EUROOPA KOHTU OTSUS (kolmas koda)

10. september 2009 *

Kohtuasjas C-206/08,

mille ese on EÜ artikli 234 alusel Thüringer Oberlandesgerichti (Saksamaa) 8. mai 2008. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 19. mail 2008, menetluses

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

versus

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

menetluses osalesid:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

EUROOPA KOHUS (kolmas koda),

koosseisus: koja esimees A. Rosas, kohtunikud J. N. Cunha Rodrigues (ettekandja), J. Klučka, P. Lindh ja A. Arabadjiev,

kohtujurist: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
kohtusekretär: ametnik C. Strömholm,

arvestades kirjalikus menetluses ja 23. aprilli 2009. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

– Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), esindajad: *Rechtsanwalt* S. Wellmann ja *Rechtsanwalt* P. Hermisson,

– Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, esindaja: *Rechtsanwalt* U.-D. Pape,

– Stadtwirtschaft Gotha GmbH, esindaja: *Rechtsanwältin* E. Glahs,

– Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), esindajad: *Rechtsanwalt* S. Gesterkamp ja *Rechtsanwalt* S. Sieme,

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

– Tšehhi valitsus, esindaja: M. Smolek,

– Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: P. Oliver, D. Kukovec ja C. Zadra, keda abistas *Rechtsanwalt* B. Wägenbaur,

arvestades pärast kohtujuristi ärakuulamist tehtud otsust lahendada kohtuasi ilma kohtujuristi ettepanekuta,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsusetaotlus on esitatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivis 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19), kasutatud mõiste „teenuste kontsessioon" tõlgendamise kohta.

2 Eelotsusetaotlus esitati Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeindeni (Gotha linna ja tema haldusüksusesse kuuluvate kohalike omavalitsusüksuste veevarustuse ja kanalisatsiooniga tegelev ühendus, edaspidi „WAZV Gotha") ja Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (vee käitlemise ja kõrvaldamisega tegelev ettevõte, edaspidi „Eurawasser") vahelises kohtuvaidluses, mis puudutab joogiveega varustamise ja reovee kõrvaldamise avaliku teenuse riigihanget.

Õiguslik raamistik

3 Direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punktid a ja d sätestavad:

„2. a) *Asjade, ehitustööde ja teenuste hankelepingud* – kirjalikud rahaliste huvidega seotud lepingud, mis on sõlmitud ühe või mitme artikli 2 lõikes 2 nimetatud ostja ja ühe või mitme tarnija, töövõtja või teenuseosutaja vahel.

[…]

d) *Teenuste hankelepingud* – lepingud, mis pole ehitustööde ega asjade hankelepingud ja mille eesmärgiks on XVII lisas nimetatud teenuste osutamine.

[…]”

4 Nimetatud direktiivi artikli 1 lõike 3 punkt b sätestab:

„*Kontsessioon teenustele* – samasugust tüüpi leping kui teenuste hankeleping, välja arvatud asjaolu, et tasu teenuste osutamise eest seisneb kas ainult õiguses kasutada seda teenust või sellises õiguses koos tasuga.”

5 Sama direktiivi artikkel 2 sätestab:

„1. Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

a) *Tellivad asutused* – riik, piirkondlikud või kohalikud asutused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest asutusest või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused.

[…]

2. Käesolevat direktiivi kohaldatakse ostjate suhtes, kes:

a) on tellivad asutused või riigi osalusega ettevõtted ja kes tegutsevad ühel artiklites 3–7 viidatud aladest;

[…]”

6 Direktiivi 2004/17 artikkel 4 sätestab:

„1. Käesolev direktiiv kehtib järgmistele tegevustele:

a) niisuguste püsivõrkude pakkumine või käitamine, mille eesmärgiks on pakkuda elanikkonnale joogivee tootmise, transpordi või jaotamisega seotud teenust, või

b) joogivee tarnimine sellistesse võrkudesse.

2. Käesolevat direktiivi kohaldatakse ka selliste lepingute või ideekonkursside suhtes, mida sõlmivad või korraldavad ostjad, kes tegutsevad lõikes 1 nimetatud tegevusvaldkonnas ja mis:

[…]

b) on seotud reovee puhastuse ja töötlemisega.”

