EUROOPA KOHTU OTSUS (neljas koda)

23. detsember 2009 *

Kohtuasjas C-305/08,

mille ese on EÜ artikli 234 alusel Consiglio di Stato (Itaalia) 23. juuni 2008. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 4. juulil 2008, menetluses

Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)

versus

Regione Marche,

EUROOPA KOHUS (neljas koda),

koosseisus: kolmanda koja esimees K. Lenaerts neljanda koja esimehe ülesannetes, kohtunikud R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (ettekandja), G. Arestis ja J. Malenovský,

* Kohtumenetluse keel: itaalia.

kohtujurist: J. Mazák,
kohtusekretär: R. Grass,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

– Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), esindaja *avvocato* I. Deluigi,

– Tšehhi valitsus, esindaja: M. Smolek,

– Austria valitsus, esindaja: M. Fruhmann,

– Euroopa Komisjon, esindajad: C. Zadra ja D. Recchia,

olles 3. septembri 2009. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsusetaotlus puudutab Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 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) artikli 1 lõike 2 punkti a ja artikli 1 lõike 8 esimese ja teise lõigu tõlgendamist.

2 Taotlus on esitatud Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (ülikoolidevaheline mereteaduste konsortsium, edaspidi „CoNISMa") ja Regione Marche (Marche maakond) vahelises kohtuvaidluses Regione Marche otsuse üle mitte lubada nimetatud konsortsiumil osaleda teenuste riigihankemenetluses.

Õiguslik raamistik

Ühenduse õigusnormid

3 Direktiivi 2004/18 põhjendus 4 ütleb:

„Liikmesriigid peaksid tagama, et avalik-õigusliku isiku osalemine pakkujana riigihankelepingu sõlmimise menetluses ei moonuta konkurentsi eraõiguslike pakkujate kahjuks.”

4 Direktiivi artikli 1 lõike 2 punktis a sätestatu kohaselt on:

„*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”.

5 Nimetatud direktiivi artikli 1 lõige 8 sätestab:

„*Töövõtja, tarnija, teenuseosutaja* – füüsiline või juriidiline isik või avalik-õiguslik isik või selliste isikute ja/või organite rühm, kes pakub turul vastavalt ehitustööde ja/või ehitustöö teostamist, tooteid või teenuseid.

Termin *ettevõtja* hõlmab võrdselt nii töövõtja, tarnija kui ka teenuseosutaja mõistet. Seda kasutatakse vaid lihtsustamise huvides. [Mõiste „ettevõtja" asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „majandustegevuses osaleja".]

[…]".

6 Sama direktiivi artikli 1 lõige 9 on sõnastatud järgmiselt:

„*Ostja* – 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:

a) mis on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega;

b) mis on juriidiline isik ja

c) mida põhiliselt rahastab riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslikud isikud või mille juhtimist need isikud kontrollivad või millel on

haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, mille liikmetest üle poole nimetab riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud.

[…]”.

7 Direktiivi 2004/18 artiklis 4 *„Ettevõtjad”* on sätestatud:

„1. Kandidaate või pakkujaid, kellel on oma asukohaliikmesriigi õigusaktide alusel õigus kõnealust teenust osutada, ei tohi tagasi lükata üksnes seetõttu, et selle liikmesriigi õiguse alusel, kus leping sõlmitakse, peaksid nad olema kas füüsilised või juriidilised isikud.

[…]

2. Pakkumisi teha või end kandidaadiks seada võivad ka ettevõtjate rühmad. Pakkumise või osalemistaotluse esitamiseks ei nõuta sellistelt rühmadelt teatavat õiguslikku vormi, kuid valitud rühmale võib vastava nõudmise esitada, kui temaga on sõlmitud leping, mille puhul teatav õiguslik vorm on lepingu nõuetekohase täitmise seisukohast vajalik.”

8 Selle direktiivi artikli 44 „Osalejate sobivuse kontrollimine, nende valik ning lepingute sõlmimine” lõikes 1 on sätestatud:

„Lepingud sõlmitakse artiklites 53 ja 55 sätestatud kriteeriumide alusel ja artiklit 24 arvesse võttes pärast seda, kui ostja on artiklites 47–52 osutatud finants- ja majandusliku olukorra, kutsealaste või tehniliste teadmiste või suutlikkuse kriteeriumide kohaselt ning vajaduse korral ning vastavalt lõikes 3 nimetatud mittediskrimineerimist käsitlevatele eeskirjadele ja kriteeriumidele kontrollinud nende ettevõtjate sobivust, keda ei ole artiklite 45 ja 46 kohaselt välja jäetud”.

