



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
ATHANASIOS RANTOS
esitatud 15. detsembril 2022¹

Kohtuasi C-545/21

ANAS SpA
versus

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia))

Eelotsusetaotlus – Struktuurifondid – Euroopa Regionaalarengu Fond (ERF) – Määrus (EÜ) nr 1083/2006 – Artikli 2 punkt 7 – Mõiste „eeskirjade eiramine“ – Tegevus, mis võib soodustada ettevõtjat hankemenetluses – Artikli 98 lõiked 1 ja 2 – Liikmesriikide tehtavad finantskorrektsioonid – Ehitustööde riigihankelepingud – Direktiiv 2004/18/EÜ – Artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkt d – Valikulised kõrvalejätmise alused – Raske eksimine ametialaste käitumisreeglite vastu

Sissejuhatus

1. Käesoleva eelotsusetaotluse on esitanud Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia) äriühingu Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (edaspidi „ANAS“) ja Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (taristu- ja transpordiministeerium, Itaalia) vahelises kohtuvaidluses, mis puudutab viimase otsust nõuda põhjusel, et riigihankelepingu sõlmimisel esines eeskirjade eiramisi, tagasi summad, mis maksti ANASile projekti raames, mille eesmärk oli Euroopa Regionaalarengu Fondi (ERF) poolt kaasrahastatud tööde tegemine.

2. Sisuliselt puudutavad eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimused esiteks mõiste „eeskirjade eiramine“ tõlgendamist lähtudes määrusest (EÜ) nr 1083/2006² seoses hankekomisjoni korruptsiooniteo või selle katsega liidu eelarvest rahastatavate ehitustööde teostamise puhul, teiseks pakkuja hankemenetlusest kõrvalejätmise tingimusi käsitleva direktiivi 2004/18/EÜ³ artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkti d ülevõtmist Itaalia õigusesse ja lõpuks eeskirjade eiramise korral kohaldatava finantskorrektsiooni summa arvutamise kriteeriume.

¹ Algkeel: prantsuse.

² Nõukogu 11. juuli 2006. aasta määrus, millega nähakse ette üldsätted Euroopa Regionaalarengu Fondi, Euroopa Sotsiaalfondi ja Ühtekuuluvusfondi kohta ning tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1260/1999 (ELT 2006, L 210, lk 25).

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132).

Õiguslik raamistik

Liidu õigus

Määrus nr 1083/2006

3. Määruse nr 1083/2006 artiklis 1 „Eesmärk“ on sätestatud:

„Käesoleva määrusega nähakse ette [ERFi], Euroopa Sotsiaalfondi (ESF) (edaspidi „struktuurifondid“) ja Ühtekuuluvusfondi reguleerivad üldeeskirjad, ilma et sellega piirataks määrustes (EÜ) nr 1080/2006^[4], (EÜ) nr 1081/2006^[5] ja (EÜ) nr 1084/2006^[6] ette nähtud erisätteid.

Käesolevas määruses määratletakse eesmärgid, mida struktuurifondidest ja Ühtekuuluvusfondist (edaspidi „fondid“) toetatakse, liikmesriikide ja piirkondade suhtes kohaldatavad kõnealustest fondidest toetuse saamise kriteeriumid, olemasolevad rahalised vahendid ja nende jaotamise kriteeriumid.

Määruses määratletakse ühtekuuluvuspoliitika kohaldamisala, sealhulgas ühenduse ühtekuuluvusalaste strateegiliste suuniste kehtestamise viis, riiklik strateegiline raamistik ja kontrollimismenetlus ühenduse tasandil.

Sel eesmärgil sätestatakse käesolevas määruses partnerlust, kavandamist, hindamist, juhtimist, sealhulgas finantsjuhtimist, seiret ja kontrollimist käsitlevad põhimõtted ja eeskirjad, mis põhinevad liikmesriikide ja komisjoni jagatud vastutuse põhimõttel.“

4. Määruse artikli 2 punktis 7 on ette nähtud:

„Käesolevas määruses kasutatakse järgmisi mõisteid:

[...]

7) *eeskirjade eiramine* – igasugune ühenduse õiguse sätete rikkumine, mis tuleneb majandustegevuses osaleja teost või tegevusest, millel on või oleks Euroopa Liidu üldeelarvet kahjustav mõju põhjendamata kuluartikli üldeelarvest debiteerimise tõttu“.

5. Määruse artikli 9 lõikes 5 on ette nähtud:

„Fondidest rahastatavad toimingud peavad vastama asutamislepingu sätetele ja nende alusel vastu võetud õigusaktidele.“

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 5. juuli 2006. aasta määrus, mis käsitleb Euroopa Regionaalarengu Fondi ja millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1783/1999 (ELT 2006, L 210, lk 1).

⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 5. juuli 2006. aasta määrus, mis käsitleb Euroopa Sotsiaalfondi ja millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1784/1999 (ELT 2006, L 210, lk 12).

⁶ Nõukogu 11. juuli 2006. aasta määrus, millega asutatakse Ühtekuuluvusfond ning tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1164/94 (ELT 2006, L 210, lk 79).

6. Sama määruse artikli 70 lõike 1 punktis b on sätestatud:

„Liikmesriigid vastutavad rakenduskavade juhtimise ja kontrolli eest eelkõige järgmiste meetmete abil:

[...]

b) eeskirjade eiramiste vältimine, avastamine ja kõrvaldamine ning põhjendamatult makstud summade tagasinõudmine võimaluse korral koos viivisega hilinevad maksetelt. Nad teatavad nendest ning haldus- ja kohtumenetluste kulgemisest komisjonile.“

7. Määruse nr 1083/2006 artiklis 98 on sätestatud:

„1. Liikmesriikidel lasub esmane vastutus eeskirjade eiramise uurimise eest, meetmete võtmise eest toimingute või rakenduskavade laadi või nende rakendamise ja kontrollimise tingimusi käsitlevate suuremate muudatuste avastamise korral ning nõutavate finantskorrektsioonide tegemise eest.

2. Liikmesriik teeb toimingutes või rakenduskavades avastatud üksiku või süstemaatilise eeskirjade eiramisega seoses nõutavad finantskorrektsioonid. Liikmesriigi tehtavad korrektsioonid seisnevad rakenduskava avaliku sektori panuse täielikus või osalises tühistamises. Liikmesriik võtab arvesse eeskirjade eiramise olemust ja raskust ning fondi rahalist kahju.

[...]“.

Direktiiv 2004/18

8. Direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punktis d on ette nähtud:

„Lepingus osalemisest võib välja jätta iga ettevõtja:

[...]

d) kes on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, kui ostja suudab seda mis tahes viisil tõestada“.

