaga ei ole ühe ettevõtja väljaastumine lubatav, kui selle eesmärk on eeskirjadest kõrvalehoidmine ja eelkõige kui selle eesmärk on vältida osalemistingimuste täitmisega seotud kontrolli, vältides seega sanktsiooni, mis seisneb hankemenetlusest kõrvalejätmises nende tingimuste mittetäitmise tõttu.
- 23 Neid kaalutlusi silmas pidades märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Itaalia õigusnormid, nagu neid on tõlgendatud kohtupraktikas, sunnivad ettevõtjate ajutise ühenduse liikmeid jääma keerukate ja pikaajaliste hankemenetluste korral esitatud pakkumusega määramata ajaks seotuks, isegi juhul, kui selle siduvusel on mitu lõpptähtaega, kusjuures ainsaks võimaluseks siduvust lõpetada on see, et kõik ettevõtjate ajutise ühenduse liikmed ei kinnita pakkumust. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates on kaheldav, kas selline õigusnorm on kooskõlas Euroopa Kohtu praktikat kodifitseeriva ja ELTL artiklil 119 põhineva harta artiklis 16 sätestatud ettevõtlusvabaduse põhimõttega, samuti harta artiklis 52 sätestatud proportsionaalsuse põhimõttega ning ELTLis sisalduva proportsionaalsuse põhimõtte, konkurentsi põhimõtte, asutamisvabaduse põhimõtte ja teenuste osutamise vabaduse põhimõttega.
- 24 Ettevõtjate ajutise ühenduse üksiku liikme pakkumusest siduvusest vabastamise keeld, eelkõige seoses märkimisväärse kestusega pakkumustega, mille puhul on oht, et kogu ettevõtjate ajutine ühendus jäetakse kõrvale, ei tundu eelotsusetaotluse esitanud kohtule olevat meede, mis on proportsionaalne vajadusega tagada esitatud pakkumuse tõsiseltvõetavus, kuna pakkumuse kinnitanud ettevõtjad täidavad ise – isegi pakkumusest taganenud liikme puudumisel – kõiki osalemistingimusi.
- 25 Vastavalt proportsionaalsuse põhimõttele, mis on Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõte ja mida tuleb järgida liikmesriikides sõlmitavate hankelepingute sõlmimisel, nagu nähtub direktiivist 2004/18, ei tohi liikmesriikide võetud meetmed minna kaugemale sellest, mis on vajalik selle eesmärgi saavutamiseks, nagu kinnitab ka Euroopa Kohtu praktika.
- 26 Lõpetuseks märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et kui pakkumuse kinnitamata jätmise üksiku ettevõtjate ajutisse ühendusse kuuluva liikme poolt ja ettevõtjate ajutisest ühendusest väljaastumine on võrdsustatud, muutub kõrvalejätmine igal juhul seadusega kohustuslikuks, kui seda peetakse väljaastunud ettevõtja moraalse usaldusväarsuse kontrollimisest kõrvalehoidmiseks; teisest küljest, kui selle ettevõtja poolt pakkumuse kinnitamata jätmise tuleks heaks kiita, ei tohiks seda ametialast usaldusväarsust

hiljem kontrollida, kuna seda ettevõtjat ei saa enam pidada hankemenetluses osaleva ettevõtjate ajutise ühenduse liikmeks.

Tagatise realiseerimise meetme kohta

- 27 Consiglio di Stato (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) märgib, et Euroopa Inimõiguste Kohus (EIK) on teinud otsuse rahaliste sanktsioonide olemuse, ulatuse ja õigluse kohta nende arvamiseks nn karistusõiguse asjade hulka (4. märtsi 2014. aasta otsus Grande Stevens jt vs. Itaalia, punkt 99; vt sellega seoses ka Euroopa Liidu Kohtu 5. juuni 2012. aasta otsus C-489/10).
- 28 Consiglio di Stato (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) märkis oma kohtupraktikas, et EIK on välja töötanud omaenda autonoomsed kriteeriumid, et teha kindlaks, kas süütegu ja sellele vastav karistus on karistusõiguslikku laadi või mitte. Täpsemalt määrati kindlaks kolm kriteeriumi: I) süüteo õiguslik kvalifitseerimine riigisisises õiguses, täpsustades, et see ei ole siduv, kui on kindlaks tehtud meetme „loomuldasa karistusõiguslik“ laad; II) süüteo laad, mis tuleneb seda sätestava normi kohaldamisalast ja taotletavast eesmärgist; III) sanktsiooni raskusaste.
- 29 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul omandab ajutiste tagatiste realiseerimine ettevõtjate ühendusele osaks langeva rahalise koorma suuruse tõttu sanktsiooni omadused – sanktsioon, mille karistusõiguslikku laadi tuleb tunnustada vastavalt EIK praktikale. Ajutiste tagatiste automaatne realiseerimine on käesoleval juhul karistuste proportsionaalsuse põhimõtte selge rikkumine.
- 30 Eeskätt oleks asjakohane Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 49 lõige 3, mille kohaselt „karistuste raskus ei tohi olla kuriteo suhtes ebaproportsionaalne“.
- 31 Käesoleval juhul on selgelt puudu õiglane tasakaal avaliku huvi ja Euroopa tasandil tagatud põhiõiguste vahel, sest ettevõtjate ühendusele määrati väga suur rahatrahv vastavalt automaatselt kohaldatavatele normidele, mis on sellisena oma määratluselt ebaproportsionaalne ja sealjuures ei ole üleüldse asjakohaselt hinnatud konkreetse juhtumi asjaolusid.
- 32 EIÕK protokolli nr 1 artiklit 1 ja harta artiklit 17 on samuti tõlgendatud nii, et nende eesmärk on tagada proportsionaalsus toimepandud rikkumise ja määratud karistuse vahel.
- 33 Seega on selge, et riigihangete seadustiku artikli 38 lõike 1 punkt f ja artikkel 48 oleksid vastuolus põhiseaduse ja Euroopa Liidu õigusnormide ja põhimõtetega karistuste proportsionaalsuse kohta, kui neid artikleid tõlgendatakse nii, et need lubavad pärast hankemenetlusest kõrvalejätmist ajutise tagatise automaatset realiseerimist.
- 34 Selline vastuolu on veelgi ilmsem, kui arvestada, et sellise meetme nagu kõnealune, mille puhul tuleb tunnustada selle karistuslikku laadi, saaks võtta ilma

subjektiivset elementi ja konkreetselt kõrvalejätmise prognoositavust arvesse võtmata.

TÖÖDOKUMENT