7 Nimetatud direktiivi artikkel 18 sätestab:

„Käesolevat direktiivi ei kohaldata ehitustööde ja teenuste kontsessioonidele, mis sõlmitakse ostjate poolt, kes tegutsevad ühel artiklites 3–7 viidatud aladest, kui need kontsessioonid sõlmitakse kõnealuste tegevuste sooritamiseks.”

8 Viidatud direktiivi artikkel 31 sätestab:

„Lepingud, mille objektiks on XVII A lisas loetletud teenused, sõlmitakse kooskõlas artiklitega 34–59.”

9 Sama direktiivi artikkel 32 sätestab:

„Lepinguid, mille objektiks on XVII B lisas loetletud teenused, reguleeritakse üksnes artiklitega 34 ja 43.”

10 Direktiivi 2004/17 artikli 71 kohaselt jõustavad liikmesriigid direktiivi täitmiseks vajalikud õigusnormid hiljemalt 31. jaanuariks 2006.

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

11 Kohtutoimiku kohaselt on WAZV Gotha kohaliku omavalitsuse üksuste ühendus, kelle ülesanne on Saksa õigusnormide kohaselt oma territooriumi elanikele veevarustuse ja kanalisatsiooni tagamine.

12 WAZV Gotha andis 1994. aasta halduslepinguga Stadtwirtschaft Gotha GmbH-le (Gotha linna munitsipaalettevõte, edaspidi „Stadtwirtschaft”) üle kõik veevarustusega seotud tehnilised, äri- ja haldusteenused. Kuna see leping pidi lõppema 2008. aastal, kavatses WAZV Gotha võtta oma üksuseks Stadtwirtschafti, et ta jätkaks talle usaldatud tegevust. Viidates riigihangetealastele õigusnormidele, keelas järelevalveasutus siiski WAZV Gothal võtta Stadtwirtschaft oma üksuseks.

13 Asjaomase tegevuse kolmandatele isikutele delegeerimiseks otsustas WAZV Gotha sõlmida veevarustus- ja kanalisatsiooniteenuste kontsessioonilepingu. Selleks ei algatanud ta mitte ametlikku riigihankemenetlust Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen'i (konkurentsipiirangute vastane seadus, edaspidi „GWB") § 97 ja järgmiste paragrahvide alusel, vaid algatas hoopis 2007. aasta septembris mitteametliku hankemenetluse. Sellegipoolest avaldas WAZV Gotha hanketeate viitenumbriga 2007/S 180-220518 ka 19. septembri 2007. aasta Euroopa Liidu Teatajas.

14 Hanketeates kuulutati välja WAZV Gotha haldusterritooriumi veevarustus- ja kanalisatsiooniteenuste kontsessioonilepingu sõlmimine 20 aastaks ja kutsuti huvitatud ettevõtjaid oma kandidatuuri üles seadma.

15 Hanketeade ja sellega seotud lepinguprojektid nägid ette, et kontsessionäär osutab eespool nimetatud teenuseid WAZV Gotha haldusterritooriumil asuvate kasutajatega kontsessionääri nimel ja arvel sõlmitud eraõigusliku lepingu alusel, vastutasuna nähti ette, et kontsessionäärile kuulub nimetatud kasutajate makstav tasu.

16 Nähti ette, et kontsessionääri ülesanne on arvutada oma õiglasel äranägemisel välja osutatavate teenuste tasud ja et ta peab need kindlaks määrama omal vastutusel. See õigus oli siiski piiratud nii, et kontsessionäär pidi 31. detsembrini 2009 kohaldama hanketeate avaldamise ajal kehtinud tasu määrasid ja seejärel pidid tasu määrad olema kooskõlas Thüringer Kommunalabgabengesetz'i (Tüüringi kommunaalmaksude seadus) sätetega.

17 Hanketeade ja lepinguprojektid nägid samuti ette, et veevarustuse ja kanalisatsiooni tehnilised rajatised jäävad WAZV Gotha omandisse ja et kontsessionäär rendib neid

ning tal on õigus tasaarvestada nende rent tasudega, mida võetakse kasutajatelt osutatud teenuste eest. Nimetatud rajatisi pidi hooldama kontsessionäär.

