KOHTUJURISTI ETTEPANEK

CHRISTINE STIX-HACKL

esitatud 12. jaanuaril 2006 [1]

I. Sissejuhatus

1. Käesolev eelotsusetaotluse menetlus käsitleb küsimust, millistel tingimustel tuleb riigihankelepingut käsitleda nn *quasi-in-house* (peaaegu ettevõttesisene) riigihankena, mis ei kuulu seetõttu nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord [2] (edaspidi „direktiiv 93/36") kohaldamisalasse. Seega on tegemist järjekordse kohtuasjaga, mis puudutab kohtuotsuses Teckal [3] väljaarendatud ning — vähemalt osaliselt — kohtuasjas Stadt Halle [4] täpsustatud kriteeriumide tõlgendamist ja rakendamist.

2. Lisaks paigutub käesolev menetlus ühte ritta — osaliselt juba lahendatud [5] — kohtuasjadega, mis käsitlevad energiavarustuse või prügiveo riigihankelepingute sõlmimist Itaalia kommuunide poolt.

II. Õiguslik raamistik: ühenduse õigus

3. *Direktiivi 93/36* artikkel 1 sätestab direktiivi kohaldamisalaga seotud põhinormid.

4. Artikli 1 sissejuhatav lause ja punkt a sätestavad:

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

a) *riiklikud tarnelepingud* — tarnija (füüsiline või juriidiline isik) ja ühe

1 — Algkeel: saksa.

2 — EÜT L 199, lk 1; ELT eriväljaanne 06/02, lk 110.

3 — 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal (EKL 1999, lk I-8121).

4 — 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle (EKL 2005, lk I-1).

5 — Vt nt 14. novembri 2002. aasta määrus kohtuasjas C-310/01: Commune di Udine (ELT 2003, C 55, lk 20); 9. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-108/98: RI.SAN. (EKL 1999, lk I-5219).

punktis b määratletud tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, sealhulgas ostu-, üüri-, rendi- või liisinglepingud koos väljaostuvõimalusega või ilma. Kõnealuste toodete tarnimine võib hõlmata ka kohaletoomis- ja paigaldustoiminguid; [...]"

5. Kohtuasja Teckal punktides 49 ja 50 on Euroopa Kohus määranud kindlaks teatud põhimõtted, mille puhul teatud tehingud jäävad direktiivi kohaldamisalast välja:

„49 Lepingu olemasolu kindlakstegemiseks tuleb kontrollida, kas tegemist on kahe eraldiseisva isiku vahelise kokkuleppega.

50 Direktiivi 93/36 artikli 1 punkti a kohaselt piisab põhimõtteliselt sellest, et leping oleks sõlmitud ühelt poolt piirkondliku või kohaliku omavalitsuse ja teiselt poolt viimasest õiguslikult eraldiseisva isiku vahel. See ei ole nii juhul, kui piirkondlik või kohalik omavalitsus teostab asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellele, mida ta teostab oma üksuste üle või juhul, kui see isik tegutseb põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse või omavalitsuste huvides."

6. Esimest eelnimetatud tingimust on Euroopa Kohus täpsustanud kohtuotsuses Stadt Halle [6] ja kohtuotsuses Parking Brixen [7].

7. Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused [8] (edaspidi „direktiiv 93/38") sisaldab Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiviga 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate riigihankemenetlused [9] muudetud sätet riigihankelepingute sõlmimise kohta ettevõtjatega, kes on hankijaga tihedalt seotud.

8. Direktiivi 93/38 artikli 13 lõige 1 sätestab:

„1. Käesolevat direktiivi ei kohaldata teenuslepingute suhtes, mille:

a) hankija sõlmib sidusettevõtjaga;

6 — Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-26/03.

7 — 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen (EKL 2005, lk I-8612).

8 — EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194.

9 — ELT L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19.

b) mitme hankija loodud ühisettevõte sõlmib artikli 2 lõikes 2 määratletud tegevusega seoses ühe kõnealuse hankijaga või ettevõtjaga, kes on seotud ühega nimetatud hankijatest,

tingimusel et vähemalt 80% selle ettevõtja eelneva kolme aasta jooksul ühenduses osutatud teenuste keskmisest käibest on saadud teenuste osutamisest temaga seotud ettevõtjale.

Kui rohkem kui üks hankijaga seotud ettevõtja osutab sama või sarnast teenust, võetakse arvesse nende ettevõtjate osutatud teenuste kogukäivet."

maks moodustas 5 700 000 euro väärtuses kütus — sellest 4/5 diiselkütus ja 1/5 metaan — kütteseadmete hooldamine 1 100 000 euro väärtuses ja nende seadmete kohandamine ning tehniline uuendamine 1 750 000 euro väärtuses).

10. Busto Arsizio kommuun (edaspidi „kommuun") otsustas 21. novembri 2003. aasta otsusega nr 804 peatada pakkumismenetluse kuni 10. detsembrini 2003, et oodata ära võimalik otsus riigihankelepingu sõlmimise kohta pakkumismenetlust korraldamata. Hageja Cabotermo SpA (edaspidi „Cabotermo") esitas oma pakkumise 22. novembril 2003. Consorzio Alisei (edaspidi „Alisei") oli tehnilise pakkumise küll ette valmistanud, kuid ei esitanud seda määratud tähtajaks 24. novembril 2003, kuna kommuun teavitas teda 21. novembril 2003, et pakkumismenetlus on kuni 10. detsembrini 2003 peatatud, ning hiljem, et pakkumismenetlus on kehtetuks tunnistatud.

III. Asjaolud ja menetlus põhikohtuasjas

9. Busto Arsizio kommuun kuulutas 22. septembril 2003 välja riigihanke, mille objektiks oli energiaga varustamine ja nimetatud kommuunile kuuluvate hoonete kütteseadmete hooldamine, kohandamine ning tehniline uuendamine (riigihankelepingu kogumaksumusest 8 450 000 eurot pluss käibe-

11. 10. detsembri 2003. aasta otsusega nr 857 tunnistas kommuun pakkumismenetluse kehtetuks ja jättis endale õiguse sõlmida hiljem riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata AGESP SpA-ga (edaspidi „AGESP").

12. 100% AGESP kapitalist kuulub AGESP Holding SpA-le,[10] mis on aktsiaselts, mille kapitalist omakorda 99,98% kuulub kommuunile.[11] Ülejäänud aktsiad kuuluvad sama provintsiga külgnevatele kommuunidele.

13. 18. detsembril 2003 sõlmiti kõnealune riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata AGESP-ga.

14. Cabotermo ja Alisei vaidlustasid need otsused Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardias. Nimetatud kohus liitis need menetlused ning esitas 27. mai 2004. aasta määrusega, mis saabus kohtukantseleisse 9. augustil 2004, Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiiviga 93/36/EMÜ on kooskõlas see, et kohaliku omavalitsuse omandis olevate või tema poolt hallatavate hoonete kütteseadmetele kütuse hankimiseks ning nende seadmete haldamise ja hoolduse (kui see leping käsitleb peaasjalikult tarnimist) jaoks sõlmitav riigihankeleping sõlmitakse pakkumismenetlust korraldamata sellise aktsiaseltsiga, mille kapital on kõnealusel hetkel täielikult teise aktsiaseltsi omandis, mille peaaktsionär (99,98% aktsiakapitalist) on omakorda tellijaks olev kohalik omavalitsus, s.o sellise äriühinguga (AGESP), mille omanik ei ole otseselt kohalik omavalitsus, vaid teine äriühing (AGESP Holding), mille aktsiakapitalist kuulub 99,98% kõnealusele omavalitsusele?