Itaalia õigus

9. Itaalia 12. aprilli 2006. aasta seadusandliku dekreeedi nr 163 – Ehitustööde, teenuste ja asjade riigihankelepingute seadustik, millega võetakse üle direktiivid 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in

attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE),⁷ artikli 38 lõike 1 punktides c ja f on sätestatud:

„Kontsessioonide andmise menetlusest ning ehitustööde, teenuste ja asjade riigihankemenetlusest jäetakse kõrvale järgmised isikud, kellel ei ole õigust olla ka alltöövõtja ega sõlmida sellega seotud lepinguid:

[...]

c) kes on jõustunud kohtuotsusega, käskmenetluses tehtud jõustunud kohtuotsusega või kriminaalmenetluse seadustiku artiklile 444 kohases kokkuleppemenetluses tehtud otsusega süüdi mõistetud rasketes süütegudes, mis kahjustavad riiki või ühendust ja mis on seotud ametialaste käitumisreeglite rikkumisega; igal juhul toob menetlusest kõrvaldamise kaasa jõustunud kohtuotsusega süüdimõistmine ühes või mitmes kuritegelikku ühendusse kuulumise, korruptsiooni, pettuse või rahapesu süüteos, nii, nagu need teod on määratletud direktiivi 2004/18 artikli 45 lõikes 1 viidatud ühenduse õigusaktides;

[...]

f) kes on hankija põhjendatud hinnangu kohaselt toiminud hanketeate avaldanud hankija poolt temaga sõlmitud riigihankelepingu täitmisel raske hooletusega või pahauskselt või kes on ametialaste käitumisreeglite vastu raskelt eksinud ja hankija on seda mis tahes viisil tõendanud.“

Põhikohtuasi, eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

10. ANASile eraldati Euroopa Komisjoni heaks kiidetud 2007.–2013. aasta riikliku rakenduskava „Võrgustik ja liikuvus“ raames rahastus, et viia ellu ehitustööde projekt ühe maantee ajakohastamiseks.

11. ANAS kui hankija sõlmis 2012. aastal piiratud hankemenetluses, mis põhines majanduslikult soodsaima pakkumise kriteeriumil, nende tööde tegemiseks riigihankelepingu ettevõtjate ajutise ühendusega, millesse kuulusid Aleandri SpA ja CCC Società Cooperativa; need tööd on nüüdseks lõpule viidud.

12. Kuna kolme ANASi ametniku, sealhulgas kahe hankekomisjoni liikme, Aleandri ja tema seadusliku esindaja suhtes algatati kriminaaluurimine seoses korruptsiooniga⁸, andis taristu- ja transpordiministeerium 2020. aastal korralduse nõuda tagasi ANASile selle projekti rahastamiseks juba makstud summad ja teatas, et veel maksmata osa ei tasuta, sest kõnealuses hankemenetluses edukaks tunnistamisel oli pettuse teel „eiratud eeskirju“ määruse nr 1083/2006 artikli 2 punkti 7 ning määruse (EÜ, Euratom) nr 2988/95⁹ artiklite 4 ja 5 tähenduses.

⁷ GURI nr 100 regulaarne lisa, 2.5.2006, lk 1; edaspidi „seadusandlik dekreet nr 163/2006“. See dekreet, mis on põhikohtuasjas kohaldatav, tunnistati kehtetuks 18. aprilli 2016. aasta seadusandliku dekreediga nr 50 – Hankeseadustik (decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici) (GURI nr 91 regulaarne lisa, 19.4.2016).

⁸ Selle uurimise raames mõisteti üks ANASi ametnik kokkuleppemenetluses korruptsioonis süüdi, samas kui teiste asjaomaste isikute suhtes oli kriminaalmenetlus eelotsusetaotluse esitamise hetkel pooleli. Täpsemalt heideti ANASi teatud ametnikele ette, et nad võtsid ettevõtjalt, kellega leping sõlmiti, tasu hankelepingu sõlmimise soodustamiseks.

⁹ Nõukogu 18. detsembri 1995. aasta määrus Euroopa ühenduste finantshuvide kaitse kohta (EÜT 1995, L 312, lk 1; ELT eriväljaanne 01/01, lk 340).

13. ANAS taotleb eelotsusetaotluse esitanud kohtule esitatud kaebuses selle otsuse tühistamist, väites, et teda ei ole süüdi mõistatud üheski õigusrikkumises¹⁰, et puuduvad tõendid selle kohta, et Aleandriga oleks saanud kõnealune riigihankeleping sõlmitud ebaseaduslikult, ja et ta ei vastuta hankekomisjoni liikmete süülise tegevuse eest. Lisaks, kuna asjaomased tööd on tehtud, puudub tema väitel igasugune seos väidetava eeskirjade eiramise või pettuse ja liidu üldeelarvest rahastatud kulutuste vahel.

14. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et kõnealused tööd loeti liidu üldeelarvest rahastamise kõlblikuks ja et need viidi lõpule nõuetekohaselt ning et ei ole teada, kas hankemenetlust mõjutas eespool nimetatud kriminaaluurimise all olev tegevus. Seetõttu soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, mida tähendab mõiste „eeskirjade eiramine“ määruse nr 1083/2006 tähenduses ja kuidas arvutada sellise eeskirjade eiramise tagajärjel kohaldatavat finantskorrektsiooni ning kas liikmesriigi õigusnormid on kooskõlas direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punktiga d, mis käsitleb valikulist alust ametialaste käitumisreeglite vastu raskelt eksinud pakkuja hankelepingus osalemisest kõrvalejätmiseks.

15. Neil asjaoludel otsustas Tribunale amministrativo per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas [määruse nr 1083/2006] artikli 70 lõike 1 punkti b, määruse (EÜ) nr 1828/2006^[11] artikli 27 punkti c, [26. juulil 1995 Brüsselis allkirjastatud Euroopa ühenduste finantshuvide kaitse konventsiooni, mis on koostatud Euroopa Liidu lepingu artikli K.3 alusel,^[12] artiklit 1, määruse nr 2988/95 artikli 1 lõiget 2 ja direktiivi (EL) 2017/1371^[13] artikli 3 lõike 2 punkti b tuleb tõlgendada nii, et tegevus, mis võib ühele ettevõtjale hankemenetluses teoreetiliselt eelise anda, kuulub igal juhul mõistete „eeskirjade eiramine“ ja „pettus“ alla ning kujutab endast seega toetuse tühistamise õiguslikku alust, isegi kui ei ole täielikult tõendatud, et see tegelikult toime pandi või et see oli toetuse saaja väljavalimisel määrav?
2. Kas selline õigusnorm nagu seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punkt f, mis ei võimalda hankemenetlusest kõrvale jätta ettevõtjat, kes on üritanud mõjutada avaliku sektori hankija otsustusprotsessi, eriti kui see katse seisnes mõningate hankekomisjoni liikmete korrumpeerimises, on [direktiivi 2004/18] artikli 45 lõike 2 [esimese lõigu] punktiga d vastuolus?
3. Kui vastus ühele või teisele eelmisele küsimusele on jaatav, siis kas eelviidatud sätteid tuleb tõlgendada nii, et need nõuavad alati liikmesriigilt toetuse tühistamist ja komisjonilt 100% määraga finantskorrektsiooni kohaldamist, olgugi et toetust on ikkagi kasutatud ettenähtud eesmärgil ning Euroopa rahastuseks kõlbliku ja tööpoolest valminud ehitustöö jaoks?

¹⁰ ANAS väidab ka, et kohtuotsusel, millega üks tema ametnikest korruptsioonis süüdi mõisteti, ei ole karistusvälist tagajärge, kuna see tehti kokkuleppemenetluses.

¹¹ Komisjoni 8. detsembri 2006. aasta määrus, milles sätestatakse rakenduseeskirjad nõukogu määrusele (EÜ) nr 1083/2006, millega nähakse ette üldsätted Euroopa Regionaalarengu Fondi, Euroopa Sotsiaalfondi ja Ühtekuuluvusfondi kohta, ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrusele (EÜ) nr 1080/2006, mis käsitleb Euroopa Regionaalarengu Fondi (ELT 2006, L 371, lk 1, ja parandus ELT 2007, L 45, lk 3).

