EUROOPA KOHTU OTSUS (suurkoda)

13. aprill 2010 *

Kohtuasjas C-91/08,

mille ese on EÜ artikli 234 alusel Landgericht Frankfurt am Maini (Saksamaa) 28. jaanuari 2008. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 28. veebruaril 2008, menetluses

Wall AG

versus

Stadt Frankfurt am Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

menetluses osales:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

EUROOPA KOHUS (suurkoda),

koosseisus: president V. Skouris, kodade esimehed A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (ettekandja), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta ja C. Toader, kohtunikud C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev ja J.-J. Kasel,

kohtujurist: Y. Bot,
kohtusekretär: ametnik K. Malacek,

arvestades kirjalikus menetluses ja 9. juuni 2009. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

– Wall AG, esindajad: *Rechtsanwalt* H.-J. Otto ning *Justitiar* C. Friese ja *Justitiar* R. von zur Mühlen,

– Stadt Frankfurt am Main, esindajad: *Rechtsanwalt* L. Horn, *Rechtsanwalt* J. Sommer ja *Justitiar* B. Weiß,

– Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, esindaja: *Rechtsanwalt* H. Höfler,

– Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, esindajad: *Rechtsanwalt* F. Hausmann ja *Rechtsanwalt* A. Mutschler-Siebert,

– Saksamaa valitsus, esindajad: M. Lumma ja J. Möller,

– Taani valitsus, esindaja: B. Weis Fogh,

– Madalmaade valitsus, esindajad: C. Wissels ja Y. de Vries,

– Austria valitsus, esindaja: M. Fruhmann,

– Soome valitsus, esindaja: A. Guimaraes-Purokoski,

– Ühendkuningriigi valitsus, esindaja: S. Ossowski, keda abistas *barrister* J. Coppel,

– Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: D. Kukovec, B. Schima ja C. Zadra,

– EFTA järelevalveamet, esindajad: N. Fenger, B. Alterskjær ja L. Armati,

olles 27. oktoobri 2009. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsusetaotlus puudutab EÜ artiklite 12, 43 ja 49, võrdse kohtlemise põhimõtte ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtte ning nendest tuleneva läbipaistvuskohustuse tõlgendamist seoses teenuste kontsessiooni andmisega.

2 Taotlus esitati vaidluses, mille poolteks on Wall AG (edaspidi „Wall") ja Stadt Frankfurt am Main (edaspidi „Frankfurdi linn") ning mis puudutab teenuste kontsessiooni andmist selle linna territooriumil asuvate avalike tualettide paigaldamiseks ja hoolustöödeks.

Õiguslik raamistik

3 Komisjoni 25. juuni 1980. aasta direktiiv 80/723/EMÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvuse kohta (EÜT L 195, lk 35; ELT eriväljaanne 08/01, lk 20), muudetud komisjoni 26. juuli 2000. aasta direktiiviga 2000/52/EÜ (EÜT L 193, lk 75; ELT eriväljaanne 08/02, lk 11; edaspidi „direktiiv 80/723"), artikkel 2 sätestab:

„1. Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

[…]

b) *riigi osalusega äriühingud* – kõik ettevõtjad, kelle suhtes ametiasutused võivad otseselt või kaudselt kasutada valitsevat mõju omandiõiguse, finantsosaluse või ettevõtja suhtes kehtivate eeskirjade alusel;

[…]

2. Ametiasutuste valitsevat mõju eeldatakse juhul, kui sellistel asutustel on otseselt või kaudselt:

a) enamusosalus ettevõtja märgitud kapitalis; või

b) kontroll ettevõtjate emiteeritud aktsiatega/osadega määratud häälte enamuse üle; või

c) võimalus ametisse nimetada enam kui pooled ettevõtja haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest."

4 Nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322), muudetud komisjoni 13. septembri 2001. aasta direktiiviga 2001/78/EÜ (EÜT L 285, lk 1; ELT eriväljaanne 06/04, lk 94; edaspidi „direktiiv 92/50"), artikli 1 punkt b näeb ette:

„b) *tellija* – riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest organist või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused.

Avalik-õiguslik isik on mis tahes isik:

– mis on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega,

– mis on juriidiline isik, ja

– mida põhiliselt rahastavad riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslikud isikud, või mille juhtimist need isikud kontrollivad, või millel on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, millesse riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud nimetavad üle poole liikmetest.

[…]" [Mõiste „tellija" asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hankija"]

5 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132) artikkel 17 sätestab:

„Ilma et see piiraks artikli 3 kohaldamist, ei kohaldata käesolevat direktiivi artikli 1 lõikes 4 määratletud teenuste kontsessioonide suhtes."

6 Direktiivi 2004/18 artikli 80 lõike 1 esimene lõik sätestab:

„Liikmesriigid jõustavad käesoleva direktiivi Ftäitmiseks vajalikud õigusnormid hiljemalt 31. jaanuariks 2006. Liikmesriigid teatavad sellest viivitamata komisjonile."

7 Direktiivi artikli 82 esimene lõik näeb ette:

„Ilma et see piiraks liikmesriikide kohustusi seoses XI lisas sätestatud ülevõtmise ja rakendamise tähtaegadega, tunnistatakse alates artiklis 80 esitatud kuupäevast kehtetuks direktiiv 92/50/EMÜ, välja arvatud selle artikkel 41, ning direktiivid 93/36/EMÜ ja 93/37/EMÜ."