9 Direktiivi 2004/18 artikkel 55 „Ebaharilikult madalate hindadega pakkumised” sätestab:

„1. Kui teatava lepingu puhul tunduvad pakkumiste hinnad kaupade, ehitustööde või teenustega võrreldes ebaharilikult madalad, nõuab ostja enne, kui võib sellised pakkumised tagasi lükata, kirjalikke täpsustusi pakkumise koostisosade kohta, mida ta peab asjakohaseks.

Need täpsustused võivad olla seotud esmajoones:

a) ehitusmeetodi säästlikkusega, tootmisprotsessiga või osutatavate teenustega;

b) valitud tehniliste lahendustega ja/või erakordselt soodsate tingimustega, mis on pakkujale ehitustööde teostamiseks, kaupade tarnimiseks või teenuste osutamiseks kättesaadavad;

c) pakkuja väljapakutud ehitustöö, tarnete või teenuste originaalsusega;

d) ehitustöö teostamise, teenuse pakkumise või tarnimiskohas kehtivate töökaitset ja töötingimusi käsitlevate sätete täitmisega;

e) pakkuja võimalusega saada riigiabi.

2. Ostja kontrollib neid koostisosi, pidades nõu pakkujaga ja võttes arvesse esitatud tõendeid.

3. Kui ostja veendub, et pakkumishind on ebaharilikult madal seepärast, et pakkuja saab riigiabi, võib pakkumise sel põhjusel tagasi lükata üksnes pärast nõupidamist pakkujaga, kui viimane ei suuda ostja määratud piisavalt pika tähtaja jooksul tõendada, et talle antud abi oli seaduslik. Kui ostja pakkumise sellistel asjaoludel tagasi lükkab, teatab ta sellest komisjonile."

Siseriiklikud õigusnormid

10 12. aprilli 2006. aasta seadusandliku dekreedi nr 163, millega kehtestatakse ehitustööde, teenuste ja asjade riigihangete seadustik ja võetakse üle direktiivid 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in

attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, edaspidi *„GURI”*, nr 100 regulaarne lisa, 2.5.2006) edaspidi „seadusandlik dekreet nr 163/2006”) artikli 3 punktid 19 ja 22 sätestavad:

„19. Mõisted „töövõtja”, „tarnija” ja „teenuseosutaja” tähendavad mis tahes füüsilist või juriidilist isikut või üksust, mis ei ole juriidiline isik, sealhulgas 23. juuli 1991. aasta seadusandliku dekreedi nr 240 kohaselt asutatud Euroopa majandushuviühingut (EMHÜ), mis pakub turul vastavalt ehitustööde või ehitustöö teostamist, tooteid või teenuseid.

[…]

22. Mõiste „majandustegevuses osaleja” hõlmab töövõtja, tarnija ja teenuseosutaja või nendest koosneva konsortsiumi mõisteid.”

11 Seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artikkel 34 Isikud, kellega võib sõlmida riigihankelepinguid (direktiivi 2004/18 artiklid 4 ja 5) näeb ette:

„1. Ilma et see piiraks sõnaselgelt sätestatud piirangute kohaldamist, on järgmistel subjektidel õigus osaleda riigihankes:

a) iseseisvad äritegevuses osalejad, sealhulgas käsitöölised, äriühingud ja ühistud;

b) tootmis- ja tööühistute konsortsiumid […] ja […] käsitööliste konsortsiumid […];

c) püsivad konsortsiumid, mis on vastavalt artiklile 36 loodud muu hulgas ühinenud ettevõtjatena codice civile italiano (tsiviilseadustik) artikli 2615 tähenduses füüsilisest isikust ettevõtjate (sealhulgas käsitöölised), äriühingute või tootmis- ja tööühistute poolt;

d) ajutised konkurentide konsortsiumid, mille liikmete hulka kuuluvad punktides a, b ja c viidatud subjektid;

e) tsiviilseadustiku artiklis 2602 ette nähtud tavalised konkurentide konsortsiumid, mille liikmete hulka kuuluvad käesoleva lõike punktides a, b ja c viidatud subjektid, sealhulgas sellised, mille õiguslikuks vormiks on äriühing […];

f) subjektid, kes on asutanud Euroopa majandushuviühingu (EMHÜ) […];

[…]”.