¹² EÜT 1995, C 316, lk 48 (edaspidi „finantshuvide kaitse konventsioon“).

¹³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 5. juuli 2017. aasta direktiiv, mis käsitleb võitlust liidu finantshuve kahjustavate pettuste vastu kriminaalõiguse abil (ELT 2017, L 198, lk 29).

4. Kui vastus kolmandale küsimusele on eitav, nimelt et toetuse tühistamine või 100% määraga finantskorrektsioon ei ole nõutav, siis kas esimeses küsimuses viidatud õigusnormide kohaselt ja proportsionaalsuse põhimõtet järgides saab toetuse tühistamise ja finantskorrektsiooni üle otsustades võtta arvesse Euroopa Liidu üldeelarvele tegelikult tekitatud rahalist kahju? Täpsemalt, kas sellises olukorras nagu käesolev kohtuasi võib [määruse nr 1083/2006] artikli [99] lõike 3^[14] tähenduses „rahalisteks tagajärgedeks“ määrata kindla summa, rakendades komisjoni 19. detsembri 2013. aasta otsuse [C(2013) 9527¹⁵ lisa „Suunised selliste finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks, mida tuleb teha ühisjuhtimise raames rahastatavate liidu kulutuste suhtes, kui ei ole järgitud riigihanke-eeskirju“ (edaspidi „2013. aasta suunised“),] punkti 2 tabelis antud kriteeriume?“

16. Kirjalikud seisukohad esitasid ANAS, Itaalia valitsus ja komisjon. Euroopa Kohus otsustas vastavalt oma kodukorra artikli 76 lõikele 2 teha otsuse ilma kohtuistungit korraldamata.

Analüüs

Esimene eelotsuse küsimus

17. Oma esimese eelotsuse küsimusega küsib eelotsuse esitanud kohus sisuliselt, kas määruse nr 1083/2006 artikli 70 lõike 1 punkti b, määruse nr 1828/2006 artikli 27 punkti c, finantshuvide kaitse konventsiooni artiklit 1, määruse nr 2988/95 artikli 1 lõiget 2 ja direktiivi 2017/1371 artikli 3 lõike 2 punkti b tuleb tõlgendada nii, et tegevus, mis võib ühele ettevõtjale hankemenetluses eelise anda, kuulub mõistete „eeskirjade eiramine“ või „pettus“ alla ning kujutab endast seega toetuse tühistamise õiguslikku alust, isegi kui ei ole täielikult tõendatud, et see tegelikult toime pandi või et see mõjutas hankemenetlust.

18. Kõigepealt soovin märkida, et kuigi eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab mõistetele „eeskirjade eiramine“ ja „pettus“, leian nagu komisjon, et analüüs peaks keskenduma küsimusele, kas kõnealune tegevus kuulub mõiste „eeskirjade eiramine“ alla, mis hõlmab ka kitsamat mõistet „pettus“. ¹⁶ Peale selle tuleb esimest eelotsuse küsimust analüüsida mitte ainult eelotsusetaotluse esitanud kohtu viidatud määruse nr 1083/2006 artikli 70 lõike 1 punkti b ja määruse nr 2988/95 artikli 1 lõiget 2 arvestades, vaid ka ja eelkõige selle määruse artikli 2 punkti 7 arvestades, mis käsitleb mõistet „eeskirjade eiramine“. ¹⁷

19. Nüüd, kui seda on täpsustatud, siis tuleb meelde tuletada, et määruse nr 1083/2006 artikli 1 kohaselt kehtestatakse selle määrusega muu hulgas fondide rahastatud toimingute juhtimist, seiret ja kontrollimist käsitlevad eeskirjad, mis põhinevad liikmesriikide ja komisjoni jagatud vastutusel ¹⁸. Lisaks vastutavad liikmesriigid eelkõige selle määruse artikli 70 lõike 1 punkti b

¹⁴ Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab selle määruse artikli 98 lõikele 3 ekslikult. Vt ka käesoleva ettepaneku 41. joonealune märkus.

¹⁵ Otsus, millega sätestatakse ja kiidetakse heaks suunised selliste finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks, mida komisjon peab tegema ühisjuhtimise raames rahastatavate liidu kulutuste suhtes, kui ei ole järgitud riigihanke-eeskirju.

¹⁶ Mulle näib nimelt, et mõiste „eeskirjade eiramine“ hõlmab igasugust liidu ja riigisiseste õigusnormide rikkumist (vt käesoleva ettepaneku punkt 21), kaasa arvatud need, mis käsitlevad mõistet „pettus“. Peale selle eeldab viimati nimetatud mõiste teo või tegevusetuse tahtlikku laadi ja kriminaalse iseloomu kohtulikku tuvastamist, mis käesoleva juhtumi puhul ei nähtu eelotsusetaotluse esitanud kohtu kirjeldatud asjaoludest.

¹⁷ Seevastu muud sätted, millele eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab, nimelt määruse nr 1828/2006 artikli 27 punkt c, finantshuvide kaitse konventsiooni artikkel 1 ja direktiivi 2017/1371 artikli 3 lõike 2 punkt b, ei ole siinkohal asjakohased, kuna need puudutavad üksnes mõistet „pettus“.

¹⁸ Vt selle kohta 1. oktoobri 2020. aasta kohtuotsus Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, punkt 46 ja seal viidatud kohtupraktika). Määruse nr 1083/2006 põhjenduses 65 on täpsustatud, et liikmesriigid peaksid kandma esmavastutust meetmete rakendamise ja kontrolli eest vastavalt subsidiaarsuse ja proportsionaalsuse põhimõttele.

kohaselt ka rakenduskavade juhtimise ja kontrolli eest ning muu hulgas peavad nad vältima, avastama ja kõrvaldama „eeskirjade eiramised“ ning nõudma tagasi põhjendamatult makstud summad.

20. Seetõttu tähendab kõnealuse määruse artikli 2 punkti 7 kohaselt mõiste „eeskirjade eiramine“ eelkõige ERFi tegevuse raames igasugust liidu õiguse sätete rikkumist, mis tuleneb ettevõtja teost või tegevusetusest, millel on või oleks liidu üldeelarvet kahjustav mõju sellest põhjendamatult kuluartikli debiteerimise tõttu¹⁹. Konkreetsemalt on Euroopa Kohus täpsustanud, et sellise eeskirjade eiramise olemasolu eeldab kolme asjaolu koos esinemist, st esiteks peab esinema liidu õiguse rikkumine, teiseks tuleneb rikkumine ettevõtja tegevusest või tegevusetusest ning kolmandaks on liidu eelarvele tekkinud või võib tekkida kahju.²⁰

21. Mis puudutab esimesena *liidu õiguse rikkumist*, siis määruse nr 1083/2006 artikli 9 lõikest 5 tuleneb, et liit rahastab oma fondidest üksnes tegevusi, mis viiakse läbi täies vastavuses liidu õigusega, sealhulgas riigihankemenetlusele kohaldatava õigusega²¹. Peale selle on Euroopa Kohus otsustanud, et määruse nr 1083/2006 artikli 2 punktis 7 on silmas peetud mitte ainult liidu õigusnormi rikkumist kui sellist, vaid ka nende riigisiseste õigusnormide rikkumist, mis on kohaldatavad struktuurifondidest toetatavate toimingute suhtes ja aitavad nii tagada neist fondidest rahastatud projektide juhtimist reguleerivate liidu õigusnormide nõuetekohase kohaldamise²².

