KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PAOLO MENGOZZI
esitatud 17. novembril 2009[1]

1. Käesolev kohtuasi, mille aluseks on mitu Oberlandesgericht Düsseldorfi esitatud eelotsuse küsimust, annab Euroopa Kohtule võimaluse taas tegeleda ehitustööde riigihanke ja ametiasutuste linnaplaneerimistegevuse vahelise eristuse probleemiga.

2. Täpsemalt: kohtuasja keskmes, mille kohta eelotsusetaotluse esitanud kohtul on palutud otsus teha, on kinnistu müük avalik-õiguslikult isikult eraõiguslikule isikule. Tüüpjuhul võib selline olukord viia mõttele, et tegemist võib olla riigiabiga.[2] Käesoleval juhul ei paista siiski selliseid probleeme tekkivat. Juhtumi eripära seisneb hoopis asjaolus, et ametiasutus otsustas võõrandada kinnistu pakkujale, kes näitas, et tal on seoses kõnealuse kinnistuga territooriumi linnaarenduse eest vastutava omavalitsusasutuse arvates kõige huvipakkuvamad ja väärilisemad maakasutuskavad ja ehitusprojektid. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib, kas sellises kontekstis tuleb kohaldada õigusnorme, mis reguleerivad riigihankeid, konkreetsemalt ehitustööde riigihankeid.

I Õiguslik raamistik

3. Sätted, mille kohta Euroopa Kohtul palutakse teha otsus, sisalduvad direktiivis 2004/18/EÜ[3] (edaspidi ka „direktiiv”).

1 – Algkeel: itaalia.

2 – On ilmne, et riigiabiga võib tegemist olla, kui riigivara võõrandatakse turuhinnast madalama hinnaga. Vt selle kohta eriti komisjoni teatis ametivõimude korraldatavas maa ja hoonete müügis sisalduvate riigiabi elementide kohta (EÜT 1997, C 209, lk 3; ELT eriväljaanne 08/01, lk 143).

3 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (EÜT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132).

4. Direktiivi artikkel 1 näeb ette:

„1. Käesoleva direktiivi kohaldamisel kehtivad lõigetes 2–15 esitatud mõisted.

[…]

2. a) *Riigihankelepingud* – ühe või mitme ettevõtja ning ühe või mitme ostja vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, mille objektiks on ehitustööd, toodete tarnimine või teenuste osutamine käesoleva direktiivi tähenduses.

b) *Ehitustööde riigihankelepingud* – riigihankelepingud, mille objektiks on kas ehitustööd või nii projekteerimine kui ka teostamine seoses mõne tegevusega I lisa tähenduses või ehitustööde teostamine või mis tahes viisil teostatav ehitustöö, mis vastab ostja kindlaksmääratud nõuetele. *Ehitustöö* – ehitus- või tsiviilehitustööde tulemused tervikuna, mis võimaldavad täita majanduslikke või tehnilisi ülesandeid.

[…]

3. Riiklike ehitustööde kontsessioon – sama liiki leping kui ehitustööde riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teostatavate tööde eest antakse üksnes ehitise ekspluateerimise õigus või see õigus koos tasuga.” [Mõiste „ostja” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hankija”]

[…]

II Asjaolud, põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

5. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (riigi kinnisvarahaldusega tegelev föderaalorgan; edaspidi „Bundesanstalt”) teatas 2006. aasta oktoobris interneti ja ajakirjanduse vahendusel oma kavatsusest müüa umbes 24 hektari suurune kinnistu Stadt Wildeshausenis (edaspidi „Wildeshauseni linn”). Kinnistul asus muu hulgas kasarm, mis oli 2007. aasta esimestel kuudel kasutusest kõrvaldatud.

6. Bundesanstalti avaldatud teates oli täpsustatud, et kinnistu lubatavad kasutusviisid tuleb kooskõlastada Wildeshauseni linnaga.

7. 2007. aasta mais hinnati kinnistu väärtus Bundesanstalti tellitud eksperdiarvamuses eurodes 2,33 miljonile.

8. Äriühing Helmut Müller GmbH (edaspidi „Helmut Müller") oli juba 2006. aasta novembris esitanud 4 miljoni euro suuruse pakkumuse kinnistu omandamiseks, mille juurde kuulus siiski tingimus, et maatüki üldplaneering peab olema kooskõlas tema kavaga. Seda ettepanekut ei võetud vastu.

9. 2007. aasta jaanuaris palus Bundesanstalt võimalikel huvitatud isikutel esitada kinnistule pakkumusi, ilma et sellel oleks kindlaksmääratud üldplaneeringut. Neil asjaoludel esitas Helmut Müller 1 miljoni euro suuruse omandamispakkumuse. Teine äriühing Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (edaspidi „GSSI") esitas seevastu 2,5 miljoni euro suuruse pakkumuse.

10. Järgmiseks palus Wildeshauseni linn pakkujatel esitada oma maakasutuskavad. Neid kavasid arutati Wildeshauseni linnaga ning kohal viibis ka Bundesanstalt. 24. mail 2007 otsustas Wildeshauseni linna volikogu GSSI planeeringu kasuks, teatades, et on valmis algatama sellel planeeringul põhineva kinnistu detailplaneeringu kehtestamise menetluse. Linnavolikogu otsuses oli siiski selgesõnaliselt märgitud, et seda eelistust ei loeta siduvaks Wildeshauseni planeeringupädevuse suhtes, kuna linnavolikogu jätab endale õiguse seda pädevust vabalt teostada.

11. 6. juunil 2007 müüs Bundesanstalt kinnistu GSSI-le. Müügilepingus ei ole ühtegi viidet võõrandatud kinnistu edaspidise kasutamise kohta.

12. Helmut Müller vaidlustas kinnistu müügi liikmesriigi kohtus, väites muu hulgas, et müük oleks pidanud toimuma riigihankeid reguleerivate normide kohaselt.

13. Eelotsust taotlev kohus, kelle poole vaidlusega pöörduti, esitas järgmised eelotsuse küsimused:

„1) Kas […] direktiivi 2004/18 [...] artikli 1 lõike 2 punktis b sätestatud ehitustööde riigihankelepinguga on tegemist vaid juhul, kui ehitustöö tehakse formaalselt

või materiaalselt hankija jaoks ja see toob talle otsest majanduslikku kasu?

2. Juhul kui direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punktis b sätestatud ehitustööde riigihankelepingu mõiste määratlus ei luba omandamise aspekti eirata, kas siis viidatud sättes esitatud teise variandi puhul on tegemist riigihankega, kui ehitustööd kasutab hankija teatud avalikel eesmärkidel (nt linnaosa linnaehituslikuks arendamiseks) ja hankijal on lepingu alusel õigus kontrollida avaliku eesmärgi täitmist ja seda, et ehitist saab edaspidi sel eesmärgil kasutada?

3. Kas direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punkti b esimesele ja teisele variandile vastava ehitustööde riigihankelepingu mõiste alusel lasub ettevõtjal otsene või kaudne ehitustöö tegemise kohustus? Kas tegemist on kohustusega, mille täitmist saab kohtus nõuda?

4. Kas direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punkti b kolmandale variandile vastava ehitustööde riigihankelepingu mõiste kohaselt lasub ettevõtjal ehitustöö tegemise kohustus või kas ehitustöö peab olema lepingu ese?

5. Kas hankelepingute suhtes, mille alusel tuleb vastavalt hankija kindlaksmääratud nõuetele tagada, et rajatav ehitis on kasutatav teatud avalikel eesmärkidel ja mille alusel saab hankija (lepingu alusel) ühtlasi õiguse kontrollida (kaudselt enda huvides), et ehitist saab kasutada avalikel eesmärkidel, kohaldatakse direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punkti b kolmandale juhtumile vastavat ehitustööde riigihankelepingu mõistet?

6. Kas direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punktis b sätestatud „hankija kindlaksmääratud nõuete” mõistele vastab see, kui ehitustöö teostatakse hankija poolt kontrollitud ja heaks kiidetud planeeringute alusel?

7. Kas direktiivi 2004/18 artikli 1 lõikes 3 sätestatud ehitustööde kontsessiooniga

ei ole tegemist juhul, kui kinnistu (millele ehitis tuleb rajada) omanik on või saab olema kontsessionäär või kui ehitustööde kontsessioonileping sõlmitakse tähtajatult?

8. Kas direktiivi 2004/18 – millest tuleneb hankija kohustus korraldada riigihankemenetlus – kohaldatakse ka juhul, kui kinnistu müük kolmanda isiku poolt ja ehitustööde riigihankelepingu sõlmimine toimub ajalise viivitusega ning kinnistu müügitehingu sõlmimise ajal ei ole ehitustööde riigihankelepingut veel sõlmitud, kuigi nimetatud tehingu toimumise ajal on hankijal asjaomase lepingu sõlmimise kavatsus?

9. Kas erinevaid, kuid selliseid omavahel seotud tehinguid – nagu kinnistu võõrandamine ja ehitustööde riigihankelepingu sõlmimine – tuleb riigihankeid reguleerivate õigusnormide seisukohast käsitada ühe tervikuna, kui kinnistu müügilepingu sõlmimise ajal kavatses hankija sõlmida ehitustööde riigihankelepingu ja kui pooled lõid nimetatud lepingute vahel teadlikult tiheda materiaalse – ja teatud juhtudel ka ajalise – seose (vt selle kohta 10. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-29/04: komisjon *vs.* Austria, EKL 2005, lk I-9705, nn Stadt Mödlingi kohtuotsus)?"

