KOHTUJURISTI ETTEPANEK
YVES BOT
esitatud 27. oktoobril 2009[1]

1. Käesoleva eelotsusetaotlusega soovib Landgericht Frankfurt am Main (Saksamaa) teada sisuliselt seda, milline on läbipaistvuskohustuse ulatus ning millised on selle kohustuse rikkumise tagajärjed teenuste kontsessiooni andmise menetluses.

2. Taotlus esitati vaidluses, mille pooled olid ühelt poolt ettevõtja Wall AG[2] ning teiselt poolt Stadt Frankfurt am Main (Frankfurti linn) ja ettevõtja Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3] seoses selle linna territooriumil asuvate avalike tualettide paigaldamise, hoolduse ja puhastustööde kontsessioonilepingu täitmisega.

3. Euroopa Kohtul on selles kohtuasjas võimalus täpsustada, millistel tingimustel võib hankija kontsessioonilepingu täitmise kestel nõustuda selle lepingu muutmisega, rikkumata seejuures läbipaistvuskohustuse ulatust.

4. Samuti on Euroopa Kohtul võimalus lähemalt selgitada, millistel tingimustel peab seda kohustust järgima avaliku ja erasektori partnerluse raames asutatud segaosalusega äriühing.

5. Lõpuks võimaldavad Landgericht Frankfurt am Maini esitatud küsimused Euroopa Kohtul täpsustada, millised on kohtuliku kontrolli võimalused seoses teenuste kontsessiooniga tehtud otsuste osas. Iseäranis peab Euroopa Kohus analüüsima, kas juhul, kui pädev siseriiklik kohus tuvastab, et teenuste kontsessiooni andmise menetluses on rikutud läbipaistvuskohustust, on ühenduse õiguse kohaselt nõutav, et liikmesriigid tunnustaksid oma siseriikliku kohtu õigust teha lepingupooltele vastav ettekirjutus.

1 – Algkeel: prantsuse.
2 – Edaspidi „hageja".
3 – Edaspidi „FES".

I. Ühenduse õiguslik raamistik

A. *Esmane õigus*

6. EÜ asutamisleping ei piira liikmesriikide vabadust sõlmida teenuste kontsessioonilepinguid, tingimusel et kontsessiooni andmise viis on kooskõlas sätetega, mis kehtestavad ja tagavad ühisturu häireteta toimimise.

7. Nii nagu iga riiklik akt, millega määratakse kindlaks majandustegevusega tegelemise tingimused, peab kontsessiooni andmine toimuma kooskõlas asutamislepingus sätestatud põhimõtetega, mis puudutavad asutamisõiguse (EÜ artikkel 43) ja teenuste osutamise vabaduse valdkonda (EÜ artikkel 49), ning vastama normidele, mis keelavad igasuguse diskrimineerimise kodakondsuse alusel (EÜ artikli 12 esimene lõik).

8. Kontsessiooni andmisel tuleb lisaks järgida ka põhimõtteid, mis Euroopa Kohus on nende sätete alusel välja arendanud, iseäranis võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet, mille ulatusel ma allpool peatun. Kuigi see kohtupraktika hõlmab eeskätt riigihankelepinguid puudutavaid vaidlusi, on samuti tõsi, et nende vaidluste käigus välja arendatud põhimõtted ulatuvad nimetatud lepingute raamistikust kaugemale. Ma lähtun eeldusest, et need põhimõtted on kohaldatavad ka muudes olukordades, iseäranis kontsessioonide suhtes.

B. *Teisene õigus*

9. Kehtivas ühenduse õiguses ei ole teenuste kontsessioonilepingud teisese õiguse tasandil reguleeritud.[4] Siiski võimaldab riigihankealastes direktiivides sätestatu hinnata teatavaid seda liiki hankelepingute sõlmimisviise.

1. Sätted teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta

10. Mõiste „tellija" [mõiste „tellija" asemel on edaspidi kasutatud täpsemat mõistet „hankija"] on kõigepealt määratletud

4 – Praegu sisaldab ühenduse teisene õigus üksnes norme, mis on kohaldatavad klassikalistes sektorites antavatele ehitustööde kontsessioonidele.

direktiivi 92/50/EMÜ[5] artikli 1 punktis b. Põhjenduse 8 kohaselt on direktiiv kohaldatav „riiklikele teenuslepingutele"[6] [mõiste „riiklikud teenuslepingud" asemel on edaspidi kasutatud täpsemat mõistet „teenuste riigihankelepingud"], seega teenuste kontsessioonid direktiivi kohaldamisalasse ei kuulu. Direktiivi 92/50 eesmärk on kõrvaldada kaupade ja teenuste vaba liikumise takistused ning kaitsta niisuguste ettevõtjate huve, kes soovivad pakkuda kaupu või teenuseid mõnes teises liikmesriigis asuvatele hankijatele.[7]

11. Selle direktiivi artikli 1 punktis b on mõiste „tellija" [hankija] määratletud järgmiselt:

„tellija [hankija] – 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.

5 – Nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiv 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").

6 – Selle direktiivi artikli 1 punkti a kohaselt on need „teenuseosutaja ja tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud". Nimetatud direktiivi tähenduses hõlmab teenuste riigihankeleping vastutasu, mida hankija maksab otse teenuseosutajale.

7 – 1. veebruari 2001. aasta otsus kohtuasjas C-237/99: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2001, lk I-939, punktid 41 ja 42 ja seal viidatud kohtupraktika).

[…]"

12. Mõiste „teenuste kontsessioon" on veel määratletud direktiivi 2004/18/EÜ[8] artikli 1 lõikes 4, kusjuures see direktiiv sõnastab uuesti kõik teenuste, asjade ja ehitustööde riigihankelepingute sõlmimist puudutavad sätted.[9]

13. Selle sätte tähenduses on teenuste kontsessioon „sama liiki leping kui teenuste riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada või see õigus koos tasuga".

14. Lisaks on selle direktiivi artikli 1 lõikes 9 sõna-sõnalt üle võetud direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b teises lõigus esitatud mõiste „avalik-õiguslik isik" määratlus.

2. Direktiiv 89/665/EMÜ

15. Direktiiv 89/665/EMÜ[10] tagab seoses riigihangete konkurentsile avamisega oluliselt suurema läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise, kohustades liikmesriike kehtestama riigihankedirektiivide rikkumise juhtudeks tõhusa ja kiire korra niisuguste lepingute läbivaatamiseks.[11] Vastavalt nimetatud direktiivi artiklile 1 peab läbivaatamise kord olema võimalike liikmesriikide poolt kehtestatavate üksikasjalike eeskirjade kohaselt kättesaadav kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riigihankelepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada.

8 – 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).

9 – Vastavalt teenuste riigihankelepingute osas direktiiv 92/50; asjade riigihankelepingute osas nõukogu 21. detsembri 1976. aasta direktiiv 77/62/EMÜ (EÜT 1977, L 13, lk 1) ja ehitustööde riigihankelepingute osas nõukogu 26. juuli 1971. aasta direktiiv 71/305/EMÜ (EÜT L 185, lk 5), edaspidi koos „riigihankedirektiivid".

10 – Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiiv 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), muudetud direktiiviga 92/50 (edaspidi „direktiiv 89/665"). Seda direktiivi on viimati muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiviga 2007/66/EÜ (ELT L 335, lk 31).

11 – Kui direktiivi 89/665 artikkel 1 puudutas üksnes ehitustööde ja asjade riigihankelepingute sõlmimise korda, siis direktiivi 2007/66 kohaldamisalasse kuuluvad ka teenuste riigihankelepingud.

16. Võttes arvesse riigihankemenetluse lühidust, ei pea see menetlus võimaldama mitte üksnes väidetavate rikkumiste kiiret lahendamist ja ajutiste meetmete võtmist vastavalt direktiivi 89/665 artiklile 2, vaid ka ebaseaduslike otsuste tühistamist ja kahju hüvitamist isikutele, kellele kahju on tekitatud. See säte on sõnastatud järgmiselt:

„1. Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 kindlaksmääratud läbivaatamise korraga võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

a) võtta esimesel võimalusel vahemenetluse korras ajutisi meetmeid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, sealhulgas meetmeid, mille eesmärk on riigihankelepingu sõlmimise menetluse või tellijate [hankijate] otsuste rakendamise peatamine või nende peatamise tagamine;

b) jätta kõrvale ebaseaduslikud otsused või tagada nende kõrvalejätmine […]

c) maksta kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud.

[…]

6. Lõikes 1 nimetatud volituste kasutamise mõju sõlmitud ja juba täidetud lepingule määratakse kindlaks siseriikliku õigusega.

[…]” [täpsustatud tõlge]

17. Nagu ma märkisin, on direktiivi 89/665 muudetud direktiiviga 2007/66. Selle direktiivi eesmärk on muuta siseriiklik läbivaatamise kord tõhusamaks ning täpsustada juhud, mil riigihankelepingute sõlmimise korda reguleerivate eeskirjadega vastuolus sõlmitud leping tuleb tühiseks tunnistada.

3. Direktiiv 80/723/EMÜ

18. Direktiivi 80/723/EMÜ[12] artikkel 2 on sõnastatud järgmiselt:

„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;

[…]

12 – 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").

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."

II. Asjaolud ja põhikohtuasi

19. Esitan allpool kokkuvõtvalt asjaolud, mis näivad minu arutluskäigu seisukohalt asjakohased.

20. Käesolevas kohtuasjas käsitletav leping on teenuste kontsessioonileping direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 4 tähenduses. See leping sõlmiti Stadt Frankfurt am Maini, mida kohaliku omavalitsusüksusena käsitletakse „hankijana" direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b tähenduses, ning ettevõtja FES vahel. Lepingu esemeks on Stadt Frankfurt am Maini territooriumil asuva üheteistkümne avaliku tualeti paigaldamine, hooldus ja puhastustööd ning Rödelheimi ja Galluswarte raudteejaamades asuva kahe avaliku tualeti ümberehitamine, st tegemist on teenustega selle direktiivi artikli 8 ja I A lisa tähenduses.

21. Leping sõlmiti kuueteistkümneks aastaks. FES-i, kes on peatöövõtja, ei tasusta Stadt Frankfurt am Main, vaid talle maksavad tasu kasutajad ning tal on ainuõigus kasutada tualettide reklaampindu. Selline tasustamisviis tähendab, et FES kannab kõnealuste teenuste osutamisega seotud majanduslikku riski.

22. Kõnesolev kontsessioon anti FES-ile majanduslikult kõige soodsama pakkumuse alusel. Ettevõtjate esitatud pakkumusi, sealhulgas FES-i ja hageja pakkumusi hinnati paljude lepingu sõlmimise kriteeriumide alusel, mis olid pakkumismenetluses teatavaks tehtud. Nagu nähtub eelotsusetaotlusest, kaaluti igat neist kriteeriumidest ning need järjestati kahanevas tähtsuse järjekorras vastavalt Stadt Frankfurt am Maini nägemusele.[13]

23. Oma pakkumuses nimetas FES hagejat oma alltöövõtjana reklaamteenuste osutamisel ja tualeti käitamiseks vajalike moodulite tarnimisel, mis on vajalikud teenuste kontsessiooni täitmisel. Ta tugines eeskätt hageja ülemaailmsele mainele ja tehnilisele pädevusele neis sektorites. Stadt Frankfurt am Main tunnistas FES-i pakkumuse edukaks.

24. Pärast kontsessioonilepingu sõlmimist 20. ja 22. juulil 2004 palus FES hagejal ning menetlusse astujal, st Deutsche Städte Medien GmbH-l[14] esitada 5. jaanuaril 2005 oma pak-

13 – Järjestus: piiratud nõudmised reklaami osas (30%), käitaja kontseptsiooni (avalikud tualetid) asjakohasus (15%), reklaamikontseptsiooni usutavus (10%), turvalisuse kontseptsiooni asjakohasus (10%), avalike tualettide kasutajasõbralikkus (10%), avalike tualettide otstarbekus (10%), avalike tualettide sulandumine linnapilti (5%), avalike tualettide esteetiline külg (5%) ning avalike tualettide keskkonnamõju (5%).