22. Sealjuures, mis puudutab esiteks rikutud sätete kindlakstegemist, siis märgin, et direktiivi 2004/18 artikli 2 ja vastavate riigisiseste õigusnormide kohaselt peavad hankijad kohtlema ettevõtjaid võrdselt ja tegutsema läbipaistval viisil. Lisaks tuleneb ka riigihankeid käsitlevast väljakujunenud Euroopa Kohtu praktikast, et hankija kohustus on järgida pakkuja te võrdse kohtlemise põhimõtet²³.

23. Sarnaselt komisjoni märgitule näib mulle, et selline tegevus, mida ANASi teatud ametnikele ette heidetakse ja mis seisneb selles, et nad võtsid ettevõtjalt, kellega leping sõlmiti, tasu tema hankemenetluses edukaks tunnistamise soodustamiseks, kujutab endast vähemalt võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist hankemenetluses,²⁴ olenemata sellest, kas see on kõnealust hankemenetlust tegelikult mõjutanud²⁵.

¹⁹ Sarnaselt on määruse nr 2988/95 artikli 1 lõikes 2 sisuliselt sätestatud, et eeskirjade eiramine tähendab liidu õiguse mis tahes sätte rikkumist ettevõtja tegevuse või tegevusetuse kaudu, mis kahjustab või kahjustaks liidu üldeelarvet või selle juhitavaid eelarveid kas otse liidu nimel kogutud omavahenditest laekunud tulu vähenemise või kaotamise või põhjendamatult kuluartikli tõttu. Tuleb märkida, et nagu tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, piirdub määrus nr 2988/95 liidu finantshuve kaitses kontrolli ja karistusi käsitlevate üldnormide kehtestamisega ning et väärtalt kasutatud vahendid tuleb tagasi nõuda valdkondlike sätete alusel (vt selle kohta 26. mai 2016. aasta kohtuotsus *Județul Neamț ja Județul Bacău*, C-260/14 ja C-261/14, EU:C:2016:360, punkt 32 ning seal viidatud kohtupraktika). Seega, kuigi mõiste „eeskirjade eiramine“ määruse nr 1083/2006 artikli 2 punkti 7 ja määruse nr 2988/95 artikli 1 lõike 2 tähenduses nõuab ühtset tõlgendamist, kuna need kaks määrust kujutavad endast liidu rahaliste vahendite head juhtimist ja finantshuve kaitses tagava mehhanismi osa (vt selle kohta 26. mai 2016. aasta kohtuotsus *Județul Neamț ja Județul Bacău*, C-260/14 ja C-261/14, EU:C:2016:360, punkt 34), tuleb käesoleval juhul seda mõistet tõlgendada peamiselt määrust nr 1083/2006 arvesse võttes.

²⁰ Vt 1. oktoobri 2020. aasta kohtuotsus *Elme Messer Metalurgs* (C-743/18, EU:C:2020:767, punkt 51).

²¹ Vt 6. detsembri 2017. aasta kohtuotsus *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere* (C-408/16, EU:C:2017:940, punkt 57 ja seal viidatud kohtupraktika).

²² Vt 1. oktoobri 2020. aasta kohtuotsus *Elme Messer Metalurgs* (C-743/18, EU:C:2020:767, punkt 52 ja seal viidatud kohtupraktika).

²³ Vt 29. aprilli 2004. aasta kohtuotsus komisjon vs. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 108 ja seal viidatud kohtupraktika).

²⁴ Vt direktiivi 2004/18 artikkel 2 „Lepingute sõlmimise põhimõtted“, mille kohaselt hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil, ning kohtupraktika, mille kohaselt on hankijal kohustus järgida pakkuja te võrdse kohtlemise põhimõtet (vt eelkõige 29. aprilli 2004. aasta kohtuotsus komisjon vs. CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 108 ja seal viidatud kohtupraktika).

²⁵ Veel märgin etteruttavalt, et määruse nr 1083/2006 artikli 2 punkti 7 tähenduses „eeskirjade eiramise“ jaoks ei ole vaja tõendada toetusesaaja tahet või hooletust, kuna ANASile saab omistada n-ö objektiivset vastutust, mis põhineb selle ametnike vastutusel, nagu ma selgitan käesoleva ettepaneku punktis 30 ja 32. joonealuses märkuses.

24. Lisaks sellele on direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punktis d hankijal lubatud hankemenetlusest kõrvale jätta iga ettevõtja, kes on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu. Leian, et sellise kõrvalejätmise põhjuse olemasolu, mis on valikuline, kuid mis on sätestatud Itaalia õiguses seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punktis f, kujutaks endast juhul, kui liikmesriigi kohus seda kinnitab,²⁶ samuti rikkumist käesoleva ettepaneku punktis 21 viidatud kohtupraktika tähenduses.

25. Teiseks väljendab eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtlusi selle üle, milline on rikkumise ja seega eeskirjade eiramise tuvastamiseks nõutav tõendatuse tase, rõhutades, et käesoleval juhul ei ole etteheidetud tegevus ega selle mõju hankemenetluses edukaks tunnistamisele täielikult tõendatud.

26. Sellega seoses piisab märkimisest, et iga liikmesriigi õiguskorras peab juhul, kui vastavad normid liidu õiguses puuduvad, olema isikutele liidu õigusest tulenevate õiguste kaitse tagamiseks ette nähtud kohtusse pöördumise kord, sealhulgas eeskirjade eiramise tuvastamiseks nõutav tõendatuse tase, mis järgib võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtet²⁷.

27. Seda lähenemist, mis kehtib juba seoses käesoleva ettepaneku punktis 22 osutatud võrdsuse ja läbipaistvuse põhimõttega, on sõnaselgelt kinnitatud direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punktis d, millega, eeldades, et see on käesoleval juhul asjakohane²⁸, lubatakse hankijal hankemenetlusest kõrvale jätta iga ettevõtja, kes on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, kui hankija suudab seda mis tahes viisil tõestada²⁹.

28. Praegusel juhul piirdun märkusega, et nagu komisjon õigesti märgib, peab kõrvalejätmine ametialaste käitumisreeglite vastu raske eksimise tõttu põhinema hankija sõltumatul järeldusel, et esineb sellise ametialaste käitumisreeglitega vastuolus olev tegevus, tuginedes mis tahes tõenditele ja vajaduse korral kriminaalmenetlusest tulenevatele tõenditele, kuid see ei toimu automaatselt. Sellega seoses on Euroopa Kohus täpsustanud, et kohtulahend, isegi kui see ei ole veel jõustunud, võib kujutada vastavalt selle esemele hankija jaoks sobivat viisi tõendada raske ametialase eksimuse olemasolu, kusjuures tema otsus allub igal juhul kohtulikule kontrollile³⁰. Samad kaalutlused kehtivad minu arvates ka käesoleva ettepaneku punktis 22 nimetatud võrdsuse ja läbipaistvuse põhimõtte suhtes.

29. Teisena ei ole käesolevas asjas kahtluse alla seatud asjaolu, et kohaldatava liidu õiguse või riigisisese õiguse rikkumine peab tulenema ettevõtja *tegevusest või tegevusetusest*.