18 WAZV Gotha kohustus põhimäärusega kehtestama avaliku veevarustus- ja kanalisatsioonivõrguga liitumise ja selle kasutamise kohustuse. Kontsessionäär ei tohtinud siiski nõuda selle kohustuse järgimist igal üksikjuhtumil.

19 Lõpuks kohustus WAZV Gotha saadavad riiklikud toetused kontsessionäärile üle andma seadusega sätestatud võimaluste piires.

20 Hanketeate kohaselt oli osalemistaotluste esitamise lõpptähtaeg 8. oktoober 2007. Eurawasser kritiseeris 4. oktoobri 2007. aasta kirjas WAZV Gotha kavatsust tellida eespool nimetatud teenuseid mitte ametliku teenuste riigihankemenetluse raames, vaid teenuste kontsessiooni teel.

21 Eurawasser esitas oma osalemistaotluse 8. oktoobril 2007. Stadtwirtschaft ja Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (Lausitzi piirkonna veevarustusega tegelev ettevõte, edaspidi „WAL") osalesid samuti hankemenetluses ja WAZV Gotha tegi neile ettepaneku esitada pakkumus. Hanketeates esitatud lõpptähtajaks oli esitatud kaheksa osalemistaotlust.

22 WAZV Gotha jättis rahuldamata Eurawasseri 9. oktoobri 2007. aasta kirjaga esitatud vaide. Pärast tulutult esitatud 2007. aasta 19. oktoobri ning 23. novembri vaideid esitas Eurawasser pädevale Vergabekammerile (riigihangete vaidlustuskomisjon) vaidlustuse, põhjendades seda sellega, et WAZV Gotha ei valinud nõuetekohast hankemenetlust.

23 Vergabekammer nentis 24. jaanuari 2008. aasta otsuses, et kõnealune tehing kujutas endast tegelikult teenuste riigihankelepingut ja et WAZV Gotha oleks pidanud algatama ametliku hankemenetluse ning et menetlus tuleb taastada hanketeate avaldamise eelses staadiumis.

24 WAZV Gotha esitas selle otsuse peale kaebuse Thüringer Oberlandesgerichtile (Tüüringi liidumaa kõrgeim kohus).

25 Stadtwirtschaftile ja WAL-ile anti luba selles menetluses osaleda.

26 Neil asjaoludel otsustas Thüringer Oberlandesgericht menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas teenuste osutamise leping (veevarustuse ja kanalisatsiooni teenuste leping), mille kohaselt ei maksa hankija lepingupartnerile otseselt tasu, vaid tal on üksnes õigus saada kolmandatelt isikutelt eraõiguslikku tasu, tuleb seetõttu liigitada „teenuste kontsessiooniks" direktiivi [2004/17] artikli 1 lõike 3 punkti b tähenduses, eristades seda tasulisest teenuste riigihankelepingust direktiivi artikli 1 lõike 2 punktide a ja d tähenduses?

2. Juhul kui esimesele eelotsuse küsimusele tuleb vastata eitavalt, siis kas esimeses eelotsuse küsimuses kirjeldatud liiki lepingu puhul on tegemist teenuste kontsessiooniga, kui kõnealuse teenusega selle avalik-õigusliku laadi (liitumis- ja kasutamiskohustus; hinna kalkuleerimine kulude katmise põhimõttel) tõttu seotud äririsk on küll algusest peale, seega ka siis, kui hankija teenust ise osutaks, oluliselt piiratud, kuid lepingupartner võtab selle piiratud riski täielikult või vähemalt suures osas üle?

3. Juhul kui ka teisele eelotsuse küsimusele tuleb vastata eitavalt, siis kas direktiivi [2004/17] artikli 1 lõike 3 punkti b tuleb tõlgendada nii, et teenuse osutamisega seotud risk, eeskätt äririsk peab olema sisult ligilähedane sellele, mis tavaliselt on vaba turu tingimustes mitme konkureeriva pakkuja puhul?"