2. Kas selleks, et hinnata tingimust, mille kohaselt äriühing, kellega sõlmiti riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata, peab tegutsema põhiliselt koos selle omavalitsusega, kellel on selles äriühingus enamusosalus, tuleb kohaldada direktiivi 93/38/EMÜ artiklit 13, ning kas sellest saab teha järelduse, et antud nõue on täidetud juhul, kui kõnealuse äriühingu käive on saadud põhiliselt teenuste osutamisest teda omavale kohalikule omavalitsusele või teise võimalusena teenuste osutamisest selle omavalitsuse territooriumil?"

10 — AGESP põhikirja artikli 7 kohaselt ei või „mitte ühelegi äriühingule, välja arvatud kontrollivale äriühingule AGESP Holding SpA, kuuluda rohkem kui kümnendik äriühingu aktsiakapitalist".

11 — Vastavalt AGESP Holding SpA põhikirja artiklile 6 on aktsiaenamus jäetud kommuunile.
Vastavalt AGESP Holding SpA põhikirja artiklile 7 ei või „mitte ühelegi eraõiguslikule äriühingule kuuluda rohkem kui 10% äriühingu aktsiakapitalist".

IV. Eelotsuse küsimused

15. Sisuliselt puudutavad mõlemad eelotsuse küsimused mõlemat kumulatiivset tingimust, mille olemasolu korral ei kohaldata teatud *quasi-in-house* riigihangete suhtes direktiivi 93/36 (nn Teckali kohtuasjas tehtud erand või Teckali kohtuasja kriteeriumid): analoogne kontroll sellega, mida teostatakse oma üksuste suhtes ning tegutsemine põhiliselt seda isikut kontrolliva hankija huvides. Kui need tingimused on täidetud, siis ei kohaldata ka direktiivi sätteid, näiteks neid, mis käsitlevad kinnipidamist riigihankemenetluse teatud eeskirjadest.

16. Selguse huvides tuleb rõhutada, et käesolevas menetluses on asjakohane vana õiguslik olukord, mitte aga nn uus õigusaktide pakett.

V. Esialgne märkus

17. Käesolev menetlus on näidanud, nii nagu juba eelnenud menetlused, et kohtuasja Teckal kriteeriumid sisaldavad arvukalt ebamääraseid õigusmõisteid, mis on tekitanud rea õiguslikke küsimusi ning hulga piiritlemisraskusi. Neid kogemusi arvestades tõusetub küsimus, kuidas saab Euroopa Kohus kõige paremini tagada õigusselgust ja seega ka õiguskindlust puudutatud isikutele: üks võimalus seisneb selles, et ta täpsustab oma kohtupraktikat mitte ainult seoses konkreetse kohtuasja asjaoludega, vaid üldisemas vormis kui seni. Teine lahendus oleks kõrvaldada kohtuasjas Teckal tehtud erandiga tekitatud ebaselgused kohtupraktika laiaulatusliku läbivaatamisega. Novembris 1999 avas Euroopa Kohus kohtuotsusega Teckal tee erandite tegemisele direktiivist. Millise ulatusega see võimalus on, on aga siiani ebaselge.

18. Just käesolev kohtuasi näitab, et eespool kirjeldatud olukord avaldab mõju siseriiklikele kõrgema astme kohtutele nagu Itaalia Consiglio di Stato. Nii tuginevad eelotsusetaotluse kohaselt Consiglio di Stato sätestatud põhimõtted peaaegu ettevõttesisese riigihanke kohta Euroopa Kohtu otsusele.[12] Küsimust, kas see kohtuotsus on omakorda vastavuses Euroopa Kohtu praktikaga, ei pea käesolevas asjas aga käsitlema. Siiski näitab menetlus põhikohtuasjas, nagu ka teised menetlused muudes liikmesriikides, et Euroopa Kohtu praktika ei anna ilmselgelt puudutatud majandussektorile ega liikmesriikide kohtutele mingeid selgeid juhiseid.

12 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-310/01.

19. Võimaldamaks Euroopa Kohtul valida erinevate alternatiivide vahel, täpsustan ma edaspidi, hoolimata eespool väljendatud kahtlustest, kohtuasjas Teckal tehtud erandit üldisemas vormis. Sel juhul jääb Euroopa Kohtule ikkagi võimalus valida teine variant.

A. *Kaudse osaluse õiguslik hinnang*

22. Nagu ka kohtuasjas Stadt Halle, on käesoleva kohtuasja esimene iseloomulik joon see, et pakkumismenetlust korraldamata ei sõlmitud riigihankelepingut otse isikuga, milles kohalikul omavalitsusel on otsene osalus.

VI. Esimene kriteerium: analoogne kontroll sellele, mida teostatakse oma üksuste suhtes

20. Käesolevas kohtuasjas on mitmeid eripärasid, mistõttu ta erineb kokkuvõttes teistest menetluses olevatest või juba lahendatud nn *public-private partnership* (avalik-eraõiguslik partnerlus, edaspidi „PPP") asjadest.

23. Seda arvesse võttes tõusetub küsimus, kas kohtuasja Teckal kriteeriume saab põhimõtteliselt kasutada olukordades, kus on tegemist kaudse osalusega, st kas riigihankedirektiivide kohaldamisalast jäävad välja ka need juhud, kus ametiasutustel, kellele teenust osutatakse, on osalus teenust osutavas üksuses ainult teise ettevõtja kaudu.

21. Erinevalt kohtuasjas Stadt Halle käsitletavast riigihankest puudub käesolevas asjas kohtuasja materjalidest nähtuvalt eraettevõtjate osalus. Lisaks on käesolevas menetluses tegemist kohtuasjast Stadt Halle erineva äriühinguõigusliku vormiga, aktsiaseltsiga. Erinevalt kohtuasjadest Parking Brixen [13] või Teckal, sõlmiti riigihankeleping omakorda mitte tütarettevõtjaga, vaid kohaliku omavalitsuse tütarettevõtja allettevõtjaga.

24. Nii komisjon kui ka Poola valitsus lükkavad selle tõlgenduse põhimõttelistel kaalutlustel tungivalt tagasi.

13 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-458/03.

25. Euroopa Kohtu praktikast ei tulene selle kohta mingeid selgeid juhiseid. Selline olu-

kord jäi püsima ka pärast otsuse tegemist kohtuasjas Parking Brixen.

26. Seda, et kohtuasja Teckal kriteeriume võib põhimõtteliselt kasutada ka kaudse osaluse juhtudel, toetab asjaolu, et kohtuasjas Stadt Halle kontrollis Euroopa Kohus üldiselt, kas tingimused mõlema kohtuasja Teckal kriteeriumi täitmiseks on rahuldatud. Seda võib tõlgendada nimetatud põhimõtte vaikiva tunnustamisena.