14 – See ettevõtja ei ole keegi muu kui Ströer City-Marketing GmbH, kes oli tema peamine konkurent kontsessiooni saamisel (edaspidi „DSM").

kumused reklaamteenuste osutamiseks ning 28. juulil 2005 tualeti moodulite tarnimiseks. Hageja pakkumused lükati tagasi.

25. Kontsessioonilepingu artikli 30 IV alusel palus FES Stadt Frankfurt am Mainilt nõusolekut alltöövõtja vahetamiseks. Stadt Frankfurt am Main ei esitanud ühtegi vastuväidet ning täpsustas lisaks, et vaatamata sellele muudatusele tuleb täita lepingudokumentides kirjeldatud nõudeid.

26. Siseriiklikus kohtus heidab hageja Stadt Frankfurt am Mainile ette, et viimane on niisuguse muudatuse lubamisega rikkunud läbipaistvuskohustust, kuna seeläbi muudeti oluliselt FES-iga sõlmitud kontsessioonilepingut.

III. Eelotsusetaotlus

27. Landgericht Frankfurt am Main otsustas 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 ametivõimudele sellest tulenev läbipaistvuskohustus, mille sisu on teenuste kontsessiooni hankemenetluses piisava teabe alusel avada konkurents ning võimaldada kontrollida hankemenetluse erapooletust[15], nõuab, et siseriikliku õigusega antakse pakkujale, kelle pakkumust ei tunnistatud edukaks, õigus saada 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

15 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab 7. detsembri 2000. aasta otsusele kohtuasjas C-324/98: Telaustria ja Telefonadress (EKL 2000, lk I-10745, punktid 60–62); 21. juuli 2005. aasta otsusele kohtuasjas C-231/03: Coname (EKL 2005, lk I-7287, punktid 17–22); 13. oktoobri 2005. aasta otsusele kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen (EKL 2005, lk I-8585, punktid 46–50); 6. aprilli 2006. aasta otsusele kohtuasjas C-410/04: ANAV (EKL 2006, lk I-3303, punkt 21) ja 13. septembri 2007. aasta otsusele kohtuasjas C-260/04: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2007, lk I-7083, punkt 24).

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 vajadusel 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 vabal turul;

– nimetatud kohalikule omavalitsusüksusele kuulub selles äriühingus 51% suurune osalus, kuid aktsionäride või osanike üldkoosolekul saab juhtimisotsuseid vastu võtta vaid kolme neljandikulise häälteenamusega;

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

– rohkem kui pool tema käibest tuleneb selle kohaliku omavalitsusüksuse territooriumil teostatava prügiveo ja tänavapuhastuse kahepoolsetest lepingutest, kusjuures kohalik omavalitsusüksus rahastab neid oma elanike kohalike maksudega?”

28. Põhikohtuasja pooled, kuid ka Euroopa Ühenduste Komisjon, Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni (EFTA) järelevalveamet ning kuus liikmesriiki[16] esitasid omalt poolt kirjalikud ja suulised märkused.

IV. Eelotsuse küsimuste ese

29. Ma alustan käesoleva eelotsusetaotluse uurimist kolmanda ja viienda eelotsuse küsimusega, mis puudutavad läbipaistvuskohustuse ulatust.

30. Kolmanda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult teada, kas hankija peab selle kohustuse tõttu uue hankemenetluse läbi viima, juhul kui peatöövõtja, kellele kontsessioon on antud, soovib selle täitmiseks kasutada mõne teise isiku, st kellegi teise kui selle alltöövõtja teenuseid, keda ta pakkumuse esitamisel nimetas. Lisaks soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus oma viienda küsimusega teada, kas niisugust peatöövõtjat nagu FES, kes on asutatud segaosalusega äriühinguna, võib ühtlasi käsitleda „hankijana" direktiivi 92/50 tähenduses, kes seega peab järgima läbipaistvuskohustust.

31. Pärast nende kahe esimese küsimuse uurimist jätkan ma analüüsi esimese, teise ja neljanda eelotsuse küsimusega, mis puudutavad sisuliselt seoses teenuste kontsessiooniga tehtud otsuste kohtuliku kontrolli korda.

32. Need kolm viimast küsimust on asjakohased üksnes juhul, kui siseriiklik kohus leiab, et Stadt Frankfurt am Main ja/või FES on kahjustanud menetluse läbipaistvust seeläbi, et vahetasid kõnealuse kontsessioonilepingu täitmise käigus alltöövõtjat.

V. Analüüs

33. Leian, et enne uurimise alustamist on oluline meenutada läbipaistvuskohustust puudutava kohtupraktika põhijooni. Kuigi nimetatud kohtupraktika puudutab osaliselt riigihankelepinguid, on see välja kujunenud

16 – Taani Kuningriik, Saksamaa Liitvabariik, Madalmaade Kuningriik, Austria Vabariik, Soome Vabariik ning lõpuks Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik.

asutamislepingu põhimõtete alusel ning seega näib minu arvates asjakohane, kui tegemist on ühenduse õiguse kohaldamisega teenuste kontsessioonilepingutele.

A. *Läbipaistvuskohustust puudutava kohtupraktika põhijooned*

34. Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et läbipaistvuskohustus on võrdse kohtlemise põhimõtte konkreetne ja spetsiifiline väljendus.

35. Euroopa Kohus on juba pikema aja vältel olnud seisukohal, et see põhimõte kuulub ühenduse õiguse nende aluspõhimõtete hulka,[17] mida liikmesriigid peavad ühenduse õiguse rakendusalas tegutsedes järgima. Nimetatud põhimõte nõuab, et võrdväärseid olukordi ei koheldaks erinevalt, välja arvatud siis, kui erinev kohtlemine on objektiivselt põhjendatud.[18] See kuulub põhiõiguste hulka, mille järgimise tagab Euroopa Kohus.[19]

36. Kuna võrdse kohtlemise põhimõtte näol on tegemist ühenduse õiguse üldpõhimõttega, on selle järgimine liikmesriikidele ühenduse õigusnormide kohaldamisel siduv. Seetõttu on nad – niivõrd kui see on võimalik – kohustatud neid õigusnorme kohaldama tingimustel, millega ei rikuta ühenduse õiguskorras sisalduvate põhiõiguste kaitsest tulenevaid nõudeid.[20]

37. Euroopa Kohtul on olnud võimalus võrdse kohtlemise põhimõtte ulatust seoses riigihankelepingutega täpsustada kohtuotsustes komisjon *vs.* Taani ning komisjon *vs.* Belgia[21], mille raames tehtud järeldustest on seejärel lähtutud ka teenuste kontsessioonide puhul.[22]

38. Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte eesmärk on soodustada hankemenetluses osalevate ettevõtjate vahelise terve ja tegeliku konkurentsi arengut. Selle põhimõtte

17 – 19. oktoobri 1977. aasta otsus liidetud kohtuasjades 117/76 ja 16/77: Ruckdeschel jt (EKL 1977, lk 1753, punkt 7).

18 – Vt eelkõige 25. novembri 1986. aasta otsus liidetud kohtuasjades 201/85 ja 202/85: Klensch jt (EKL 1986, lk 3477, punkt 9), samuti 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-442/00: Rodríguez Caballero (EKL 2002, lk I-11915, punkt 32 ja seal viidatud kohtupraktika).

19 – Eespool viidatud kohtuotsus Rodríguez Caballero, punkt 32.

20 – *Ibidem,* punkt 30 ja seal viidatud kohtupraktika.

21 – Vt vastavalt 22. juuni 1993. aasta otsus kohtuasjas C-243/89: komisjon *vs.* Taani (EKL 1993, lk I-3353, punktid 37–39) ja 25. aprilli 1996. aasta otsus kohtuasjas C-87/94: komisjon *vs.* Belgia (EKL 1996, lk I-2043, eelkõige punktid 51–56). Vt samuti 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-496/99 P: komisjon *vs.* CAS Succhi di Frutta (EKL 2004, lk I-3801, punkt 108 ja seal viidatud kohtupraktika).

22 – Vt eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 48.

järgimine peab võimaldama tagada pakkumuste objektiivse võrdlemise ning see on kohustuslik kõigis menetluse staadiumides. Kõigile pakkujatele, sõltumata nende kodakondsusest, peavad pakkumuse koostamisel olema tagatud võrdsed võimalused.[23] Teisisõnu peavad mängureeglid olema teada kõigile potentsiaalsetele pakkujatele ning need peavad kehtima kõigile samal viisil.

39. Ühenduste kohtu praktika kohaselt tähendab pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte kodakondsuse alusel diskrimineerimise puudumist ning läbipaistvuskohustust, mis võimaldab kontsessiooni andnud ametivõimul tuvastada, kas seda põhimõtet on järgitud.[24]

40. Euroopa Kohus on läbipaistvuskohustuse ulatust täpsustanud eespool viidatud kohtuotsustes Telaustria ja Telefonadress ning Parking Brixen. Ühenduste kohus on seisukohal, et selle kohustuse peamine eesmärk on tagada, et puuduks oht, et hankija eelistaks kedagi või tegutseks omavoliliselt. Selle kohustuse sisu on tagada kõigile potentsiaalsetele pakkujatele hankemenetluses piisav teave, mis võimaldab tagada konkurentsile avatud teenuste turu ning kontrollida menetluse erapooletust. See kohustus tähendab ka, et kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad peavad olema hanketeates või lepingudokumentides sõnastatud selgelt, täpselt ja üheti mõistetavalt. Kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel peab olema võimalik mõista selle täpset ulatust ja sellest ühtemoodi aru saada. Samuti peab hankijal olema võimalik kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad kõnealuse hankelepingu sõlmimise kriteeriumidele.[25]

41. Euroopa Kohtu praktika uurimisel selgub tihe seos läbipaistvuskohustuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte vahel. Esimene neist peab tagama teise kasuliku mõju, kindlustades terve konkurentsi tingimused. Kuna võrdse kohtlemise põhimõte kujutab sellisena endast ühenduse õiguse üldpõhimõtet, on liikmesriigid samavõrd kohustatud täitma läbipaistvuskohustust, mis on selle põhimõtte konkreetne ja spetsiifiline väljendus.

23 – Vt eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Belgia, punktid 54–56. Selles kohtuasjas tuvastas Euroopa Kohus, et nimetatud põhimõttega on vastuolus see, kui hankija võtab arvesse ühe pakkuja algsesse pakkumusse tehtud muudatust, kuna see asetab selle pakkuja konkurentidega võrreldes soodsamasse olukorda.

24 – Vt eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* CAS Succhi di Frutta, punkt 109 ja seal viidatud kohtupraktika, ning eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 49 ja seal viidatud kohtupraktika.

25 – Eespool viidatud kohtuotsus Telaustria ja Telefonadress, punktid 61 ja 62, ning eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 111.

B. *Läbipaistvuskohustuse ulatus*

1. Läbipaistvuskohustuse *ratione materiae* ulatus

42. Kolmanda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult teada, kas juhul, kui peatöövõtja, kellele kontsessioon on antud, ei soovi selle täitmiseks enam kasutada selle alltöövõtja teenuseid, keda ta pakkumuse esitamisel nimetas, peab hankija läbipaistvuskohustuse tõttu viima läbi uue hankemenetluse.

43. Sellele küsimusele vastamiseks näib mulle oluline kontrollida, kuidas läbipaistvuskohustust tuleb kohaldada, arvestades teenuste kontsessioonile iseloomulikke tunnuseid. Kontsessioonid erinevad nende eesmärgi ja täitmise viisi poolest oluliselt teenuste riigihankelepingutest.