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

8 Wall haldab reklaampindu avalikel teedel ja väljakutel ning seejuures tegeleb avalike tualettide tootmise, paigaldamise, hooldus- ja puhastustöödega.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (edaspidi „FES") on osaühinguna (GmbH) tegutsev eraõiguslik juriidiline isik, kelle põhikirjajärgsed ülesanded on prügivedu, jäätmehooldus, tänavapuhastus ning liiklusohutuse tagamine nii avalikes kui erahuvides. Frankfurdi linna osalus FES-is on 51%, ülejäänud 49% osas kontrollib teda üks eraettevõtja. FES-i otsused tehakse üldkoosolekul kolmeneljandikulise häälteenamusega. FES-i järelevalvenõukogu 16-st liikmest pooled nimetatakse osanike poolt. Töötajad määravad kaheksa liiget ning kumbki osanik neli liiget. Frankfurdi linnal on õigus esitada kandidaat järelevalvenõukogu esimehe kohale; esimehe hääl on häälte võrdse jagunemise korral otsustavaks. FES-is töötab ligikaudu 1 400 töötajat, kellest umbes 800 tegevus puudutab Frankfurdi linna.

10 FES-i ja Frankfurdi linna netokäive on 92 miljonit eurot ning FES-i netokäive teiste era- ja avalik-õiguslike isikutega on 52 miljonit eurot. FES-i ja Frankfurdi linna

2005. aasta netokäibest andis 51,3 miljonit eurot prügivedu ja 36,2 miljonit eurot tänavapuhastus.

11 Frankfurdi linn avaldas 18. detsembril 2002 linna ametlikus teatajas „Euroopa Liidu tasandi tegevusi hõlmava teate", mis puudutas teenuste kontsessioonilepingu sõlmimist linna 11 avaliku tualeti paigaldamiseks ning nende remondi-, hooldus- ja puhastustöödeks kehtivusajaga 16 aastat. Neist 11 avalikust tualetis kaks, st Rödelheimi ja Galluswarte raudteejaamades asuvad tualetid tuli ümber ehitada. Tasuna selle teenuse osutamise eest oli ette nähtud üksnes õigus kehtestada – ja koguda – tualettide kasutamise eest tasu ning kasutada lepingu kestuse ajal reklaami otstarbel tualettide sise- ja välisseinu ning teisi Frankfurdi linna territooriumil asuvaid avalikke pindu.

12 4. juulil 2003 saatis Frankfurdi linn huvitatud ettevõtjatele ettepaneku esitada pakkumusi. Ettepanekule oli lisatud teenuste kontsessioonilepingu projekt, kust oli võimalik näha, et lepingu artikli 18 lõike 2 ja artikli 30 lõike 4 kohaselt on alltöövõtja vahetamine võimalik üksnes mainitud linna nõusolekul.

13 Pakkumused esitasid Wall, FES ja veel kolm samuti Saksamaal asutatud ettevõtjat.

14 Eelotsusetaotlusest nähtub, et FES oli pakkumusele lisatud projektis esitanud järgmised andmed: „Sissejuhatus. […] [Frankfurdi linna] poolt välja kuulutatud hange annab FES-ile võimaluse – koos sedavõrd heade näitajatega ja kogenud partneriga nagu [Wall] – uuendada avalikke tualette nii kasutatava materjali kui nende varustamise süsteemi osas ning rakendada […] töötajaid puudutavas osas uut realistlikku ja vastutustundlikku refinantseerimist. Galluswarte. […] Koostöös ametiasutustega paigaldatakse äärelinna raudteesilla alla [Walli] täielikult automatiseeritud City-WC. Rödelheimi raudteejaam. Arvestades asjaolu, et Rödelheimi raudteejaama tualetid lammutatakse jaama ümberehitustööde käigus, paigaldatakse sinna olemasolevate plaanide kohaselt [Walli] täielikult automatiseeritud City-WC […]. Turvalisus. […]

City-WC-del on täisautomaatne isepuhastussüsteem. Reklaam. […] Reklaampinna müügiga tegeleb FES-i partner [Wall], kes on reklaamivaldkonnas kogemustega spetsialist ning tegutseb kogu maailmas […]. Kasutatavad reklaampinnad ja -alused. Kasutatakse [Walli] kaasaegseid ja esteetilisi tooteid […]"

15 Wallil on „City-WC-de" kasutamise kohta mitu patenti.

16 Wall arvati 18. märtsil 2004 kontsessioonimenetlusest välja ning tema pakkumus lükati tagasi.

17 Kontsessioon anti 9. juunil 2004 FES-ile. Vastav leping sõlmiti viimati nimetatu ja Frankfurdi linna vahel 20. ja 22. juulil 2004 ning leping pidi kehtima 31. detsembrini 2019 (edaspidi „kontsessioonileping"). Eelotsusetaotluse kohaselt sõlmiti FES-i poolt läbirääkimiste tulemusena koostatud projekti osas kokkulepe, mis on nimetatud lepingule lisatud. Sellegipoolest on Frankfurdi linn kirjalikes märkustes kinnitanud, et FES-i projektis sisalduvad andmed ei kuulu kontsessioonilepingu sisu alla. Lepingus mainiti üksnes fakti, et FES-i alltöövõtjate hulgas on nimetatud ka Walli.

18 Liikmesriigi esitatud materjalide hulgas ära toodud kontsessioonilepingu teksti uurimisel nähtub, et Walli on nimetatud alltöövõtjana, ilma et lepingus oleks nimetatud muid tema tooteid või teenuseid puudutavaid üksikasju.