30. Igal juhul märgin, et ANAS on tõepoolest „ettevõtja osaleja“³¹ ja et mõiste „tegevus või tegevusetus“ ei hõlma subjektiivset elementi. Nimelt on Euroopa Kohus täpsustanud, et kuigi määruse nr 1083/2006 artikli 2 punktis 7 sisalduva mõiste „eeskirjade eiramine“ määratlus ei

²⁶ Kui seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punkt f on käesolevas asjas kohaldatav, mis minu arvates ei ole ilmselge (vt selle kohta teise eelotsuse küsimuse analüüs).

²⁷ Vt analoogia alusel 22. novembri 2012. aasta kohtuotsus Cuadrench Moré (C-139/11, EU:C:2012:741, punkt 25 ja seal viidatud kohtupraktika).

²⁸ Nagu mainisin käesoleva ettepaneku 26. joonealuses märkuses, kahtlen, kas see säte (või täpsemalt liikmesriigi ülevõtmisärite, nimelt seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punkt f) on käesoleval juhul kohaldatav.

²⁹ Sellega seoses on Euroopa Kohus täpsustanud, et direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkti d tähenduses kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu eksimise tuvastamiseks ei nõuta jõustunud kohtuotsust (vt selle kohta 13. detsembri 2012. aasta kohtuotsus Forposta ja ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 28) ning 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 44)).

³⁰ Vt 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 47).

³¹ Nimelt on määruse nr 1828/2006 artikli 27 punktis a „ettevõtja“ määratletud kui fondidelt saadava abi kasutamisel osalev mis tahes füüsiline või juriidiline isik või muu subjekt, välja arvatud liikmesriik kui avalik-õiguslik organ, kes teostab riigivõimu.

sisalda ühtegi täpsustust selle kohta, kas asjaomase toetusesaaja käitumine on tahtlik või hooletu, ei saa seda tunnust pidada vältimatuks asjaoluks selle tuvastamisel, kas esineb eeskirjade eiramine kõnealuse sätte tähenduses.³²

31. Kolmandana, mis puudutab sellise tegevusetuse tõttu *liidu eelarvele tekkinud kahju*, siis tuleneb määruse nr 1083/2006 artikli 2 punktist 7, et fondidest toetatavate toimingute suhtes kohaldatava liidu või riigisisese õiguse rikkumine on „eeskirjade eiramine“ selle sätte tähenduses siis, kui sellel on või võib olla liidu üldeelarvet kahjustav mõju sellest eelarvest põhjendamata kuluartikli debiteerimise tõttu.

32. Eelotsusetaotluse esitanud kohus rõhutab, et käesoleval juhul ei ole tõendatud, et liidu eelarve oleks kandnud kahju.

33. Euroopa Kohus on seda sätet siiski tõlgendanud nii, et riigihankelaste eeskirjade rikkumised kujutavad endast eeskirjade eiramist selle sätte tähenduses siis, kui ei saa välistada võimalust, et nendel rikkumistel on mõju asjaomaste fondide eelarvele, ilma et oleks nõutav konkreetse finantsmõju tõendamine.³³

34. Käesoleval juhul olen seisukohal, et selline tegevus, millele eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab ning mis toob kaasa vähemalt ühe võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte rikkumise, võib õigusvastaselt mõjutada kõnealust hankemenetlust, soosides edukaks pakkujaks osutunud ettevõtjat. Ilma et oleks vaja tõendada tegeliku rahalise kahju olemasolu, ei saa siiski välistada, et sellise tegevuse puudumisel oleks edukaks tunnistatud teine pakkuja või oleks liidu eelarve jaoks esinenud soodsamad tingimused, mis eelmises punktis viidatud kohtupraktika kohaselt hõlmab käesoleva ettepaneku punktis 20 viidatud kohtuotsuses nimetatud kolmandat tingimust.

35. Kokkuvõttes teen ettepaneku vastata esimesele eelotsuse küsimusele, et määruse nr 1083/2006 artikli 2 punkti 7 ja artikli 70 lõike 1 punkti b tuleb tõlgendada nii, et tegevus, mis pädevate asutuste hinnangul võib soodustada ettevõtjat hankemenetluses, on hõlmatud mõistega „eeskirjade eiramine“ ja toob üldjuhul kaasa alusetult saadud soodustuse äravõtmise, tingimusel et ei saa välistada võimalust, et see tegevus mõjutas asjaomase fondi eelarvet.

³² Vt selle kohta 1. oktoobri 2020. aasta kohtuotsus Elme Messer Metalurges (C-743/18, EU:C:2020:767), milles Euroopa Kohus asus – esiteks määruse nr 1083/2006 artikli 2 punkti 7 kontekstuaalse (punktid 59–62) ja teiseks selle määruse teleoloogilise tõlgendamise (punkt 63) tulemusel ning olles täpsustanud, et eeskirjade eiramise tõttu alusetult saadud soodustuse tagastamise kohustus ei ole mitte sanktsioon, vaid lihtsalt selle tuvastamise tagajärg, et liidu õigusnormide alusel soodustuse saamiseks vajalikud tingimused on täitmata, mistõttu on saadud soodustus alusetu (punkt 64 ja seal viidatud kohtupraktika) – sisuliselt seisukohale, et toetusesaaja mis tahes tahtluse või hooletuse tõendamine ei ole määruse nr 1083/2006 artikli 2 punkti 7 tähenduses „eeskirjade eiramise“ tuvastamiseks vajalik (punkt 65). Lisaks, mis puudutab ANASile selle ametnike vastutusel põhineva n-ö objektiivse vastutuse võimalikku omistamist, siis on Euroopa Kohus ka täpsustanud, et liidu õiguses lähtutakse eeldusest, et juriidilised isikud tegutsevad oma esindajate kaudu, ja et muu hulgas viimati nimetatute ametialaseid käitumisreegleid eirav tegevus võib kujutada endast ettevõtja kutsealase usaldusvääruse hindamisel asjakohast tegurit (vt 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 34).

³³ Vt selle kohta 14. juuli 2016. aasta kohtuotsus Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punktid 44 ja 45 ning seal viidatud kohtupraktika); 6. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, punktid 60 ja 61) ning 1. oktoobri 2020. aasta kohtuotsus Elme Messer Metalurges (C-743/18, EU:C:2020:767, punkt 67).

Teine eelotsuse küsimus

36. Oma teise eelotsuse küsimusega küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt, kas selline õigusnorm nagu seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punkt f, mis ei võimalda hankemenetlusest kõrvale jätta ettevõtjat, kes on üritanud mõjutada avaliku sektori hankija otsustusprotsessi, eriti kui see katse seisnes hankekomisjoni liikmete korrumpeerimises, on vastuolus direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punktiga d.

37. Direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punktis d käsitletakse pakkuja hankemenetlusest kõrvalejätmise põhjuseid ja selles on sätestatud, et hankemenetlusest võib kõrvale jätta iga ettevõtja, kes on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, kui hankija suudab seda mis tahes viisil tõestada.

38. Seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punkti f kohaselt, millega see säte võetakse üle Itaalia õigusesse, jäetakse kontsessioonide andmise menetlusest ning ehitustööde, teenuste ja asjade riigihankemenetlusest kõrvale eelkõige isikud, kes on ametialaste käitumisreeglite vastu raskelt eksinud, mida hankija on mis tahes viisil tõendanud.