44. Sõltumata selle keerukuse ja üksikasjalikkuse astmest, kujutab teenuste riigihankeleping endast üldiselt avalik-õigusliku isiku poolt teenuse ostmist ning puudutab ettevõtja poolt osutatavat konkreetset teenust. Seevastu teenuste kontsessioon on avaliku teenuse delegeeritud haldamise viis, millega avalik-õiguslik isik annab väljaspool haldusvõimu seisvale isikule üldistes huvides oleva tegevuse haldamise ja sellega seotud vastutuse kasutajate ees, ning teeb seda märkimisväärselt pikaks ajaks. Hankija, kes võib olla kohalik omavalitsusüksus või avalik-õiguslik isik, lõpetab teenuse haldamise ja annab teenuse korraldamise vastutuse kontsessionäärile.[26] Viimane osutab teenust omal kulul ning võtab sellega seotud majandamisriski, kusjuures tema tasustamine tagatakse teenuse kasutajate poolt makstava tasuga.

45. Ühenduse õiguse kohaldamisel niisugusele üldist huvi esindava teenuse lepingulisele haldamisele tuleb arvesse võtta erinevaid nõudeid.

46. Lepingu sõlmimise staadiumis tuleb kaaluda ühelt poolt läbipaistvuskohustust ja teiselt poolt hankija ulatuslikku vabadust pakkumuste hindamisel ning neist majanduslikult soodsaima kindlaksmääramisel.

26 – 26. aprilli 1994. aasta otsus kohtuasjas C-272/91: komisjon *vs*. Itaalia (EKL 1994, lk I-1409).

Majanduslikult kõige soodsam pakkumus on see, mis kohaldatavaid kriteeriume ning nende kaalukust arvestades vastab majanduslikult kõige paremini – selle mõiste üldises tähenduses – omavalitsusüksuse kirjeldatud vajadustele. Hankijal peab olema õigus valida teenuseosutaja, kes tema kasuks rääkivate asjaolude, pakkumuse kvaliteedi, selles valdkonnas olevate teadmiste ning usaldusväärsuse poolest näib talle teenuse nõuetekohaseks osutamiseks pakkuvat enim tagatisi. Teenuste kontsessiooni eripära võimaldab seega valida teenuseosutaja hulga laiade kriteeriumide alusel, eelistades kriteeriumi *intuitu personae*. See valikuvabadus ei tähenda siiski, et kontsessiooni andmine peaks toimuma meelevaldselt ja diskrimineerivalt. Selleks et vältida korruptsiooni ning tagada majanduselu ja avalike hankemenetluste suurem läbipaistvus, on Euroopa Kohus seda vabadust riigihankemenetlusi reguleerivate põhimõtete alusel kitsendanud. Seega läbirääkimis- ja otsustusvabadus küll kehtib, kuid selle kasutamisel tuleb kinni pidada eelneva avalikustamise ja pakkumismenetluse läbiviimise kohustusest, mis võimaldab valida kandidaate läbipaistvalt ning tagab pakkujate võrdse kohtlemise.[27]

47. Seejärel tuleb lepingu täitmise staadiumis „kaaluda" läbipaistvuskohustust avaliku teenuse osutamisega seonduva huviga, mis teatud asjaoludel nõuab lepingu kohandamist ja muutmist.

48. Nagu märgitud, võtab kontsessionäär enda kanda teenuseosutamise korraldamise ning sellega seotud majandamisriski. Arvestades teenuste kontsessiooni keerukust ja pikaajalisust, peab kontsessionääril olema piisav tegutsemisruum, et kohanduda turutingimuste ja muutustega kontsessiooni majandus-, tehnilises või õiguslikus keskkonnas. Ettenägematud takistused ning rakendamisprobleemid, mis on pikaajaliste investeeringute puhul vältimatud, nõuavad seega pooltelt erilist paindlikkust ning koostöövalmidust. Seetõttu on arvukalt põhjusi lepingute üle uuesti läbirääkimiste pidamiseks. Siiski võivad teatavad põhjused olla aluseks kuritarvitustele juhul, kui need muudavad lepingu mõtet, muutes menetluse läbipaistvuse ning pakkujatele kohustusliku eelnevas pakkumismenetluses osalemise illusoorseks. Seega on vaja hinnata, kas kavandatav muudatus on pelgalt lepingu täiendamine, mida võib pidada õigustatuks, või viib see lõpuks uue lepingu sõlmimiseni, mille puhul peab ühenduse õiguse aluspõhimõtete kohaselt olema avalikkust piisavalt teavitatud ja mis peab toimuma uue hankemenetluse teel.

27 – Nagu märkis Euroopa Parlament, võib kõnealuste eeskirjade järgimine „olla tõhus vahend soovimatute konkurentsitakistuste ennetamiseks, võimaldades avalik-õiguslikel asutustel samal ajal ise kinnitada kvaliteedi-, kättesaadavuse-, sotsiaalsete normide ja keskkonnakaitsealased tingimused ja kontrollida nende täitmist" (Euroopa Parlamendi resolutsioon üldhuviteenuste rohelise raamatu kohta (P5_TA(2004)0018), punkt 32).

49. Kohtuotsuses komisjon *vs.* Prantsusmaa[28] leidis Euroopa Kohus, et kehtiva riigihankelepingu muutmine kujutab endast uue riigihankelepingu sõlmimist, kui need muudatused „on juba läbirääkitud tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste üle”.[29]

50. Euroopa Kohus täpsustas selle põhjenduse ulatust kohtuotsuses pressetext Nachrichtenagentur[30], tuues välja neli olukorda, kus sellist liiki muudatusi võib lugeda oluliseks.

51. Esimese juhtumi puhul tuuakse muudatusega lepingusse sisse tingimusi, mis oleksid juhul, kui need oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda ka teistel pakkujatel lisaks nendele, kes olid esialgu vastuvõetavaks tunnistatud, või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis algselt edukaks tunnistati.

52. Teise juhtumi korral laiendab muudatus riigihankelepingut olulisel määral sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud.

53. Kolmas juhtum puudutab olukorda, kus muudatus toob kaasa lepingu majandusliku tasakaalu muutumise hankija kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud.

54. Neljas juhtum käsitleb lõpuks olukorda, kus lepingupartner, kellega hankija algselt hankelepingu sõlmis, asendatakse uuega. See muudatus kujutab endast Euroopa Kohtu arvates riigihanke ühe olulise tingimuse muutmist, välja arvatud juhul kui „asendamine oli algses lepingus ette nähtud, näiteks allhankena”.

55. Nagu ma juba märkisin, võimaldab Stadt Frankfurt am Maini ja FES-i vahel sõlmitud teenuste kontsessioonilepingu artikkel 30 IV vahetada alltöövõtjat, tingimusel et hankija nõustub sellega. Käesoleval juhul järgiti seda menetlust.

56. Käesolevas kohtuasjas tekib seega küsimus, kas vaatamata selle klausli olemasolule ning sellega seotud menetluse järgimisele kujutab alltöövõtja vahetus ühenduse

28 – 5. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-337/98: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2000, lk I-8377).

29 – Punktid 44 ja 46.

30 – 19. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas C-454/06: pressetext Nachrichtenagentur (EKL 2008, lk I-4401, punktid 35–37 ja 40).

kohtupraktika tähenduses endast asjassepuutuva teenuste kontsessiooni ühe olulise tingimuse muutmist.

57. Selle hindamine on keeruline seetõttu, et Stadt Frankfurt am Main nõustus ise kõnealuse muudatusega, leides, et lepingudokumentides kirjeldatud standardeid on järgitud. Arvestades erilisi asjaolusid, mille tõttu nimetatud muudatus toimus, olen ma siiski seisukohal, et siseriiklik kohus peab kindlaks tegema, kas akt, millega kohalik omavalitsusüksus andis nõusoleku selle muudatuse tegemiseks, ei too endaga kaasa pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest ning sellest tulenevast läbipaistvuskohustusest kõrvalehoidmist.

58. Selle uurimisel pean oluliseks meenutada tingimusi, mille alusel võib kontsessionäär kasutada allhanget.

59. Võttes arvesse kontsessioonilepingute keerukust ja kestust, võib kontsessionäär hankijaga sõlmitud lepingu täitmisel otsustada kasutada alltöövõtjat täies ulatuses või osaliselt. Vaieldamatult on alltöövõtja valik kaalutlusotsustus, mille tegemine kuulub ettevõtja õiguste hulka. Kõnealune valikuvabadus tuleneb loogiliselt reeglist, mille kohaselt vastutab kontsessionäär täielikult kontsessiooni täitmise eest, samas kui alltöövõtja on temaga seotud vaid lepingu alusel, mis kahe eraõigusliku isiku vahel sõlmituna kuulub eraõiguse reguleerimisalasse.

60. Siiski eeldab alltöövõtja õiguspärane kasutamine seda, et hankija peab andma selleks nõusoleku kas lepingu sõlmimisel või lepingu täitmise käigus. Sel puhul kontrollib hankija alltöövõtja tehnilist pädevust ja majanduslikku seisundit.[31]

61. Kui alltöövõtjast on pakkumuse esitamisel teatatud, siis kiidetakse alltöövõtja heaks kontsessiooni andmise teatega. Üldiselt võib hankija keelduda nõusoleku andmisest sellisest alltöövõtjast ettevõtja puhul, kes on näiteks maksualasest või sotsiaalsest aspektist toime pannud rikkumisi või kellel ei ole piisavalt vahendeid, et talle usaldatud teenuseid nõuetekohaselt osutada.

31 – Vt 18. märtsi 2004. aasta otsus kohtuasjas C-314/01: Siemens ja ARGE Telekom (EKL 2004, lk I-2549, punktid 45 ja 46) riigihankemenetluse kohta.

62. Allhange ei ole piiratud sellega, millest on pakkumuse esitamisel teatatud. Lepingu täitmise käigus võib peatöövõtja kasutada teisi alltöövõtjaid või vahetada alltöövõtjaid õigustatud põhjendustel, mis on seotud näiteks tema teenuste tegeliku kvaliteedi või tema finantsseisundiga. See võimaldab tal kohandada oma teenuseid või kooskõlas allhankelepingu sätetega vabaneda ettevõtjast, kellega ta ei ole rahul.

63. Kui alltöövõtja vahetamine on ette nähtud lepingu tingimustes ning kui hankija ise nõustub selle muudatusega, on põhimõtteliselt keeruline väita, et see muudatus kui selline muudab kontsessiooni olulist tingimust ning muudab nõutavaks uue hankemenetluse läbiviimise.

64. Nõusoleku andmisega väljendab hankija mõtet, et kontsessiooni eseme puhul ei ole oluline alltöövõtja isik ning et peatöövõtjale usaldatud teenuseid osutatakse kooskõlas lepingudokumentidega, sõltumata lepingu muutmisest. Niisugune olukord võib tekkida juhul, kui kõnealusel turul tegutseb arvukalt ettevõtjaid, kes pakuvad laadilt ja kvaliteedilt võrdväärseid teenuseid.

65. Kui hankija näeb lisaks ette, et teatavaid lepingu sõlmimise tingimusi võib kohandada pärast kontsessionääri valimist, ning kui ta on niisuguse kohandamisvõimaluse koos selle kohaldamise viisiga lepingudokumentides sõnaselgelt ette näinud, on kõik kontsessioonis osalemisest huvitatud ettevõtjad sellest algusest peale teadlikud ning seega on nad pakkumuste koostamisel võrdses seisus.

66. Samas võib kontsessioonilepingu muutmine sellises olukorras nagu põhikohtuasjas tekitada probleeme.

67. Alltöövõtja vahetus toimub nimelt ilma õiguspärase põhjenduseta pärast lepingu sõlmimist ja enne esimeste teenuste osutamist, kuigi oma pakkumuse tegemisel toetus kontsessionäär alltöövõtja mainele ja tehnilisele pädevusele.

68. Ma leian, et niisugune praktika, mis on saanud hankija heakskiidu, rikub

läbipaistvuskohustust ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet. Nii tegutsedes jätab hankija FES-i pakkumuse muudetud versiooni välja erinevate pakkumuste põhjalikust ja läbipaistvast läbivaatamisest, mis võib anda ettevõtjale lepingu saamisel põhjendamatu eelise.