12 Pärast põhikohtuasja asjaolude asetleidmist lisati 11. septembri 2008. aasta seadusandliku dekreediga nr 152 (*GURI* nr 231, 2.10.2008) eeltoodud loetellu järgmine punkt:

„f *bis* artikli 3 lõike 22 tähenduses ettevõtjad, kes on asutatud teistes liikmesriikides ja vastavalt asjaomases riigis kehtivale õigusele".

13 Lõpuks, codice civile italiano artikkel 2082 sätestab, et „töövõtja" on isik, kelle tegevuseks on majandustegevus, millega ta tegeleb kutseala raames ja organiseeritult, eesmärgiga toota ja vahetada kaupu või teenuseid.

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

14 Eelotsusetaotlusest ilmneb, et Regione Marche korraldas riigihanke, eesmärgiga sõlmida teenuste hankeleping, mille ese on mere- ja seismilise stratigraafia koostamine ning geofüüsiliste andmete ja merel proovide kogumine Pesaro ja Civitanova Marche vahele jäävas rannikuvööndis.

15 CoNISMa esitas selles hankemenetluses osalemise taotluse. Olles väljendanud kahtlusi seoses sellega, kas CoNISMal on lubatud kõnealusest hankemenetlusest osa võtta, otsustas hankija 4., 18. ja 23. aprilli 2007. aasta otsustega CoNISMa hankemenetlusest kõrvaldada.

16 CoNISMa esitas selle kõrvaldamise vastu Itaalia Vabariigi Presidendile erakorralise kaebuse, mida saab esitada Itaalia õiguskorras ette nähtud spetsiaalses menetluses, ning väitis, et seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artikli 34 tõlgendamine selliselt, et selles sisaldub ammendav nimekiri, mis ei hõlma ülikoole ja uurimisinstituute, ning et järelikult ei ole viimati nimetatutel lubatud riigihankemenetluses osaleda, ei ole kooskõlas direktiivi 2004/18 sätetega. Selle erakorralise kaebemenetluse raames pöördus Itaalia keskkonna- ja territooriumi kaitse ministeerium arvamuse saamiseks Consiglio di Stato poole, nii nagu näevad ette asjakohased siseriiklikud õigusnormid.

17 Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et oma arvamuse andmiseks on tal vaja tuvastada, kas selline ülikoolidevaheline konsortsium nagu CoNISMa on „majandustegevuses osaleja" direktiivi 2002/18 tähenduses ja kui see on nii, siis kas selline konsortsium võib osaleda sellises teenuste riigihankes nagu käesolevas põhikohtuasjas vaidluse all olev. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul on selles suhtes kahtlusi tulenevalt järgmistest kaalutlustest.

18 Sissejuhatavalt märgib Consiglio di Stato, et CoNISMa on 24 Itaalia ülikooli ja kolme ministeeriumi konsortsium („consorzio"). Vastavalt oma põhikirjale ei taotle see konsortsium kasumit ning tema eesmärk on edendada ja koordineerida uurimistööd ja muud teadus- ja rakendustegevust mereteaduste valdkonnas liikmesülikoolide vahel. Ta võib osaleda riigiasutuste ja avalikus ja erasektoris tegutsevate äriühingute avatud riigihanke- ja teistes võistlevates menetlustes. Tema tegevust rahastatakse peamiselt ülikoolide- ja teadusministeeriumi ning teiste riigiasutuste vahenditest, aga ka Itaalia või välismaiste avalik- või eraõiguslike üksuste vahenditest.

19 Consiglio di Stato viitab esmalt 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), mis eelnes direktiivile 2004/18, artikli 1 punktile c, mille kohaselt on teenuseosutaja „mis tahes füüsiline või juriidiline isik, sealhulgas avalik-õiguslik isik, kes osutab teenuseid", ning märgib, et see sõnastus paistab osutavat soovile piirata võimalus sõlmida hankijatega leping üksnes nende isikutega, kes tegelevad asjaomase hankelepingu raames osutatavale teenusele vastava tegevusega „institutsionaalselt". Selle lähenemise kohaselt võivad peale eraettevõtjate hankemenetluses osaleda üksnes avalik-õiguslikud isikud, kes osutavad tasu eest selle lepingu

esemeks olevaid teenuseid vastavalt ülesandele, mis neile nende õiguskorras antud on, ning ülikoolid oleks seega välistatud. Seda lähenemist tundub kinnitavat Euroopa Kohtu 18. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas C-220/05: Auroux jt, EKL 2007, lk I-385, punkt 44), mille kohaselt ühenduse riigihankealane regulatsioon oli huvitatud isikule kohaldatav, „kuna ta [oli majandustegevuses osalejana] aktiivne turuosaline". Seda sama lähenemist tundub olevat järgitud seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artikli 3 lõikes 19, mille kohaselt „teenuseosutaja" on majandustegevuses osaleja, kes „pakub turul" teenuseid.