27. Kohtuotsuse Stadt Halle sõnastus paistab aga viitavat hoopis teise suunda. Nii on kohtuotsuse punkt 49 sõnastatud järgmiselt: „[...] põhiosa selle üksuse tegevusest toimub koos teda kontrolliva ametiasutusega". Sellest võiks järeldada, et teenuseid saab osutada vahetult avalik-õigusliku hankija kui omaniku ja üksuse vahel, mida avalik-õiguslik hankija kontrollib.

28. Kuna see sõnastus viitab aga selgelt teisele kriteeriumile, st tarnija tegevuse põhilisele osale, võib järeldada, et kohtuotsus Teckal ei sisalda mingit sõnaselget hinnangut võimaluse kohta, et ka kaudne osalus võib rahuldada esimese kriteeriumi tingimusi.

29. Asjaolu, et kohtuasi Teckal käsitles olukorda, kuhu olid kaasatud samal ajal nii avalikus kui eraomandis olevad asutused ning et Euroopa Kohus tunnustas sõnaselgelt sellist olukorda nn Teckali kohtuasja kriteeriumide sisseviimisega, viitab seevastu sellele, et põhimõtteliselt võivad ka kaudsed osalused nende kriteeriumide kohaldamisalasse kuluda. Selle eelduseks on siiski tingimus, et kontrollikriteerium peab olema täidetud kõigil osaluse tasemetel.

30. Kohtuasja Parking Brixen kohaselt on seoses kontrollikriteeriumiga oluline see, et tegemist peab olema „otsustava mõjuga nii selle äriühingu strateegilistele eesmärkidele kui ka tähtsatele otsustele". Hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki asjakohaseid õigusnorme ja asjaolusid.[14] Nimetatud mõju tegelik rakendamine ei näi selle kohtuotsuse kohaselt siiski nõutav olevat.

B. *Õiguslik hinnang ettevõtjale, mis on samal ajal nii avalikus kui eraomandis*

1. Põhimõtted

31. Põhikohtuasja asjaolud viitavad veel ühele eripärale, mis eristab seda kohtuasja

14 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-458/03, punkt 65.

Stadt Halle aluseks olevatest asjaoludest. Käesolev kohtuasi ei käsitle nimelt üksust, mis on samal ajal nii avalikus kui eraomandis, vaid üksust, täpsemalt selle emaettevõtjat, milles ei oma osalust ükski eraettevõtja. See ei tulene küll eelotsusetaotlusest endast, vaid muudest Euroopa Kohtule esitatud materjalidest. Lisaks on teiste isikute osaluse suurus ainult 0,02%. Kuna see ülejäänud osa kuulub teistele kohalikele omavalitsustele, st avalik-õiguslikele isikutele, on kõnealuse ettevõtja puhul tegemist mitme avalik-õigusliku isiku poolt moodustatud üksusega või nn *public-public partnership*'iga.

32. Kui võrrelda olukorda käesoleva kohtuasja puhul Euroopa Kohtu varasema praktikaga, siis tekib järgmine pilt: ühest küljest ilmneb suur erinevus võrreldes kohtuasjaga Stadt Halle, milles käsitleti üksust, mis oli samal ajal nii avalikus kui eraomandis; teisest küljest on ilmselged paralleelid kohtuasjaga Teckal, mis käsitles mitme avalik-õigusliku isiku poolt moodustatud üksust. Viimati nimetatud kohtuasjas oli riigihankelepingut täitev üksus, AGAG, küll iseseisev juriidiline isik, kuid selle oli asutanud mitu kohalikku omavalitsust.

33. Kohtuasjas Teckal tehtud erandi kohaldamise kasuks mitme avalik-õigusliku isiku poolt moodustatud üksuse suhtes kõneleb lisaks juba mainitud kohtuotsusele Teckal ka asjaolu, et kohtuasjas Stadt Halle [15] oli Euroopa Kohtu jaoks otsustav tegur see, et eraettevõtjad taotlevad teistsuguseid eesmärke kui kohalikud omavalitsused.

34. Käesolev menetlus käsitleb siiski ainult kommuunide osalust, mitte aga eraettevõtjate huve. Kuna kommuunid tegutsevad avalikes huvides, võiks seega vähemalt esmapilgul eeldada, et kontrollikriteerium on täidetud isegi selle kõige rangema tõlgendamise korral. See on kindlasti nii juhul, kui huvide samasuse tingimust [16] mõistetakse selliselt, et see on täidetud juba erahuvide puudumise korral. Loomulikult ei ole välistatud — ning seda kinnitab ka kommuunide majanduselus osalemine —, et ka kommuunid võivad esindada erinevaid huve. Sellisel juhul huvide samasust enam ei eksisteeri.

35. Seejuures ei tohi lõpuks jätta tähelepanuta ka asjaolu, et kohtuasjas Teckal käsitleti nn *azienda municipalizzata*'t (kohaliku omavalitsuse ettevõtja), mitte aga aktsiaseltsi nagu käesolevas asjas. Äriühingu õigusliku struktuuri tähtsust käsitlen ma edaspidi.

15 — Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-26/03, punkt 50.

16 — Vt kohtujurist Kokott'i käsitlusviisi 1. märtsi 2005. aasta ettepanekus eespool 7. joonealuses markuses viidatud kohtuasjas C-458/03, punkt 74 jj.

36. Vastus küsimusele, kuidas kohelda mitme avalik-õigusliku isiku poolt moodustatud üksust, tuleb aga anda ka kohtuasjas Stadt Halle sõnaselgelt kinnitatud tõlgendusprintsiipi arvestades, mille kohaselt tuleb iga erandit ühenduse õiguse rakendamise sätetest tõlgendada kitsalt. [17]

37. Isegi kohtuasjas Stadt Halle, mis ei puudutanud mitme omanikuga ettevõtjat, kinnitas Euroopa Kohus siiski kohtuasjas Teckal tehtud erandi põhimõttelist kohaldamisvõimalust mitme omanikuga üksuste suhtes. See nähtub asjaolust, et Euroopa Kohus [18] ei võtnud sõna-sõnalt üle mitte ainult kohtuasjas Teckal tehtud erandit, vaid juhtis tähelepanu ka sellele, et kohtuasjas Teckal kuulus asjaomane üksus avalik-õiguslikele isikutele. Seega kasutas Euroopa Kohus mitmust mitte üksnes seoses kohtuasjas Teckal tehtud erandi teise kriteeriumiga.

38. Niisiis järeldub sellest, et isegi üksused, kellel on mitu omanikku, võivad põhimõtteliselt kuuluda erandi kohaldamisalasse.

39. Kohtuasjas Teckal tehtud erandi kasutamiseks käesoleval juhul tuleks aga minna veel sammu võrra edasi, sest käesolevas asjas on tegemist ka kaudse osalusega. Minu arvates ei saa kohtuasjas Teckal tehtud erandi rakendamist sellisele juhtumile juba ette üldiselt ja abstraktsel viisil välistada.