69. Esiteks ei ole välistatud, et Stadt Frankfurt am Main oleks eelistanud mõnda muud pakkumust kui see, mille algselt esitas FES, kui see pakkuja ei oleks reklaamteenuste allhanke puhul viidanud hageja sellistele arvukatele omadustele nagu „tulemuslik ja kogenud partner", „reklaami valdkonnas kogenud ja terves maailmas tegutsev spetsialist", kelle „tooted on modernsed ning esteetilised".[32]

70. Eelotsusetaotlusest nähtub selgelt, et hageja nimetamine alltöövõtjana võimaldas FES-il saada kõnealuse kontsessioonilepingu. FES valiti välja tänu tema reklaamivaldkonda puudutavatele väidetele, kuna ta sai selle valikukriteeriumi raames 27,3 punkti, samas kui tema peamine konkurent, kes on käesolevas kohtuasjas menetlusse astuja, sai 20,1 punkti. Ülejäänud kriteeriumide osas andis Stadt Frankfurt am Main menetlusse astujale sama palju punkte, kui mitte isegi rohkem. Minu käsutuses olevatest dokumentidest nähtub seega, et hageja esinemisel FES-i kogupakkumuses oli kontsessiooni andmisele otsustav mõju.

71. Teiseks jätab FES-i käitumine, kes pärast kontsessioonilepingu saamist jätkas reklaamteenuste ja tualettruumide moodulite tarnimisega[33] seotud allhanke teemal läbirääkimisi, mille lõppeesmärk oli hageja väljatõrjumine ilma ühegi õiguspärase põhjenduseta,[34] tema algsest pakkumusest – sellisel kujul nagu Stadt Frankfurt am Main seda aktsepteeris – mulje kui näilikust pakkumusest, mille ainus eesmärk oli kõrvale tõrjuda tugevad konkurendid, et saada kontsessioon, kuid mille alus oli kohe ilmne tahe tegutseda lõpuks teistel majanduslikel ja tehnilistel tingimustel kui need, mis olid esitatud pakkumuses ning mille osas ainsana konkureeriti.

72. Arvestades kõiki neid eelotsusetaotlusest nähtuvaid asjaolusid, leian ma, et alltöövõtja

32 – Eelotsusetaotlus, lk 5 ja 6.

33 – Kuigi kontsessioonileping sõlmiti Stadt Frankfurt am Mainiga 20. ja 22. juulil 2004, palus FES hagejal ja menetlusse astujal esitada pakkumused reklaamteenuste osutamiseks ja tualetimoodulite tarnimiseks vastavalt 5. jaanuaril ja 28. juulil 2005. Selles staadiumis lükati hageja alltöövõtjana tagasi.

34 – Käesolevas asjas ei saa minu arvates mitte ühestki toimikus sisalduvast asjaolust järeldada, et FES tugines õiguspärasele põhjendusele, et mitte kasutada selle alltöövõtja teenuseid, keda ta nimetas oma pakkumuse esitamisel. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et see vahetus ei ole arusaadav, kuna hageja pakkus FES-ile palju kõrgemat aastatasu kui menetlusse astuja.

vahetamisele, mis toimus juba enne esimeste teenuste osutamist ning ilma et oleks viidatud mingilegi tehnilist laadi raskusele või finantsprobleemile, oleks järelikult kindlasti pidanud eelnema uus hankemenetlus. Andes alltöövõtja niisugusele vahetusele nõusoleku, ilma et täidetud oleks ühenduse õigusest tulenevaid avalikustamis- ja konkurentsinõudeid, on Stadt Frankfurt am Main minu arvates rikkunud läbipaistvuskohustust.

73. Isegi kui kontsessiooni raames kulutatakse riiklikke ressursse tegelikult vähem kui riigihankelepingu puhul, peab teenuste kontsessiooni andmise menetlus sellegipoolest tagama nii kohalikele omavalitsusüksustele kui ka kasutajatele teenuse parima kvaliteedi, ning seda erinevate pakkumiste põhjaliku ja läbipaistva hindamise alusel, järgides pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.

74. Kui eelotsusetaotluse esitanud kohus peaks kõiki toimikus sisalduvaid asjaolusid arvesse võttes kinnitama kõnealust faktilisi asjaolusid puudutavat analüüsi, peab ta minu arvates võtma ka kõik sellise rikkumise tõttu vajalikud meetmed.

75. Seega teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsusetaotluse esitanud kohtule, et kui teenuste kontsessiooni andmise menetluses on alltöövõtja isik oluline kriteerium, millele hankija tugines kontsessiooni andmisel, on liikmesriigid läbipaistvuskohustusest tulenevalt kohustatud läbi viima uue hankemenetluse, juhul kui kontsessionäär soovib vahetada alltöövõtjat juba enne esimeste teenuste osutamist ning ilma et ta oleks esitanud õiguspäraseid põhjusi. Pädeva siseriikliku kohtu ülesanne on hinnata, kas FES-i poolt oma pakkumuse esitamisel nimetatud alltöövõtja nimi, maine ja tehniline pädevus olid niisugused olulised asjaolud, millele tuginedes andis Stadt Frankfurt am Main kontsessiooni sellele ettevõtjale.

2. Läbipaistvuskohustuse *ratione personae* ulatus

76. Viienda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas niisugust ettevõtjat nagu FES tuleb eelotsusetaotluses esitatud tunnuseid arvestades käsitleda „tellijana" [hankijana] direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b tähenduses või „riigi osalusega äriühinguna" direktiivi 80/723 artikli 2 tähenduses, kelle suhtes kehtib teenuste kontsessiooni andmisel seega läbipaistvuskohustus.

77. Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab eespool nimetatud direktiividele, kuna teenuste kontsessiooni osas ei ole üheski teiseses õigusaktis täpselt nimetatud neid üksusi, kes peavad täitma läbipaistvuskohustust.

78. Ma leian, et selliste normide puudumisel ei ole kahjustavat mõju, kuna teenuste kontsessioonide puhul võib minu arvates lähtuda põhimõtetest, mis on selles küsimuses välja arendatud seoses riigihankelepingutega.

79. Seega pean ma oluliseks mõiste „hankija" ühtset määratlust, kuna see mõiste peaks hõlmama kõiki avalik-õiguslikke üksusi, kes võivad, sõltumata sõlmitud lepingu liigist, delegeerida kolmandatele isikutele majanduslike teenuste osutamise nii riigihankelepingute kui ka avalike teenuste kontsessioonide valdkonnas. Selles osas on huvitav meenutada, et direktiivi 92/50 kohaldamisala ei määra kindlaks mitte käsitletavate toimingute laad, vaid see, millise isikuga on tegemist, kuna kõigi hankijate poolt sõlmitavate hankelepingute puhul peab kinni peetama selles direktiivis sätestatud põhimõtetest.

80. Seevastu on viide mõistele „riigi osalusega äriühing" direktiivi 80/723 – mis, nagu eespool mainitud, puudutab EMÜ liikmesriikide ja riigi osalusega äriühingute vaheliste finantssuhete läbipaistvust – artiklis 2 minu arvates oluliselt vähem asjakohane. Arvestades kriteeriume, mis ma toon välja avalik-õigusliku isiku mõistet puudutava analüüsi käigus, võiks siseriiklik kohus siiski juhul, kui ta leiab selle olevat vajaliku, hinnata, kas sellist ettevõtjat nagu FES võib lugeda „riigi osalusega äriühinguks".[35]

a) Mõiste „avalik-õiguslik isik" direktiivi 92/50 tähenduses

81. Enne kui meenutada direktiivis 92/50 sätestatud erinevaid tingimusi, mille alusel saab üksust käsitleda „hankijana", tuleb kõigepealt märkida, et FES on segaosalusega ettevõtja, mis on loodud avaliku ja erasektori partnerluse raames.[36] Stadt Frankfurt am Mainile kuulub selles ettevõtjas 51% suurune osalus.

35 – Direktiivi 80/723 artiklis 2 sätestatud tingimused, mille kohaselt üksus loetakse „riigi osalusega äriühinguks", kattuvad direktiivi 92/50 artikli 1 tingimustega, mille alusel loetakse üksus „hankijaks".

36 – Vt selle kohta ettevõtja internetilehekülg www.fes-frankfurt.de/profil (rubriigid „profil" ja „chronik").

82. Käesolev kohtuasi annab Euroopa Kohtule seega võimaluse täpsustada, kas niisugune üksus võib endast kujutada „avalik-õiguslikku isikut" direktiivi 92/50 tähenduses ning kas selline üksus peab järgima asutamislepingu aluspõhimõtteid.

83. Enne selle küsimuse uurimist tuleb täpsustada, mida hõlmab avaliku ja erasektori partnerluse mõiste.

84. Nimetatud partnerlus on mehhanism, mis kaasab üldjuhul enamusosalusega avalikku kapitali vähemusosalusega erakapitali õiguslikus struktuuris, millele tavaliselt kohaldatakse üldisi kaubandusõiguse norme. Avalik-õiguslikud ja eraõiguslikud partnerid loovad nii segaosalusega üksuse, millel võib olla segaosalusega äriühingu vorm, mis võib täita riigihankelepinguid või osutada kontsessiooni raames kohalikku avalikku teenust. Nagu komisjon märkis oma äsjases teatises,[37] iseloomustab sellist enamasti pikaajalist koostööd asjaolu, et eraõiguslik partner, kes osaleb asjaomase projekti eri etappides (väljatöötamine, elluviimine ja kasutamine), võtab endale riske, mis tavaliselt on omased avalikule sektorile, ning aitab sageli projekti rahastamisel.[38]

85. Samuti on tõsi, et kõnealune segaosalusega äriühing ei kuulu omavalitsusüksuse „sisemiste" struktuuriüksuste hulka Euroopa Kohtu praktika tähenduses. Kui hankija sõlmib seda liiki üksusega riigihankelepingu või annab kontsessiooni, peab ta seega järgima kõiki riigihankelepingutele ja kontsessioonidele kohaldatavaid norme, mis tulenevad asutamislepingust või teisesest õigusest.[39]

86. Edasi tuleb analüüsida direktiivi 92/50 artikli 1 punktis b sätestatud erinevaid tingimusi, millele üksus peab vastama, et teda saaks käsitleda „avalik-õigusliku isikuna".

87. Direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b teise lõigu kohaselt on avalik-õiguslik isik iga isik, kellel on õigusvõime, kes on asutatud üldistes huvides ning kes ei tegele tööstuse või kaubandusega ning kelle tegevus, rahastamine või juhtorganid sõltuvad vahetult riigist,

37 – Komisjoni 5. veebruari 2008. aasta tõlgendav teatis, mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes (K(2007)6661).

38 – Lk 2.

39 – Alates oma 11. jaanuari 2005. aasta otsusest kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle ja RPL Lochau (EKL 2005, lk I-1), mis käsitleb teenuste riigihankelepingu sõlmimist segaosalusega äriühinguga, on Euroopa Kohus leidnud, et eraõiguslikku ettevõtja osalus – olgu see kas või vähemusosalus – äriühingus, milles omab osalust ka kõnealune hankija, välistab selle, et hankijal saaks nimetatud äriühingu üle olla samasugune kontroll, nagu tal on oma vastavate teenistuste üle (punkt 49). Vt samuti eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punktid 30–32 ja seal viidatud kohtupraktika.

piirkondlikust või kohalikust omavalitsusüksusest või teistest avalik-õiguslikest isikutest.

88. Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt peavad need kolm tingimust olema täidetud kumulatiivselt, nii et neist vaid ühe puudumisel ei saa üksust pidada „avalik-õiguslikuks isikuks" ning järelikult „hankijaks" direktiivi 92/50[40] tähenduses.