20 Teiseks märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Itaalia kohtupraktika ei ole selles küsimuses ühtne. Teatavad kohtud leiavad, et riigihankemenetluses võivad osaleda ettevõtlusega tegelevad füüsilised ja juriidilised isikud ning avalik-õiguslikud isikud, kelle asutamise eesmärk hõlmab riigihankemenetluse esemeks olevate teenustega analoogsete teenuste osutamist. Sellest seisukohast lähtudes ei kuulu ülikoolid eespool nimetatud eraõiguslike ja avalik-õiguslike ettevõtjate kategooriatesse, sest ülikoolide asutamise eesmärk on õppe- ja teadustöö arendamine. Teise lähenemise kohaselt võivad avalik-õiguslikud ülikoolid ja nendevahelised konsortsiumid osaleda teenuste riigihankemenetlustes, tingimusel et asjaomase teenuse osutamine on kooskõlas nende asutamise eesmärgi ja nende põhikirja sätetega.

21 Kolmandaks viitab Consiglio di Stato Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori (ehitustööde, teenuste ja asjade riigihankelepingute järelevalveasutus) seisukohale, milles tehakse vahet majandustegevuses osalejate ja selliste isikute vahel nagu majandusliku eesmärgita avalik-õiguslikud isikud, ülikoolid või ülikoolide osakonnad, kes ei kuulu esimesse kategooriasse, kuna nende eesmärk ei ole majandustegevus, mida iseloomustab tulu teenimine. Neil üksustel ei ole Consiglio di Stato väitel seega lubatud riigihankemenetlustes osaleda, välja arvatud juhul, kui nad asutavad sel otstarbel ning ülikoolidele siseriiklike õigusnormidega antud autonoomia alusel äriühinguid. Consiglio di Stato leiab, et seda seisukohta kinnitab seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artikkel 34, mis sisaldab nende isikute ammendavat nimekirja, kes võivad osaleda riigihankemenetlustes.

22 Oma kahtluste põhjendamiseks viitab Consiglio di Stato viimaseks Euroopa Kohtu praktikale, mille kohaselt tuleb riigihankealaseid ühenduse õigusnorme tõlgendada funktsionaalse kriteeriumi alusel, millega välditakse kõrvalekaldeid tõhusa konkurentsi aluspõhimõttest (vt 13. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-337/06: Bayerischer Rundfunk jt, EKL 2007, lk I-11173). Konkreetsemalt teenuste riigihanke osas on Euroopa Kohus rõhutanud selle valdkonna ühenduse õigusnormide peamist eesmärki, milleks on teenuste vaba liikumine ning avatus ausale ja võimalikult laiale konkurentsile kõikides liikmesriikides (11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle ja RPL Lochau, EKL 2005, lk I-1, punktid 44 ja 47).

23 Sellest kohtupraktikast lähtuvalt märgib Consiglio di Stato, et ülikoolide, uurimisinstituutide ja nende konsortsiumide osalemine riigihankemenetlustes võib kahjustada konkurentsi põhimõtet kahest aspektist. Ühelt poolt võib see tingida teatud osa hankelepingute kõrvaldamise vabalt turult, kuna suure hulga tavaliste ettevõtjate jaoks oleks ligipääs neile lepingutele raskendatud. Teiselt poolt antaks edukale pakkujale sel juhul õigustamatu eelis, mis tagaks talle püsival ja ettenähtaval avalikest vahenditest rahastamisel tugineva majandusliku kindluse, samas kui teised majandustegevuses osalejad sellisele rahastamisele tugineda ei saaks. Sellegipoolest märgib Consiglio di Stato, et mõiste „majandustegevuses osaleja" kitsas tõlgendamine nii, et see eeldab ettevõtja stabiilset tegutsemist teatud „turul", ning mis niiviisi takistaks ülikoolidel, uurimisinstituutidel ja nende konsortsiumidel osalemast riigihankemenetlustes, kahjustaks tõsiselt era- ja avalik-õiguslike üksuste koostööd ning samuti teadlaste ja ettevõtjate koostööd, ning tooks lõpuks kaasa konkurentsi piiramise.