40. Pigem tuleb ka siin konkreetselt hinnata, kas kontrollikriteerium on täidetud. Seejuures tuleb silmas pidada Euroopa Kohtu poolt kohtuasjas Parking Brixen kehtestatud tingimust. Selle kohaselt on oluline, et kontrollitav üksus on ainult teatud määral iseseisev, [19] seda nimelt suhetes omanikega. [20]

41. Kuna käesoleval juhul eksisteerib tulenevalt põhikirjast eraisikute osaluse võimalus, tuleb seoses kontrollikriteeriumiga uurida, kas võimalikul äriühingu kapitalile juurdepääsu avamisel eraõiguslikele juriidilistele isikutele on õiguslik tähendus.

42. Seoses eraisikutele äriühingu kapitalile juurdepääsu avamisega võib järgnevalt teha vahet sellel, kas eraisikute osalus on õiguslikult üksnes võimalik või ka kohustuslik. Esimesel juhul võib eristada veel seda, kas

17 — Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-26/03, punkt 46.

18 — Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-26/03, punkt 49.

19 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-458/03, punkt 70.

20 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-458/03, punkt 68.

võimalust hiljem ka tegelikult kasutati või mitte — juhtumid, kus juurdepääs kapitalile oli avatud juba enne, nagu kohtuasjas Stadt Halle, välistatakse siin automaatselt.

43. Nendel asjaoludel on komisjon asunud seisukohale, et isegi potentsiaalne eraõiguslike isikute osalus, nagu on sätestatud näiteks äriühingu põhikirjas, viitab sellele, et kontrollikriteerium ei ole täidetud.

44. Selle, komisjoni poolt võetud äärmusliku seisukoha vastu räägivad esiteks põhimõttelised kaalutlused. Nii sõltuks PPP projektide õiguslik määratlus üksnes *võimalikest* tulevastest arengutest. Kas need ka *tegelikult* aset leiavad, ei ole aga oluline. Riigihankedirektiivide süsteemi mõttes oleks tegemist uue lähenemisega. Lisaks võib äriühingu osade eraõiguslikele isikutele üleandmise keelamine äriühingu põhikirjas olla asjaomase liikmesriigi õiguse kohaselt isegi ebaseaduslik.

45. Loomulikult nõuab teisalt omakorda riigihankedirektiivide aluseks olev riigihangete korraldamisest kõrvalehiilimise vastu võitlemise põhimõte, et teatud sündmusi, mis toimusid pärast ülesannete üleandmist, st pärast riigihankelepingu sõlmimist tuleb siiski arvesse võtta. See puudutab eriti juhtumeid, mil kapitalile juurdepääsu avamine ei olnud riigihankelepingu sõlmimise ajal veel toimunud, kuid selleks olid juba tehtud konkreetsed plaanid.

46. On küsitav, kas kohtuotsus Parking Brixen selles hinnangus midagi muudab. Selle vastu räägib asjaolu, et nimetatud kohtuasjas oli vastupidi käesolevale äriühingu avamine võõrkapitalile kindlaks määratud ning see oli üksnes üks viiest hindamiseks olulisest tunnusest. [21] Siiski ei välista see võimalust, et isegi võimalik avamine — olgugi et koos teiste põhikohtuasja erisustega — ei rahulda selles olukorras minimaalse kontrolli tingimust. Seetõttu tuleb lähemalt uurida neid teisi erisusi ning nende tähtsust kontrolli seisukohast.

47. Siinkohal tuleb arvesse võtta ka Austria Vabariigi vastu algatatud liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse [22] aluseks olevaid asjaolusid ning Euroopa Kohtu poolt sellele hiljuti antud õiguslikku hinnangut.

21 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-458/03, punkt 67.

22 — 10. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-29/04: komisjon vs. Austria (EKL 2005, lk I-9705).

48. Kohtuasjas komisjon *vs.* Austria käsitleti prügiveo eest vastutuse üleandmist Mödlingi linnalt piiratud vastutusega osaühingule, st kohalikult omavalitsuselt tema poolt 100% kontrollitavale ettevõtjale. Ligikaudu kaks nädalat pärast üleandmist otsustas linn loovutada 49% osakutest eraettevõtjale. Loovutamine toimus omakorda ligikaudu kaks nädalat pärast otsuse tegemist. Üleantud ülesannete täitmist alustati mõni nädal pärast seda.

49. Eespool nimetatud kohtuasjas 10. novembril 2005 tehtud otsuses rõhutas Euroopa Kohus, et hindamisel tuleb võtta arvesse kõiki etappe tervikuna nende eesmärgist lähtudes, mitte üksnes rangelt nende ajalist järgnevust. [23] See asjaolu kinnitab, et arvesse tuleb võtta ka kõiki arenguid, mis toimuvad pärast ülesannete üleandmist, nagu Euroopa Kohus selles menetluses sõnaselgelt ka rõhutab. [24] Erinevalt käesolevast käsitles aga nimetatud menetlus *tegelikult* toimunud arenguid. Selle kohtuasja puhul leidis äriühingu kapitali avamine eraosalusele tegelikult aset. Sündmuste kogumi hindamise ajal oli juurdepääs juba olemas.

50. Erinevalt nimetatud kohtuasjast ei nähtu käesoleva kohtuasja materjalidest, kas, ning kui, siis millal toimus äriühingu osade üleandmine eraõiguslikele isikutele või kas selline kavatsus oli olemas. Sellest seisukohast ei anna ei kohtuasi Parking Brixen ega ka kohtuasi komisjon *vs.* Austria selgeid juhiseid, kas ainuüksi *võimalus* avada eraettevõtjatele juurdepääs äriühingu kapitalile on piisav.

51. Seega võib eeldada, et olemasolev kohtupraktika ei välista põhimõtteliselt kohtuasjas Teckal tehtud erandi alusel riigihankelepingute sõlmimist mitme avalik-õigusliku isiku poolt moodustatud üksusega. Seega tuleb järgnevalt kindlaks määrata tingimused, millele sellised toimingud peavad vastama.

2. Üksikasjalikud tingimused

52. Tingimused, mille korral võib riigihankelepingu sõlmimisele mitme avalik-õigusliku isiku poolt moodustatud üksustega kohaldada kohtuasjas Teckal tehtud erandit, on seotud kõnealuse üksuse ning avalik-õiguslike isikutega, kes omavad selles otsest või kaudset osalust.

23 — Eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-29/04, punkt 41.

24 — Eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-29/04, punkt 38.

53. Kõigepealt tuleb kummutada menetluses esitatud argument, et kohtuasjas Teckal tehtud erand hõlmab ainult nn „organisatsioonidevahelist või organisatsioonisisest delegeerimist" või kohaliku omavalitsuse struktuuriüksusi. Kohtuasjas Teckal tehtud erandite sidumisele ainult selliste üksustega Euroopa Kohtu praktikast ei leia mingit tuge.

54. Üldiselt lähtub Euroopa Kohus sellistel juhtudel, eriti aga kohtuasjas Parking Brixen, materiaalsest, mitte aga formaalsest käsitlusest. Oluliseks faktoriks on siin seetõttu, nagu ma edaspidi ka täpsemalt selgitan, osapooltevaheliste suhete vorm. Eriti tuleb seejuures tähelepanu pöörata sellistele üldistele abstraktsetele sätetele nagu siseriiklik äriühinguõigus ning konkreetsele vormile, näiteks kõnealuse juriidilise isiku põhikiri. [25]

55. Käesolevas asjas on erinevalt kohtuasjast Stadt Halle teenust osutava üksuse näol tegemist mitte Saksa õiguse alusel asutatud osaühinguga, vaid Itaalia õiguse alusel asutatud aktsiaseltsiga (SpA).