89. Lisaks leiab Euroopa Kohus, et arvestades riigihankealaste direktiividega taotletavat eesmärki, tuleb avalik-õigusliku isiku mõistet tõlgendada funktsionaalselt.[41]

b) Avalik-õigusliku isiku komponentide uurimine

90. Käesoleval juhul ei ole FES-i õigusvõimet vaidlustatud. Kahtlused tekivad seoses ülejäänud kahe direktiivis 92/50 sätestatud nõudega.

i) FES-i eesmärk osutada eeskätt üldisest huvist tulenevate vajadustega seotud teenuseid, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega

91. Kõigepealt puudub vaidlus selles, et FES on asutatud just üldisest huvist tulenevate vajaduste rahuldamiseks,[42] kuna algusest peale on tema ülesanne olnud jäätmehooldus ja jäätmete kõrvaldamine ning tänavapuhastus Stadt Frankfurt am Maini territooriumil.[43] Need tegevused on vaieldamatult üldistes huvides. Nagu Euroopa Kohus on juba varem kohtuotsuses BFI Holding[44] märkinud, kuuluvad need vajadused nende hulka, mida ei suuda täielikult rahuldada erakapitalil põhinevad ettevõtjad, kuna neid peetakse vajalikuks rahvatervise ja keskkonnakaitsega seotud põhjustel, mistõttu riik kavatseb nende osas jätta endale otsustava mõju.[45]

92. Edasi tuleb kontrollida, kas sellised üldisest huvist tulenevad vajadused ei ole seotud

40 – 11. juuni 2009. aasta otsus kohtuasjas C-300/07: Hans & Christophorus Oymanns (EKL 2009, lk I-4779, punkt 48 ja seal viidatud kohtupraktika).

41 – 10. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-393/06: Ing. Aigner (EKL 2008, lk I-2339, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).

42 – Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peab tegemist olema vajadustega, mida riik või piirkondlik või kohalik omavalitsusüksus on üldisest huvist tulenevatel põhjustel otsustanud üldjuhul ise rahuldada või mille suhtes nad soovivad säilitada otsustavat mõju (eespool viidatud kohtuotsus Ing. Aigner, punkt 40 ja seal viidatud kohtupraktika). Euroopa Kohus on nimelt leidnud, et nii on see niisuguste trükitavate dokumentide tootmisel nagu passid, juhiload või isikutunnistused (15. jaanuari 1998. aasta otsus kohtuasjas C-44/96: Mannesmann Anlagenbau Austria jt (EKL 1998, lk I-73)), riigimetsade hooldamisel (17. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-353/96: komisjon *vs.* Iirimaa (EKL 1998, lk I-8565)), ülikooli haldamisel (3. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-380/98: University of Cambridge (EKL 2000, lk I-8035)) või ka üldkasutatava telekommunikatsioonivõrgu haldamisel (eespool viidatud kohtuotsus Telaustria ja Telefonadress).

43 – 12. detsembri 2002. aasta otsuses kohtuasjas C-470/99: Universale-Bau jt (EKL 2002, lk I-11617) leidis Euroopa Kohus, et üksus ei pea tingimata tegelema selle ülesandega algusest peale.

44 – 10. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-360/96: BFI Holding (EKL 1998, lk I-6821).

45 – Punktid 51–53.

tööstuse ega kaubandusega. See küsimus on seevastu peenekoelisem.

93. Kohtupraktikas on laialdaselt käsitletud seda, kuidas tuleb hinnata nende vajaduste esinemist.[46] Euroopa Kohtu sõnul tuleb arvesse võtta kõiki õiguslikke ja faktilisi asjaolusid, mis võivad osutuda asjakohasteks, nagu asjassepuutuva isiku asutamise asjaolud või tingimused, milles ta tegutseb. Selles osas täpsustab Euroopa Kohus, et tuleb kontrollida, kas see isik tegutseb tavalistes turutingimustes.[47] Selleks analüüsib Euroopa Kohus konkurentsiolukorda nende kaupade ja teenuste turul, mida silmas pidades vastav isik asutati. Kuigi konkurentsi olemasolu võib anda tunnistust tõsiasjast, et üldisest huvist tulenev vajadus on seotud tööstuse või kaubandusega, ei ole see piisav.[48] Samuti on vaja kontrollida, kas isik tegutseb tulu saamise eesmärgil, kas ta kannab oma tegevusega seotud kahju ning kas kõnealuse tegevuse osas rahastatakse teda riiklikest vahenditest.[49]

46 – Ma viitan eelkõige 10. mai 2001. aasta otsusele liidetud kohtuasjades C-223/99 ja C-260/99: Agorà ja Excelsior (EKL 2001, lk I-3605); 27. veebruari 2003. aasta otsusele kohtuasjas C-373/00: Adolf Truley (EKL 2003, lk I-1931); 22. mai 2003. aasta otsusele kohtuasjas C-18/01: Korhonen jt (EKL 2003, lk I-5321) ning eespool viidatud kohtuotsustele BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria jt ja Ing. Aigner.

47 – Eespool viidatud kohtuotsus Ing. Aigner, punkt 41 ja seal viidatud kohtupraktika.

48 – Eespool viidatud otsuses Adolf Truley leidis Euroopa Kohus, et arenenud konkurentsi olemasolu ei võimalda iseenesest järeldada, et tegemist ei ole üldisest huvist tuleneva vajadusega, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega.

49 – Eespool viidatud kohtuotsus Korhonen jt, punktid 55–59.

94. Toimikus ei ole piisavalt andmeid, et oleks võimalik täpselt hinnata kõiki neid asjaolusid. Neid peab kontrollima eelotsusetaotluse esitanud kohus, kellel ainsana on toimikust põhjalik ülevaade. Sellegipoolest esitan mõne tarviliku märkuse.

95. Asjaolude osas, mis viisid selle isiku asutamiseni, näib mulle oluline võtta arvesse jäätmete kogumise ja töötlemise – mis on üks tegevustest, milleks FES asutati – turu iseärasusi.

96. Jäätmete kogumise ja töötlemise turg aktiivistus hüppeliselt eeskätt seetõttu, et jäätmehooldust, jäätmete taaskasutamist ning keskkonnakahju vältimist reguleerivad õigusnormid muutusid rangemaks. Nende normide rangemaks muutmise tõttu kasvasid otseselt jäätmete kogumise ja töötlemise kulud ning see tegevus muutus keerulisemaks ja tehnilisemaks. Arvestades neid piiranguid, on suur osa kohalikest omavalitsusüksustest otsustanud delegeerida selle tegevuse spetsialiseerunud ettevõtjatele, kes said selle turu arengut täies mahus ära kasutada.

97. Neid asjaolusid silmas pidades järeldan, et kõnesoleva isiku asutamise põhjus ei olnud kasumi saamine. Isegi kui see tegevus osutub tegelikkuses vägagi kasumlikuks, on samuti tõsi, et kasumi saamine ei olnud igal juhul FES-i asutamise põhieesmärk. Seda enam saab seda öelda tänavapuhastusteenuse kohta, mis erinevalt jäätmete kogumisest ja töötlemisest on vähem seotud taaskasutamisega.

98. FES-i tegutsemistingimuste osas, iseäranis konkurentsiolukorra osas jäätmete kogumise ja töötlemise ning tänavapuhastuse sektorites, peab eelotsusetaotluse esitanud kohus kontrollima, kas FES tegutseb konkurentsile avatud turul, kus ta tegelikult teiste ettevõtjatega konkureerib, või kas FES on vastupidi näiteks oma „ajaloolise ettevõtja"[50] seisundi või turuletuleku tõkete olemasolu tõttu sama hästi kui monopoolses olukorras. Tegeliku konkurentsi puudumine ei ole kohustuslik tingimus FES-i liigitamisel avalik-õiguslikuks isikuks, kuid see võib olla tunnus, et FES osaleb sellise üldisest huvist tuleneva vajaduse rahuldamisel, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega.

99. Peale selle ei ole põhikohtuasja lahendamisel asjakohane see, et lisaks üldisest huvist tulenevale ülesandele tegeleb FES muu kasumit taotleva tegevusega. Euroopa Kohus on nimelt leidnud, et avalik-õiguslikuks isikuks olemine ei sõltu sellest, kui oluline on niisuguse isiku tegevuses selliste üldisest huvist tulenevate vajaduste rahuldamine, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega. Isegi kui ettevõtja jätkab nende vajaduste rahuldamist, ei ole Euroopa Kohtu arvates oluline see, et ettevõtja tegeleb muu kasumit taotleva tegevusega, ja seda sõltumata kõnealuse tegevuse osatähtsusest ettevõtja kogukäibes.[51]

100. Kuigi FES erineb õiguslikult võttes vähe eraõiguslikele isikutele kuuluvast aktsiaseltsist, kuna FES kannab oma tegevusega seotud majandamisriski ning ta võidakse tunnistada maksejõuetuks, nähtub eelotsusetaotlusest, et Stadt Frankfurt am Main ei luba sellise olukorra tekkimist. Lisaks märgin ma, et nimetatud omavalitsusüksus kogub oma elanikelt kohalikku maksu, millest tasutakse FES-ile prügiveo ja tänavapuhastuse eest.

50 – Ma täpsustan FES-i internetilehekülje alusel, et kõnealune ettevõtja sai alguse jäätmehooldus- ja tänavapuhastusametist.

51 – Eespool viidatud kohtuotsused Mannesmann Anlagenbau Austria jt, punktid 25, 26 ja 31; BFI Holding, punktid 55 ja 56, ning Ing. Aigner, punkt 47 ja seal viidatud kohtupraktika.

101. Neid asjaolusid silmas pidades kaldun ma arvama, et FES asutati just selleks, et rahuldada üldisest huvist tulenevaid vajadusi, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega.

102. Selleks et piiritleda kõnealuse ettevõtja rahuldatavate vajaduste täpset laadi, peab eelotsusetaotluse esitanud kohus, kellele ainsana on teada asjassepuutuvad faktid, sellegipoolest andma hinnangu FES-i tegutsemistingimustele ning eeskätt tema konkurentsiolukorrale sektorites, mille jaoks see ettevõtja asutati.

ii) Tingimus isiku vahetu sõltuvuse kohta riigist, piirkondlikust või kohalikust omavalitsusüksusest või teistest avalik-õiguslikest isikutest

103. Meenutagem, et direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b teise lõigu kolmanda taande kohaselt puudutab see tingimus kolme järgmist alternatiivset kriteeriumi:

– seda isikut rahastavad põhiliselt riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslikud isikud,

– selle juhtimist kontrollivad need isikud,

– sellel on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, millesse riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud nimetavad üle poole liikmetest.

104. Vaidlus puudub selle üle, et Stadt Frankfurt am Mainile kuulub FES-i osakapitalist 51%, see tähendab selle enamusosalus. Kuigi selle osaluse alusel võib tõepoolest eeldada, et omavalitsusüksusel on kõnealuse ettevõtja üle valitsev mõju, ei ole ilmne, et see mõju avaldub selle ettevõtja tegutsemis- ja juhtimisviisis.

105. Kõigepealt uurin ma kõnealuse ettevõtja juhtimisviisi, kuna Stadt Frankfurt am Mainil on osanike üldkoosolekul vetoõigus, mis vastavalt selle teostamise korrale võib omavalitsusüksusele anda tegeliku kontrolli ettevõtja juhtimise üle.

– Asjaomase isiku juhtimise kontrolli kriteerium

106. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt puudutab see kriteerium juhtumit, kus isik on ametiasutustest niisuguses sõltuvuses, et tema olukord on võrdväärne olukorraga, mille puhul on täidetud üks kahest ülejäänud alternatiivsest kriteeriumist. Niisugune sõltuvus peab võimaldama ametiasutustel mõjutada selle isiku otsuseid riigihangete[52] või analoogselt kontsessioonide valdkonnas.