Vastuvõetavus

27 WAZV Gotha väidab, et eelotsusetaotlus on vastuvõetamatu, kuna vastus esimesele küsimusele tuleneb selgelt direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 3 punktis b esitatud teenuste kontsessiooni mõistest ning Euroopa Kohtu praktikast. Seega ei ole taotletud tõlgenduse järgi mingit vajadust. WAL esitab sisuliselt samasugused argumendid.

28 Stadtwirtschaft leiab, et eelotsuse küsimused ei ole eelotsusetaotluse esitanud kohtule otsuse tegemiseks vajalikud, kuna põhikohtuasi on võimalik lahendada ilma neile küsimustele vastamata. Tegelikult on WAZV Gotha algatatud hankemenetlus nõuetekohane isegi siis, kui põhikohtuasjas käsitletavad lepingud tuleb liigitada direktiivi 2004/17 kohaldamisalasse kuuluvateks teenuste riigihankelepinguteks.

29 Euroopa Ühenduste Komisjon leiab seevastu, et eelotsusetaotlus on vastuvõetav. Eelotsusetaotlusest ilmneb, et siseriiklik kohus on seisukohal, et talle esitatud kaebuse vastuvõetavuse üle otsustamiseks vajab ta vastust teenuste riigihankelepingu ja teenuste kontsessiooni eristamist puudutavatele eelotsuse küsimustele.

30 Pärast eelotsusetaotluse esitamist otsustas WAZV Gotha 4. septembril 2008 tunnistada põhikohtuasja esemeks oleva hankemenetluse kehtetuks.

31 Nimetatud kehtetuks tunnistamise tõttu muutis Eurawasser oma kaebust, võtmata seda tagasi. Eurawasser nõudis nüüd, et võetaks vastu otsus, milles tuvastatakse, et kehtetuks tunnistatud menetlusega kahjustati tema õigust, et peetaks kinni GWB §-st 97 ja järgmistest paragrahvidest tulenevatest riigihankealastest eeskirjadest, millele ta tugines.

32 Eelotsusetaotluse esitanud kohus teatas 24. detsembri 2008. aasta kirjaga Euroopa Kohtule, et ta jääb oma eelotsusetaotluse juurde. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et tal on vaja vastust esitatud küsimustele, et otsustada muudetud kaebuse üle, kuna teenuste kontsessioonid ei kuulu GWB § 97 ja järgmiste paragrahvide kohaldamisalasse ja seega ei mõjuta põhikohtuasjas kaebuse muutmine kuidagi asjaolu, et pädevate asutuste, st Vergabekammeri ja Vergabesenati (kohtu riigihankeid läbivaatav koda) poole pöördumine selleks, et kontrollida riigihankemenetluste järgimist, on vastuvõetamatu juhul, kui põhikohtuasjas käsitletav leping liigitatakse teenuste kontsessiooniks.

33 Selles osas on Euroopa Kohus otsustanud, et EÜ artiklis 234 ette nähtud Euroopa Kohtu ja siseriiklike kohtute koostöö raames on üksnes asja menetleval ja selle lahendamise eest vastutaval siseriiklikul kohtul kohtuasja eripära arvesse võttes õigus hinnata eelotsuse vajalikkust asjas otsuse langetamiseks ning Euroopa Kohtule esitatavate küsimuste asjakohasust. Järelikult, kui esitatud küsimused puudutavad ühenduse õiguse tõlgendamist, on Euroopa Kohus reeglina kohustatud otsuse langetama (vt eelkõige 23. aprilli 2009. aasta otsus kohtuasjas C-544/07: Rüffler, EKL 2009, lk I-3389, punkt 36 ja seal viidatud kohtupraktika).

34 Euroopa Kohus on ka otsustanud, et ta peab erandjuhtudel oma pädevuse hindamiseks siiski kindlaks tegema need asjaolud, mille tõttu siseriiklik kohus talle eelotsusetaotluse

esitas. Siseriikliku kohtu esitatud eelotsusetaotlusele saab Euroopa Kohus vastamata jätta vaid siis, kui on ilmne, et taotletud ühenduse õiguse tõlgendamine ei ole mingil viisil seotud põhikohtuasja faktiliste asjaolude või esemega, või juhul, kui küsimus on oletuslik või kui Euroopa Kohtule ei ole teada vajalikke faktilisi või õiguslikke asjaolusid, et anda tarvilik vastus talle esitatud küsimustele (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Rüffler, punktid 37 ja 38 ning seal viidatud kohtupraktika).