56. Käesoleval juhul rakenduvad asjakohased Codice civile (tsiviilkoodeks, edaspidi „C. C.") sätted.

57. Ka kohtuasjas Teckal käsitleti teistsugust üksust. Kui selle menetluse ese oli ühe nn *azienda municipalizzata* õigusliku vorm, siis käesolev menetlus puudutab üksust — AGESP-d, millel oli algul sama õiguslik vorm, kuid mis muudeti 24. septembri 1997. aasta otsusega nr 148 aktsiaseltsiks.

58. Aktsiaseltsidel on ka Itaalia õiguse kohaselt põhimõtteliselt suurem autonoomia kui osaühingutel.

59. Minu arvates ei ole C. C.-s sätestatud abstraktne kontroll aktsionäride poolt aktsiaseltsidele ning nende tütarettevõtjatele mõju avaldamise võimaluste üle piisav. Nagu ma olen juba varem selgitanud, on oluline pigem emaettevõtjat kontrolliva ettevõtja ja emaettevõtja ning emaettevõtja ja tütarettevõtja vaheliste suhete tegelik ülesehitus. [26]

25 — Vastavalt eespool 7. joonealuses märkuses viidatud otsusele kohtuasjas C-458/03, punkt 66 jj.

26 — Vt minu ettepanek eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-26/03, punkt 65.

60. Järelikult ei ole aktsiaseltsi õiguslik vorm, näiteks Itaalia õiguse alusel asutamine, iseenesest oluline. Lisaks võib seda järeldada ka kohtuasjast Parking Brixen, milles käsitleti samuti Itaalia õiguse alusel asutatud aktsiaseltsi. Juba üksnes see, et Euroopa Kohus ei pidanud seda asjaolu piisavaks järeldamaks, et äriühing oli iseseisev ning seetõttu puudus kontroll tema tegevuse üle, viitab sellele, et Itaalia õiguse alusel asutatud aktsiaseltsi õiguslik vorm ei välista iseenesest piisavat kontrolli.

61. Siiski on kohaliku omavalitsuse ettevõtja ümberkorraldamine aktsiaseltsiks vähemalt üks mitmete asjaolude seast, mida tuleb arvesse võtta iseseisvuse hindamisel. [27]

62. Seoses konkreetse vormi hindamisega on oluline asjaomase kontrolliva isiku pädevus, mitte aga see, kuidas pädevust tegelikult teostatakse. [28] Seda seisukohta on Euroopa Kohus kinnitanud kohtuasjas Parking Brixen, milles ta uuris kõnealuse aktsiaseltsi põhikirja. [29]

63. Lisaks peavad osade omaniku või omanike kontrolliõigused hõlmama mitte üksnes riigihankealaseid otsuseid üldiselt või konkreetse riigihankealase otsuse tegemist, [30] vaid ka äriühingu juhtimist tervikuna.

64. Kontrollivahendite puhul peetakse reeglina silmas juhiste andmise õigust, järelevalvepädevust ning ametisse nimetamise õigust. Seejuures tuleb lähtuda põhimõttest, et tähtis on otsustav mõju äriühingule, mitte aga üksnes õigusnormid. [31]

65. Lõpetuseks tuleb käsitleda ka menetluse vältel esitatud väidet, mille kohaselt hankemenetlusele hinnangu andmine ning kohtuasjas Teckal tehtud erandi kohaldamine sõltub osapoolte ehk kontrolliva ja kontrollitava ühingu käitumisest konkreetses riigihankemenetluses.

66. Nii võiks riigihankemenetluse osapoolte, eelkõige mitme avalik-õigusliku isiku poolt

27 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-458/03, punkt 67.

28 — Vt minu ettepanek eespool 4. joonealuses märkuses kohtuasjas C-26/03, punkt 76.

29 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-458/03, punkt 66 jj.

30 — Vt minu ettepanek eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-26/03, punkt 77.

31 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-458/03, punkt 65.

moodustatud üksuse käitumisest teha järelduse tema sõltumatuse kohta hankijast.

67. Käesolevas menetluses on peatähelepanu selles suhtes olnud lepingu sisul. Eriti peetakse teatud eesmärkide saavutamata jäämise korral määratavat leppetrahvi tõendiks AGESP iseseisvuse kohta.

68. Kuna kontrollikriteerium on seotud äritegevuse juhtimisega tervikuna, ei saa olla otsustavaks kõnealuse üksuse käitumine konkreetses riigihankemenetluses. Kui see nii oleks, siis võiks samale üksusele ühes riigihankemenetluses kohtuasjas Teckal tehtud erandit kohaldada, teises aga mitte. Euroopa Kohtu praktikast aga ei nähtu midagi, mis sellist seisukohta toetaks. Hoopis vastupidi, Euroopa Kohus klassifitseerib suhte ja määrab koos sellega ka vastavuse kontrollikriteeriumile tulenevalt kõnealuste isikutega seotud asjaoludest.

69. Konkreetne uurimine, kas siseriikliku õiguse üldised abstraktsed normid ning kõnealuse äriühingu konkreetne ülesehitus tema põhikirja, käesoleval juhul eriti põhikirja artikli 19 kohaselt, tagavad piisava kontrolli, puudutab konkreetsete asjaolude hindamist. See, ning siseriikliku õiguse tõlgendamine, ei ole siiski EÜ artikli 234 kohase pädevuse jaotuse alusel mitte Euroopa Kohtu, vaid siseriikliku kohtu ülesanne.

C. *Vahejäreldus*

70. Kriteerium analoogse kontrolli teostamise kohta, kui teostatakse oma üksuste suhtes, võib olla põhimõtteliselt täidetud ka mitme avalik-õigusliku isiku poolt moodustatud ettevõtja puhul. Põhikohtuasja asjaolude hindamine on siseriikliku kohtu ülesanne. Käesoleval juhul peab ta arvesse võtma järgmisi asjaolusid:

— osade omanike huvid;

— *azienda municipalizzata* ümberkorraldamine aktsiaseltsiks;

— äriühingu võõrkapitalile avamise võimalus, mis ei ole kohustav ja mida ei ole teostatud;

— AGESP võimalus asutada tütarettevõtjaid ka välismaal;

— juhatuse mõjutamisvõimaluste ulatus nõukogu liikmete nimetamisel ja äritegevuse juhtimisel;

— AGESP nõukogu pädevus ja

— asjaolu, et kommuunil on AGESP-s AGESP Holdingu kaudu kaudne osalus.