III Sissejuhatavad märkused

A. *Eelotsusetaotluse esitanud kohtu praktika*

14. Eelotsustust taotleva kohtu esitatud eelotsuse küsimuste mõistmiseks on vaja selgitusi. Eelkõige tuleb märkida asjaolu, mida seesama liikmesriigi kohus ka oma eelotsusetaotluses esile tõstab, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu (Oberlandesgericht Düsseldorf) praktikas on mõningaid iseärasusi, mille poolest see vastandub enamikule riigihangete alasele kohtupraktikale ja õigusteooriale.

15. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu seisukoht lähtub iseäranis eeldusest, et menetluse kuulumine põhiliselt linnaplaneerimise valdkonda ei välista põhimõtteliselt riigihankeid puudutavate ühenduse õigusnormide kohaldamist. Seoses sellega meenutab liikmesriigi kohus Euroopa Kohtu praktikat kohtuasjades Ordine degli architetti jt[4] ja komisjon *vs.* Prantsusmaa[5].

16. Teiseks tuletab eelotsusetaotluse esitanud kohus kohtuotsusest Auroux jt[6] põhimõtte,

4 – Euroopa Kohtu 12. juuli 2001. aasta otsus kohtuasjas C-399/98: Ordine degli Architetti jt (EKL 2001, lk I-5409).

5 – Euroopa Kohtu 20. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-264/03: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2005, lk I-8831).

6 – Euroopa Kohtu 18. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas C-220/05: Auroux jt (EKL 2007, lk I-385).

mille kohaselt saab ehitustööde riigihankeid puudutavaid ühenduse õigusnorme kohaldada, sõltumata asjaolust, et hankija kavatseb rajatavate ehitiste omanikuks saada või need ka lihtsalt oma valdusesse saada ja neid kasutada. Teisisõnu võib riigihankeid puudutavaid ühenduse õigusnorme kohaldada, sõltumata sellest, kas hankija vara tegelikult omandab. Konkreetsemalt võib hankija taotletav kasu olla ka mittemateriaalne ja seisneda, nagu käesoleval juhul, näiteks teatavate omavalitsusüksuse territooriumi linnaehitusliku arendamise eesmärkide saavutamises.[7]

17. Selle kohtupraktika alusel tõlgendab eelotsusetaotluse esitanud kohus põhikohtuasja esemeks olevat olukorda järgmiselt. Äriühingule GSSI anti ehitustööde kontsessioon,[8] mille suhtes oleks pidanud kohaldatama ühenduse õiguse asjakohaseid sätteid.[9] Asjaolu, et äriühing GSSI saab kõnesolevale varale omandiõiguse, ei ole selle tõlgendusega vastuolus, kuna direktiivis määratletud „kontsessiooni" mõiste ei välista ei lepingu tähtajatust ega seda, et kontsessionäär saab kontsessiooni esemeks oleva vara omandiõiguse.

18. Asjaolu, et Wildeshauseni linnal, kes eelistas äriühingu GSSI planeeringut, ei ole ametlikku siduvat kohustust selle planeeringu jaoks luba anda, ei ole eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates asjaolu, mis tema tõlgenduse kehtetuks muudaks. Eriti viitab liikmesriigi kohus Euroopa Kohtu otsusele kohtuasjas komisjon *vs.* Austria (nn Mödlingi kohtuotsus)[10], kinnitamaks, et käesoleva asja õiguslikul hindamisel võib arvesse võtta ka riigihankelepingu sõlmimisest hiljem aset leidnud sündmust, kui see on lepingu jaoks konkreetselt määrava tähtsusega. Vastasel

7 – Lisaks on Saksa õigusakte pärast eelotsusetaotluse esitamist muudetud 20. aprilli 2009. aasta riigihankealase õiguse kaasajastamise seadusega (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, *BGBl.* I, 790), millega muudeti GWB (konkurentsikaitse seadus) § 99, täpsustades mh, et ehitustööde riigihanke määratluse kolmanda variandi puhul on vaja, et hankija saaks otsest majanduslikku kasu. Vt ka allpool 35. joonealune märkus.

8 – Pole siiski päris selge, milline isik selle kontsessiooni andis. Isegi komisjon, kes näitas selles küsimuses eelotsusetaotluse esitanud kohtu seisukohtade suhtes üles üsna avatud hoiakut, pidi kohtuistungil tunnistama, et nii Bundesanstaltil kui ka Wildeshauseni linnal on selle rolliga sobivaid tunnuseid, ilma et selles suhtes oleks võimalik kindlaks teha ühe või teise suuremat osatähtsust.

9 – Eelotsusetaotluse kohaselt ei ole mingit kahtlust, et direktiivi kohaldamiseks ette nähtud lävi on kõnealusel juhul kaugelt ületatud. Kuna kinnistu väärtus iseenesest seda maksumust tegelikult ei ületa, on liikmesriigi kohtu arutluskäik kaheldamatult hüpoteetiline. Teisest küljest, võttes arvesse väljakujunenud kohtupraktikat, mille kohaselt selle hindamine, kas küsimused on vaidluse lahendamise seisukohalt asjakohased, kuulub liikmesriigi kohtu pädevusse, leian ma, et Euroopa Kohus peab kõnealusel juhul Oberlandesgericht Düsseldorfi küsimustele vastama. Vt selle kohta nt 15. detsembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-415/93: Bosman (EKL 1995, lk I-4921, punkt 61); 7. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-355/97: Beck ja Bergdorf (EKL 1999, lk I-4977, punkt 22); 7. juuni 2007. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-222/05–C-225/05: van der Weerd jt (EKL 2007, lk I-4233, punkt 22) ja 17. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-500/06: Corporación Dermoestética (EKL 2008, lk I-5785, punkt 23).

10 – Euroopa Kohtu 10. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-29/04: komisjon *vs.* Austria (EKL 2005, lk I-9705).

korral seataks ohtu ühenduse õigusnormide kasulik mõju.

19. Nagu ma eespool rõhutasin, tunnistab eelotsusetaotluse esitanud kohus ise, et tema antud tõlgendus ühenduse õigusele on käesolevas kohtuasjas kohaldatavas osas üksmeelse konsensuse saavutamisest kaugel. Seega tahab Oberlandesgericht Düsseldorf oma küsimustega Euroopa Kohtult sisuliselt teada, kas see tõlgendus on õige või mitte.

B. *Direktiivi artikli 1 keeleversioonide erinevused*

20. Enamikus keeleversioonides[11] määratleb direktiivi artikkel 1 kolm eri „ehitustööde riigihankelepingu" tüüpi. Täpsemalt on tegemist:

– *ehitustöö*[12] teostamise või ka vajadusel nii teostamise kui ka projekteerimisega seoses mõne ehitusega direktiivi I lisa tähenduses (esimene variant);

– *ehitise*[13] rajamise või ka vajadusel nii rajamise kui ka projekteerimisega (teine variant);

– *ehitustöö*[14] teostamisega mis tahes viisil, mis vastab hankija kindlaks määratud nõuetele (kolmas variant).

21. Kohe pärast seda täpsustab direktiiv, et „ehitustöö"[15] all mõeldakse ehitus- või tsiviilehitustööde tulemusi tervikuna, mis võimaldavad täita majanduslikke või tehnilisi ülesandeid.

22. Siin tuleb kohe märkida, et direktiivi keeleversioonide vahel on teatavaid erinevusi.

23. Eelkõige on seal erinevusi, mis tulenevad terminikasutusest, mis ei ole kolmes viidatud

11 – Siiski mitte kõigis: nt teisel nimetatud variandil puudub vaste portugali keeles.

12 – Saksa keeles: „von Bauvorhaben"; inglise: „of works"; prantsuse: „de travaux"; hispaania: „de obras"; hollandi: „van werken"; portugali: „de trabalhos"; kreeka: „εργασιών".

13 – Saksa: „eines Bauwerks"; inglise: „a work"; prantsuse: „d'un ouvrage"; hispaania: „de una obra"; hollandi: „van een werk"; kreeka: „ενός έργου".

14 – Saksa: „einer Bauleistung"; inglise: „of a work"; prantsuse: „d'un ouvrage"; hispaania: „de una obra"; hollandi: „van een werk"; portugali: „de uma obra"; kreeka: „ενός έργου".

15 – Saksa: „Bauwerk"; inglise: „work"; prantsuse: „ouvrage"; hispaania: „obra"; hollandi: „werk"; portugali: „obra"; kreeka: „έργο".

variandis alati järjekindel; eriti märgatav on see, kui jälgida termineid, mida kasutatakse mõnes keeleversioonis, nagu on näidatud kõnealuste variantide juurde kuuluvates joonealustes märkustes.