35 Eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitas nii eelotsusetaotluses kui ka 24. detsembri 2008. aasta kirjas arusaadavalt neid põhjusi, miks ta leiab, et tema esitatud eelotsuse küsimused on asjakohased ja miks selle vaidluse lahendamiseks, milles tema poole pöörduti, on vajalik vastus neile küsimustele. Neist selgitustest lähtudes ei tundu, et esitatud küsimused on oletuslikud või et neil ei ole seost põhikohtuasjaga.

36 Seega on esitatud eelotsuse küsimused vastuvõetavad.

Eelotsuse küsimused

Sissejuhatavad märkused

37 Kõigepealt tuleb täpsustada, et lähtudes kohtutoimikusse lisatud tõenditest, tuleb WAZV Gotha suhtes kohaldada direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punktis a esitatud hankija mõistet, kuna kõnealune hankija on direktiivi artikli 2 lõike 2 punkti a kohaselt hankijale kuuluv üksus.

38 Põhikohtuasi kuulub lisaks direktiivi 2004/17 kohaldamisalasse selle artikli 4 alusel, kuna asjaomane hankija, see tähendab WAZV Gotha tegutseb veevarustuse ja kanalisatsiooni valdkonnas.

39 Põhikohtuasi kuulub direktiivi 2004/17 ajalisse kohaldamisalasse, kuna direktiivi artiklis 71 määratud rakendamise tähtaeg möödus 31. jaanuaril 2006 ning hankemenetlus põhikohtuasjas algatati 2007. aasta septembris.

40 Tuleb meenutada, et ühenduse õiguses kehtestati teenuste kontsessiooni mõiste direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punktiga a. Seda mõistet ei olnud selle valdkonna varasemates direktiivides, eelkõige nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivis 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194).

41 Direktiivi 2004/17 artiklis 18 täpsustab ühenduse seadusandja, et direktiivi ei kohaldata teenuste kontsessioonilepingutele, mille sõlmivad hankijad, kes tegutsevad veevarustussektoris.

42 Lisaks tuleb meenutada Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 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) enda kohaldamisala kohta seda, et selle artikli 1 lõike 2 punkt a ja artikli 1 lõige 4 sisaldavad direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punktiga a ja artikli 1 lõike 3 punktiga b sisuliselt sarnaseid „riigihankelepingu" ja „teenuste kontsessiooni" mõisteid.

43 Nimetatud sarnasuse tõttu tuleb eespool viidatud kahe direktiivi kohaldamisalasse kuuluvate mõistete teenuste riigihankeleping ja teenuste kontsessioon tõlgendamisel lähtuda samadest kaalutlustest.

44 Sellest tulenevalt tuleb juhul, kui põhikohtuasjas käsitletav tehing liigitatakse „teenuste riigihankelepinguks" direktiivi 2004/17 tähenduses, selline hange põhimõtteliselt läbi viia nimetatud direktiivi artiklites 31 ja 32 sätestatud menetluste kohaselt. Seevastu kui see tehing liigitatakse teenuste kontsessiooniks, ei ole nimetatud direktiiv selle artikli 18 kohaselt kohaldatav. Sellisel juhul kuulub kontsessioonilepingu sõlmimine EÜ asutamislepingu põhimõtete ja eelkõige võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel mittediskrimineerimise põhimõtte ning neist tuleneva läbipaistvuse põhimõtte kohaldamisalasse (vt selle kohta 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 16–19; 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen, EKL 2005, lk I-8585, punktid 46–49, ja 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-324/07: Coditel Brabant, EKL 2008, lk I-8457, punkt 25).

45 Asjaomases kontekstis soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus täpsustada teenuste riigihankelepingu ja teenuste kontsessiooni eristamist võimaldavaid tingimusi.