19 Kontsessioonilepingu artikli 18 lõige 2 näeb ette, et FES teostab avalike tualettide ehitustöid oma vahenditega ja/või kasutades alltöövõtjaid, kelle hulgas on nimetatud ka Walli. Mainitud sätte kohaselt on alltöövõtja muutmine lubatud üksnes Frankfurdi linna kirjalikul nõusolekul.

20 Sama lepingu artikli 30 lõige 4 täpsustab, et Wall on FES-i alltöövõtja kontsessiooniga hõlmatud reklaamteenuste osutamisel. Mainitud sätte kohaselt on alltöövõtja muutmine lubatud üksnes Frankfurdi linna kirjalikul nõusolekul.

21 5. jaanuaril 2005 tegi FES Wallile ettepaneku teha pakkumus talle antud kontsessiooni esemeks olevate reklaamteenuste kohta. FES tegi samasuguse ettepaneku pakkumuse esitamiseks ka Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH-le (edaspidi „DSM").

22 Seejärel palus FES 15. juuni 2005. aasta kirjas Frankfurdi linnal anda reklaampindade kasutamist puudutavas osas nõusolek alltöövõtja vahetamiseks, kelleks pidi saama DSM. Frankfurdi linn andis 21. juunil 2005 niisugusele alltöövõtja vahetamisele nõusoleku.

23 FES tunnistas DSM-i mainitud teenuste osas edukaks pakkujaks ning sõlmis temaga 21. juunil 2005 lepingu, kus oli ette nähtud, et DSM tasub FES-ile aastatasuna 786 206 eurot.

24 28. juulil 2005 kuulutas FES välja hanke kahe „Wall-City-WC" tarnimiseks. Wall esitas pakkumuse, kuid FES teatas talle 7. septembril 2005, et oli saanud parema pakkumuse ning järelikult ei saa ta Walli pakkumust arvestada.

25 FES palus 10. oktoobri 2005. aasta kirjas Frankfurdi linnalt kontsessioonilepingule tuginedes nõusolekut alltöövõtja vahetamiseks, et avalike tualettide tarnijaks ei oleks mitte Wall, vaid teised äriühingud.

26 Frankfurdi linn vastas 19. detsembril 2005 FES-ile, et FES ei peaks avalike tualettide alltöövõtja vahetamise küsimuses linna poole pöörduma, kuna linn on seisukohal, et FES soovib edaspidi neid töid teostada omaenda vahenditega, vastutades selle eest üksi. Frankfurdi linn lisas, et loodab, et lepingus ette nähtud nõuetest peetakse kinni.

27 Wall esitas eelotsusetaotluse esitanud kohtusse hagi, paludes kohtul kohustada FES-i esiteks lõpetama DSM-iga reklaamteenuste osas sõlmitud lepingu täitmine ja teiseks keelata tal sõlmida kahe paigaldatava avaliku tualeti tarnelepingut mõne kolmanda isikuga ja/või täita niisugust lepingut. Samuti palus Wall teha Frankfurdi linnale korraldus, et viimati nimetatu ei annaks nõusolekut, kui FES soovib sõlmida mainitud kahe avaliku tualeti ehitamise lepingut mõne teise isikuga peale hageja. Teise võimalusena palub Wall mõista Frankfurdi linnalt ja FES-ilt tema kasuks solidaarsel alusel välja 1 038 682,18 eurot koos viivitusintressiga.

28 Neil asjaoludel otsustas Landgericht Frankfurt am Main menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas võrdse kohtlemise põhimõtet ja ühenduse õigusest tulenevat kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtet, mis on sätestatud EÜ artiklites 12, 43 ja 49, tuleb tõlgendada nii, et ametiasutustele nendest tulenev läbipaistvuskohustus, mille sisu on avada teenuste kontsessioonide hankemenetlused konkurentsile koos piisava teabe avaldamisega ning võimaldada kontrollida hankemenetluse erapooletust (vt 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-324/98: Telaustria ja Telefonadress, EKL 2000, lk I-10745, punktid 60–62; 21. juuli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-231/03: Coname, EKL 2005, lk I-7287, punktid 17–22; 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen, EKL 2005, lk I-8585, punktid 46–50; 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-410/04: ANAV, EKL 2006, lk I-3303, punkt 21, ja 13. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-260/04: komisjon *vs*. Itaalia, EKL 2007, lk I-7083, punkt 24), nõuab, et siseriikliku õigusega antaks pakkujale, kelle pakkumust ei tunnistatud edukaks, õigus, et tehtaks ettekirjutus, mille eesmärk on ära hoida selle kohustuse võimalik rikkumine ja/või niisugune rikkumine lõpetada?

2. Kui vastus esimesele eelotsuse küsimusele on eitav, kas siis eespool nimetatud läbipaistvuskohustus on osa Euroopa ühenduste tavaõigusest selles mõttes, et seda on juba pidevalt ja püsivalt, ühetaoliselt ja üldiselt kohaldatud ning asjaomased õigussubjektid tunnustavad seda kui üldkohustuslikku normi?

3. Kas esimeses eelotsuse küsimuses nimetatud läbipaistvuskohustusest tuleneb samuti nõue, et kui ametiasutused kavatsevad muuta teenuste kontsessioonilepingut, sealhulgas kui selle muudatuse eesmärk on asendada kontsessioonimenetluses nimetatud konkreetne alltöövõtja, tuleb avada uuesti seda puudutavad läbirääkimised, nii et on tagatud nõuetekohane avalikustamine, ning kui see on asjakohane, siis kuidas selline konkurentsile avamine tuleb läbi viia?