107. Eespool viidatud kohtuotsuses Adolf Truley kirjeldatakse olukorda, mille puhul Euroopa Kohus leidis, et see kriteerium on täidetud. Selles kohtuasjas ei olnud kohaliku omavalitsusüksuse kontrolliamet õigustatud kontrollima mitte üksnes asjaomase isiku majandusaasta aruannet, vaid ka isiku igapäevast juhtimist raamatupidamisliku õigsuse, nõuetekohasuse, säästlikkuse, rentaabluse ja otstarbekuse seisukohalt. Sellel ametil oli lisaks õigus pääseda isiku ruumidesse ja seadmete juurde ning edastada niisuguse kontrollimise tulemused pädevatele organitele ning äriühingu aktsionäridele ja omavalitsusüksusele. Euroopa Kohtu arvates võimaldavad sellised järelevalveõigused seega kohalikul omavalitsusüksusel teostada aktiivset kontrolli nimetatud isiku juhtimise üle.

52 – Vt eespool viidatud kohtuotsus Adolf Truley, punkt 69 ja seal viidatud kohtupraktika.

108. Käesolevas kohtuasjas peab eelotsusetaotluse esitanud kohus arvesse võtma kõiki faktilisi või õiguslikke asjaolusid, mis võimaldavad Stadt Frankfurt am Mainil otsustavalt mõjutada FES-i tegevust. Antud juhul peab kohus minu arvates vaatlema seda, kuidas nimetatud omavalitsusüksus teostab ettevõtja osanike üldkoosolekul vetoõigust, mis on seotud tema enamusosalusega. Selles osas peab eelotsusetaotluse esitanud kohus kontrollima selle õiguse tähendust, vaadeldes otsuseid, mille puhul saab seda kasutada, ning uurides tingimusi, mis võivad selle kasutamist piirata.

109. Kuigi omavalitsusüksus ei saa otsuseid läbi suruda,[53] saab ta siiski teostada FES-i üle ainukontrolli, kui ta suudab vastu seista ettevõtja strateegilistele otsustele, mis puudutavad selle kaubanduspoliitikat, juhtorganite valimist, eelarvet või äriplaani. Kui eelotsusetaotluse esitanud kohus tuvastab, et Stadt Frankfurt am Main suudab oma vetoõigust kasutades vastu seista olulistele otsustele FES-i kaubandusstrateegia küsimuses ning blokeerida selle ettevõtja otsustusprotsessi, siis on Stadt Frankfurt am Mainil FES-i juhtimisele otsustav mõju ning järelikult selle üle tegelik kontroll.

53 – Ma märgin, et FES-i osanike üldkoosolek saab teha otsuse vaid kolme neljandiku häälteenamusega. Kuigi Stadt Frankfurt am Mainile kuulub 51% suurune osalus selles ettevõtjas, ei piisa seega nimetatud osalusest, et ta saaks üksi üldkoosolekul otsuseid vastu võtta.

110. Neil asjaoludel peab eelotsusetaotluse esitanud kohus selleks, et täpselt piiritleda, millises ulatuses kontrollib Stadt Frankfurt am Main FES-i juhtimist, andma hinnangu sellele, kas kohalik omavalitsusüksus saab otsustavalt mõjutada selle ettevõtja juhtimist vetoõiguse abil, mis kuulub talle kui enamusosanikule.

111. Juhul kui eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et see vetoõigus ei võimalda Stadt Frankfurt am Mainil kontrollida kõnealuse ettevõtja juhtimist, tuleb tal kontrollida kahte ülejäänud kriteeriumi.

– Kriteerium, mille kohaselt peamine rahastaja peab olema vastav territoriaalne omavalitsusüksus

112. Euroopa Kohus täpsustas selle tingimuse ulatust eespool viidatud kohtuotsuses University of Cambridge. Kohtu arvates võib ainult selliseid makseid, millega asjaomase üksuse tegevust rahastatakse või toetatakse rahalise abi vormis ilma kindla vastusoorituseta, pidada „riiklikest vahenditest rahastamiseks". Seevastu summad, mida hankija maksab vastutasuna lepinguliste soorituste eest, ei kuulu nimetatud kategooriasse.[54]

113. Ühtlasi märkis Euroopa Kohus, et mõistet „põhiliselt" tuleb tõlgendada „rohkem kui pool" ning et riiklikest vahenditest rahastamise protsendimäära hindamine peab hõlmama kõiki tulusid, mida kõnealune isik saab, sealhulgas kaubandustegevusest saadu, ning et arvutamine peab toimuma aasta baasil.

114. Käesoleval juhul nähtub eelotsusetaotlusest, et enam kui pool FES-i aastakäibest pärineb Stadt Frankfurt am Mainiga jäätmete kogumiseks ja töötlemiseks ning tänavapuhastuseks sõlmitud kahepoolsetest lepingutest. Selle omavalitsusüksuse makstud summad on seega vastutasu FES-i pakutavate lepinguliste teenuste eest ning kõnesoleval omavalitsusüksusel on tõepoolest majanduslik huvi nende teenuste osutamise vastu. Isegi kui selline lepinguline suhe võib tõepoolest endaga kaasa tuua FES-i sõltuvuse omavalitsusüksusest, on niisugune sõltuvus Euroopa Kohtu arvates teistsugune kui see, mis baseerub toetuse andmisel, ning see tuleb

54 – Punktid 21 ja 24. Selles kohtuasjas hõlmas riiklikest vahenditest rahastamine tudengitele ette nähtud stipendiumeid ning toetusi, mida makstakse ülikooli uurimistegevuse edendamiseks, mitte aga riigi poolt tegelikult sooritatud makseid vastutasuks ülikooli poolt osutatud teenuste eest.

võrdsustada sellega, mis valitseb tavapärastes kaubandussuhetes.[55]

115. Neid asjaolusid arvestades näib mulle, et Stadt Frankfurt am Maini poolt FES-ile tehtud maksed ei kujuta endast seega riiklikest vahenditest rahastamist eespool viidatud kohtupraktika tähenduses.

– Haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani koosseisu kriteerium

116. Eelotsusetaotlus ei täpsusta FES-i haldusnõukogu ja juhatuse koosseisu ning valimise viisi. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on üksnes märkinud, et Stadt Frankfurt am Main nimetab 25% nõukogu liikmetest ning nõukogu esimehe, kellel on häälte võrdsel jagunemisel otsustav hääl.[56] See ei ole niisiis piisav nimetatud kriteeriumi täitmiseks.

117. Kõiki neid asjaolusid silmas pidades leian ma, et niisugune segaosalusega äriühing nagu FES, mis on asutatud Stadt Frankfurt am Mainiga partnerluse raames, kujutab endast „avalik-õiguslikku isikut" direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b teise lõigu tähenduses juhul, kui on tõendatud esiteks see, et nimetatud isik rahuldab üldisest huvist tulenevaid vajadusi, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega, ning teiseks see, et kõnealuse isiku haldamine ja juhtimine on otseses sõltuvuses kohalikust omavalitsusüksusest.

118. Nimetatud isik vastab üldisest huvist tulenevate vajadustega seotud tingimustele direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b teise lõigu esimese taande tähenduses, kuna ta kogub ja

55 – Eespool viidatud kohtuotsus University of Cambridge, punkt 25.

56 – Selle nõukogu eesmärk, nagu nimigi ütleb, on kontrollida ja jälgida äriühingu juhtimist. Väga sageli võib nõukogu teostada kontrolli otstarbekuse ja õiguspärasuse üle, viies vajaduse korral läbi uurimisi või esitades aktsionäride või osanike üldkoosolekule oma kirjaliku aruande äriühingu majandusaasta aruande kohta. Samuti võib tal olla eripädevus, mis võimaldab tal nt nimetada juhatuse liikmeid või juhatuse esimeest või ka anda nõusolek osaluse võõrandamiseks. Nõukogu esimehel on üldiselt kahte liiki ülesandeid, nimelt nõukogu koosoleku kokkukutsumine ning koosoleku juhatamine. Nõukogu roll ning ülesanded on täpsemalt reguleeritud seadusega ning sätestatud äriühingu põhikirjas, mis mul puudub (vt Cozian, M., Viandier, A., ja Deboissy, F., *Droit des sociétés*, 17e édition, Litec, Paris, 2004, lk 286 ja 287).

töötleb jäätmeid ning tegeleb tänavapuhastusega kohaliku omavalitsusüksuse territooriumil. Selleks et anda hinnang sellele, ega need vajadused ei ole seotud tööstuse või kaubandusega, peab pädev siseriiklik kohus kontrollima FES-i tegutsemistingimusi, iseäranis konkurentsiolukorda neis sektorites.

119. Selline isik on kohalikust omavalitsusüksusest otseses sõltuvuses direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b teise lõigu kolmanda taande tähenduses, kui viimane kontrollib selle juhtimist ning selle juhtimis-, haldus- või järelevalveorganeid. Selleks et täpselt piiritleda, millises ulatuses kontrollib Stadt Frankfurt am Main FES-i juhtimist, peab pädev siseriiklik kohus hindama, kas kohalik omavalitsusüksus saab oma vetoõiguse abil osanike üldkoosolekul või ettevõtja kõnealuste organite valimisega tagada aktiivse kontrolli selle ettevõtja juhtimise üle ning samal viisil mõjutada selle otsuseid teenuste kontsessioonide andmisel.

C. Siseriikliku kohtu pädevus teha läbipaistvuskohustuse rikkumise korral ettekirjutus

120. Esimese ja neljanda eelotsuse küsimusega soovib Landgericht Frankfurt am Main Euroopa Kohtult teada, millised on kohtuliku kontrolli võimalused teenuste kontsessiooni andmisel tehtud otsuste osas. Eeskätt huvitab eelotsusetaotluse esitanud kohut see, kas niisugustel asjaoludel nagu põhikohtuasjas paneb ühenduse õigus liikmesriikidele kohustuse tunnustada siseriikliku kohtu pädevust teha ettekirjutus pooltele, kes on sõlminud kontsessioonilepingu läbipaistvuskohustust rikkudes.

121. Käesolevas kohtuasjas ei vaidlusta hageja otsust, millega Stadt Frankfurt am Main andis teenuste kontsessiooni FES-ile. Seevastu vaidlustab ta otsuse, millega omavalitsusorgan andis kontsessioonilepingu artikli 30 IV alusel loa alltöövõtja vahetamiseks lepingu täitmise käigus. Hageja leiab, et sellega on Stadt Frankfurt am Main rikkunud läbipaistvuskohustust, kuna ta muutis oluliselt kõnealust lepingut, ilma et ühenduse õiguses sätestatud avalikustamise ja pakkumismenetluse läbiviimise kohustus oleks täidetud.

122. Käesolev kohtuvaidlus ei puuduta seega kontsessioonilepingu sõlmimist, vaid selle täitmist. Hageja on siseriiklikku kohtusse esitatud hagis palunud nimetatud kohtul ära hoida läbipaistvuskohustuse uus rikkumine, keelates omavalitsusorganil anda nõusolekut alltöövõtja vahetamiseks nende

avalike tualettide tarnimisel ja hooldamisel, mis paigaldatakse Kornmarkti, Galluswarte ja Rödelheimi raudteejaama. Samuti palub ta keelata FES-il sõlmida uut allhankelepingut nimetatud teenuste osutamiseks. Selleks et viia teenuste kontsessioonide täitmise tingimused õigusnormidega kooskõlla, palub hageja siseriiklikul kohtul teha omavalitsusorganile ja võimaluse korral FES-ile korraldus lõpetada lepingud, mille sõlmimisel rikuti läbipaistvuskohustust.

123. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esitatud küsimustele vastamiseks on tarvilik meenutada, millistel asjaoludel on siseriiklik kohus kohustatud tagama isikutele ühenduse õigusest tulenevate õiguste kaitse.