39. Kui eelotsusetaotluse esitanud kohus tõlgendab seda sätet nii, et see ei võimalda hankemenetlusest kõrvale jätta ettevõtjat, kes on püüdnud mõjutada hankija otsustusprotsessi, eelkõige korruptsiooniteo katsetega, siis Itaalia valitsus ja komisjon näivad olevat vastupidi seisukohal, et Itaalia kohtu- ja halduspraktika kohaselt lubab nimetatud säte hõlmata mõistega „raske eksimus“ hankija otsustusprotsessi mõjutamise katsed.³⁴

40. Sellega seoses juhin esiteks tähelepanu sellele, et Euroopa Kohtu praktika jätab direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkti d ülevõtmise viisi puhul liikmesriigi seadusandjale kaalutlusruumi.³⁵

41. Teiseks tundub mulle, et seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punkt f on sarnaselt direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punktiga d sõnastatud väga laialt ja et see võimaldab sisuliselt tõlgendada väljendit „mis tahes viisil tõestatud raske eksimine ametialaste käitumisreeglite vastu“ analoogse väljendina „mis tahes viisil tõendatud raske eksimine ametialaste käitumisreeglite vastu“³⁶, millele lisandub asjaolu, mille tõi esile komisjon, et kõnealust riigisisest sätet on tänu selle laiale sõnastusele lihtne tõlgendada viisil, mis on kooskõlas sellega ülevõetud sättega³⁷.

³⁴ Komisjon on seisukohal, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu viidatud Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kohtupraktika (4. detsembri 2017. aasta kohtuotsus nr 5704) ei vii eelotsusetaotluse esitanud kohtu kaalutud järelduseni. Itaalia valitsus viitab oma tõlgenduse toetuseks ühele teisele Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kohtuotsusele (20. novembri 2015. aasta kohtuotsusele nr 5299), samuti riikliku korruptsioonivastase ameti otsusele ja suunistele, mis on vastuolus eelotsusetaotluse esitanud kohtu pakutud tõlgendusega.

³⁵ Nimelt ei ole selle kohtupraktika kohaselt direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punktiga d kavandatud selles ette nähtud hankemenetlusest kõrvalejätmise aluste ühetaolist kohaldamist liidu tasandil, kuivõrd liikmesriigid võivad jätta need hankemenetlusest kõrvalejätmise alused kohaldamata või hoopis lisada need riigisisestesse õigusnormidesse rangusega, mis võib vastavalt juhtumile olla erinev vastavalt riigisisel tasandil valitsevatele õiguskorra, majanduslikele või sotsiaalsetele kaalutlustele (vt 14. detsembri 2016. aasta kohtuotsus *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 29 ja seal viidatud kohtupraktika).

³⁶ Märgin, et seadusandliku dekreeedi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punktis f kasutatakse sama mõistet („raske eksimus“) kui direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkti d itaaliakeelses versioonis, samas kui selle sätte teistes keeleversioonides on kasutatud teistsugust mõistet, mis viitab „veale“ (näiteks „faute grave“ prantsuskeelses versioonis või „grave professional misconduct“ ingliskeelses versioonis).

³⁷ Nimelt hõlmab riigisisese õiguse kooskõlalise tõlgendamise nõue, mille piiriks on, et riigisisest õigust ei tohi tõlgendada *contra legem* (vt selle kohta eelkõige 28. aprilli 2022. aasta kohtuotsus *Phoenix Contact*, C-44/21, EU:C:2022:309, punkt 50 ja seal viidatud kohtupraktika), liikmesriigi kohtute kohustust vajaduse korral muuta väljakujunenud kohtupraktikat, kui see põhineb riigisisese õiguse tõlgendusel, mis ei ole kooskõlas mõne direktiivi eesmärkidega (vt selle kohta 28. aprilli 2022. aasta kohtuotsus *Phoenix Contact*, C-44/21, EU:C:2022:309, punkt 52 ja seal viidatud kohtupraktika).

42. Seega, soovimata sekkuda eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevusse riigisisese õiguse tõlgendamisel, näib mulle, et ülevõtmissätte tekst on ülevõetud sättega kooskõlas.³⁸

43. Lisaks ei ole liikmesriigi kohtu esitatud küsimuse asjakohasus ilmselge, kuna Euroopa Kohtule esitatud toimikust ei selgu, et käesoleval juhul pädevate asutuste poolt tuvastatud „eeskirjade eiramine“ oleks seotud seadusandliku dekreeidi nr 163/2006 artikli 38 lõike 1 punktiga f üle võetud direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkti d rikkumisega, mille tõttu oleks hankija pidanud hankemenetlusest kõrvale jätma selle pakkuja, kes hiljem tunnistati selles hankemenetluses edukaks³⁹. Nagu rõhutab komisjon, on raske ette kujutada, et käesoleval juhul oleks ANAS toime pannud „eeskirjade eiramise“ seetõttu, et ta ei jätnud asjaomast pakkujat hankemenetlusest kõrvale raske eksimise tõttu ametialaste käitumisreeglite vastu, mis avastati alles palju hiljem pärast hankelepingu sõlmimist.

44. Juhin siiski tähelepanu sellele, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt eeldatakse, et liidu õiguse tõlgendamise küsimused, mille liikmesriigi kohus on esitanud õiguslikus ja faktilises raamistikus, mille ta on määratlenud omal vastutusel ja mille paikapidavust Euroopa Kohus ei pea kontrollima, on asjakohased⁴⁰ ning et käesoleval juhul ei ole ilmselge, et kõnealuse liidu õiguse sätte taotletud tõlgendusel ei ole mingit seost põhikohtuasja faktiliste asjaolude või esemega.

45. Kokkuvõttes teen ettepaneku vastata teisele eelotsuse küsimusele, et direktiivi 2004/18 artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkti d tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole põhimõtteliselt ja arvestades kohustust tõlgendada riigisisest õigust kooskõlas selle sätte eesmärkidega vastuolus liikmesriigi õigusnorm, millega jäetakse kontsessioonide andmise menetlusest ning ehitustööde, teenuste ja asjade riigihankemenetlusest kõrvale isikud, kes on ametialaste käitumisreeglite vastu raskelt eksinud, kui hankija on seda mis tahes viisil tõendanud.

Kolmas ja neljas eelotsuse küsimus

46. Oma kolmandas ja neljandas eelotsuse küsimuses, mida tuleb käsitleda koos, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt, kas „eeskirjade eiramise“ korral tuleb esimeses ja teises küsimuses viidatud sätteid tõlgendada nii, et need kohustavad liikmesriiki alati kohaldama 100% määraga finantskorrektsiooni, ja kui vastus on eitav, siis millised on selle korrektsooni määra kindlaksmääramise kriteeriumid, arvestades nimetatud eeskirju ja proportsionaalsuse põhimõtet.

47. Eelkõige kahtleb see kohus selles, kas 100% määraga finantskorrektsiooni kohaldamine on kooskõlas viidatud eeskirjade ja põhimõttega, arvestades, et kõnealust toetust on kasutatud Euroopa rahastuseks kõlbliku ja valminud ehitustöö jaoks. Ta küsib, kas selle

³⁸ See kaalutlus ei mõjuta põhimõtet, mille kohaselt riigisisese õigusnormi ulatus tuleb kindlaks määrata sellele riigisiseste kohtute antud tõlgendust arvesse võttes (vt selle kohta eelkõige 12. novembri 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Hispaania C-154/08, ei avaldata, EU:C:2009:695, punkt 125), mida peab kontrollima eelotsusetaotluse esitanud kohus, arvestades eelmises joonealuses märkuses viidatud kohtupraktikat. Sellega seoses on Euroopa Kohus siiski sisuliselt täpsustanud, et arvesse ei tule võtta üksikuid või selgelt vähemuses olevaid kohtulahendeid, kui kohtupraktikas on valitsev teistsugune suund, ega ka tõlgendusi, mille liikmesriigi kõrgeim kohus on ümber lükanud, samas kui arvesse tuleb võtta kohtute olulist tõlgendust, mida kõrgeim kohus ei ole ümber lükanud või mida ta on isegi kinnitanud (vt selle kohta 9. detsembri 2003. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia, C-129/00, EU:C:2003:656, punktid 31 ja 32).