24. Lisaks on saksa versioonis veel kaks olulist erinevust. Esiteks on kolmandas variandis täpsustatud, et seal ette nähtud tööd tuleb teostada „kolmandate isikute poolt" (*durch Dritte*): sellist täpsustust teistes keeleversioonides ei ole.[16] Teiseks ei ole kolmandas variandis nimetatud tegevust nimetatud „ehitise" (*Bauwerk*) rajamiseks, vaid „ehitustööks" (*Bauleistung*): sellest tulenevalt selgub, et järgnev „ehitise" määratlus kehtib saksa tekstis ainult teise, mitte kolmanda variandi kohta.[17]

16 – Rõhutan siiski, et nagu eriti Austria valitsus kohtuistungil märkis, ei muuda saksakeelses tekstis leiduv täpsustus seda antud juhul mitte ehk teistest keeleversioonidest lausa lahknevaks, vaid kõigest „täpsemaks". Vaadeldava sätte struktuuri arvestades näib isegi teiste keeleversioonide abil olevat raske leida kolmanda variandi alla kuuluvat olukorda, kus töid ei tehtaks „kolmandate isikute poolt". Igal juhul ei saa väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ühenduse õigusnormi ühes keeleversioonis kasutatud erinev sõnastus olla selle sätte tõlgendamise ainuke alus ja sellele keeleversioonile ei saa tõlgendamisel anda eelist muude keeleversioonide ees. Vt selle kohta nt 27. märtsi 1990. aasta otsus kohtuasjas C-372/88: Cricket St. Thomas (EKL 1990, lk I-1345, punkt 18) ja 19. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-455/05: Velvet & Steel Immobilien (EKL 2007, lk I-3225, punkt 19).

17 – See saksa versiooni eripära sai alguse juba nõukogu 18. juuli 1989. aasta direktiiviga 89/440/EMÜ, millega muudeti direktiivi 71/305/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 210, lk 1). Direktiiv 89/440 tõi esmakordselt ühenduse õiguskorda praeguse ehitustööde riigihanke „kolmikjaotuse".

25. Äsja viidatud tekstiliste probleemide olemasolu tõttu ei ole kindlasti soovitatav otsida sätete „õiget" tõlgendust nende rangelt tähttähelise analüüsi abil, rääkimata sellest, kui see peaks piirduma ainult ühe keeleversiooniga. Tegelikult saab õigusnormile omistada tuleva tähenduse otsingul juhinduda ainult süstemaatilisest ja teleoloogilisest tõlgendusest koos teatava annuse tõlgendusliku terve mõistusega.

IV Õiguslik analüüs

A. *Sissejuhatus: ehitustööde riigihanke mõiste*

26. Selleks et anda eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimustele võimalikult ammendav vastus, tuleb esmalt teha kindlaks ehitustööde riigihanke põhitunnused.

27. Kohe tuleb täpsustada, et tegemist on mõistega, mis kuulub üksnes ühenduse õiguse valdkonda, nii et see, kuidas teatud

juhtu määratletakse mõne liikmesriigi õiguse alusel, ei ole sealjuures oluline.[18]

28. Nagu nägime eespool, määratleb direktiiv 2004/18 riigihankelepingu eseme kolm põhitüüpi. Kokkuvõttes võib siiski öelda, et nimetatud direktiivi artikli 1 kohaselt kuulub ehitustööde riigihanke mõiste alla ühest küljest selliste konkreetsete tööde tegemine, mida on võimalik seostada direktiivi I lisas loetletud liikidega, ning teisest küljest ehitiste rajamine. Teisisõnu hõlmab mõiste nii ehitustöid, olenemata sellest, kas tööde tulemuseks on lõpetatud ja/või valmis kinnisvara, kui ka konkreetse „valmis" kinnisvara rajamist, vajadusel ka kolmandate isikute vahendusel. Sellist vara, mille „valmisolekut" märgib direktiivis väljend, et see täidab „majanduslikke või tehnilisi ülesandeid", nimetatakse enamasti „ehitiseks".

29. Seda, kas konkreetsed hindamist vajavad olukorrad kuuluvad direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse või mitte, tuleb muidugi uurida igal juhul eraldi. Siiski tundub mulle, et üldiselt võimaldab paindlik lähenemisviis, mis ei põhine mitte niivõrd artikli 1 enamikus keeleversioonides eksisteerival kolmikjaotusel, vaid pigem ehitustööde/ehitiste kaksikjaotusel, mida kirjeldati eelmises punktis, enamikul juhtudel lahendada probleemi, kas direktiivi kohaldamiseks nõutavad objektiivsed tingimused on täidetud.

30. Olenemata sellest, milline lähenemisviis valitakse, ei tohi siiski unustada, et kõiki ehitustööde riigihankeid iseloomustav tegur on see, et tegemist on ehitamisega. Teisisõnu peavad tehtavad tööd sisaldama kinnisvara rajamist. Pelgalt olemasoleva kinnisvara müümine on tegelikult direktiivi kohaldamisalast selgesõnaliselt välja jäetud.[19]

31. Sealsamas direktiivi artiklis 1 on selgelt esitatud teised ehitustööde riigihanke põhitunnused. Seal on nimelt sätestatud, et ehitustööde riigihankelepingud on *kirjalikult* sõlmitud ja *rahaliste huvidega seotud lepingud*. Viimane tunnus tähendab seega, et töövõtja saab osutatavate tööde eest ametiasutuselt tasu, mis ei ole

18 – Vt 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Auroux jt, punkt 40.

19 – Vt direktiivi artikkel 16.

tingimata rahaline, kuid on kindlasti majandusliku väärtusega.[20]

32. Nagu teada, näeb direktiiv ise siiski ette alternatiivi „tüüpmudelile", mille puhul ametiasutus tasub (nagu nägime, laias tähenduses) ehitajale ehitise eest. Alternatiivse mudeli, nimelt riiklike ehitustööde kontsessiooni puhul antakse „vastutasuks teostatavate tööde eest [...] üksnes ehitise ekspluateerimise õigus või see õigus koos tasuga". Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates tuleks käesoleval juhul kohaldada ehitustööde kontsessiooni regulatsiooni, kuna ametiasutus piirdub sellega, et lubab isikul, kes kavatseb teatavaid ehitustöid teha, oma ehitustegevusest omandiõiguse normide kohaselt täiel määral kasu saada. Seda probleemi arutatakse üksikasjalikult allpool, eriti seitsmendat eelotsuse küsimust analüüsides.

33. Järgmiseks tuleb teha märkus eesmärgi kohta, mida ametiasutused taotlevad nende ehitiste ja/või ehitustöödega, mida nad teostada kavatsevad. Nagu Euroopa Kohtu praktikas on olnud võimalus täpsustada, on taotletav eesmärk direktiivi sätete kohaldatavuse seisukohalt ebaoluline.[21] Niisiis on olulised kõigest õigusaktis piiritletud objektiivsed tingimused.

34. Seda, miks ühenduse õigusnormid ei tee vahet eesmärkidel, mille ametiasutused konkreetsetel juhtudel endale on võtnud, võib selgitada, märkides, et nagu direktiivi põhjendustes on mõista antud, on ühenduse riigihankeõigusnormide peamine eesmärk kaotada põhivabadustele seatud piirangud ja soodustada tõhusat konkurentsi.[22] Sellest tulenevalt on tegemist nende isikute vaatenurgaga, kes võiksid ehitustööde tegemisest huvitatud olla, ja on selge, et nende isikute jaoks on avalik-õigusliku isiku eesmärk ebaoluline.

35. Direktiivi ulatuslikud ja suurejoonelised eesmärgid, mida tuleb selle tõlgendamisel küll arvesse võtta, ei tähenda siiski, nagu tuleks arvata, et selle õigusakti eesmärgile

20 – Nt võib ametiasutus rahasumma maksmise asemel vabastada maksukohustuslase teatud maksude tasumisest: vt 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ordine degli Architetti jt, punktid 76–86.

21 – 15. jaanuari 1998. aasta otsus kohtuasjas C-44/96: Mannesmann Anlagenbau Austria jt (EKL 1998, lk I-73, punkt 32). Vt ka 18. novembri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-126/03: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 2004, lk I-11197, punkt 18) ja 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle ja RPL Lochau (EKL 2005, lk I-1, punkt 26).

22 – Vt eriti direktiivi 2004/18 põhjendus 2, ning varasemast ajast põhjendused 2 ja 10 nüüdseks kehtetuks tunnistatud nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivist 93/37/EÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163). Vt selle kohta ka 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ordine degli Architetti jt, punkt 52, ja 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-470/99: Universale-Bau jt (EKL 2002, lk I-11617, punkt 51 ja seal viidatud kohtupraktika).

tuginedes võib tema kohaldamisala piiramatult laiendada. Eriti tuleb märkida, et mõni konkreetne sektor, kus direktiivi ei kohaldata, on märgitud juba direktiivi tekstis: eriti artiklites 10–16. Järelikult ei ole vastuvõetav direktiivi puhtalt „funktsionaalne" tõlgendus, mis juhinduks ainult selle aluseks olevatest eesmärkidest.