1. Sissejuhatavad märkused

124. Praegu kehtiv ühenduse õigus ei reguleeri seda, kuidas peavad liikmesriigid tagama kohtulahendite täitmise ning sanktsioneerima läbipaistvuskohustuse rikkumisi, mis on toime pandud teenuste kontsessiooni täitmise käigus. Selleks et hinnata, mil määral on liikmesriigid kohustatud tunnustama siseriiklike kohtute õigust teha ettekirjutus, tuleb viidata põhimõtetele, mis reguleerivad ühenduse õiguskorda, eeskätt ühenduse õiguse ülimuslikkuse põhimõttele ning liikmesriikide menetlusautonoomia põhimõttele.

125. Ühenduse õiguse ülimuslikkuse põhimõte kohustab liikmesriike teenuste kontsessiooni andmise menetluses toime pandud läbipaistvuskohustuse rikkumisi tõhusalt sanktsioneerima.

126. Nimelt meenutagem, et läbipaistvuskohustus on niisuguse õiguse üldpõhimõtte konkreetne ja spetsiifiline väljendus, mida liikmesriigid peavad järgima, kui nad tegutsevad ühenduse õiguse reguleerimisalas. Selline kohustus loob isikutele õigused, millele siseriiklikus kohtus peab olema tagatud tõhus kohtulik kaitse. Siseriiklikul kohtul peab seega olema võimalik tagada oma lahendite täitmine täies ulatuses ning määrata tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatava mõjuga karistused, et kindlustada ühenduse õiguse täielik toime.

127. Võtan eeltoodu oma analüüsi lähtepunktiks.

128. Ühenduse õigusnormide puudumise tõttu olen seevastu seisukohal, et liikmesriikide menetlusautonoomia põhimõttega on kooskõlas jätta liikmesriikide ülesandeks otsustada, milline on siseriikliku kohtu pädevus oma lahendite täitmise tagamisel ning kontsessioonilepingu sõlmimisel toime pandud läbipaistvuskohustuse rikkumiste sanktsioneerimisel. Niisugune viide liikmesriikide – kes peavad loomulikult järgima võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtet – siseriiklikele menetlusnormidele näib minu arvates olevat ka kooskõlas Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikaga, mis järgib liikmesriikide menetlusautonoomiat.

129. Sellest kohtupraktikast tuleneb, et ühenduse õigusnormide puudumisel tuleb iga liikmesriigi siseriiklikus õiguskorras määrata pädevad kohtud ja kehtestada menetlusnormid nende kohtuasjade läbivaatamiseks, mille eesmärk on tagada isikutele ühenduse õigusest tulenevate õiguste kaitse, arvestades seejuures, et need menetlusnormid ei tohi olla ebasoodsamad kui samalaadsete siseriiklike kaebuste puhul (võrdväärsuse põhimõte) ja need ei tohi muuta ühenduse õiguskorraga antud õiguste kasutamist praktiliselt võimatuks või ülemäära raskeks (tõhususe põhimõte).[57]

57 – 15. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-268/06: Impact (EKL 2008, lk I-2483, punktid 44 ja 46–48 ning viidatud kohtupraktika).

130. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimustele tuleb vastata just neid kaalutlusi arvestades.

2. Hinnang

131. Esimese, teise ja neljanda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult teada sisuliselt seda, kas läbipaistvuskohustust tuleb tõlgendada nii, et liikmesriigid on kohustatud tunnustama siseriikliku kohtu õigust teha selle kohustuse täitmise tagamiseks vaidluse pooltele ettekirjutus. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib Euroopa Kohtult samuti, kas siseriiklik kohus peab pooli kohustama üles ütlema lepingu, mis on sõlmitud kõnealust kohustust rikkudes.[58]

58 – Neljas eelotsuse küsimus on sõnastatud niisugusel viisil, et ma ei tea, kas eelotsusetaotluse esitanud kohtu silmas peetud leping on Stadt Frankfurt am Maini ja FES-i vahel sõlmitud teenuste kontsessioonileping või seejärel kontsessionääri ja DSM-i vahel sõlmitud allhankeleping. Eelotsusetaotlusest nähtub, et hageja ei vaidlusta otsust, millega Stadt Frankfurt am Main andis teenuste kontsessiooni FES-ile. Ta ei nõua seega viimati nimetatud ettevõtjaga sõlmitud kontsessioonilepingu ülesütlemist. Seevastu vaidlustab hageja otsuse, millega Stadt Frankfurt am Main lubas kontsessioonilepingu artikli 30 IV alusel vahetada alltöövõtjat. Siseriiklikule kohtule esitatud hagis on hageja eesmärk sisuliselt võtta FES-i ja DSM-i vahel sõlmitud allhankelepingult selle õiguslik toime. Eelotsusetaotluse esitanud kohus väidab eelotsusetaotluses omakorda, et Stadt Frankfurt am Main oli kohustatud üles ütlema teenuste kontsessioonilepingu, mille muutmiseks ta nõusoleku andis. Kahtluste tõttu lähtun ma sellest, et kõnealune küsimus käsitleb mõlemat hüpoteesi.

132. Ettekirjutuse tegemise õigus on kohtule antud võimalus kohustada poolt tegema või hoiduma tegemast tema poolt kindlaks määratud toimingut, määrates vastasel juhul trahvi. Asja lahendav kohus võib seega anda eraõiguslikule isikule või haldusorganile korralduse võtta teatud laadi meede, kui kohtuotsuses on öeldud, et üks vaidluse pooltest peab sellise meetme ilmtingimata võtma. Niisugune õigus on vahend, mis on vajalik kohtuotsuste täitmise tagamiseks ning jõustunud kohtuotsuse täitmise või täitmisest keeldumisega seotud probleemide lahendamiseks.

133. Põhimõte, mille kohaselt siseriiklik kohus võib teha ettekirjutuse, ei ole ühenduse tasandil praegu mingil viisil reguleeritud. Lisaks ei kohaldata seda põhimõtet liikmesriikides ühetaoliselt, eriti kui ettekirjutus on tehtud haldusorganile.

134. Saksamaal, nagu ka Ühendkuningriigis, on kohtule antud õigus teha haldusorganitele ettekirjutusi. Saksa kohtul on üldine õigus teha haldusorganitele ettekirjutusi. Samamoodi võib Suurbritannia kohus teha kõigile haldusorganitele – välja arvatud valitsus ja selle vahetud koostööpartnerid – ettekirjutusi, millega kohustatakse teatud toimingut tegema või selle tegemisest hoiduma. Prantsuse halduskohus arutas seda küsimust pikemalt võimude lahususe traditsioonilise käsitluse tõttu. Selle käsitluse suhtes on alates 8. veebruari 1995. aasta seaduse[59] vastuvõtmisest arvukaid erandeid tehtud.

135. Nagu ma märkisin, peavad liikmesriigid kehtiva ühenduse õiguse kohaselt oma sisemises õiguskorras ning vastavalt tõhususe ja võrdväärsuse põhimõttele kindlaks tegema vajaduse ning tarviduse korral tingimused, mille esinemisel tuleb ettekirjutuse tegemise õigust tunnustada. Selleks peavad liikmesriigid tuginema nende siseriikliku kohtusüsteemi aluseks olevatele põhimõtetele. Nad peavad analüüsima, millises ulatuses kuulub niisugune ettekirjutuse tegemise õigus olemasolevate õiguskaitsevahendite hulka, ning võtma arvesse siseriiklikule kohtule juba kuuluvat pädevust. Selle hinnangu andmisel peavad liikmesriigid hoolikalt tagama selliste kohtuotsuste täieliku täitmise, mis on tehtud ühenduse õigusest tulenevate õiguste olemasolu kohta. Seda eesmärki järgides peavad liikmesriigid püüdma tagada ühenduse õiguse täieliku toime ning sellega isikutele antud õiguste kaitse.

59 – Loi nº 95–125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (seadus nr 95–125, mis käsitleb kohtute korraldust ning tsiviil-, kriminaal- ja haldusmenetlust) (*JORF*, 9.2.1995). Vt code de justice administrative'i (halduskohtumenetluse seadustik) artiklid L-911–1 kuni L-911–3.

136. Selle kohta tuleb märkida, et juhul kui lepingu ülesütlemine ei tulene ühenduse õigusest, võib selle ülesütlemiseks kohustamine olla sanktsioon, mis kõige paremini tagab ühenduse õiguse tõhususe ja isikute õiguste kaitse. Selline võib olukord muu hulgas olla juhul, kui tegemist on ühenduse õigusnormide – nagu piisavat avalikustamist või pakkujate eelnevat pakkumismenetlust nõudvad normid – eriti jämeda rikkumisega. Siinkohal on võimalik lähtuda sätetest, mille ühenduse seadusandja on selles osas näinud ette direktiiviga 2007/66 lisatud artiklis 2d.[60]

137. Landgericht Frankfurt am Main väidab eelotsusetaotluses, et Stadt Frankfurt am Main oli kohustatud üles ütlema teenuste kontsessioonilepingu, mille muutmiseks ta nõusoleku andis.

138. Oma seisukoha põhjendamiseks väidab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et ühenduse seadusandja poolt direktiivi 89/665 artiklis 2 sätestatud põhimõtted, mida Euroopa Kohus on kinnitanud otsuses komisjon *vs.* Saksamaa[61], on analoogia alusel kohaldatavad teenuste kontsessioonide andmise menetlustele.

139. Kõnealuses, EÜ artikli 228 alusel algatatud kohtuasjas tehtud otsuses leidis Euroopa Kohus, et Saksamaa Liitvabariik pani toime rikkumise, kui ta ei öelnud üles Brunswicki linna (Saksamaa) jäätmete kõrvaldamist puudutavat lepingut, mille sõlmimisel ei olnud täidetud direktiivi 92/50 nõudeid. Saksamaa Liitvabariik tugines direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 6 teise lõigu sätetele, väites, et hüvitis, mida kahju kandnud ettevõtjad võivad saada, on hankija poolt toime pandud rikkumise eest karistamiseks piisav. Euroopa Kohus ei nõustunud selle arutluskäiguga. Euroopa Kohtu sõnul reguleerib kõnealune säte liikmesriigi ja tema kodanike, mitte liikmesriigi ja ühenduse vahelist suhet, ning see ei võimalda liikmesriigil seega pääseda oma vastutusest, mis tuleneb ühenduse õigusest. Kuna asjassepuutuva lepingu tagajärjed jäid jõusse, jätkus seega Saksamaa Liitvabariigi rikkumine ning teenuste osutamise vabaduse kahjustamine vältas lepingu kogu kehtivusaja. Euroopa

60 – Selle sätte kohaselt tuleb leping osaliselt või täielikult tühiseks tunnistada, kui see on sõlmitud ilma lepinguteate eelneva avaldamiseta Euroopa Liidu Teatajas või kui pakkujal, kellele on kahju tekitatud, ei olnud võimalust kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid, või väga erilisel juhul, mis puudutab raamlepingul või dünaamilisel ostusüsteemil põhinevaid lepinguid, mida käsitleb direktiiv 2004/18. Direktiiviga 2007/66 lisatud artikkel 2d võimaldab liikmesriikidel siiski ette näha alternatiivseid karistusi, võttes arvesse eelkõige rikkumise raskusastet, tellija käitumist ning vajaduse korral lepinguliste kohustuste tühistamise ulatust. Tegemist võib olla rahaliste karistuste või lepingu kehtivusaja lühendamisega.

61 – 18. juuli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-503/04: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 2007, lk I-6153, punktid 29–36).

Kohtu arvates tuli leping niisiis üles öelda mitte ainult liikmesriigi kohustuste rikkumist tuvastava kohtuotsuse täieliku täitmise tagamiseks, vaid ka selleks, et tagada ühenduse õiguse järgimine.

140. Erinevalt eelotsusetaotluse esitanud kohtust ei leia ma, et riigihankelepinguid puudutavate kohtuasjade raames välja töötatud põhimõtetest võib lihtsa analoogia alusel lähtuda ka teenuste kontsessioone puudutavates kohtuvaidlustes, ning seda kahel põhjusel.