4. Kas esimeses eelotsuse küsimuses nimetatud põhimõtteid ja läbipaistvuskohustust tuleb tõlgendada nii, et teenuste kontsessiooniga seotud rikkumise puhul tuleb selle rikkumise tagajärjel sõlmitud leping, mille ese oli määramata tähtajaga kohustuste loomine või muutmine, üles öelda?

5. Kas esimeses eelotsuse küsimuses nimetatud põhimõtteid ja läbipaistvuskohustust ning EÜ artikli 86 lõiget 1 vajaduse korral koostoimes direktiivi [80/723] artikli 2 lõike 1 punktiga b ja lõikega 2 ning direktiivi [2004/18] artikli 1 lõikega 9 tuleb tõlgendada nii, et ettevõtjal – riigi osalusega äriühingul või hankijal – lasub kõnealune läbipaistvuskohustus, kui:

   – ta asutati prügiveo ja tänavapuhastusteenuse jaoks kohaliku omavalitsusüksuse poolt, kuid ta tegutseb ka konkurentsile avatud turul;

– nimetatud kohalikule omavalitsusüksusele kuulub selles äriühingus 51% suurune osalus, kuid juhtimisotsuseid saab vastu võtta vaid kolmeneljandikulise häälteenamusega;

– nimetatud kohalik omavalitsusüksus nimetab üksnes neljandiku kõnealuse ettevõtja järelevalvenõukogu liikmetest, sealhulgas nõukogu esimehe, ning

– rohkem kui pool tema käibest tuleneb kahepoolsetest lepingutest, mis on sõlmitud prügiveo ja tänavapuhastusteenuse osutamiseks selle kohaliku omavalitsusüksuse territooriumil, kusjuures kohalik omavalitsusüksus rahastab neid oma elanike poolt makstavate kohalike maksudega?"

Eelotsuse küsimused

Sissejuhatav märkus

29 Põhikohtuasja menetlus puudutab kahte asjaolu: esiteks otsust, millega FES vahetas välja alltöövõtja nende reklaamiteenuste osas, mis olid talle Frankfurdi linna poolt antud kontsessiooni esemeks, kusjuures muudatust puudutav leping, mis oli saanud Frankfurdi linnalt nõusoleku, sõlmiti 21. juunil 2005; teiseks on käsitlusel FES-i plaan anda kahe avaliku tualeti ümberehitustööd Walli asemel ühele teisele ettevõtjale. Mainitud plaan nähtub 10. oktoobri 2005. aasta kirjast, millega FES palus Frankfurdi linnalt nõusolekut alltöövõtja vahetamisele mainitud teenuste osas. Linn vastas 19. detsembri 2005. aasta kirjas, et FES ei peaks avalike tualettide alltöövõtja vahetamise küsimuses linna poole pöörduma, kuna järeldas, et FES soovib edaspidi teostada neid töid omaenda vahenditega, vastutades selle eest üksi. Eelotsusetaotluses on seda vastust tõlgendatud nii, et Frankfurdi linn nõustus kõnesoleva kahe avaliku tualeti paigaldamistööde alltöövõtja vahetamisega. Seda tõlgendust arvestades

tuleb eelotsuse küsimuse uurimisel võtta kuupäevana aluseks 19. detsember 2005, st kuupäev, mil Frankfurdi linn olevat andnud nõusoleku FES-i taotletud alltöövõtja vahetamisele.

Kolmas küsimus

30 Kolmanda küsimusega – mida tuleb uurida esimesena – soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetest, mis on sätestatud EÜ artiklites 12, 43 ja 49, ning samuti nendest tulenevast läbipaistvuskohustusest tuleneb nõue, et juhul, kui teenuste kontsessioonilepingut kavatsetakse muuta – sh juhul, kui muudatuse eesmärk on vahetada välja konkreetne alltöövõtja, kes oli esitatud kontsessioonimenetluses –, tuleb avada uuesti seda puudutavad läbirääkimised, tagades nõuetekohase avalikustamise, ning – kui see on asjakohane – kuidas tuleb sel juhul niisugune konkurentsile avamine läbi viia.

31 Küsimus puudutab kõigepealt eelmises punktis nimetatud normide ja põhimõtete kohaldamist olukorras, kus teenuste kontsessioonilepingu täitmise käigus plaanitakse üks kontsessionääri alltöövõtja asendada.

32 Arvestades, et EÜ artiklid 43 ja 49 kujutavad endast EÜ artiklis 12 sätestatud üldise kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu konkreetseid juhte, siis ei ole sellele küsimusele vastamiseks vaja viimati mainitud sättele viidata (vt selle kohta 8. märtsi 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-397/98 ja C-410/98: Metallgesellschaft jt, EKL 2001, lk I-1727, punktid 38 ja 39, ning 17. jaanuari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-105/07: Lammers & Van Cleeff, EKL 2008, lk I-173, punkt 14).

33 Direktiivid, millega liidu seadusandja on reguleerinud riigihangete valdkonda, ei reguleeri – liidu õiguse hetkeseisuga – teenuste kontsessioonilepinguid (vt eespool viidatud kohtuotsus Coname, punkt 16, ja 17. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-347/06: ASM Brescia, EKL 2008, lk I-5641, punkt 57). Sellegipoolest peavad niisuguseid lepinguid sõlmivad ametiasutused järgima EÜ asutamislepingu põhimõttelise tähtsusega sätteid, eeskätt EÜ artikleid 43 ja 49 ning nendest tulenevat läbipaistvuskohustust (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused Telaustria ja Telefonadress, punktid 60–62; Coname, punktid 16–19, ja Parking Brixen, punktid 46–49).