36. „Funktsionaalse" tõlgenduse vaatenurgast, mida näib eriti tuliselt toetavat komisjon, ilmneb keskne probleem, nimelt see, kuidas määratleda parameetrit, mille järgi direktiivi tuleb kohaldada. Komisjon ise märgib, et tema peamine mure on see, et teatud isikud võivad saada eelisseisundi, ilma et nad oleksid kõigepealt võrdses olukorras teiste isikutega, kes on potentsiaalselt selle seisundi saamisest huvitatud. Sellistel juhtudel, nagu vaadeldakse käesolevas kohtuasjas, seisneb eelisseisund kinnistu väärtuse suurenemises, mis tuleneb asjaolust, et ametiasutus lubab seal teostada teatavaid ehitustöid. Järelikult peab igasugune kinnisvara „väärtuse suurenemine" komisjoni tõlgenduse kohaselt kuuluma direktiivi sätete kohaldamisalasse, kui see suurenemine tuleneb ametiasutuste tegevusest. On siiski ilmne, et sellise seisukohaga nõustudes tekib oht nõustuda hüpoteesiga, olgu see kui absurdne tahes, et direktiivi normide kohaldamisalasse kuulub *igasugune linnaplaneerimistegevus*: sätted, mis reguleerivad ehitiste rajamise võimalust, muudavad juba definitsiooni kohaselt nende kinnistute väärtust, mille kohta nad käivad, üsna põhjalikult.

37. Sellist äärmuslikku seisukohta ei toeta tegelikult keegi. Tuleb aga rõhutada, et see on direktiivi puhtfunktsionaalse tõlgenduse loogiline tagajärg.

38. On tõsi, et nagu teada, on Euroopa Kohtu praktikas antud teatud valdkondades ühenduse õigusnormidele sõnaselgelt „funktsionaalne" tõlgendus. Konkreetselt riigihangete valdkonnas on seda tehtud „hankija" ja „avalik-õigusliku isiku" mõistetega.[23] Selle kohta tuleb siiski esmalt märkida, et neil juhtudel kasutati funktsionaalset tõlgendamist konkreetse mõiste ulatuse selgitamiseks, mitte selleks, et määrata üldiselt kogu riigihankeid käsitlevate õigusnormide kogumi kohaldamisala. Lisaks oli funktsionaalse tõlgendamise eesmärk viidatud juhtudel peamiselt vältida tohutute lünkade tekkimist, mis pakuksid laialdast kuritarvitamise võimalust – ma pean silmas näiteks olukorda, kus ühing on saanud avalik-õigusliku isiku tüüpilise funktsiooni alles pärast ühingu asutamist,

23 – Vt nt eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Universale-Bau jt, punkt 53; 13. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-337/06: Bayerischer Rundfunk jt (EKL 2007, lk I-11173, punkt 37) ja 10. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-393/06: Ing. Aigner (EKL 2008, lk I-2339, punkt 37).

ilma et selle põhikirja oleks muudetud,[24] või olukorda, kus (kõnesoleval juhul ringhäälinguorganisatsiooni) rahastamiseks ei tehtud mitte otsest makset riiklikest vahenditest, vaid kehtestati kõigile ringhäälinguvastuvõtja omanikele maks.[25]

39. Seega näib mulle olevat ilmne, et direktiivi kohaldamisala tuleb kindlaks määrata eelkõige direktiivis endas sätestatud objektiivsete tingimuste alusel. See ei tähenda muidugi, et tõlgendaja peaks üldse vältima „funktsionaalse" tõlgenduse arvestamist. Tegelikult on direktiivi eesmärgid arusaadavalt tõlgendamisel üks peamisi lähtekohti,[26] kuid need ei saa olla siiski ainsaks alusparameetriks ega saa nende abil mööda minna seadusandja soovist õigusnormi kohaldamisala määratleda.

40. Nüüd asun ma eelotsuse küsimuste uurimise juurde. Küsimuste loogiliste seoste tõttu tegelen ma kõigepealt esimese, teise, viienda ja kuuenda küsimusega.

24 – Eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Universale-Bau jt.

25 – Eespool 23. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Bayerischer Rundfunk jt. Vt ka sarnases olukorras tehtud 11. juuni 2009. aasta otsus kohtuasjas C-300/07: Hans & Christophorus Oymanns (EKL 2009, lk I-4779, punkt 57).

26 – Vt nt 17. novembri 1983. aasta otsus kohtuasjas 292/82: Merck (EKL 1983, lk 3781, punkt 12); 14. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-223/98: Adidas (EKL 1999, lk I-7081, punkt 23) ja 7. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas C-17/03: VEMW jt (EKL 2005, lk I-4983, punkt 41).

B. *Esimene ja teine küsimus*

41. Esimese kahe eelotsuse küsimusega, millega tuleb tegeleda korraga, palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtul selgitada, kas üldiselt on selleks, et tegemist oleks direktiivi 2004/18 tähenduses ehitustööde riigihankega, vaja, et riigihanke ese oleks vara, mille avalik-õiguslik isik materiaalselt omandab ja mis toob talle otsest majanduslikku kasu. Jaatava vastuse korral, st siis, kui eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnastust kasutades ei ole võimalik „omandamise aspekti eirata", küsitakse, kas see omandamise aspekt võib seisneda üldise avaliku eesmärgi täitmises, näiteks teatavas linnaehituslikus arendustegevuses.

1. Poolte seisukohad

42. Käesolevas menetluses märkusi esitanud isikute seisukohad katavad võrdlemisi laia skaala.

43. Ühest küljest kinnitab Saksa valitsus jõuliselt, et selleks et võiks kõneleda ehitustööde

riigihankest, peab olema tegemist omandamise aspektiga. Teda toetavad selles Bundesanstalt ja suurel määral ka Austria valitsus. Tegelikult väidab Saksa valitsus, et tegemist ei pea olema tingimata materiaalse omandamisega ning et piisav võib olla ka lihtsalt avalik-õigusliku isiku saadud majanduslik kasu. Saksa valitsuse arvates ei piisa aga kõigest üldisest avaliku eesmärgi täitmisest nagu käesoleval juhul. Euroopa Kohtu otsuse Auroux jt kohta, mis, nagu näha, on üks liikmesriigi kohtu seisukoha tugisambaid, arvab Saksa valitsus, et kohtuasjas, mille kohta see otsus tehti, oli ametiasutuse otsese majandusliku kasu olemasolu enesestmõistetav, nii et Euroopa Kohus ei pidanud vajalikuks sellele küsimusele tähelepanu pöörata. Seda ei tohiks siiski mingil juhul tõlgendada nii, et majandusliku kasu tingimuse saaks ära jätta: see tingimus on direktiivi üldises ülesehituses implitsiitselt sätestatud, kuigi seda ei ole sinna otsesõnu märgitud. Direktiivi kasuliku mõju tagamise ja kuritarvitamise ohu vältimise vajadust puudutavate argumentide alusel ei saa Saksa valitsuse arvates lubada direktiivi varjatud kohaldamist väljaspool selle loomulikku kohaldamisala. Kui tekib vajadus vältida kuritarvitamist väljaspool riigihangete sektorit, tuleb sellega tegeleda teiste reguleerimisvahendite, mitte direktiivi 2004/18 abil.

44. Saksa valitsuse seisukohale vastandub diametraalselt komisjoniseisukoht. Eriti leiab komisjon, et ainus eelotsusetaotluse esitanud kohtule vastamiseks oluline tegur on asjaolu, et direktiivi sõnastus ei nõua, et selleks et tegemist oleks ehitustööde riigihankega, peaks ametiasutus midagi kolmandalt isikult omandama. Omandamise toimumise nõudmine tähendaks sellise tingimuse kehtestamist, mida õigusakt ise ei nõua.

45. Viimaks, Madalmaade valitsus jääb vahepealsele seisukohale. See valitsus on seisukohal, et kuigi – sealhulgas ka Euroopa Kohtu praktika kohaselt – ei ole vajalik, et ametiasutus ehitise omandaks, on selleks, et tegemist oleks ehitustööde riigihankega, vaja, et ametiasutusel oleks selle vastu otsene majanduslik huvi. Konkreetsemalt võib see majanduslik huvi olenevalt olukorrast seisneda ametiasutuse saadud majanduslikus kasus või milleski, mida Madalmaade valitsus määratleb selle asutuse kantava „kahjude riskina". Eelotsusetaotluse esitanud kohtule esitatud juhtumi puhul see majanduslik huvi Madalmaade valitsuse arvates puudub või vähemalt ei ole see liikmesriigi kohtu esitatud andmete põhjal tuvastatav.

2. Hinnang

46. Minu arvates jääb direktiivi 2004/18 õige tõlgendus Saksa valitsuse ja komisjoni „äärmuslike" arvamuste vahele. Teisest küljest ei jaga ma täielikult ka Madalmaade valitsuse arvamust, mis seab minu arvates ehitustööde riigihanke mõiste määratlemisel liiga suure rõhu ühele majanduslikule tegurile.