71. Euroopa Kohus võiks käesolevas menetluses — nii nagu juba kohtuasjde Stadt Halle ja Parking Brixen puhul — anda ise lõpliku hinnangu sellistele asjaoludele, nagu on põhikohtuasjas. Kuna eelnimetatud asjaolud kattuvad suures osas kohtuasja Parking Brixen asjaoludega,[32] ning nendele lisandub veel kaudse osaluse aspekt, võimaldab see — lähtuvalt senisest, kohati liiga rangeks peetud kohtupraktikast — järeldada, et põhikohtuasja asjaolude puhul ei ole täidetud esimene kriteerium ehk analoogse kontrolli teostamine sellega, mida teostatakse oma üksuste suhtes.

72. Kui aga Euroopa Kohus sooviks kasutada võimalust täpsustada oma senist praktikat selles osas, et vähemalt teatud avalik-eraõiguslikud partnerlused võivad kontrollikriteeriumile vastata, ning jõuaks järeldusele, et see kehtib ka põhikohtuasjas, siis tekiks Euroopa Kohtul täiendav võimalus täpsustada esmakordselt ka teist kohtuasja Teckal kriteeriumi, mis käsitleb tarnija tegevuse põhilist osa.

VII. Teine kriteerium: tegutsemine põhiliselt tarnijat kontrolliva hankija huvides

73. Erinevalt kohtuasja Teckal esimesest kriteeriumist ei esine teise kriteeriumi kohta pärast kohtuotsust Teckal mingit Euroopa Kohtu praktikat, millega seda kriteeriumi lähemalt selgitataks. Käesolev menetlus annab Euroopa Kohtule selleks võimaluse.

74. Põhikohtuasi käsitleb lisaks muule ka olukorda, milles esimesel etapil omavad

32 — Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-458/03, punkt 67.

peaaegu 100% osalust kommuun ja AGESP Holding ning teisel etapil omavad 100% osalust AGESP Holding ja AGESP.

75. Nagu kohtuasjas Stadt Halle, puudutab ka käesolev asi kaudset osalust. Niisiis tuleb uurida, kas tütarettevõtja allettevõtja tegutsemine tema emaettevõtjat kontrolliva ettevõtja huvides võib põhimõtteliselt vastata kohtuasja Teckal teisele kriteeriumile.

A. *Lähtehüpotees*

76. Kuna kohtuasjas Stadt Halle ei pidanud Euroopa Kohus tulenevalt tema poolt valitud esimese kriteeriumi tõlgendusviisist teist kriteeriumi enam käsitlema, siis on loogiline, et ma kordan siinkohal oma selles küsimuses kohtuasja Stadt Halle ettepanekus esitatud seisukohta.

77. Niisiis on kohtuasjas Teckal püstitatud kriteerium suunatud teatud minimaalsele osale kontrollitava isiku kogutegevusest. Seega on küsimus selle tegevuse koguulatuse ning laiemas mõttes omaniku huvides toimuva tegevuse ulatuse väljaselgitamises.

78. Antud kontekstis tuleb ka märkida, et kuigi osa kontrolliva isiku mõistet ei tuleks tõlgendada liiga kitsalt, ei tohi sellest järeldada, et see sisaldab ka kolmandate isikute huvides toimuvaid tegevusi, mida kontrolliv isik muidu peaks ise tegema. Praktikas puudutab see eelkõige üldist huvi pakkuvaid teenuseid ja siin omakorda valdu (kommuune), kellel on kohustus osutada teatud isikutele teatud teenuseid.

79. Tuleb veel täpsustada, et oluline on tegelik tegevus ning mitte seadusest või äriühingu põhikirjast tulenevad võimalikud tegevused või hoopis tegevused, milleks kontrollitav juriidiline isik on kohustatud. [33]

80. Nüüd on keskne küsimus see, millisest määrast alates on saavutatud kohtuasjas Teckal tehtud teise erandi tegemiseks vajalik künnis. Selle kohta on erinevaid arvamusi. Need arvamused on enam kui 50%, „nimetamisväärses ulatuses", „täiesti domineeriv", „peaaegu ainult" kuni selleni, et tegevus on „ainult" suunatud kohalikule omavalitsusüksusele.

33 — Vt minu ettepanekule järgnenud kohtujurist Kokotti'i 1. märtsi 2005. aasta ettepanek eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-458/03, punkt 81.

81. Künnise osas lähtutakse arvamustes mitte ainult positiivsest määratlusest, selles mõttes, et piiritleda tuleks kontrolliva isiku huvides teostatud tegevuse ulatus, vaid ka negatiivsest määratlusest. Negatiivse määratluse puhul tuleks lähtuda sellest, kui suur osa tegevusest teostatakse lisaks seda kontrollivale isikule teiste isikute huvides. Viimati nimetatud seisukohal on oma esitatud ettepanekus kohtuasjas ARGE kohtujurist Léger. Vastavalt tema seisukohale „on direktiiv kohaldatav, kui selle juriidilise isiku tegevus on peamiselt suunatud *teistele* majanduselus osalejatele või teistele juriidilistele isikutele kui need, kellest moodustub riiklik tellija" [34]. Kuna aga kohtuasjas Teckal erandi tegemisel on lähtutud positiivsest määratlusest, siis järgnevalt ma negatiivset määratlust enam ei käsitle.

82. Kohtujurist Léger' esitatud ettepaneku osundatud lõigus on aga väljendatud üht teist olulist aspekti, mida tuleks tegevuse suunatuse ulatuse määratlemisel arvestada.

83. Nii on küsimuses selles, kas kohtuasjas Teckal tehtud erandi kohaselt on lubatud ainult kvantitatiivne käsitlusviis või võib arutlusse kaasata siiski ka kvalitatiivseid asjaolusid. Viimase kasuks räägivad erandi mõte ja selle tegemisel kasutatud sõnastus, milles ei sisaldu vihjet sellele, kuidas tegevust tuleks hinnata. Ka otsuse Teckal vastava lõigu autentne sõnastus, st itaaliakeelne versioon, ei välista täiendavat või alternatiivset kvalitatiivset käsitlusviisi (*la parte piú importante della propria attività*).

84. Kohtuasjas Teckal tehtud erand ei sisalda ka viidet tegevuse suunatuse ulatuse arvestamise meetodile. Seega ei ole iseenesestmõistetav, et oluline on ainuüksi käibeprotsent.

85. Niisiis tuleb minu arvates siseriiklikul kohtunikul „tegevuse peamine suunatus" välja selgitada kvantitatiivseid ja kvalitatiivseid asjaolusid arvestades.

86. Antud kontekstis tuleb meenutada, et kohtujuristi esitatud ettepanek on autentne originaalkeeles. Seejuures nähtub kohtujurist Léger' esitatud ettepanekust, et esiteks on tema seisukoht rajatud sellele, et osutatavad teenused on *quasi-exclusivité* (peaaegu erandita), kusjuures saksakeelses sõnastuses on see tõlgitud kui *sämtliche Dienstleistungen* (kõik teenused) [35]. Teiseks toetub ta koh-

34 — Kohtujurist Léger' 15. juuni 2000. aasta ettepanek kohtuasjas C-94/99: ARGE Gewässerschutz (7. detsembri 2000. aasta otsus, EKL 2000, lk I-11037), punkt 93 (kohtujuristi kursiiv).