³⁹ Seevastu näib, et selline eeskirjade eiramine puudutab pigem võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte rikkumist (vt käesoleva ettepaneku punktid 21–24).

⁴⁰ Vt eelkõige 1. augusti 2022. aasta kohtuotsus Vyriausioji tarnybinės etikos komisija (C-184/20, EU:C:2022:601, punkt 48 ja seal viidatud kohtupraktika).

finantskorrektsiooni kindlaksmääramisel ei tuleks pigem arvesse võtta liidu üldeelarvele tekitatud rahalist kahju ja kas tuvastatud puuduste rahalised tagajärjed⁴¹ võib määrata kindla summana, rakendades 2013. aasta suuniste punkti 2 tabelis antud kriteeriume⁴².

48. Määruse nr 1083/2006 artikli 98 lõigete 1 ja 2 kohaselt on liikmesriikide ülesanne teha pärast eeskirjade eiramise tuvastamist vajalikud finantskorrektsioonid, mis seisnevad rakenduskava avaliku sektori panuse täielikus või osalises tühistamises, ning määrata kindlaks kohaldatava korrektsiooni summa, võttes arvesse kolme kriteeriumi, nimelt tuvastatud eeskirjade eiramise olemust, selle raskust ja sellest tulenevat rahalist kahju asjaomasele fondile. Lisaks, kui tegemist on ühekordse ja mittesüsteematailise eeskirjade eiramisega, on Euroopa Kohtu praktikas täpsustatud, et viimati nimetatud nõue eeldab kindlasti juhtumispõhist uurimist, mis võtab iga juhtumi puhul arvesse kõiki nende kolme kriteeriumiga seotud asjaolusid.⁴³

49. Mis puudutab esiteks küsimust, kas mis tahes eeskirjade eiramine toob kaasa kohustuse kohaldada 100% määraga finantskorrektsiooni, siis leian, et selline tõlgendus oleks selgelt vastuolus eelmises punktis viidatud põhimõtete ja kohtupraktikaga, mis nõuavad, et liikmesriigid võtavad eeskirjade eiramise tõttu finantskorrektsiooni kehtestamisel arvesse kõiki juhtumi asjaolusid, sealhulgas eeskirjade eiramise tagajärgi toetuste määramisele ja rahastuseks kõlblike tööde tegemisele⁴⁴.

50. See järeldus ei too minu arvates siiski kaasa kohustust piiritleda finantskorrektsiooni igal juhul asjaomasele fondile tekitatud rahalise kahjuga. Nimelt esineb olukordi, kus risk saada eeskirjade eiramise avastamise korral kahju, mis piirdub selle osaga, millega eeskirjade eiramine on seotud, ei avaldaks hoiatavat mõju. Sellistes olukordades võiks rahastuse täielik äravõtmine olla proportsionaalne, sõltumata sellest, kas on tõendatud, et asjaomasele fondile on vastav kahju tekkinud,⁴⁵ ja ilma et asjaolu, et toetatud projekt on lõpuks ellu viidud, oleks selles osas otsustav⁴⁶.

⁴¹ Täpsuse huvides märgin, et see kohus, tsiteerides määruse nr 1083/2006 artiklit 98, mis käsitleb *liikmesriikide* tehtavaid finantskorrektsioone, viitab „asjaomases rakenduskavas leitud puuduste rahalistele tagajärgedele“, mida on mainitud selle määruse artikli 99 lõikes 3, mis käsitleb *komisjoni* tehtavaid finantskorrektsioone, samas kui eelnimetatud artikli 98 lõikes 2 viidatakse „fondi rahalisele kahjule“.

⁴² Otsuse C(2013) 9527 artikli 1 kohaselt on selle lisas esitatud suunised selliste finantskorrektsioonide kindlaksmääramiseks, mida tuleb teha ühisjuhtimise raames programmitöö perioodil 2007–2013 ja 2014–2020 rahastatavate liidu kulutuste suhtes, kui ei ole järgitud riigihankealaseid eeskirju. Selle artiklis 2 on lisatud, et komisjon kohaldab neid suuniseid, millega asendatakse programmitöö perioodideks 2000–2006 ja 2007–2013 antud eelmised suunised, selliste finantskorrektsioonide tegemisel, mis on seotud eeskirjade eiramisega, mis tuvastatakse pärast kõnealuse otsuse vastuvõtmise kuupäeva.

⁴³ Vt selle kohta 14. juuli 2016. aasta kohtuotsus Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punkt 48).

⁴⁴ Lisaks oleks selline kohustus kogu toetus n-ö automaatselt ära võtta tegelikult sanktsioon, mis on vastuolus käesoleva ettepaneku 32. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktikaga, mille kohaselt ei ole eeskirjade eiramise tõttu alusetult saadud soodustuse tagastamise kohustus sanktsioon.

⁴⁵ Näiteks kohtuasjas, mis käsitles Euroopa Põllumajanduse Arendus- ja Tagatisfondi (EAGGF) raames tehtud investeeringu rahastamist, mille puhul oli ainult ühe osa (st 28%) investeeringu puhul valeandmete esitamisega eiratud eeskirju, jõudis Euroopa Kohus järeldusele, et ainus, mis avaldab EAGGFi vahendite heaks haldamiseks vajalikku preventiivset toimet, on võimalus, et sanktsioon sellise eeskirjade eiramise eest seisneb mitte toetuse vähendamises eeskirjade eiramisele vastava summa võrra, vaid kõnealuse toetuse tühistamises täies ulatuses (vt 24. jaanuari 2002. aasta kohtuotsus Conserve Italia vs. komisjon, C-500/99 P, EU:C:2002:45, punkt 101). Samas kohtuasjas täpsustas kohtujurist, et kui ebaseaduslikult tegutsev toetusesaaja riskib ainult toetuse kaotamisega niivõrd, kui see vastab tema ebaseaduslikule käitumisele, oleks see üleskutse pettust toime panema (kohtujurist Alberi ettepanek kohtuasjas Conserve Italia vs. komisjon, C-500/99 P, EU:C:2001:415, punktid 94 ja 97).

⁴⁶ Nagu selgub Üldkohtu praktikast, õigustab see, et toetusesaaja ei täida kõiki oma kohustusi, üldjuhul liidu toetuse läbivaatamist, ilma et ainuüksi asjaolu, et projekt on ellu viidud, oleks piisav, et õigustada selle toetuse maksmist (vt selle kohta 13. juuli 2011. aasta kohtuotsus Kreeka vs. komisjon, T-81/09, ei avaldata, EU:T:2011:366, punkt 68 ja seal viidatud kohtupraktika, mida on kinnitatud 10. oktoobri 2012. aasta kohtumääruses Kreeka vs. komisjon, C-497/11 P, ei avaldata, EU:C:2012:625).