47. Euroopa Kohtule esitatud küsimusele vastamisel pean oluliseks alustada tõlgendusest, mis tuleks anda juba viidatud kohtuotsusele Auroux jt[27]. Nagu teada, andis selle otsuse aluseks olnud menetluse esemeks olnud juhtumis üks omavalitsusasutus teisele hankijale ilma hankemenetlust korraldamata ülesandeks piirkondliku arendusprojekti teostamise. Selles kontekstis oleks teine hankija pidanud osaliselt omavalitsuse vahendeid kasutades rajama mitmeid ehitisi, mis olid osaliselt mõeldud kolmandatele isikutele müümiseks ja osaliselt juba rajatuna omavalitsusasutusele üleandmiseks. Euroopa Kohus käsitas seda olukorda ehitustööde riigihankena, pidades sealjuures ebaoluliseks seda, kas lepinguga on ette nähtud, et esimene hankija saab terve rajatava ehitise või selle osa omanikuks.[28]

48. Nagu märgib Saksa valitsus, on tõsi, et selle kohtuasja asjaolude puhul ei olnud kahtlust, et teatavad rajatavad ehitised tõid vähemalt osaliselt omavalitsusasutusele kasu. Tõsi on aga ka see, et Euroopa Kohtu kasutatud küllalt lai sõnastus välistab minu arvates vajaduse pidada ehitustööde riigihanke tingimuseks seda, et ametiasutus need tööd otseselt omandaks.

49. Teisest küljest tuleb siiski rõhutada teist äsja viidatud kohtuotsuses uuritud olukorra omadust – kõnesoleval juhul tasus omavalitsusasutus suure rahasumma ning tegutses koos teise hankijaga otseselt soovitud ehitiste rajamise saavutamise nimel.

50. Kuigi ehitustööde riigihanke mõistet tuleb võimaliku kuritarvitamise vältimiseks laialt tõlgendada, ei saa seda siiski lõpmatuseni laiendada, nagu märgiti juba eespool.[29] Selline „funktsionalistlik" tõlgendus ei saa direktiivi kohaldamisala piire täielikult eirata. Kuigi on kindlasti tõsi, et riigihangete valdkonna direktiivide peamine eesmärk on ettevõtjatevahelise konkurentsi soodustamine ja turgude avamine, on samas ka tõsi, et väljaspool direktiivi kohaldamisala tuleb seda eesmärki püüda saavutada, kasutades erinevaid

27 – Viidatud eespool 6. joonealuses märkuses.

28 – *Ibidem*, punkt 47.

29 – Vt eespool punkt 35 jj.

sobivaid õigusinstrumente, laiendamata riigihankesätete kohaldamisala lõpmatuseni.

51. Seega tuleb teatava täpsusega kindlaks teha selle kohaldamisala piirid, mis peavad olema direktiivi sätete kohaldatavuse ületamatud piirid.

52. Mulle näib, et kui vaadelda õigusakti tervikuna, võttes arvesse ka seda, kuidas Euroopa Kohus on seda siiani tõlgendanud, on võimalik leida aluspõhimõte, mille kohaselt on selleks, et tegevus jääks ehitustööde riigihangete õiguse kohaldamisalasse, nõutav, et ametiasutuse ja tehtavate tööde või rajatavate ehitiste vahel oleks *otsene seos*. Üldjuhul tuleneb see seos asjaolust, et ehitustööd teostatakse või ehitis rajatakse ametiasutuse algatusel.

53. Seega ei ole pelgalt mittemateriaalne ja kaudne kasu piisav, erinevalt sellest, mida väidab eelotsusetaotluse esitanud kohus. Samuti ei piisa pelgalt asjaolust, et hinnatav tegevus vastab avalikule huvile. Tuleb märkida, et juhtudel, mil tegevuseks on nõutav ametiasutuse luba (mis kehtib tavaliselt igasuguse ehitustegevuse kohta), peab see tegevus loa saamiseks enesestmõistetavalt vastama avalikule huvile, mis on ametiasutuste loa andmisel põhiparameeter. Lihtsalt avaliku huvi olemasolu, mis õigustab tegevuseks loa andmist, ei saa järelikult olla määrav kriteerium, mille abil määratleda direktiivi kohaldamisalasse kuuluvaid juhtumeid, kui seda kohaldamisala ei taheta kontrollimatult laiendada. Eriti tuleb silmas pidada, et ehitusluba, st ametiasutuse *objektiivselt* linnaehitusliku pädevuse väljendus, piirdub reeglina sellega, et kõrvaldatakse piirang, mis takistab eraõigusliku isiku, mitte ametiasutuse algatuse läbiviimist.

54. Ma arvan, et ametiasutuse ja rajatavate ehitiste või tehtavate tööde vahelise otsese seose nõue võimaldab ühitada kaht vajadust, mis üldiselt kalduvad vastanduma, nimelt vajadust vältida ühest küljest kuritarvitamist ja teisest küljest vältida direktiivi

kohaldamisala kontrollimatut laiendamist. Eriti võimaldab selline sõnastus järgida seda, mida Euroopa Kohus on sedastanud juba korduvalt viidatud kohtuotsuses Auroux jt, mille kohaselt ei ole riigihankelepingutealaste õigusnormide kohaldamiseks vajalik tingimus, et ametiasutus saaks ehitise oma omandisse. Seda kohtuotsust ei saa siiski kasutada, et õigustada lähenemisviisi , mis jätaks täiesti arvestamata tugeva seose ametiasutuste ja rajatavate ehitiste vahel: minu arvates võib just otsese seose kriteerium olla sellise vajaliku seose sobiv sõnastus.

55. Esmalt on selline otsene seos ilmselt märgatav olukordades, kus ametiasutus saab rajatava vara otse enda omandisse. On ilmne, et tegemist on kõige tüüpilisema juhuga ning sellise tüüpnäite alla langeb suurem osa juhtusid, mille puhul direktiivi tuleb kohaldada. Sellise tüüpolukorraga saab võrrelda ka olukordi, kus rajatav vara toob ametiasutuse jaoks *otsest majanduslikku kasu*, kuigi see asutus vara enda omandisse ei saa. Tegemist võib olla näiteks juhtudega, kus ametiasutused omandavad rajatud vara peale õiguse, mis ei ole küll omandiõigus, ent võimaldab siiski vähemalt teataval määral vara kasutada.

56. Teine ametiasutuse ja rajatavate ehitiste või tehtavate tööde otsese seose võimalus on minu arvates olukord, kus ametiasutus kasutab tööde tegemiseks ja/või ehitiste rajamiseks avalikke vahendeid. Enamikul juhtudel on ilmselt tegemist olukordadega, mis kuuluvad ka eelmises punktis kirjeldatud esimese juhu alla, kuna kõige klassikalisemas olukorras, kus avalikke vahendeid ehitustööde tegemiseks või ehitiste rajamiseks kasutatakse, ehk riigihanke puhul tasub ametiasutus, et saada rajatav vara enda omandisse. Pealegi võidakse ka kontsessioonimudeli puhul avalikke vahendeid kasutada, kuigi need ei suuda katta kogu rajatavate ehitiste või tehtavate tööde maksumust.

57. See teine võimalus hõlmab aga ka olukordi, kus ametiasutus ei saa raha või muude avalike vahendite kulutamise eest rajatavat vara enda omandisse. Nagu Euroopa kohus täpsustas kohtuotsuses Auroux jt, ei ole hädavajalik, et asutus saaks tingimata omanikuks. Lisaks tundub, et õigluse ja direktiivi aluseks olevate põhimõtetega on täiesti kooskõlas asjaolu, et kui ametiasutused kavatsevad kasutada avalikke vahendeid, toimub neid

vahendeid saavate isikute valimine direktiivi pakutavate tagatiste toel.

58. Enesestmõistetavalt kuuluvad selle võimaluse alla ka olukorrad, kus kasutatavad avalikud vahendid ei ole rahalised: siin pean ma silmas näiteks juhtu, kus ehitise rajamiseks või ehitustööde tegemiseks antakse töövõtja või kontsessionääri käsutusse avalik maa kas tasuta või turuhinnast madalama hinnaga.

59. Kolmas ametiasutuse ja teostatavate ehitustööde või ehitiste vahelise otsese seose võimalus on täiendav võimalus, mis puudutab juhtumeid, kus need ehitised ja/või ehitustööd on, olenemata esimese või teise võimaluse kehtimisest, ikkagi ametiasutuse enda algatuse tulemus. Eriti on sellise juhuga tegemist, kui ametiasutus korraldab omal algatusel menetluse, mille tulemusel rajatakse ehitisi või tehakse ehitustöid. Sedalaadi olukorda hindas Euroopa Kohus juba viidatud kohtuotsuses Auroux jt.[30]

60. Kolmanda ja viimase võimaluse juurde tuleb siiski teha oluline täpsustus. Tegevus, millega ametiasutus sellises kontekstis tegeleb, peab ületama selle asutuse tavalise linnaplaneerimispädevuse piiri. Ainult nii saab tõmmata selge piiri direktiivi kohaldamisalasse kuuluva tegevuse ja sellest välja jääva „tavalise" linnaplaneerimistegevuse vahele. Seda, kumba liiki ametiasutuse tegevus kuulub, peab konkreetselt hindama liikmesriigi kohus igal üksikjuhul eraldi.

61. Selles kontekstis ei saa ka välistada, et ka teatava linnaplaneeringu saavutamine võib olla direktiivi kohaldamisalasse kuuluva lepingu ese. Kuid ainult tingimusel, et ametiasutuse ja tööde või rajatava ehitise vahel oleks eelnevates punktides kirjeldatud tähenduses otsene seos. Lihtsalt avalike huvide kaitse, millega tegeldakse tavalist linnaplaneerimispädevust kasutades, ei ole riigihanget ja kontsessioone käsitlevate ühenduse õigusnormide kohaldamiseks piisav.