34 Läbipaistvuskohustust tuleb täita juhul, kui asjassepuutuv teenuste kontsessioon võib huvi pakkuda ettevõtjale, kelle asukoht on mõnes muus liikmesriigis kui see, kus kontsessioon on antud (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Coname, punkt 17; analoogia alusel ka 13. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-507/03: komisjon *vs*. Iirimaa, EKL 2007, lk I-9777, punkt 29, ja 21. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-412/04: komisjon *vs*. Itaalia, EKL 2008, lk I-619, punkt 66).

35 See, et põhikohtuasjas võib teenuste kontsessioon pakkuda huvi ettevõtjatele, kes asuvad mõnes muus liikmesriigis peale Saksamaa Liitvabariigi, järeldub eelotsusetaotlusest tänu sellele, et siseriiklik kohus on nentinud, et menetlust käsitlev teade avaldati Frankfurdi linna ametlikus teatajas „Euroopa Liidu tasandi tegevusi hõlmavate hangete" all ning kohus on seisukohal, et läbipaistvuskohustuse rikkumisega võidakse – vähemalt potentsiaalselt – diskrimineerida muude liikmesriikide ettevõtjaid.

36 Teenuste kontsessioonilepingut sõlmivate ametiasutuste läbipaistvuskohustuse sisu on tagada kõigile potentsiaalsetele pakkujatele adekvaatsel tasemel avalikustatus, mis võimaldab avada teenuste kontsessioonilepingu sõlmimise konkurentsile ning kontrollida kontsessiooni andmise erapooletust (eespool viidatud kohtuotsused Telaustria ja Telefonadress, punktid 60–62, Parking Brixen, punktid 46–49, ja ANAV, punkt 21).

37 Menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks võib teenuste kontsessioonilepingu põhiklauslite oluline muutmine luua teatud eelduste korral vajaduse sõlmida uus kontsessioonileping – seda juhul, kui need muudatused on algse kontsessioonilepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist järelikult nähtub poolte soov sõlmida lepingu oluliste tingimuste osas uus kokkulepe (vt selle kohta analoogia alusel riigihankeid käsitlev 5. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-337/98: komisjon *vs*. Prantsusmaa, EKL 2000, lk I-8377, punktid 44 ja 46, ning 19. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas C-454/06: pressetext Nachrichtenagentur, EKL 2008, lk I-4401, punkt 34).

38 Teenuste kontsessioonilepingu kehtivuse ajal tehtud muudatust võib pidada oluliseks juhul, kui muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mis juhul, kui need oleksid olnud ette nähtud esialgses kontsessiooni andmise menetluses, oleksid võimaldanud osaleda ka teistel pakkujatel peale nende, kes esialgses menetluses tunnistati nõudeid täitnuks, või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti (vt analoogia alusel eespool viidatud kohtuotsus pressetext Nachrichtenagentur, punkt 35).

39 Erandjuhtudel võib mõne olulise kontsessioonilepingu klausli niisuguseks muutmiseks olla alltöövõtja asendamine – isegi kui niisugune võimalus on lepingus ette nähtud –, kui ühe alltöövõtja eelistamine mõnele teisele oli kõnesolevaid teenuseid iseloomustavaid asjaolusid arvestades lepingu sõlmimisel määrava tähtsusega element, mille kontrollimine kuulub igal juhul eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevusse.

40 Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et FES oli Frankfurdi linnale esitatud pakkumuse lisana toodud projektis märkinud, et kasutab Walli „City-WC-sid". Mainitud kohtu sõnul on võimalik, et sel juhul anti kontsessioon FES-ile põhjusel, et FES oli märkinud alltöövõtjaks Walli.

41 Siseriiklik kohus peab kontrollima, kas käesoleva kohtuotsuse punktides 37–39 kirjeldatud asjaolud vastavad tõele.

42 Kui eelotsusetaotluse esitanud kohus peaks niisuguse hindamise tulemusena jõudma selgusele, et tegemist on kontsessioonilepingu mõne olulise elemendi muutmisega, tuleb vastavalt asjassepuutuva liikmesriigi siseriiklikule õiguskorrale rakendada menetluse läbipaistvuse tagamiseks kõiki vajalikke meetmeid – sh uus kontsessioonimenetlus. Kui uue kontsessioonimenetluse läbiviimine on asjakohane, tuleb selle korraldamisel arvestada kõnealuse teenuste kontsessioonilepingu iseärasusi ning anda ettevõtjatele, kes on asutatud mõnes teises liikmesriigis, võimalus saada kontsessiooni kohta adekvaatset infot enne, kui vastav kontsessioonileping sõlmitakse.

43 Järelikult tuleb kolmandale küsimusele vastata, et juhul, kui teenuste kontsessioonilepingusse tehtud muudatustega viiakse sisse tingimusi, mis on oluliselt erinevad esialgse kontsessioonilepingu tingimustest, ja kui järelikult nähtub neist poolte soov jõuda lepingu olulistes tingimustes uuele kokkuleppele, tuleb vastavalt asjassepuutuva liikmesriigi siseriiklikule õiguskorrale rakendada menetluse läbipaistvuse tagamiseks kõiki vajalikke meetmeid – sh uus kontsessioonimenetlus. Kui uue kontsessioonimenetluse läbiviimine on asjakohane, tuleb selle korraldamisel arvestada kõnealuse teenuste kontsessioonilepingu iseärasusi ning anda ettevõtjatele, kes on asutatud mõnes teises liikmesriigis, võimalus saada kontsessiooni kohta adekvaatset infot enne, kui vastav kontsessioonileping sõlmitakse.