35 — Kohtujurist Léger' 15. juuni 2000. aasta ettepanek eespool 34. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-94/99, punkt 74.

tuasjas Teckal tehtud teise erandi menetluskeelsele ehk itaaliakeelsele redaktsioonile ning kasutab väljendit *en grande partie* (suures osas), mida saksakeelses sõnastuses antakse edasi väljendiga *im Wesentlichen* (peamiselt) [36] või siis *la plus grande partie de leur activité* (tema tegevuse suurimas osas — *den größten Teil ihrer Tätigkeit*) [37].

87. Suurema konkreetsuse saavutamiseks on nii õigusteadlased kui ka menetlusosalised nimetanud direktiivi 93/38 artiklis 13 sätestatud 80% kriteeriumi kohaldamise võimalust. Selle kriteeriumi kasutamist on põhjendatud tema „objektiivsusega" või „asjakohasusega".

88. Selle kohta tuleks märkida, et ka mõni teine kindlaksmääratud protsendimäär võiks olla objektiivne ja asjakohane. Nagu rõhutasid mõned käesoleva eelotsusemenetluse osalised, olen ma juba oma ettepanekus kohtuasjas Stadt Halle viidanud, et kindlaksmääratud protsendimäära jäikus võib olla ka takistuseks sobiva lahenduse leidmisel. Lisaks sellele võimaldab see arvestada ainult kvantitatiivsete elementidega.

89. Direktiivi 93/38 artiklis 13 sätestatud 80% kriteeriumi ülekandmise vastu on esiteks asjaolu, et tegemist on teatud kindlate sektorite kohta kehtiva direktiivi erandnormiga. Vastavalt ühenduse seadusandja tahtele piirdub selles direktiivis käsitletud hindamine ainult selle direktiiviga. Kuigi põhimõte võib olla praktiliselt rakendatav ka väljaspool asjaomaseid sektoreid, jääb siinkohal siiski otsustavaks see, et käesolevas asjas kohaldatavas direktiivis puudub selline regulatsioon.

90. Teiseks jäetakse 80% künnise ülekandmise toetamise puhul tähelepanuta asjaolu, et direktiivi 93/38 artikkel 13 kehtib vaid teenustele. Erandnormina on keelatud isegi selle analoogne rakendamine sektorisisestele tarnetele. Alles õigusaktide paketi raames sisseviidud muudatus tõi kaasa kohaldamisala laienemise tarnetele. [38]

91. Kolmandaks on ühenduse seadusandja isegi direktiivide muutmisega õigusaktide paketis säilitanud 80% künnise üksnes kõnealustes sektorites ning ei ole seda üle kandnud nn klassikalisse direktiivi. Muuda-

36 — Kohtujurist Léger' 15. juuni 2000. aasta ettepanek eespool 34. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-94/99, punkt 81.

37 — Kohtujurist Léger' 15. juuni 2000. aasta ettepanek eespool 34. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-94/99, punkt 83.

38 — Eespool 9. joonealuses märkuses viidatud direktiivi 2004/17 artikkel 23.

tuste tegemise ajal oli kohtuasja Teckal teine kriteerium juba hästi teada ning seda käsitleti ka õigusloomemenetluse käigus.

92. Direktiivi 93/38 artikli 13 kasutamise vastu on neljandaks veel üks põhjus. Selle artikli lõige 2 kohustab tellijat andma komisjonile tema nõudmisel teatud andmeid. See säte toimib menetlusõigusliku tasakaalustusena artiklis 13 sätestatud erandile. Kohtuasjas Teckal erandi tegemisel on Euroopa Kohus aga läinud teist teed.

93. Viiendaks kõneleks ülekandmise vastu iseenesest juba asjaolu, et Euroopa Kohus ei defineerinud kohtuasja Teckal teist kriteeriumi seoses direktiiviga 93/38, mille olemasolust ta oli kindlasti teadlik. Euroopa Kohus piirdus hoopis kahe artiklist 13 kõrvale kalduva materiaalse sisuga eelduse — eespool nimetatud kohtuasja Teckal kriteeriumide — määratlemisega. Neid eeldusi tuleb tõlgendada kitsalt just sellise võrreldava menetlusõigusliku regulatsiooni puudumise tõttu, nagu on sätestatud artiklis 13.

94. Kokkuvõttes tuleb seega järeldada, et direktiivist 93/38 tulenev 80% künnis ei ole sobiv kriteerium hindamaks, kas tarnija tegevus on suunatud peamiselt kontrollivale tellijale. [39]

B. *Eeltoodud hüpoteesi edasiarendus uuemat kohtupraktikat arvestades*

95. Erandi kasutamise eelduseks on, et peamise tegevuse kriteeriumi tõlgendataks kitsalt. Kohus on seda kinnitanud, sedastades kohtuasja Parking Brixen punktis 63 järgmist:

„Kuna tegemist on erandiga ühenduse õiguse üldnormidest, siis tuleb eelmises punktis nimetatud kahte tingimust tõlgendada kitsalt ning seda erandit kasutada soovijal lasub

39 — Vt sellekohane õiguskirjandus, millest on vahepeal kujunenud valdav õiguslik seisukoht: Dreher, M., „Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", *NZBau* 2002, lk 245 (253); Krohn, W., „Aus für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen", *NZBau* 2005, lk 92 (95); Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, lk 97 (105); Pape, U.-D. ja Holz, H., „Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte", *NJW* 2005, lk 2264 (2265 jj); Jaeger, W., „Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", Büdenbender/Kühne/Baur (Hrsg.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, lk 455 (464); Riese, Chr. ja van den Eikel, A., „Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?", *Vergaberecht* 2005, lk 590 (601); Weltzien, K., „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", *Public Procurement Law Review* 2005, lk 237 (249), mis viitab õigesti sellele, et direktiiv 93/38 kehtib ka eraettevõtjate suhtes; Ziekow, J. ja Siegel, T., „Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", *Vergaberecht* 2005, lk 145 (148), mis kahtleb 80% kriteeriumi vastavuses ühenduse õigusele.

kohustus tõendada, et erandi kasutamist õigustavad erandlikud asjaolud tegelikult esinevad".

96. Neid juhiseid tuleb järgida ka käesolevas menetluses.

97. Ma olen jätkuvalt samal seisukohal, nagu juba oma ettepanekus kohtuasjas Stadt Halle, et „tarnija peamist tegevust" tuleb hinnata mitte ainult kvantitatiivsete, [40] vaid ka kvalitatiivsete kriteeriumide alusel. [41]

98. Seoses *kvalitatiivsete* asjaoludega tuleb uurida, kuidas ja kelle huvides kõnealune kontrollitav isik tegutseb. Selles suhtes tuleb eristada seda, kas ettevõtja tegevusel on üldse turg või pakub ettevõtja turul teenuseid muudele isikutele kui teda kontrolliv isik. [42]

99. Seda ei tule aga mõista nii, et kõnealuse isiku poolt pakutavatele teenustele peab olema nõudlus ka muude isikute poolt peale riiklike institutsioonide. Isegi kui kaubale või teenusele on nõudlus ainult riiklike *tarbijate* poolt, ei tähenda see, et turgu ei ole. Võib eksisteerida ka teisi *pakkujaid*. Seega ei sõltuks kvalitatiivsete asjaolude hindamine mitte üksnes tarnija suhtest kontrolliva üksusega, vaid ka — kooskõlas riigihankeõiguse konkurentsieesmärgiga — tarnija turuseisundist. Seega oleks olukord sarnane juhtumitega, mille puhul on direktiivide kohaselt lubatud väljakuulutamata läbirääkimistega menetlus, st kui tellimust saab täita ainult üks majanduselus osaleja. [43]

40 — Vt minu ettepanekule järgnenud kohtujurist Kokotti'i ettepanek eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas C-458/03, punkt 83.