62. Käesoleval juhul tuleb sellise otsese seose olemasolu hinnata muidugi eelotsusetaotluse esitanud kohtul. Märgin siiski, et nende andmete alusel, mille liikmesriigi kohus Euroopa Kohtule esitas, tundub mulle väheusutav, et sealt võiks leida otsese seose. Nagu näib

30 – Viidatud 6. joonealuses märkuses, punkt 42.

olevat selge, ei omanda ametiasutus esiteks vaadeldaval juhul mingit vara ega saa mingisugust otsest majanduslikku kasu. Samuti ei tundu olevat tegemist teiste võimalike olukordadega, kus otsene seos oleks mõeldav, kuna Wildeshauseni linn ei ole ehitiste rajamiseks ühtegi konkreetset algatust ette võtnud, piirdudes selle asemel talle esitatud eri kavade hindamisega, ega ole ehitamiseks isegi midagi kulutanud. Samuti ei paista sellist seost olevat Bundesanstaltiga.

kindlaksmääratud nõuded" võivad seisneda lihtsalt asjaolus, et ametiasutusel on õigus tagada, et rajatav ehitis vastaks avalikule huvile.

65. Kuuenda küsimusega tahetakse seevastu teada, kas viidatud variandis nimetatud „hankija kindlaksmääratud nõuded" võivad seisneda lihtsalt asjaolus, et ametiasutusele on antud pädevus kontrollida ja kiita heaks ehitusplaneeringuid.

C. *Viies ja kuues küsimus*

1. Poolte argumendid

63. Viies ja kuues eelotsuse küsimus puudutavad ainult kolmandat ehitustööde riigihanke mõiste „varianti"[31], ning selle juhu osas kujutavad need endast teataval määral esimeses kahes küsimuses, eriti teises küsimuses tõstatatud probleemide ümbersõnastust.

66. Kõik märkusi esitanud pooled, välja arvatud loomulikult Helmut Müller, on põhimõtteliselt ühel meelel, et sellises olukorras, nagu käsitletakse põhikohtuasjas, ei ole täidetud tingimused, mis on vajalikud, et tegemist saaks olla ehitustööde riigihankega kolmanda variandi tähenduses.

64. Täpsemalt tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus oma viienda küsimusega teada, kas viidatud variandis nimetatud „hankija

67. Eriti rõhutavad komisjon, Madalmaade valitsus ja Prantsuse valitsus vajadust teha vahet ametiasutuse „aktiivsel" rollil, mille

31 – Vt eespool punkt 20.

puhul asutus võtab ehitise rajamise initsiatiivi või vähemalt avaldab sellele otsustavat mõju, ja pelgalt „passiivsel" rollil, mille puhul ametiasutused piirduvad eraõiguslikelt isikutelt tulevate projektide heakskiitmise ja kontrollimisega. Nende arvates ei ole teisel juhul tegemist riigihankega, vaid kõige enam ametiasutuste tavaliste planeerimis-, heakskiitmis-, kontrolli- jms ülesannete täitmisega.

68. Saksa valitsus omalt poolt tugineb oma seisukohas kaalutlusele, et ka kolmanda riigihanke mõiste variandi puhul on vaja, et oleks täidetud tingimused, mida Saksa valitsus peab vajalikuks ka kummagi esimese variandi puhul, sealhulgas eriti ametiasutuse otsese majandusliku kasu tingimus.

2. Hinnang

69. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu otsus eristada oma Euroopa Kohtule esitatud küsimuste liigenduses ehitustööde riigihanke mõiste kahe esimese variandi problemaatikat, mida puudutab eriti teine küsimus, ja kolmanda variandi problemaatikat, mis on viienda ja kuuenda küsimuse keskmes, põhineb minu arvates soovil tuletada kolmanda variandi sõnastusest direktiivi kohaldamisala märkimisväärset laiendamist.

70. Pole aga kahtlust, nagu komisjon muu hulgas oma märkustes hästi esile tõi, et ehitustööde riigihanke mõiste kolmas variant sõnastati tegelikult selleks, et vältida õigusaktist kõrvale hoidmist ja et direktiivi kohaldamisalasse saaks tuua mitmesuguseid juhtusid, mida oleks võimatu eelnevalt ammendavalt määratleda.

71. Nagu ma eespool märkisin, ei saa õigusakti sõnastust siiski kasutada selleks, et selle ulatust kontrollimatult laiendada. Täpsemalt laieneks juhul, kui „hankija kindlaksmääratud nõuded" võiksid hõlmata kõiki ametiasutuste heakskiitmis- ja linnaplaneerimisülesandeid, direktiivi kohaldamisala mõõdutundetult.

72. Tegelikult tuleks ka kolmanda variandi puhul kasutada kaalutlusi, mille ma esitasin eespool seoses kahe esimese eelotsuse küsimusega. Pole mingit põhjust arvata, et kolmanda variandi puhul võiks jätta arvestamata

nõude, et ametiasutuse ja rajatavate ehitiste vahel oleks otsene seos, selleks et direktiivi 2004/18 saaks kohaldada.

D. *Vahekokkuvõte*

73. Tehes seega kokkuvõtte esimese, teise, viienda ja kuuenda eelotsuse küsimuse analüüsist, soovitan Euroopa Kohtul vastata, et selleks et oleks tegemist ehitustööde riigihanke või riiklike ehitustööde kontsessiooniga direktiivi 2004/18 tähenduses, on vaja, et hankijal ja töödel või rajatavatel ehitistel oleks otsene seos. Konkreetsemalt võib see otsene seos seisneda asjaolus, et ehitis on mõeldud selleks, et ametiasutus selle omandaks, või et see annab talle otsest majanduslikku kasu, või ka asjaolus, et hankija on selle rajamise ise algatanud või kannab vähemalt osaliselt selle kulud.

E. *Kolmas ja neljas küsimus*

74. Kolmanda ja neljanda küsimusega tahab Oberlandesgericht Düsseldorf sisuliselt teada, kas ehitustööde riigihanke mõiste puhul on oluline asjaolu, et töövõtjal lasub ehitise rajamise või ehitustööde tegemise kohustus. Pealtnäha veidraid küsimusi selgitab see, kui võtta arvesse, et liikmesriigi kohtus uuritaval juhul on teada, et kinnistute omandaja ei võtnud kinnistu ostmisel mingit ehitamiskohustust.

75. Peaaegu kõik märkusi esitanud isikud on üldiselt ühel meelel, et küsimusele tuleb vastata jaatavalt, ilma et nende vahel tekiks olulisi eriarvamusi. Ainult põhikohtuasja hageja äriühing Helmut Müller soovitab ilmselgetel põhjustel Euroopa Kohtul nõustuda eelotsusetaotluse esitanud kohtu seisukohaga, mille järgi see kohustus ei ole vajalik.

76. Minu arvates on siiski selge, et küsimustele tuleb anda jaatav vastus ning et tööde tegemise ja/või ehitiste rajamise kohustus on hädavajalik asjaolu, et tegemist saaks olla ehitustööde riigihanke või ehitustööde kontsessiooniga.

77. See tuleneb eelkõige ja peamiselt direktiivi 2004/18 enda sätetest, kus ehitustöö

riigihankeleping on määratletud rahaliste huvidega seotud lepinguna. Sellest mõistest lähtuvalt eksisteerib seega ka ettekujutus, et teatava hinna tasuva (või teise võimalusena kasutusõiguse andva) hankija ja ehitustöid tegema või ehitist rajama kutsutud töövõtja vahel on vastastikune teenuste vahetussuhe. Seega on ilmne, et riigihange on vastastikku siduva iseloomuga. Selle iseloomuga oleks selges vastuolus, kui lubada, et pärast hankelepingu sõlmimist võiks töövõtja lihtsalt ühepoolselt ja ilma vähimategi tagajärgedeta otsustada, et ta lepingus sätestatut ei täida. Muidu saaks töövõtja lõpuks kaalutlusõiguse hankija nõudmiste ja vajaduste üle.

78. Teistsugune ja põhimõtteliselt eraldiseisev küsimus, mille eelotsusetaotluse esitanud kohus samuti esitas, puudutab seda, kas selleks, et tegemist oleks ehitustööde riigihankega, peab sellise kohustuse täitmist, mille töövõtja endale ametiasutuse ees võtab, olema võimalik kohtus nõuda. Liikmesriigi kohus küsib seega, kas tuleks ette näha võimalus, et hankija võib lepingu täitmata jätmise korral pöörduda kohtusse, et kohustada töövõtjat seda täitma.

79. Kui eelotsusetaotluse esitanud kohus kavatseb selle sõnastusega Euroopa Kohtult küsida, kas on vaja, et ehitustööde riigihanke puhul direktiivi 2004/18 tähenduses peab riigi õiguskord kindlasti sätestama mehhanismid, mille abil töövõtjat saab kohustada lepingus ette nähtud ehitist rajama või ehitustöid tegema, peab vastus olema minu arvates eitav, kuna direktiivis ei osuta sellele miski.