24 Neist kaalutlustest lähtudes otsustas Consiglio di Stato menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiivi 2004/18/[…] sätteid tuleb tõlgendada nii, et konsortsiumil („consorzio"), mis koosneb ainult Itaalia ülikoolidest ja riigiasutustest, on keelatud osaleda sellise teenuse riigihankemenetluses nagu seda on geofüüsiliste andmete ja merel proovide kogumine?

2. Kas sellised sätted nagu seadusandliku dekreediga nr 163/2006 kehtestatud artikli 3 lõiked 22 ja 19 ning artikkel 34, mille kohaselt vastavalt „mõiste „majandustegevuses osaleja" hõlmab töövõtjat, tarnijat ja teenuseosutajat või nende konsortsiumi" ja „mõisted „töövõtja", „tarnija" ja „teenuseosutaja" viitavad füüsilisele või juriidilisele isikule või üksusele, mis ei ole juriidiline isik, sh […] Euroopa majandushuviühing (EMHÜ), mis „pakub turul" vastavalt ehitustööde või ehitustöö teostamist, tooteid või teenuseid", on vastuolus direktiiviga 2004/18[…], kui neid sätteid tõlgendada nii, et riigihankemenetlustes osalemise õigus on üksnes hankelepingu esemeks oleva teenuse kutselistel osutajatel, ning seda ei ole üksustel, kelle eesmärk on uurimistöö, mis ei ole peamiselt suunatud tulu teenimisele?"

Eelotsuse küsimused

25 Sissejuhatuseks tuleb meenutada, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt on juhul, kui Consiglio di Stato annab erakorralises kaebemenetluses arvamuse, tema puhul tegemist kohtuga EÜ artikli 234 tähenduses (16. oktoobri 1997. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-69/96–C-79/96: Garofalo jt, EKL 1997, lk I-5603, punkt 27).

Esimene küsimus

26 Selle küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas direktiivi 2004/18 sätteid tuleb tõlgendada nii, et need keelavad konsortsiumil, mis koosneb üksnes ülikoolidest ja riigiasutustest, osaleda teenuste riigihankemenetluses.

27 Eelotsusetaotlusest ilmneb, et need direktiivi 2004/18 sätted, mida liikmesriigi kohus silmas peab, sisalduvad selle direktiivi artikli 1 lõike 2 punktis a ja sama artikli lõike 8 esimeses ja teises lõigus, kuna need viitavad mõistele „majandustegevuses osaleja". Nimetatud taotluse kohaselt ei ole asjaomase konsortsiumi peamine eesmärk tulu teenimine, ta ei ole oma organisatsioonilise struktuuri poolest ettevõte, ning ta ei tegutse turul regulaarselt.

28 Sellele küsimusele vastamiseks tuleb kõigepealt välja tuua, et esiteks ei sisalda direktiivi 2004/18 sätted mõiste „majandustegevuses osaleja" määratlust ning teiseks ei tee need pakkujatel vahet selle põhjal, kas nende peamine eesmärk on tulu teenimine või ei ole, ning ka ei näe need sätted sõnaselgelt ette, et sellised üksused nagu põhikohtuasjas tuleb välistada. Sellegipoolest, kui neid sätteid analüüsida Euroopa Kohtu praktikast lähtuvalt, on neis piisavalt pidepunkte eelotsusetaotluse esitanud kohtule vajaliku vastuse andmiseks.

29 Niisiis osutab direktiivi 2004/18 põhjendus 4 võimalusele, et „avalik-õiguslik isik" võib osaleda pakkujana riigihankemenetluses.

30 Samuti tunnistavad selle direktiivi artikli 1 lõike 8 esimene ja teine lõik „majandustegevuses osalejaks" mitte üksnes iga füüsilise või juriidilise isiku, vaid sõnaselgelt ka iga „avalik-õigusliku isiku" ning sellistest isikutest koosneva konsortsiumi, kes pakub turul teenuseid. Samas võib „avalik-õigusliku isiku" mõiste hõlmata ka organisatsioone, kelle peamine eesmärk ei ole tulu teenimine, kes ei ole oma organisatsioonilise struktuuri poolest ettevõtjad, ning kes ei tegutse turul järjepidevalt.

31 Lisaks keelab selle sama direktiivi artikkel 4, „Majandustegevuses osalejad", lükata tagasi kandidaate või pakkujaid, kellel on oma asukohaliikmesriigi õigusaktide alusel õigus hanketeate esemeks olevat teenust osutada, üksnes seetõttu, et selle liikmesriigi õiguse alusel, kus leping sõlmitakse, peaksid nad olema kas füüsilised või juriidilised

isikud. Ka ei tee see säte pakkujatel vahet selle alusel, kas nad on oma põhikirja poolest avalik- või eraõiguslikud isikud.