Esimene ja teine eelotsuse küsimus

46 Esimese ja teise küsimusega, mida tuleb uurida koos, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas juhul, kui leping puudutab teenuseid, piisab ainuüksi asjaolust, et lepingupartnerile ei maksa otseselt tasu hankija, vaid tal on õigus võtta kolmandatelt isikutelt eraõiguslikku tasu, selleks et asjaomase lepingu võiks liigitada teenuste kontsessiooniks direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 3 punkti b tähenduses. Juhul kui sellele küsimusele vastatakse eitavalt, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas sellise lepingu puhul on tegemist teenuste kontsessiooniga juhul, kui lepingupartner võtab täielikult või vähemalt suures osas üle hankijale kuuluva teenuse

osutamisega seotud riski, isegi kui see risk on algusest peale oluliselt piiratud kõnealuse teenuse avalik-õigusliku laadi tõttu.

47 WAZV Gotha, Stadtwirtschaft ja WAL ning Saksamaa ja Tšehhi valitsus leiavad, et esimesele küsimusele tuleb vastata jaatavalt, sest teenuste kontsessiooni iseloomustamiseks piisab asjaolust, et asjaomase teenuse eest tasuvad lepingupartnerile selle kasutajad.

48 Eurawasser ja komisjon on seevastu seisukohal, et lepingupartner peab lisaks kandma asjaomaste teenuste osutamise äririski.

49 Selles osas tuleb märkida, et direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punktis a on nimetatud vaid, et „asjade, ehitustööde ja teenuste hankelepingud" on kirjalikud rahaliste huvidega seotud lepingud, mis on sõlmitud ühe või mitme selle direktiivi artikli 2 lõikes 2 nimetatud ostja ja ühe või mitme tarnija, töövõtja või teenuseosutaja vahel.

50 Nimetatud direktiivi artikli 1 lõike 3 punkti b sõnastuse kohaselt on „kontsessioon teenustele" samasugust tüüpi leping kui teenuste hankeleping, välja arvatud asjaolu, et tasu teenuste osutamise eest seisneb kas ainult õiguses realiseerida seda teenust või sellises õiguses koos tasuga.

51 Nende kahe mõiste võrdlusest ilmneb, et teenuste riigihankelepingu ja teenuste kontsessiooni erinevus seisneb teenuste osutamise eest saadavas tasus. Teenuste riigihankelepinguga kaasneb tasu, mida hankija maksab otse teenuseosutajale (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 39), samas kui teenuste kontsessiooni puhul seisneb tasu teenuste osutamise eest õiguses vaid realiseerida seda teenust või sellises õiguses koos tasuga.

52 Esitatud küsimused lähtuvad silmnähtavalt asjaolust, et käsitletav leping näeb ette, et lepingupartnerile ei maksa otseselt tasu hankija, vaid hankija on talle andnud õiguse võtta kolmandatelt isikutelt eraõiguslikku tasu.

53 Käesoleva kohtuotsuse punktis 51 nimetatud tingimust silmas pidades kujutab asjaolu, et teenuseosutajale maksavad tasu kolmandad isikud, käsitletaval juhul asjaomase teenuse kasutajad, endast üht teenuseosutajale lubatud teenuse realiseerimise vormidest, mille sellise õiguse teostamine võib võtta.

54 See tingimus tulenes juba enne direktiivi 2004/17 jõustumist välja kujunenud Euroopa Kohtu praktikast. Vastavalt sellele kohtupraktikale on teenuste kontsessiooniga tegemist siis, kui kokkulepitud hüvitamise meetod seisneb teenuseosutaja õiguses realiseerida omaenese teenuseid (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Telaustria ja Telefonadress, punkt 58; 30. mai 2002. aasta määrus kohtuasjas C-358/00: Buchhändler-Vereinigung, EKL 2002, lk I-4685, punktid 27 ja 28; 18. juuli 2007 aasta otsus kohtuasjas C-382/05: komisjon *vs.* Itaalia, EKL 2007, lk I-6657, punkt 34, ja 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-437/07: komisjon *vs.* Itaalia, punkt 29).