Viies küsimus

44 Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib viienda küsimusega, mida tuleb uurida teisena, teada sisuliselt seda, kas – arvestades EÜ artikli 86 lõiget 1 vajaduse korral koostoimes direktiivi 80/723 artikli 2 lõike 1 punktiga b ja lõikega 2 ning direktiivi 2004/18 artikli 1 lõikega 9 – niisugune kontsessioonilepingu täitjaks olev ettevõtja nagu FES on juhul, kui ta sõlmib lepingu niisuguste teenuste osas, mis kuuluvad talle ametiasutuse poolt antud kontsessiooniga hõlmatud teenuste alla, kohustatud järgima läbipaistvuskohustust, mis tuleneb EÜ artiklitest 43 ja 49 ning võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetest.

45 Konkreetsemalt soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas EÜ artikli 86 lõige 1 on mainitud läbipaistvuskohustuse kohaldamisala määratlemiseks asjakohane.

46 EÜ artikli 86 lõike 1osas tuleb meenutada, et see on suunatud liikmesriikidele, mitte otse ettevõtjatele.

47 Et jõuda selgusele, kas niisugust üksust nagu FES võib samastada ametiasutusega, kes on kohustatud järgima läbipaistvuskohustust, tuleb lähtuda teatud aspektidest teenuste riigihankeid käsitleva direktiivi 92/50 artikli 1 punktis b esitatud „hankija" mõiste määratluses, kuivõrd need aspektid vastavad teenuste kontsessioonide suhtes EÜ artiklitest 43 ja 49 tuleneva läbipaistvuskohustuse kohaldamisega kehtestatud nõuetele.

48 Viimati nimetatud artiklite ning võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtete, samuti neist tuleneva läbipaistvuskohustuse eesmärgid on identsed mainitud direktiivi eesmärkidega, mis käsitlevad teenuste osutamise vabadust ja avatust kahjustamata konkurentsile liikmesriikides.

49 Eeltoodut arvestades tuleb kontrollida, kas on täidetud kaks tingimust, nimelt esiteks, kas asjassepuutuv ettevõtja on riigi või mõne muu avalik-õigusliku ametiasutuse poolt tegelikult kontrollitav, ning teiseks, kas ta ei tegutse turul konkurentsiolukorras.

50 Mis puudutab neist kahest tingimusest esimest, siis eelotsusetaotlusest nähtub, et kuigi Frankfurdi linn omab FES-is 51% suurust osalust, ei võimalda selline osalus tal

tegelikult selle ettevõtja juhtimist kontrollida. Ettevõtja otsuste vastuvõtmiseks on vajalik üldkoosoleku kolmeneljandikuline häälteenamus.

51 Ülejäänud 49% FES-i kapitalist ei kuulu mitte ühele või mitmele ametiasutusele, vaid eraõiguslikule ettevõtjale, kes lähtub erahuvidele tuginevatest kaalutlustest ja kelle eesmärgid on midagi muud kui avalik huvi (vt selle kohta 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle ja RPL Lochau, EKL 2005, lk I-1, punkt 50).

52 Pealegi kuulub Frankfurdi linnale FES-i järelevalvenõukogus vaid üks neljandik häältest. See, et Frankfurdi linnal on õigus esitada kandidaat ettevõtja järelevalvenõukogu esimehe kohale – esimehe hääl on häälte võrdse jagunemise korral otsustavaks –, ei ole piisav FES-i suhtes otsustava mõju kasutamiseks.

53 Neil asjaoludel ei ole täidetud tingimus, mis puudutab tegeliku kontrolli teostamist riigi või mõne muu ametiasutuse poolt.

54 Mis puudutab teist käesoleva kohtuotsuse punktis 49 nimetatud tingimust, siis eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et üle poole FES-i käibest pärineb prügiveost ja tänavapuhastusteenustest, mida ta osutab kahepoolsete lepingute alusel Frankfurdi linna territooriumil.

55 Niisugune suhe on samastatav tavapäraste ärisuhetega, mis luuakse lepingupoolte vahel läbirääkimiste tulemusel sõlmitavate kahepoolsete lepingutega (vt selle kohta 3. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-380/98: University of Cambridge, EKL 2000, lk I-8035, punkt 25).

56 Pealegi võib eelotsusetaotlusest tuletada, et FES tegutseb turul konkurentsiolukorras, mis järeldub esiteks asjaolust, et ta saab olulise osa sissetulekust niisugusest tegevusest, mis on seotud muude ametiasutustega, mitte Frankfurdi linnaga, ja muude turul tegutsevate eraõiguslike ettevõtjatega, ning teiseks sellest, et ta pidi põhikohtuasjas käsitletava kontsessiooni saamiseks konkureerima teiste ettevõtjatega.

57 Neil asjaoludel ei ole täidetud ka teine tingimus, mis on vajalik ettevõtja samastamiseks ametiasutusega.

58 Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib Euroopa Kohtult ka direktiivi 80/723 võimaliku kohaldatavuse kohta.

59 Kuna mainitud direktiiv käsitleb liikmesriikide ja avalik-õiguslike ettevõtjate vaheliste finantssuhete läbipaistvust, ei kuulu see viienda küsimusega käsitletavatel asjaoludel kohaldamisele.