32 Selles osas, mis puudutab eelotsusetaotluse esitanud kohtu tõstatatud küsimust konkurentsi moonutamisest, mis võib tekkida seetõttu, et riigihankemenetluses osalevad sellised üksused nagu põhikohtuasja hageja, kes tänu riiklikest vahenditest rahastamisele asuvad eraettevõtjatega võrreldes eelisseisus, tuleb rõhutada, et direktiivi 2004/18 põhjendus 4 paneb liikmesriikidele kohustuse hoolitseda selle eest, avalik-õigusliku isiku osalemine pakkujana riigihankelepingu sõlmimise menetluses ei tooks kaasa sellist konkurentsimoonutust. See kohustus kehtib ka osas, mis puudutab selliseid üksusi nagu hageja.

33 Siinkohal tuleb meenutada õigusi ja kohustusi, mis hankijal on direktiivi 2004/18 artikli 55 lõike 3 alusel juhul, kui pakkumishind on ebaharilikult madal seepärast, et pakkuja saab riigiabi. Euroopa Kohus on leidnud, et teatavatel konkreetsetel juhtudel on hankijal kohustus, või vähemasti võimalus võtta arvesse toetuste, täpsemalt asutamislepinguga vastuolus olevate toetuste olemasolu, selleks et vajaduse korral kõrvaldada pakkuja, kes selliseid toetusi saab (vt selle kohta 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-94/99: ARGE, EKL 2000, lk I-11037, punkt 29).

34 Siiski ei õigusta asjaolu, et majandustegevuses osaleja on eelisseisus, kuna teda rahastatakse riiklikest vahendites või ta saab riigiabi, selliste subjektide nagu põhikohtuasja hageja kõrvaldamist riigihankemenetlusest *a priori* ja ilma muu kontrollimiseta.

35 Eelnevatest kaalutlustest tuleneb, et ühenduse seadusandja ei ole soovinud piirata mõistet „majandustegevuses osaleja, kes pakub turul teenuseid" üksnes isikutega, kes on ülesehituse poolest äriühingud, ega kehtestada eritingimusi, mis piiraks juba etteulatuvalt juurdepääsu hankemenetlusele lähtuvalt majandustegevuses osalejate õiguslikust vormist ja sisemisest ülesehitusest.

36 Seda tõlgendust kinnitab Euroopa Kohtu praktika.

37 Nii on Euroopa Kohus leidnud, et üks ühenduse riigihankealaste õigusnormide eesmärke on saavutada võimalikult suur konkurentsile avatus (vt selle kohta eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Bayerischer Rundfunk jt, punkt 39), ning et ühenduse õiguse huvides on, et oleks tagatud võimalikult paljude pakkujate osavõtt hankemenetlusest (19. mai 2009. aasta otsus kohtuasjas C-538/07: Assitur, EKL 2009, lk I-4219, punkt 26). Selles osas tuleb lisada, et see võimalikult suur konkurentsile avatus on ette nähtud mitte ainult arvestades ühenduse huvi kaupade ja teenuste vaba liikumise valdkonnas, vaid ka asjaomase hankija enda huvides, kellel on seeläbi laiem võimalus valida soodsaim ning asjaomase üldsuse vajadustele kõige paremini vastav pakkumus (vt selle kohta seoses ebaharikult madala maksumusega pakkumustega 15. mai 2008. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-147/06 ja C-148/06: SECAP ja Santorso, EKL 2008, lk I-3565, punkt 29).

38 Lähtudes sellest, et riigihanked avatakse võimalikult laiale konkurentsile, on Euroopa Kohus ka otsustanud, et seda valdkonda reguleerivaid ühenduse sätteid kohaldatakse juhul, kui üksus, kellega hankija soovib sõlmida rahaliste huvidega seotud lepingu, on ka ise hankija (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 47 ja seal viidatud kohtupraktika). Samas on direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 kohaselt hankija üksus, kes täidab üldistele huvidele vastavaid ülesandeid ega tegele tööstuse ega kaubandusega. Sellise organisatsiooni põhitegevus ei ole majandustegevusega tegelemine.