80. See ei tähenda siiski, et lepingu täitmata jätmine töövõtja poolt võiks olla ebaoluline. Nagu ma eespool märkisin, ei tohi unustada, et ehitustööde hankeleping on igas suhtes leping, st juriidiline dokument, mis eri riikide õiguskorras küll varieerub, kuid mille iseloomulik omadus on ikka siduvus. Nagu Saksa valitsus oma märkustes õigustatult nentis, on selleks, et saaks kõnelda ehitustööde riigihankest, vaja, et töövõtjal oleks lepinguline kohustus ette nähtud teenust osutada. Lepingu võimaliku täitmatajätmise tagajärjed kuuluvad aga liikmesriikide õiguse pädevusse: miski ei takista näiteks seda, et juhul kui töövõtja jätab lepingu täitmata, näeb ühe liikmesriigi õigus ette, et leping lõpetatakse, sõlmitakse leping teise töövõtjaga ja et ametiasutusel on õigus nõuda esimeselt töövõtjalt lihtsalt kahju hüvitamist.

81. Seega teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata kolmandale ja neljandale eelotsuse

küsimusele, et ehitustööde riigihanke ja riiklike ehitustööde kontsessiooni mõiste direktiivi 2004/18 tähenduses eeldavad, et töövõtjal oleks ametiasutuse ees lepinguline kohustus kokkulepitud teenust osutada. Töövõtja kohustuste täitmatajätmise tagajärjed tuleb kindlaks määrata siseriiklikus õiguses.

1. Poolte seisukohad

83. Selle probleemi kohta on kõige selgem seisukoht Saksa valitsusel, kes välistab üldiselt kontsessiooni institutsiooni ja omandiõiguse kokkusobivuse. Selle põhjus on, et definitsiooni kohaselt eeldab kontsessioon seda, et kontsessiooni andjale kuuluksid õigused, mis antakse üle kontsessionäärile.

F. *Seitsmes küsimus*

84. Madalmaade valitsus ja Austria valitsus, kes küll ei välista absoluutselt kontsessiooni ja omandiõiguse kokkusobivust, väidavad omalt poolt, et käesoleval juhul on ametiasutuse roll olnud liiga piiratud, et tegemist saaks olla kontsessiooniga. Selleks oleks nende valitsuste arvates vaja, et ametiasutused annaksid kontsessionäärile teostatavate ehitustööde ja/või ehitiste kohta vähemalt täpsed juhised.

82. Seitsmenda küsimusega küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, kas olukorras, kus „kontsessionääril" on omandiõigus, mis annab talle juba niigi õiguse kontsessiooni esemeks olevat vara kasutada, saab tegemist olla ehitustööde kontsessiooniga direktiivi 2004/18 tähenduses.[32] Üldisemalt puudutab küsimus seda, kas ühenduse õigus lubab tähtajatut kontsessiooni.

85. Ainult komisjonil on avatum seisukoht. Tuginedes sellele, et ehitustööde kontsessiooni iseloomulik tunnus on asjaolu, et kontsessionäär kannab ehitustööde tegemise või ehitise rajamisega seotud majanduslikku riski, väidab komisjon eriti, et käesoleval juhul võib sellist majanduslikku riski näha selles, et „kontsessionäär" ei saa olla kindel, kas ametiasutus võtab vastu tema planeeringud, mille

32 – Kui täpne olla, viitab eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimuse sõnastus *kinnistu* omamisele, kus ehitustöid tuleb teha või kuhu ehitis tuleb rajada. Nagu seesama kohus eelotsusetaotluse põhjendustes siiski märgib, tuleneb hoone kasutamise õigus otseselt selle kinnistu omandiõigusest, kuhu hoone on ehitatud. Järelikult seisneb tegelik probleem, millel küsimus põhineb, just kontsessiooni ja omandiõiguse vahelises suhtes.

teostamiseks ta on pidanud tegema eelnevalt kulutusi, et kinnistu osta.

88. Sellesama etümoloogia kohaselt kujutab kontsessioon endast isikule antud võimalust kasutada vara, millele tal muidu ei saaks olla mingit õigust.

2. Hinnang

89. Direktiiv 2004/18 kõneleb omalt poolt riiklike ehitustööde kontsessiooni määratlemisel kõigest „ehitise ekspluateerimise õigusest", mis antakse ehitise rajanud isikule vastutasuks.

86. Seitsmes küsimus on teatavas mõttes kõige problemaatilisem, vähemalt ühest põhimõttelisest aspektist. Riiklike ehitustööde kontsessiooni ja omandiõiguse kokkusobivuse probleemil on olulisi teoreetilisi ja praktilisi tagajärgi.

90. Kuigi aga seda „ekspluateerimise õigust" saab tõlgendada laialt, tundub mulle, et kõnealuse õigusakti mõtet ja üldist ülesehitust arvestades tuleks välistada selline riiklike ehitustööde kontsessiooni võimalus, kus kontsessionäärile antakse rajatud ehitiste peale omandiõigus.

87. Ametiasutuse otsus kasutada riiklike ehitustööde kontsessiooni võib tuleneda mitmesugustest põhjustest. Mõnel juhul võib asi olla soovis kasutada erasektori spetsiifilisi kogemusi või ehitada tõhusamaid ehitisi. Ei ole siiski kahtlust, et enamikul juhtudel otsustatakse kontsessiooni kasuks rahalistel põhjustel. Seda institutsiooni kasutades on võimalik rajada avaliku huviga seotud ehitisi, koormamata avalikke vahendeid.[33]

91. Nagu märkis eriti Saksa valitsus, näib asjaolu, et direktiiv kõneleb kontsessionäärile antavast ekspluateerimise õigusest, esiteks

33 – Vt selle *ratio legis*'e kohta komisjoni tõlgendusteatis kontsessioonide kohta ühenduse õiguses (EÜT 2000, C 121, lk 2, punkt 1.2) ja hilisemast ajast komisjoni 15. novembri 2005. aasta teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele avaliku ja erasektori partnerluste ja ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal (KOM(2005) 569 (lõplik)), punkt 1.

loogiliselt viitavat sellele, et kontsessionääril ei saa olla vara üle suuremat õigust, näiteks omandiõigust.

92. Lisaks sellele, et sellist olukorda oleks raske ühitada õigusakti sõnastusega, jätaks see ametiasutused ilma millestki, mis on minu arvates üks riiklike ehitustööde kontsessiooni põhiomadusi: võimalusest, et ametiasutus saab ühel päeval rajatud ehitiste omanikuks, isegi kui ainult selleks, et nende ekspluateerimise õigust uuesti üle anda.

93. Teisisõnu ei seisne probleem niivõrd omandiõiguse objektiivsetes omadustes, mis on seotud vara kasutamisega, vaid põhjuses, et see õigus võib olla tähtajatu. Kontsessionäärile antud ekspluateerimisõigust ei saa seega kunagi anda piiramatuks ajaks, olenemata õiguslikest vahenditest, mille alusel seda õigust kasutatakse.

94. Ei maksa ka unustada, et ühenduse õiguse kohaselt on kontsessiooni tüüpmudelis põhiline iseloomulik tunnus, mis muu hulgas eristab kontsessiooni riigihankest, see, et kontsessioonis langeb kontsessionäärile majanduslik risk, mida riigihanke puhul seevastu ei ole.[34] Käesoleval juhul lähtub komisjon sedalaadi riski olemasolu tunnistades nähtavasti asjaolust, et ametiasutused võivad oma linnaplaneerimispädevust teostades pärast seda, kui huvitatud isik on kinnistu ostnud, keelduda kavandatud ehitiste jaoks ehituslubasid andmast. Selline võimalus ei ole siiski mitte niivõrd ehitise ekspluateerimise õigusega seotud risk, vaid pigem tavaline ebakindlus, millega puutub kokku iga eraõiguslik isik, kellel on vaja, et ametiasutus teeks oma kaalutlusõigusega otsuse.

95. Lisaks on direktiivis sätestatud riiklike ehitustööde kontsessiooni iseloomustav risk lähemal vaatamisel ka kontsessiooni enda ajalisest piiratusest tulenev otsene tagajärg. Tähtajatu õigus ehitatavale varale võimaldab põhimõtteliselt kõrvaldada majandusliku riski, kuna aja

34 – Vt 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen (EKL 2005, lk I-8585, punkt 40) ja 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-437/07: komisjon *vs.* Itaalia (punktid 29–31). See risk ei pea tingimata olema suur, kuna on tegevusalasid, kus see on juba olemuslikult väiksem: tegemist peab aga olema kogu riskiga või vähemalt suure osaga riskist, mis langeks ametiasutusele endale, kui ta tegeleks selle tegevusega otse (10. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-206/08: Eurawasser, EKL 2009, lk I-8377, punktid 69–77).

jooksul on vara ekspluateerimisel tekkida võivaid probleemideperioode võimalik korvata.

96. Jääb veel üks tegur, mis kõneleb selle kasuks, et ühenduse õiguses on kontsessioonid reeglina ajaliselt piiratud. Käesolevas ettepanekus olen juba korduvalt märkinud, et riigihankeid puudutavate ühenduse õigusnormide põhieesmärk on soodustada võimalikult palju konkurentsi, kaotades kõik põhivabadustele seatud piirangud. Sellest vaatenurgast tähendaks tähtajatute kontsessioonide andmise võimalus seda, et kaoks võimalus, et tulevikus saaks ehitist ekspluateerida ka teised isikud tõhusamatel tingimustel ja tõhusamate kriteeriumide järgi. Selle võimaluse kadumine kahjustaks konkurentsi ja tõhusust.