60 Järelikult tuleb viiendale küsimusele vastata, et juhul, kui kontsessioonilepingu täitjaks olev ettevõtja sõlmib lepingu niisuguste teenuste osas, mis kuuluvad talle ametiasutuste poolt antud kontsessiooniga hõlmatud teenuste alla, ei kohaldata läbipaistvuskohustust, mis tuleneb EÜ artiklitest 43 ja 49 ning võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetest, kui seda ettevõtjat iseloomustavad järgmised asjaolud:

– ta on asutatud selle kohaliku omavalitsusüksuse poolt prügiveo ja tänavapuhastusteenuse jaoks, kuid tegutseb ka konkurentsile avatud turul;

– nimetatud kohalikule omavalitsusüksusele kuulub selles äriühingus 51% suurune osalus, kuid üldkoosolekul saab juhtimisotsuseid vastu võtta vaid kolmeneljandikulise häälteenamusega;

– nimetatud kohalik omavalitsusüksus nimetab üksnes neljandiku kõnealuse ettevõtja järelevalvenõukogu liikmetest, sealhulgas nõukogu esimehe, ning

– rohkem kui pool tema käibest tuleneb kahepoolsetest lepingutest, mis on sõlmitud prügiveo ja tänavapuhastusteenuse osutamiseks selle kohaliku omavalitsusüksuse territooriumil, kusjuures kohalik omavalitsusüksus rahastab neid oma elanike poolt makstavate kohalike maksudega.

Esimene, teine ja neljas küsimus

61 Esimese, teise ja neljanda küsimusega, mida tuleb uurida koos, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada sisuliselt seda, kas tulenevalt võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetest, mis on sätestatud EÜ artiklites 43 ja 49, ning samuti neist lähtuvast läbipaistvuskohustusest on liikmesriigi ametiasutused esiteks kohustatud lõpetama lepingu, mille sõlmimisel on rikutud läbipaistvuskohustust, ning kas juhul, kui pakkuja, kelle pakkumust ei tunnistatud edukaks, taotleb siseriiklikult kohtult ettekirjutuse tegemist, mille eesmärk on ära hoida selle kohustuse võimalik rikkumine või niisugune rikkumine lõpetada, on see kohus kohustatud niisuguse ettekirjutuse tegema. Samuti soovib liikmesriigi kohus teada, kas seda kohustust võib käsitada osana liidu tavaõigusest.

62 Nagu käesoleva kohtuotsuse punktis 33 rõhutatud, ei reguleeri teenuste kontsessioonilepinguid – liidu õiguse hetkeseisuga – direktiivid, millega liidu seadusandja on reguleerinud riigihangete valdkonda.

63 Euroopa Kohtu praktika kohaselt tuleb liidu õigusnormide puudumisel näha liikmesriikide endi õiguskorras ette õiguskaitsevahendid, mille eesmärk on tagada õigussubjektidele liidu õigusest tulenevate õiguste kaitse (vt selle kohta 13. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-432/05: Unibet, EKL 2007, lk I-2271, punkt 39 ja seal viidatud kohtupraktika).

64 Niisugused õiguskaitsevahendid ei või olla vähem soodsad kui samalaadsed siseriiklikud õiguskaitsevahendid (võrdväärsuse põhimõte) ega või muuta liidu õiguskorraga antud õiguste teostamist praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks (tõhususe põhimõte) (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Unibet, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika).

65 Siit järeldub, et võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetest, mis on sätestatud EÜ artiklites 43 ja 49, ega ka nendest tulenevast läbipaistvuskohustusest ei järeldu, et riigi ametiasutused oleksid kohustatud lepingu lõpetama või et siseriiklikud kohtud oleksid kohustatud tegema ettekirjutuse iga kord, kui teenuste kontsessiooni andmisel on väidetavalt rikutud läbipaistvuskohustust. Sellest kohustusest õigussubjektidele tulenevate õiguste kaitse tagamiseks tuleb siseriiklikus õiguskorras näha ette õiguskaitsevahendid sellisena, et need ei oleks vähem soodsad samalaadsetest siseriiklikest õiguskaitsevahenditest ega muudaks mainitud õiguste teostamist praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks.

66 Lõpuks on eelotsusetaotluse esitanud kohtul veel üks küsimus. Mainitud kohus leiab, et õiguse puhtpretsedendipõhise arendamise teel ei või luua norme, mille alusel tekib Saksa tsiviilseadustikul (Bürgerliches Gesetzbuch) põhinev vastutus. Ainult tavaõigusel on õigusnormi tähendus selle seadustiku mõttes. Kohus väidab konstitutsioonikohtu (Bundesverfassungsgericht) praktikale viidates, et tavaõiguse tunnustamine eeldab selle pikaajalist ja püsivat, ühetaolist ja üldist kasutamist ning selle aktsepteerimist siduva normina asjassepuutuvate õigussubjektide poolt.

67 Siseriikliku kohtu jaoks on Euroopa Kohtu otsustest tulenev läbipaistvuskohustus siiski niivõrd hiljutine, et seda ei saa käsitada tavaõigusena eelmises punktis määratletud kujul.

68 Selles osas tuleb märkida, et läbipaistvuskohustus tuleneb liidu õigusest, nimelt EÜ artiklitest 43 ja 49 (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Coname, punktid 17–19). Need sätted, mille järgimist Euroopa Kohus kontrollib, on liikmesriikide õiguskordades vahetu õigusmõjuga ja on kõigi nendega vastuolus olevate siseriiklike õigusnormide suhtes ülimuslikud.