39 Euroopa Kohus on ka otsustanud, et ühenduse õigusnormidega on vastuolus liikmesriigi regulatsioon, mille kohaselt nende kandidaatide või pakkujate, kellel on selle liikmesriigi õiguse alusel, kus nad on asutatud, õigus osutada teenust, mis on kõnealuse riigihankelepingu sõlmimise eesmärk ja mille maksumus ületab direktiivide kohaldamiseks ette nähtud piirmäära, osavõtt on välistatud üksnes seetõttu, et nende taotlejate või pakkujate õiguslik vorm ei vasta ühele konkreetsele juriidiliste isikute kategooriale (vt selle kohta 18. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-357/06: Frigerio Luigi & C., EKL 2007, lk I-12311, punkt 22).

40 Lisaks tuleb lähtuvalt Euroopa Kohtu praktikast meenutada, et esiteks ei ole võrdse kohtlemise põhimõtet rikutud juhul, kui tegemist on üksnes asjaoluga, et hankijad lubavad riigihankemenetluses osaleda isikutel, kes saavad toetusi, mis võimaldab neil teha hinnapakkumisi, mis on märgatavalt madalamad toetusi mittesaavate konkurentide omadest, ning et teiseks, kui ühenduse seadusandjal oleks olnud soov kohustada hankijaid selliseid pakkujaid välistama, siis oleks ta seda sõnaselgelt öelnud (eespool viidatud kohtuotsus ARGE, punktid 25 ja 26).

41 Viimaseks, Euroopa Kohtu praktikast tuleneb ka see, et ühenduse õigusnormid ei nõua, et isik, kes sõlmib hankijaga lepingu, peaks selleks, et teda saaks pidada töövõtjaks, ja seega majandustegevuses osalejaks, olema võimeline osutama kokkulepitud teenust isiklikult ja oma vahendite abil; piisab kui ta suudab asjaomase teenuse osutamise korraldada, esitades selleks vajalikud tagatised (vt selle kohta 12. juuli 2001. aasta otsus kohtuasjas C-399/98: Ordine degli Architetti jt, EKL 2001, lk I-5409, punkt 90).

42 Seetõttu tuleneb nii ühenduse õigusnormidest kui ka Euroopa Kohtu praktikast, et pakkumuse või taotluse võib esitada mis tahes isik või üksus, kes hanketeates loetletud tingimusi arvestades leiab, et on võimeline hankelepingut täitma kas isiklikult või allhanget kasutades, ning seda olenemata asjaomase isiku põhikirjast, sellest, kas ta on era- või avalik-õiguslik isik, ja olenemata sellest, kas ta tegutseb turul järjepidevalt või üksnes aeg-ajalt, või sellest, kas teda toetatakse riiklikest vahenditest või mitte. Nii nagu õigesti märgib Tšehhi valitsus, hinnatakse selle üksuse tegelikku võimet täita

hanketeates määratletud tingimusi menetluse hilisemas etapis, kohaldades direktiivi 2004/18 artiklites 44–52 sätestatud kriteeriume.

43 Tuleb ka lisada, et mõiste „majandustegevuses osaleja” kitsa tõlgendamise tagajärg oleks, et hankijate ja selliste isikute vahel, kes ei tegutse peamiselt tulu teenimise eesmärgil, sõlmitud lepinguid ei peetaks riigihankelepinguteks; neid võiks sõlmida ilma hankemenetluseta ning need väljuksid ühenduse võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse õigusnormide kohaldamisalast – vastupidi nende normide eesmärgile.

44 Veelgi enam, nagu rõhutab eelotsusetaotluse esitanud kohus, kahjustaks selline tõlgendus tõsiselt era- ja avalik-õiguslike üksuste koostööd ning samuti teadlaste ja ettevõtjate koostööd, ning tooks lõpuks kaasa konkurentsi piiramise.

45 Eelnevat arvestades tuleb esimesele küsimusele vastata, et direktiivi 2004/18 sätteid, mis viitavad mõistele „majandustegevuses osaleja”, ning eelkõige selle direktiivi artikli 1 lõike 2 punkti a ning sama artikli lõike 8 esimese ja teise lõigu sätteid tuleb tõlgendada nii, et need võimaldavad osaleda teenuste riigihankemenetluses sellistel isikutel, kelle peamine eesmärk ei ole tulu teenimine, kes ei ole oma organisatsioonilise struktuuri poolest ettevõtjad, ning kes ei tegutse turul regulaarselt – nagu seda on ülikoolid ja uurimisasutused ning ülikoolide ja riigiasutuste poolt moodustatud konsortsiumid.