55 Siinkohal ei ole tähtsust sellel, kas hüvitis kuulub eraõiguse või avaliku õiguse kohaldamisalasse.

56 Euroopa Kohus on tunnustanud teenuste kontsessiooni olemasolu eelkõige juhtudel, kus teenuseosutaja saab hüvitist avaliku parkla, ühistransporditeenuse ja telekommunikatsioonivõrgu kasutajate makstavate tasude kaudu (vt eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 40; 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-410/04: ANAV, EKL 2006, lk I-3303, punkt 16, ja eespool viidatud kohtuotsus Coditel Brabant, punkt 24).

57 Seetõttu vastab teenuseid puudutava lepingu puhul asjaolu, et lepingupartnerile ei maksa otseselt tasu hankija, vaid tal on õigus võtta kolmandatelt isikutelt tasu, direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 3 punktis b sätestatud tasu nõuetele.

58 Sellise järelduse tegemiseks peab siiski täpsustama nimetatud sättes kasutatud mõistet „tasu teenuste osutamise" eest ja mõistet „õigus realiseerida seda teenust".

59 See, kui kokkulepitud hüvitamise meetod seisneb selles, et teenuseosutajale antakse õigus realiseerida omaenese teenuseid, tähendab Euroopa Kohtu praktika kohaselt seda, et see teenuseosutaja võtab enda kanda teenuse osutamisega seonduva riski (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused Parking Brixen, punkt 40; 18. juuli 2007. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia, punkt 34, ja 13. novembri 2008. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia, punkt 29).

60 Selles küsimuses on menetlusosalised võtnud oma märkustes esimese või teise võimalusena lahknevaid seisukohti.

61 WAZV Gotha väidab, et lepingu iseloomustamiseks teenuste kontsessioonina piisab asjaolust, et lepingupartner võtab teenuste osutamisega seotud riski tingimustel, millega oli tegemist põhikohtuasjas.

62 Stadtwirtschafti, WAL-i ja Tšehhi valitsuse arvates ei pea lepingupartner kandma kogu nimetatud riski. Piisab, kui ta võtab selle riski üle suures osas.

63 Saksamaa valitsus on seisukohal, et teenuste kontsessiooniga on tegemist juhul, kui lepingupartner kannab teenuse osutamisega seotud riski, mis ei ole täiesti tähtsusetu.

64 Eurawasser leiab, et põhikohtuasjas käsitletav tehing ei ole seotud olulise riskiga, mida hankija saaks lepingupartnerile üle kanda. Seetõttu tuleb see tehing liigitada riigihankelepinguks, mitte kontsessiooniks.

65 Komisjon märgib, et peab esinema oluline realiseerimisrisk, mis ei pea siiski tingimata vastama äririskile, mis tavaliselt kaasneb vaba turuga. Teenuste riigihankelepingut, mille äririski avalik võim vähendab miinimumini, ei saa pidada teenuste kontsessiooniks.

66 Selles osas tuleb meenutada, et risk on teenuste majanduslikul realiseerimisel vältimatu.

67 Kui hankija kannab jätkuvalt kogu riski ega jäta teenuse osutaja kanda turul esinevaid ettenägematusi, nõuab sellise teenuse osutamise lepingu sõlmimine direktiivis 2004/17 ette nähtud formaalsuste kohaldamist, et tagada läbipaistvus ja konkurents.

68 Kui teenuseosutajale ei lähe kõnealuse teenuse osutamisega üle ühtegi seonduvat riski, on asjaomane tehing teenuste riigihankeleping (vt selle kohta 27. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-234/03: Contse jt, EKL 2005, lk I-9315, punkt 22, ja eespool viidatud 18. juuli 2007. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia, punktid 35–37, ja ehitustööde kontsessiooni osas analoogia alusel eespool viidatud 13. novembri 2008. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia, punktid 30 ja 32–35). Nagu käesoleva kohtuotsuse

punktis 51 on sedastatud, ei seisne viimati mainitud juhul tasu teenuste osutamise eest õiguses realiseerida seda teenust.