97. Eelnevast saab teha kaks järeldust. Esiteks ei saa üldiselt anda tähtajatuid kontsessioone.[35] Teiseks ei saa isikule anda kontsessiooni vara peale, mille omanik ta juba on, välja arvatud juhul, kui ametiasutus omandab siseriikliku õiguse alusel teatava aja pärast selle vara üle omandiõiguse või sellega analoogilise õiguse.

98. Sellest tulenevalt teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata seitsmendale eelotsuse küsimusele, et ehitustööde kontsessioon direktiivi 2004/18 tähenduses ei saa kunagi ette näha, et kontsessionäärile antakse tähtajatu õigus kontsessiooni esemeks oleva vara peale.

G. *Kaheksas ja üheksas küsimus*

99. Ka kaheksandat ja üheksandat eelotsuse küsimust võib nende sisu arvestades koos käsitleda. Kaheksanda küsimusega tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas direktiivis 2004/18 kehtestatud kord kohaldub juba siis, kui avalik-õiguslik isik võõrandab kinnistu, kavatsedes hiljem sellega seoses riigihanke läbi viia, kuigi ta ei ole veel ametlikult otsustanud seda riigihankemenetlust alustada. Üheksas küsimus puudutab omalt

35 – Seega tundub mulle, et eespool 7. joonealuses märkuses viidatud uus Saksa seadus, mis mh kehtestas riiklike ehitustööde kontsessiooni määratluse, kus on selgelt ära märgitud kontsessionäärile antava õiguse tähtajalisus, on õige ja ühenduse õigusega kooskõlas.

poolt aga võimalust käsitada õiguslikust seisukohast ühtsena kinnistu võõrandamist ja hiljem riigihanke korraldamist.

100. Nagu näha, puudutavad mõlemad küsimused võimalust tegeleda potentsiaalsete õiguse kuritarvitamise juhtudega, mille eesmärk on hoida kõrvale riigihankeid puudutavate ühenduse õigusnormide kohaldamisest, kohaldades neid õigusnorme, jättes arvestamata ka direktiivis arvesse võetud tüüpilise kronoloogilise järjekorra.

101. Tuleb märkida, et võttes arvesse vastuseid, mille ma soovitasin anda eelmistele eelotsuse küsimustele, eriti seitsmendale, on arvatavasti tarbetu anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule ka kaheksanda ja üheksanda küsimuse vastused, kuna tuleb välistada võimalus, et ehitustööde riigihange või riiklike ehitustööde kontsessioon ühenduse õiguse tähenduses oleks kooskõlas oletatava töövõtja/kontsessionääri omandiõigusega kõnealuse vara üle. Nii või teisiti esitan ma ammendavuse huvides ja juhuks, kui Euroopa Kohus ei peaks minu vaatenurka eelmiste küsimuste osas jagama, selle teema kohta lühidalt mõned märkused.

102. Käesolevas kohtuasjas märkusi esitanud isikute hulgast näitab ainult komisjon üles teatavat valmisolekut eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimustele jaatavalt vastamiseks. Märkides küll, et iga konkreetse juhu hindamine kuulub liikmesriikide kohtute pädevusse, nõustub komisjon, et põhimõtteliselt võib sellises olukorras, nagu käsitletakse põhikohtuasjas, kohaldada direktiivi 2004/18 juba siis, kui ametiasutus otsustab kinnistu võõrandada. Kõik teised pooled on teatavate nüanssidega seisukohal, et ametiasutuse kavatsus üksi on ebaoluline.

103. Nagu märgib ka eelotsusetaotluse esitanud kohus, pole kahtlust, et kaheksanda ja üheksanda küsimuse vastuse puhul ei saa arvestamata jätta seda, mida Euroopa Kohus kinnitas kohtuotsuses „Mödling”.[36] Selles kohtuotsuses esitati Euroopa Kohtule olukord, kus üks Austria omavalitsusüksus andis jäätmete kogumise õiguse otse äriühingule, mille kogu osakapital kuulus omavalitsusüksusele endale, ning võõrandas siis kõigest paar päeva hiljem 49% suuruse osaluse äriühingust eraõiguslikule isikule. Sellest tulenevalt sedastas Euroopa Kohus, et kuna tegemist on selgelt kunstliku konstruktsiooniga,[37] mille tulemusel sisuliselt kaob riigihankedirektiivide kasulik mõju, tuleb seda juhtumit õiguslikult hinnata, „arvestades tervikuna neid etappe ja

36 – Viidatud eespool 10. joonealuses märkuses.
37 – *Ibidem*, punkt 40.

nende eesmärki, mitte üksnes rangelt nende ajalist järgnevust".[38]

104. Minu arvates on ilmne, et mõttekäik, mida Euroopa Kohus kohtuotsuses „Mödling" kasutas, toetub kahele tugisambale. Esimene, mida otsesõnu väljendati, on direktiivi kasuliku mõju säilitamise vajadus.[39] Teine, otseselt väljendamata alus, mis ometi sisuliselt moodustab sama mündi teise poole, on soov võidelda õiguse kuritarvitamisega.

105. Seda, mida Euroopa Kohus kohtuotsuses „Mödling" kinnitas, võib kahtlemata üldistada ning seega võib kinnitada, et riigihankeid puudutavate ühenduse õigusnormide kasuliku mõju tagamiseks võib kaht vormiliselt ja ka ajaliselt eraldiseisvat toimingut lugeda samaaegseks või ka üheksainsaks õigustoiminguks.

106. Selle hindamine kuulub mõistagi liikmesriigi kohtu pädevusse, kuna tema on ainus, kelle käsutuses on selleks vajalikud faktilised ja õiguslikud asjaolud. Ilmsetel õiguskindluse tagamisega seotud põhjustel on siiski vaja teatavaid rangeid tingimusi. Eelkõige ei tohi kinnistu võõrandamise ja hankelepingu sõlmimise vahele jääda liiga pikka ajavahemikku ning peab olema veenvaid andmeid, mis tõendaksid, et ametiasutusel oli kavatsus riigihanget korraldada juba kinnistu võõrandamise ajal. Kui tegemist ei ole just suuremõõduliste kuritarvitustega, kus õigusnormidest kõrvale hoidmise kavatsus on algusest peale ilmne, saab kõiki mainitud asjaolusid alles tagantjärele piisavalt hästi arvesse võtta.

107. Seega teen ettepaneku vastata kaheksandale ja üheksandale eelotsuse küsimusele, kui see osutub vajalikuks, et kui on asjaolusid, mis viitavad selgelt kavatsusele riigihankeid ja kontsessioone puudutavatest ühenduse õigusnormidest kõrvale hoida, võib juhtumi õiguslikul hindamisel lugeda üheksainsaks õigustoiminguks kaks vormiliselt ja ka ajaliselt eraldiseisvat toimingut, mis on seotud kinnistu võõrandamise ja selle peale riigihanke- või kontsessioonilepingu sõlmimisega. Sellise kavatsuse olemasolu kontrollimine kõigi asjaolude alusel kuulub liikmesriigi kohtu pädevusse.

38 – *Ibidem*, punkt 41.
39 – *Ibidem*, punkt 42.

V Ettepanek

108. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Oberlandesgericht Düsseldorfi esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

Selleks et oleks tegemist ehitustööde riigihanke või riiklike ehitustööde kontsessiooniga vastavalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivile 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta, on vaja, et hankija ja tööde või rajatavate ehitiste vahel oleks otsene seos. Konkreetsemalt võib see otsene seos seisneda asjaolus, et ehitis on mõeldud selleks, et ametiasutus selle omandaks, või et see annab talle otsest majanduslikku kasu, või ka asjaolus, et hankija on selle rajamise ise algatanud või kannab vähemalt osaliselt selle kulud.

Ehitustööde riigihanke ja riiklike ehitustööde kontsessiooni mõiste direktiivi 2004/18 tähenduses eeldavad, et töövõtjal oleks ametiasutuse ees lepinguline kohustus kokkulepitud teenust osutada. Töövõtja kohustuste täitmata jätmise tagajärjed tuleb kindlaks määrata siseriiklikus õiguses.

Ehitustööde kontsessioon direktiivi 2004/18 tähenduses ei saa kunagi ette näha, et kontsessionäärile antakse tähtajatu õigus kontsessiooni esemeks oleva vara peale.

Kui on asjaolusid, mis viitavad selgelt kavatsusele riigihankeid ja kontsessioone puudutavatest ühenduse õigusnormidest kõrvale hoida, võib juhtumi õiguslikul hindamisel lugeda üheksainsaks õigustoiminguks kaks vormiliselt ja ka ajaliselt eraldiseisvat toimingut, mis on seotud kinnistu võõrandamise ja selle peale riigihanke- või kontsessioonilepingu sõlmimisega. Sellise kavatsuse olemasolu kontrollimine kõigi asjaolude alusel kuulub liikmesriigi kohtu pädevusse.