69 EL lepingu artikli 4 lõike 3 kohaselt peavad kõik liikmesriikide ametiasutused oma pädevuse piires tagama liidu õigusnormidest kinnipidamise (vt selle kohta 12. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-2/06: Kempter, EKL 2008, lk I-411, punkt 34 ja seal viidatud kohtupraktika).

70 Siseriiklik kohus peab tõlgendama kohaldamisele kuuluvat siseriiklikku seadust nii suures ulatuses kui võimalik kooskõlas liidu õigusega ning viisil, mis võimaldab tagada läbipaistvuskohustuse järgimise (vt selle kohta 27. veebruari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-327/00: Santex, EKL 2003, lk I-1877, punkt 63 ja seal viidatud kohtupraktika).

71 Eeltoodut arvestades tuleb esimesele, teisele ja neljandale küsimusele vastata, et võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetest, mis on sätestatud EÜ artiklites 43 ja 49, ega ka nendest tulenevast läbipaistvuskohustusest ei järeldu, riigi ametiasutused oleksid kohustatud lepingu lõpetama või et siseriiklikud kohtud oleksid kohustatud tegema ettekirjutuse iga kord, kui teenuste kontsessiooni andmisel on väidetavalt rikutud läbipaistvuskohustust. Sellest kohustusest õigussubjektidele tulenevate õiguste kaitse tagamiseks tuleb siseriiklikus õiguskorras näha ette õiguskaitsevahendid sellisena, et need ei oleks vähem soodsad samalaadsetest siseriiklikest õiguskaitsevahenditest ega muudaks mainitud õiguste teostamist praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks. Läbipaistvuskohustus tuleneb otseselt EÜ artiklitest 43 ja 49, mis on liikmesriikide siseriiklikes õiguskordades vahetu

õigusmõjuga ja kõigi nendega vastuolus olevate siseriiklike õigusnormide suhtes ülimuslikud.

Kohtukulud

72 Kuna põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus pooleli oleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse siseriiklik kohus. Euroopa Kohtule märkuste esitamisega seotud kulusid, välja arvatud poolte kohtukulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (suurkoda) otsustab:

1. **Kui teenuste kontsessioonilepingusse tehtud muudatustega viiakse sisse tingimusi, mis on oluliselt erinevad esialgse kontsessioonilepingu tingimustest, ja kui järelikult nähtub neist poolte soov jõuda lepingu olulistes tingimustes uuele kokkuleppele, tuleb vastavalt asjassepuutuva liikmesriigi siseriiklikule õiguskorrale rakendada menetluse läbipaistvuse tagamiseks kõiki vajalikke meetmeid – sh uus kontsessioonimenetlus. Kui uue kontsessioonimenetluse läbiviimine on asjakohane, tuleb selle korraldamisel arvestada kõnealuse teenuste kontsessioonilepingu iseärasusi ning anda ettevõtjatele, kes on asutatud mõnes teises liikmesriigis, võimalus saada kontsessiooni kohta adekvaatset infot enne, kui vastav kontsessioonileping sõlmitakse.**

2. **Kui kontsessioonilepingu täitjaks olev ettevõtja sõlmib lepingu niisuguste teenuste osas, mis kuuluvad talle ametiasutuste poolt antud kontsessiooniga hõlmatud teenuste alla, ei kohaldata läbipaistvuskohustust, mis tuleneb EÜ**

artiklitest 43 ja 49 ning võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetest, kui seda ettevõtjat iseloomustavad järgmised asjaolud:

– **ta on asutatud selle kohaliku omavalitsusüksuse poolt prügiveo ja tänavapuhastusteenuse jaoks, kuid tegutseb ka konkurentsile avatud turul;**

– **nimetatud kohalikule omavalitsusüksusele kuulub selles äriühingus 51% suurune osalus, kuid üldkoosolekul saab juhtimisotsuseid vastu võtta vaid kolmeneljandikulise häälteenamusega;**

– **nimetatud kohalik omavalitsusüksus nimetab üksnes neljandiku kõnealuse ettevõtja järelevalvenõukogu liikmetest, sealhulgas nõukogu esimehe, ning**

– **rohkem kui pool tema käibest tuleneb kahepoolsetest lepingutest, mis on sõlmitud prügiveo ja tänavapuhastusteenuse osutamiseks selle kohaliku omavalitsusüksuse territooriumil, kusjuures kohalik omavalitsusüksus rahastab neid oma elanike poolt makstavate kohalike maksudega.**

3. **Võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetest, mis on sätestatud EÜ artiklites 43 ja 49, ega ka nendest tulenevast läbipaistvuskohustusest ei järeldu, et riigi ametiasutused oleksid kohustatud lepingu lõpetama või et siseriiklikud kohtud oleksid kohustatud tegema ettekirjutuse iga kord, kui teenuste kontsessiooni andmisel on väidetavalt rikutud läbipaistvuskohustust. Sellest kohustusest õigussubjektidele tulenevate õiguste kaitse tagamiseks tuleb siseriiklikus õiguskorras näha ette õiguskaitsevahendid sellisena, et need ei oleks vähem soodsad samalaadsetest siseriiklikest õiguskaitsevahenditest ega muudaks mainitud õiguste teostamist praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks. Läbipaistvuskohustus**

tuleneb otseselt EÜ artiklitest 43 ja 49, mis on liikmesriikide siseriiklikes õiguskordades vahetu õigusmõjuga ja kõigi nendega vastuolus olevate siseriiklike õigusnormide suhtes ülimuslikud.

Allkirjad