69 Esitatud küsimused lähtuvad eeldusest, et põhikohtuasjas käsitletava teenuste osutamisega kaasnev äririsk on väga piiratud isegi juhtudel, kui asjaomast teenust osutab hankija, ja seda põhjusel, et kohaldatakse seda tegevusvaldkonda ennast puudutavat regulatsiooni.

70 Euroopa Kohtule esitatud teatud argumentide kohaselt tuleb sellistel asjaoludel pidada käsitletavat tehingut niisiis kontsessiooniks juhul, kui kontsessiooni andja poolt kontsessionäärile üle antav risk on oluline.

71 Nende argumentidega ei saa täielikult nõustuda.

72 On tavaline, et äririsk võib olla piiratud teatud tegevusvaldkondades, eelkõige sellistes avalikku huvi puudutavates sektorites nagu veevarustus ja kanalisatsioon, mis on õigusnormidega reguleeritud.

73 Ühelt poolt hõlbustavad avalik-õiguslikud normid, millele on allutatud teenuste majanduslik realiseerimine ja rahastamine, järelevalvet selle teenuse realiseerimise üle ja leevendavad nende tegurite mõju, mis võivad kahjustada läbipaistvust ja moonutada konkurentsi.

74 Teiselt poolt peab hankijatel olema lubatud heas usus tegutsedes tagada teenuste osutamine kontsessiooni teel juhul, kui nad peavad seda parimaks asjaomase avaliku teenuste tagamise viisiks ja seda ka siis, kui teenuse realiseerimisega seotud riisiko on väga väike.

75 Pealegi ei oleks mõistlik nõuda kontsessiooni andvalt ametiasutuselt konkurentsitingimuste loomist ja asjaomases valdkonnas kohaldatavate õigusnormide tõttu selles sektoris juba olevast äririskist kõrgema riski tekitamist.

76 Kuna kõnealustel juhtudel ei ole hankijal mingit mõju teenuse ülesehitusele kohaldatavatele avalik-õiguslikele õigusnormidele, ei ole tal võimalik luua ja seega ka kanda üle riskifaktoreid, mis on nende õigusnormidega välistatud.

77 Isegi kui hankija kantav risk on väga väike, on teenuste kontsessiooni olemasolu tuvastamiseks igal juhul vajalik, et hankija on kontsessionäärile täielikult või vähemalt suures osas üle kandnud talle kuuluva teenuse osutamisega seotud riisiko.

78 Siseriikliku kohtu ülesanne on hinnata, kas hankijale kuuluv teenuse osutamisega seotud riisiko on täielikult või suures osas üle kantud.

79 Selle juures ei või arvesse võtta üldisi riske, mis tulenevad õigusnormide muutmisest lepingu ajal.

80 Seega tuleb esimesele ja teisele eelotsuse küsimusele vastata, et asjaolust, et teenuseid puudutava lepingu raames ei maksa lepingupartnerile otseselt tasu hankija, vaid tal on õigus võtta kolmandatelt isikutelt tasu, piisab lepingu liigitamiseks „teenuste kontsessiooniks" direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 3 punkti b tähenduses juhul, kui lepingupartner võtab täielikult või vähemalt suures osas üle hankijale kuuluva teenuse osutamisega seotud riski, isegi kui see risk on algusest peale oluliselt piiratud kõnealuse teenuse avalik-õigusliku laadi tõttu.

Kolmas eelotsuse küsimus

81 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele ja teisele küsimusele antud vastust arvestades ei ole kolmandale küsimusele eraldi vaja vastata.

Kohtukulud

82 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 (kolmas koda) otsustab:

Asjaolust, et teenuseid puudutava lepingu raames ei maksa lepingupartnerile otseselt tasu hankija, vaid tal on õigus võtta kolmandatelt isikutelt tasu, piisab lepingu liigitamiseks „teenuste kontsessiooniks" Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ (millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused) artikli 1 lõike 3 punkti b tähenduses juhul, kui lepingupartner võtab täielikult või vähemalt suures osas üle hankijale kuuluva teenuse osutamisega seotud riski, isegi kui see risk on algusest peale oluliselt piiratud kõnealuse teenuse avalik-õigusliku laadi tõttu.

Allkirjad