141. Esiteks meenutagem, et liikmesriigid ei ole erinevalt hankemenetluse valdkonnas vastu võetud arvukatest õigusaktidest soovinud reguleerida teenuste kontsessioonide andmise menetlust. Ma ei saa seega jätta tähelepanuta asjaolu, et kõnealuses valdkonnas puuduvad ühenduse õigusnormid, ja kohaldada analoogia alusel direktiivi 89/665 täpseid ja siduvaid norme.

142. Teiseks näib mulle küsitav hinnata läbipaistvuskohustuse rikkumise tagajärgi ühel ja samal viisil, olenemata sellest, kas tegemist on riigihankelepingu või avalike teenuste kontsessiooniga. Viimati nimetatu korral ei pea karistuste eesmärk olema mitte ainult õiguse järgimise tagamine või tellija väära käitumise sanktsioneerimine. Ühtlasi – ja võibolla ennekõike – on nende eesmärk tagada avalike teenuste nõuetekohane osutamine ja kaitsta üldist huvi, millega seotud vajaduste rahuldamiseks vastav leping on sõlmitud.

143. Kui ettekirjutus peab eelkõige tagama ühenduse õiguse täieliku toime, peab siseriiklikul kohtul olema seega võimalik seda juhtumipõhiselt hinnata. Ettekirjutuse eseme hindamisel tuleb arvesse võtta asja kõiki asjakohaseid aspekte, nagu hankija käitumine, toimepandud rikkumise laad ja kõik huvid, mida võidakse kahjustada, eelkõige üldine huvi.

144. Käesolevas kohtuasjas tuleb märkida, et põhimõte, mille kohaselt võib siseriiklik kohus teha ettekirjutuse, kehtib Saksamaal. Eelotsusetaotlusest nähtub, et siseriiklik kohus võib seda pädevust teostada Bürgerliches Gesetzbuch'i (Saksa tsiviilseadustik,

edaspidi „BGB") artikli 1004 lõike 1 alusel[62] kahte liiki olukorras:

– kui isikule on kahju tekitatud tema seadusega kaitstud selliste hüvede nagu elu, kehalise puutumatuse, isiksuse puutumatuse, tervise, vabaduse ja omandi kahjustamise tõttu või

– kui isikule on kahju tekitatud BGB artikli 823 lõike 2 tähenduses „teise isiku kaitseks mõeldud seaduse" rikkumise tõttu.

145. Käesolevas kohtuasjas on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne kontrollida, kas siseriiklik menetlusõigus, käesoleval juhul BGB § 823 lõige 2 võimaldab pädeval kohtul teha haldusorganile ettekirjutuse, kui viimane on rikkunud läbipaistvuskohustust, ning kohustada teda FES-iga sõlmitud lepingu üles ütlema ja alltöövõtja vahetamiseks enam mitte nõusolekut andma.[63]

146. Selleks peab ta esiteks hindama, kas see kohustus kujutab endast kõnealuse sätte tähenduses „teise isiku kaitseks mõeldud seadust". Nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus oma teise eelotsuse küsimuse põhjendustes selgitas, on sellise olukorraga tegemist juhul, kui kõnealune kohustus kujutab endast tavaõigusest tulenevat põhimõtet.

147. Tuletan eelotsusetaotluse esitanud kohtule meelde, et läbipaistvuskohustus on võrdse kohtlemise üldpõhimõtte väljendus. Viimati nimetatu kuulub ühenduse õiguse aluspõhimõtete hulka ja tuleneb otseselt asutamislepingu sätetest.[64] Kõnealune põhimõte loob õigusi eraõiguslikele isikutele ja on liikmesriikide kõigile ametivõimudele ühenduse õiguse rakendamisel siduv. Sellest tulenevalt on nimetatud ametivõimud kohustatud, niivõrd kui see on võimalik, kohaldama seda õigust tingimustel, millega ei rikuta ühenduse õiguskorras sisalduvate põhiõiguste kaitsest tulenevaid nõudeid. Käesolevas kohtuasjas on siseriikliku kohtu ülesanne seega tõlgendada siseriiklikke õigusnorme, millega on

62 – See säte on sõnastatud järgmiselt:
„Kui omandit kahjustatakse muul viisil kui sundvõõrandamine või arestimine, võib omanik nõuda rikkujalt kõnealuse kahjustamise lõpetamist. Kui on oodata omandi uut kahjustamist, võib omanik nõuda ettekirjutuse tegemist."
Eelotsusetaotlusest nähtub, et kõnealust sätet on analoogia alusel kohaldatud muud liiki kahjustamistele (eriti elu, kehalise puutumatuse, isiksuse puutumatuse, tervise ja vabaduse ohtu seadmisele) ja teatud ebaseaduslikule tegevusele.

63 – Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Rodríguez Caballero, punkt 30 ja seal viidatud kohtupraktika; 27. veebruari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-327/00: Santex (EKL 2003, lk I-1877, punktid 62 ja 63) ning 13. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-432/05: Unibet (EKL 2007, lk I-2271, punkt 44).

64 – Vt eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punktid 48 ja 49.

kohtule antud õigus teha ettekirjutus, niivõrd kui see on võimalik viisil, mis tagab ühenduse õiguse täieliku toime ja sellest hagejale tulenevate õiguste kaitse.

148. Kui eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et läbipaistvuskohustus kujutab endast tõepoolest „teise isiku kaitseks mõeldud seadust" BGB artikli 823 lõike 2 tähenduses, peab ta kindlaks tegema, et tingimused, mille esinemisel võib siseriiklik kohus läbipaistvuskohustuse rikkumise korral ettekirjutuse teha, on võrdväärsed siseriikliku õiguse eiramisel põhineva kohtuasja puhul ettenähtuga. Kohtu ülesanne on ka kindlaks teha, et need sätted ei muuda ühenduse õiguskorras antud õiguste teostamist praktiliselt võimatuks või ülemäära keeruliseks.

149. Käesoleva kohtuvaidluse eesmärk tagada ühenduse õiguse täielik toime, sanktsioneerides tõhusalt läbipaistvuskohustuse rikkumisi ning ennetades selle kohustuse võimalikku uut rikkumist, mis seisneb kontsessioonilepingu artiklis 30 IV sisalduva allhanget puudutava klausli uues kuritarvituslikus kohaldamises.

150. Seda eesmärki arvesse võttes peab eelotsusetaotluse esitanud kohus hindama, kas Stadt Frankfurt am Maini ja, kui see on asjakohane, siis ka FES-i tuleb kohustada üles ütlema lepingud, mille sõlmimisel on rikutud ühenduse õigust. Nagu nähtub eelotsusetaotlusest, väidab Landgericht Frankfurt am Main selles suhtes, et läbipaistvuskohustuse rikkumine võib olla BGB § 314[65] tähenduses mõjuv põhjus kontsessioonilepingu ülesütlemiseks.

151. Ühtlasi peab kohus seda eesmärki arvesse võttes andma hinnangu sellele, kas niisugustel asjaoludel nagu põhikohtuasjas tuleb omavalitsusorganit ja FES-i kohustada Kornmarkti, Galluswarte ja Rödelheimi raudteejaama paigaldatavate avalike tualettide tarnimist ja hooldamist puudutava kontsessiooni raames alltöövõtjat mitte vahetama.

152. Sellest tulenevalt teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsusetaotluse esitanud kohtule, et kui pädev siseriiklik kohus

65 – Selles sättes on ette nähtud, et „[k]umbki lepingupool võib tähtajatu lepingu mõjuval põhjusel etteteatamistähtaega järgimata üles öelda. Mõjuva põhjusega on tegemist juhul, kui ülesütlevalt lepingupoolelt ei või kõiki asjaolusid ja mõlemapoolset huvi arvestades mõistlikult nõuda lepingu jätkamist kuni kokkulepitud tähtpäevani või etteteatamistähtaja lõppemiseni".

tuvastab, et teenuste kontsessiooni andmise menetluses on rikutud läbipaistvuskohustust, ei ole praegu kehtiva ühenduse õiguse kohaselt nõutav, et liikmesriigid peaksid tunnustama selle kohtu õigust teha vaidluse pooltele ettekirjutus. Iga liikmesriik peab oma siseriiklikus õiguskorras – kooskõlas võrdväärsust ja tõhusust käsitlevate ühenduse tasandi põhimõtetega – kehtestama menetlusnormid, mis võimaldavad pädeval siseriiklikul kohtul tagada ühenduse õiguse täieliku toime ja selliste kohtuotsuse täieliku täitmise, mis on tehtud ühenduse õigusest tulenevate õiguste olemasolu kohta.

VI. Ettepanek

153. Eespool toodud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Landgericht Frankfurt am Maini esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

„1. Kui teenuste kontsessiooni andmise menetluses on alltöövõtja isik oluline kriteerium, millele hankija tugines kontsessiooni andmisel, on liikmesriigid läbipaistvuskohustusest tulenevalt kohustatud läbi viima uue hankemenetluse, juhul kui kontsessionäär soovib vahetada alltöövõtjat juba enne esimeste teenuste osutamist ning ilma et ta oleks esitanud õiguspäraseid põhjusi. Pädeva siseriikliku kohtu ülesanne on hinnata, kas Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH poolt oma pakkumuse esitamisel nimetatud alltöövõtja nimi, maine ja tehniline pädevus olid niisugused olulised asjaolud, millele tuginedes andis Stadt Frankfurt am Main kontsessiooni sellele ettevõtjale.

2. Segaosalusega äriühing nagu Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, mis on asutatud Stadt Frankfurt am Mainiga partnerluse raames, kujutab endast „avalik-õiguslikku isikut" nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ – millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, muudetud komisjoni 13. septembri 2001. aasta direktiiviga 2001/78/EÜ – artikli 1 punkti b tähenduses, kui on tõendatud esiteks see, et nimetatud isik rahuldab üldisest huvist tulenevaid vajadusi, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega, ning teiseks see, et kõnealuse isiku haldamine ja juhtimine on otseses sõltuvuses kohalikust omavalitsusüksusest.

Nimetatud isik vastab üldisest huvist tulenevate vajadustega seotud tingimustele direktiivi 92/50 (mida on muudetud) artikli 1 punkti b teise lõigu esimese taande tähenduses, kuna ta kogub ja töötleb jäätmeid ning tegeleb tänavapuhastusega kohaliku omavalitsusüksuse territooriumil. Selleks et anda hinnang sellele, ega need vajadused ei ole seotud tööstuse või kaubandusega, peab pädev siseriiklik kohus kontrollima Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH tegutsemistingimusi, iseäranis konkurentsiolukorda neis sektorites.

Selline isik on kohalikust omavalitsusüksusest otseses sõltuvuses direktiivi 92/50 (mida on muudetud) artikli 1 punkti b teise lõigu kolmanda taande tähenduses, kui viimane kontrollib selle juhtimist ning selle juhtimis-, haldus- või järelevalveorganeid. Selleks et täpselt piiritleda, millises ulatuses kontrollib Stadt Frankfurt am Main Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH juhtimist, peab pädev siseriiklik kohus hindama, kas kohalik omavalitsusüksus saab oma vetoõiguse abil osanike üldkoosolekul või ettevõtja kõnealuste organite valimisega tagada aktiivse kontrolli selle ettevõtja juhtimise üle ning samal viisil mõjutada selle otsuseid teenuste kontsessioonide andmisel.

3. Kui pädev siseriiklik kohus tuvastab, et teenuste kontsessiooni andmise menetluses on rikutud läbipaistvuskohustust, ei ole praegu kehtiva ühenduse õiguse kohaselt nõutav, et liikmesriigid peaksid tunnustama selle kohtu õigust teha vaidluse pooltele ettekirjutus. Iga liikmesriik peab oma siseriiklikus õiguskorras – kooskõlas võrdväärsust ja tõhusust käsitlevate ühenduse tasandi põhimõtetega – kehtestama menetlusnormid, mis võimaldavad pädeval siseriiklikul kohtul tagada ühenduse õiguse täieliku toime ja selliste kohtuotsuse täieliku täitmise, mis on tehtud ühenduse õigusest tulenevate õiguste olemasolu kohta."