Teine küsimus

46 Selle küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas direktiivi 2004/18 sätetega, ja eelkõige selle direktiivi artikli 1 lõike 2 punkti a ja sama artikli lõike 8 esimese ja teise lõigu sätetega on vastuolus selle direktiivi siseriiklikku õigusesse ülevõtmiseks kehtestatud siseriiklikud õigusnormid, juhul kui neid

õigusnorme tõlgendada nii, et nende kohaselt võivad riigihankemenetlustes osaleda vaid teenusepakkujad, kes pakuvad turul teenuseid süstemaatiliselt ja oma kutsealase tegevuse raames, välistades sellised üksused nagu ülikoolid ja uurimisasutused, kelle põhimeesmärk ei oli tulu teenimine.

47 Selles osas tuleb märkida, et vastavalt direktiivi 2004/18 artikli 4 lõike 1 sõnastusele on liikmesriikidel võimalus otsustada, kas anda teatavatele majandustegevuses osalejate kategooriatele õigus osutada teatavaid teenuseid, või mitte.

48 Niisiis, nagu komisjon õigesti märgib, võivad liikmesriigid reguleerida selliste üksuste tegevust nagu mittetulunduslikud ülikoolid ja uurimisasutused, kelle eesmärk on peamiselt suunatud õppe- ja uurimistööle. Täpsemalt, nad võivad lubada või keelata sellistel üksustel turul tegutseda, sõltuvalt sellest, kas kõnealune tegevus on kooskõlas nende üksuste asutamis- ja põhikirjaliste eesmärkidega.

49 Sellegipoolest, juhul ja niivõrd kui neil üksustel on õigus turul teatavaid teenuseid pakkuda, ei või direktiivi 2004/18 siseriiklikku õigusesse ülevõtvad siseriiklikud õigusnormid keelata neil üksustel osaleda sellistes riigihankemenetlustes, mis puudutavad samade teenuste osutamist. Selline tõlgendus ei oleks kooskõlas direktiivi 2004/18 sätetega, nii nagu neid on esimese eelotsuseküsimuse hindamise raames tõlgendatud.

50 Sel juhul peab eelotsusetaotluse esitanud kohus niipalju kui võimalik tõlgendama oma siseriiklikku õigust direktiivi 2004/18 sõnastusest ja eesmärgist lähtudes, et saavutada selle direktiiviga taotletavad eesmärgid, eelistades siseriiklike õigusnormide sellist tõlgendamist, mis on selle eesmärgiga kõige rohkem kooskõlas, et leida seeläbi nimetatud direktiivi sätetega vastavuses olev lahendus ja jätma vajadusel kohaldamata

iga sellega vastuolus oleva siseriikliku õigusnormi (vt selle kohta 22. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-414/07: Magoora, EKL 2008, lk I-10921, punkt 44).

51 Seetõttu tuleb teisele küsimusele vastata, et direktiivi 2004/18 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus sellised siseriiklikud õigusnormid nagu põhikohtuasjas, mis keelavad sellistel üksustel nagu ülikoolid ja uurimisinstituudid, kelle peamine eesmärk ei ole tulu teenimine, osaleda riigihankemenetluses isegi juhul, kui liikmesriigi õiguse kohaselt on neil üksustel õigus osutada asjaomase hankelepingu esemeks olevaid teenuseid.

Kohtukulud

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

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (neljas koda) otsustab:

1. **Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta sätteid, mis viitavad mõistele „majandustegevuses osaleja”, ning eelkõige selle direktiivi artikli 1 lõike 2 punkti a ning sama artikli lõike 8 esimese ja teise lõigu sätteid tuleb tõlgendada nii, et need võimaldavad osaleda teenuste riigihankemenetluses sellistel isikutel, kelle peamine eesmärk ei ole tulu teenimine, kes ei ole oma**

organisatsioonilise struktuuri poolest ettevõtjad, ning kes ei tegutse turul regulaarselt – nagu seda on ülikoolid ja uurimisasutused ning ülikoolide ja riigiasutuste poolt moodustatud konsortsiumid.

2. Direktiivi 2004/18 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus sellised siseriiklikud õigusnormid nagu põhikohtuasjas, mis keelavad sellistel üksustel nagu ülikoolid ja uurimisinstituudid, kelle peamine eesmärk ei ole tulu teenimine, osaleda riigihankemenetluses isegi juhul, kui liikmesriigi õiguse kohaselt on neil üksustel õigus osutada asjaomase hankelepingu esemeks olevaid teenuseid.

Allkirjad