51. Käesoleval juhul olen arvamisel, et hankekomisjoni liikmete korruptsioonitegu või selle katset võib pidada eriti raskeks ja taunitavaks süüteoks⁴⁷, sõltumata sellest, kas selle tegevuse majanduslik mõju liidu eelarvele on tõendatud, mistõttu selline tegevus võib põhimõtteliselt kaasa tuua toetuse 100% määraga korrektsiooni, mida pädev riigisisene asutus peab eelotsusetaotluse esitanud kohtu kontrolli all hindama ja põhjendama, võttes arvesse juhtumi asjaolusid ja järgides proportsionaalsuse põhimõtet.

52. Mis puudutab teiseks finantskorrektsiooni summa arvutamist, siis juhin tähelepanu sellele, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu viidatud 2013. aasta suunised, kuivõrd nende eesmärk on määrata kindlaks finantskorrektsioonid, mida komisjon teeb ühisjuhtimise raames rahastatavate liidu kulutuste suhtes, kui ei ole järgitud riigihankealaseid eeskirju, võivad anda juhiseid ka siis, kui liikmesriigid ise teevad eeskirjade eiramise korral korrektsioone, kuid ei ole neile siduvad.⁴⁸ Eelkõige on nende suuniste punktis 1.3, mis käsitleb kohaldatavate korrektsioonimäärade kriteeriume, esimeses lõigus mainitud mitmeid korrektsioonimäärasid (5%, 10%, 25% ja 100%), mida kohaldatakse hankelepinguga seotud kulude suhtes sõltuvalt eeskirjade eiramise raskusastmest ja proportsionaalsuse põhimõttest, kui ei ole võimalik täpselt kvantifitseerida nende rahalist mõju asjaomasele lepingule. Selle punkti teises lõigus on täpsustatud, et eeskirjade eiramise raskusastet ja finantsmõju liidu eelarvele hinnatakse konkurentsi taset, läbipaistvust ja võrdset kohtlemist arvestades, kusjuures eeskirjade eiramist loetakse tõsiseks, kui järgimata jätmisel on heidutav mõju võimalikele pakkujatele või kui see toob kaasa sellise pakkuja edukaks tunnistamise, kes ei oleks pidanud võitma. Veidi edasi on selles punktis muu hulgas öeldud, et korrektsioone ei tehta, kui eeskirjade eiramine on üksnes vormiviga ning sellega ei kaasne tegelikku või potentsiaalset finantsmõju (kolmas lõik), samas kui 100% määraga finantskorrektsiooni võib kohaldada kõige raskemate juhtumite korral, kui eeskirjade eiramisega antakse eelis ühele või mitmele pakkujale või taotlejale või kui eeskirjade eiramine on seotud pettusega, mille on tuvastanud teinud pädev justiits- või haldusasutus (kuues lõik).

53. Need juhised annavad seega eelotsusetaotluse esitanud kohtule finantskorrektsiooni summa arvutamisel asjakohased kriteeriumid, et määrata see kindlaks arvestades liidu üldeelarvele tekitatud rahalist kahju määruse nr 1083/2006 artikli 98 lõike 2⁴⁹ tähenduses.

54. Kokkuvõttes teen ettepaneku vastata kolmandale ja neljandale eelotsuse küsimusele nii, et määruse nr 1083/2006 artiklit 98 tuleb tõlgendada nii, et kui eeskirjade eiramine selle määruse artikli 2 punkti 7 tähenduses sunnib pädevaid riigiasutusi tegema pidevalt finantskorrektsioone, tuleb kohaldatava korrektsiooni suurus määrata kindlaks proportsionaalsuse põhimõtet järgides, võttes arvesse kõiki asjakohaseid konkreetseid asjaolusid, nimelt tuvastatud eeskirjade eiramise olemust ja raskust ning asjaomasele fondile tekitatud rahalist kahju, ilma et need asutused oleksid samas kohustatud igal juhul piirduma finantskorrektsiooni kindlaksmääramisel ainult sellele fondile tekitatud rahalise kahjuga, mistõttu eriti raske ja taunitav süütegu võib põhimõtteliselt kaasa tuua toetuse 100% määraga korrigeerimise, olenemata sellest, kas mis tahes majanduslik mõju liidu eelarvele on tõendatud.

⁴⁷ Nimelt asjaolu, et Euroopa vahendeid on saanud ja kasutanud põhjendamatult soodustatud ettevõtja, kahjustab tõsiselt liidu finantshuve, kuna see rikub vaba konkurentsi ja võrdse kohtlemise põhimõtet riigihankelepingu sõlmimisel.

⁴⁸ 2013. aasta suuniste punkti 1.1 viimases lõigus soovitatakse, et kui eeskirjade eiramise on tuvastanud liikmesriikide oma asutused, siis peaksid liikmesriikide pädevad asutused kohaldama korrektsioone tehes samu kriteeriume ja määrasid, kui nad ei kohalda rangemaid nõudeid.

⁴⁹ Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab ekslikult selle määruse artikli 98 lõikele 3.

Ettepanek

55. Eeltoodut arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Tribunale amministrativo per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia) esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Nõukogu 11. juuli 2006. aasta määruse (EÜ) nr 1083/2006, millega nähakse ette üldsätted Euroopa Regionaalarengu Fondi, Euroopa Sotsiaalfondi ja Ühtekuuluvusfondi kohta ning tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1260/1999, artikli 2 punkti 7 ja artikli 70 lõike 1 punkti b

tuleb tõlgendada nii, et

tegevus, mis pädevate asutuste hinnangul võib soodustada ettevõtjat hankemenetluses, on hõlmatud mõistega „eeskirjade eiramine“ ja toob üldjuhul kaasa alusetult saadud soodustuse äravõtmise, tingimusel et ei saa välistada võimalust, et see tegevus mõjutab asjaomase fondi eelarvet.

2. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankalepingute, asjade riigihankalepingute ja teenuste riigihankalepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artikli 45 lõike 2 esimese lõigu punkti d

tuleb tõlgendada nii, et

sellega ei ole põhimõtteliselt ja arvestades kohustust tõlgendada riigisisest õigust kooskõlas selle sätte eesmärkidega vastuolus liikmesriigi õigusnorm, millega jäetakse kontsessioonide andmise menetlusest ning ehitustööde, teenuste ja asjade riigihankemenetlusest kõrvale isikud, kes on ametialaste käitumisreeglite vastu raskelt eksinud, kui hankija on seda mis tahes viisil tõendanud.

3. Määruse nr 1083/2006 artiklit 98

tuleb tõlgendada nii, et

kui eeskirjade eiramine määruse nr 1083/2006 artikli 2 punkti 7 tähenduses sunnib pädevaid riigiasutusi tegema pidevalt finantskorrektsioone, tuleb kohaldatava korrektsooni suurus määrata kindlaks proportsionaalsuse põhimõtet järgides, võttes arvesse kõiki asjakohaseid konkreetseid asjaolusid, nimelt tuvastatud eeskirjade eiramise olemust ja raskust ning asjaomasele fondile tekitatud rahalist kahju, ilma et need asutused oleksid samas kohustatud igal juhul piirduma finantskorrektsooni kindlaksmääramisel ainult sellele fondile tekitatud rahalise kahjuga, mistõttu eriti raske ja taunitav süütegu võib põhimõtteliselt kaasa tuua toetuse 100% määraga korrigeerimise, olenemata sellest, kas mis tahes majanduslik mõju liidu eelarvele on tõendatud.