41 — Vt sama seisukoht: Gabriel, M. ja Joachimsmeier, B., *Vergaberecht* 2005, lk 103 jj; Schröder, H., „In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?", *NZBau* 2005, lk 127 jj; Weltzien, K., „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", *Public Procurement Law Review* 2005, lk 237 (248).

42 — Vt selles osas Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132) artikli 1 punktis 8 sisalduvat legaaldefinitsiooni ning eespool 9. joonealuses märkuses viidatud direktiivi 2004/17 artikli 1 punkti 7 esimest lõiku.
Käesolevas asjas kohaldatavas direktiivis puudub definitsioon, mis viitaks sõnaselgelt turule.

43 — Vt direktiivi 2004/18 artikli 31 punkti 1 alapunkt b ja direktiivi 2004/17 artikli 40 lõike 3 punkt c.

100. Lisaks on põhimõtteliselt vaja välja selgitada, kas seejuures on oluline üksnes tegelik tegevus või ka üksuse eesmärk, näiteks äriühingu tegevuse põhikirjaline eesmärk, st kõik tegevused, millega üksus üldse tegeleda võib. Kuigi ettevõtja eesmärgile tuginemine ei ole riigihankeõiguses võõras, muudaks selline lähenemine ettevõtja tegevuse peamise osa hindamise veelgi keerulisemaks, sest potentsiaalsete — mitte kindlalt tulevikus sooritatavate — tegevuste kohta ei saa esitada usaldusväärseid ajakohaseid andmeid.

101. Samuti on küsitav, kas arvesse tuleb võtta ainult ettevõtja teatud tegevusi või kõiki tegevusi. Nii võiks peamise tegevuse kriteeriumi mõista ka selliselt, et arvesse peab võtma ainult sellist tegevust, mis on suunatud nii kontrollivale isikule kui ka teistele lepinguosalistele, näiteks energiaga varustamine, kusjuures tähelepanuta jäetakse teised taolised ettevõtja poolt läbiviidavad tegevused nagu prügivedu ning otsustav oleks ainult valdkonnaspetsiifiline suhteline osa ettevõtja tegevusest.

102. Minu arvates räägib kohtuasja Teckal teise kriteeriumi sellise tõlgendamise vastu juba üksnes asjaolu, et tegemist on erandiga direktiivi režiimist. See võiks viia erandiga hõlmatud protseduuride kohaldamise laienemise nendele juhtudele, kus peamise tegevuse kriteerium on teatud liiki tegevuste osas küll täidetud, kuid ei ole täidetud ettevõtja kõikide tegevuste osas.

103. Nagu osundavad kohtuotsuse Teckal sõnastus ning ka menetluse aluseks olevad asjaolud, ei ole peamise tegevuse kriteerium täidetud juba sellega, et ühe kontrolliva isiku huvides teostatud tegevused ületavad peamise tegevuse künnise, vaid sellega, kui arvestatakse kokku kõigi osade omanike huvides teostatud tegevus ning seda võrreldakse kõigi teostatavate tegevuste kogumiga.

104. Kohtuasja Teckal punktis 50 on Euroopa Kohus teise kriteeriumiga seoses kasutanud ka mitmust ning sedastanud järgmist:

„[...] See ei ole nii juhul, kui piirkondlik või kohalik omavalitsus teostab asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellele, mida ta teostab oma üksuste üle või juhul, kui see

isik tegutseb põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse või *omavalitsuste* huvides."[44]

105. Kui seda sõnastust täht-tähelt võtta, siis ei ole olulised mitte üksnes kontrollivale asutusele, st Busto Arsizio kommuunile osutatavad teenused. Arvesse tuleks võtta ka teistele osade omanikele osutatavaid teenuseid.

106. Seoses *kvantitatiivsete* näitajatega ei saa ainsaks oluliseks aspektiks olla käive. Arvesse tuleb võtta ka teisi majanduslikke näitajaid. Seega võib põhimõtteliselt arvesse võtta, nagu juba teises eelotsuse küsimuses märgitud, ka kontrolliva isiku huvides teostatud tegevustest saadud sissetulekute osa kogutuludest. Siiski tuleb kontrollivale isikule suunatud tegevustelt saadud kogukäibe osa määramisel kehtivat põhimõtet rakendada ka kogusissetuleku sellise osa määramisel, st selle osas lihtne ülekaal teiste sissetulekute üle ei ole piisav. Tuleb märkida, et need mõlemad on üksnes kvantitatiivsed näitajad.

44 — Kohtujuristi kursiiv.

107. Lõpetuseks ei ole Euroopa Kohus seoses peamise tegevuse kriteeriumiga täpsustanud, millisel ajal peab see tingimus täidetud olema või milline ajavahemik on hindamise jaoks määrav.

108. Vastavalt riigihankedirektiivide süsteemile oleks oluline see aeg, mil riigihanke tellija tegutseb, st käesolevas asjas see ajahetk, mil tellija ülesande üle annab. Kui arvesse ei võetaks pikemat ajavahemikku — nagu direktiivi 93/38 artiklis 13 —, siis annaks see üksnes n-ö momentülesvõtte.

109. Kuna AGESP osutab teenuseid mitte ainult otse kommuunile, vaid mõne teenuse puhul otse kommuunis asuvatele kolmandatele isikutele, nii ettevõtjatele kui kodumajapidamistele, siis seejärel tõusetub küsimus, kas ja millistel tingimustel võib teenuseid, mida ei osutata otse kommuunile, käsitleda kommuunile, st kontrollivale isikule, osutatavate teenustena kohtuasja Teckal teise kriteeriumi mõttes.

110. Selles punktis tuleb veel kord esile kohtuasja Teckal teise kriteeriumi ebamäärasus ning sellega seotud õiguslik selgusetus

puudutatud isikute jaoks. Õiguskindluse huvides tuleb kriteeriumi seega täpsustada.

111. Selles kontekstis tekib küsimus, kas on oluline, millises valdkonnas teenuseid osutatakse. Kui seda hüpoteesi järgida, siis oleks põhikohtuasjas asjakohased ainult Busto Arsizio kommuuni piirkonnas osutatavad teenused. Piisav territoriaalne seos kujutaks endast vähemalt klassifitseerimiseks sobivat kriteeriumi. See on seotud asjaoluga, et selline side mängib olulist rolli ka avalike institutsioonide, eriti kommuunide pädevuse kindlaksmääramisel. Liialt piirav oleks siiski käsitlusviis, mille kohaselt võetakse arvesse ainult teenuste osutamist selles kommuunis elavatele isikutele. Teisalt võiks aga arvesse võtta hoopis selliseid teenuseid, mida osutatakse küll väljaspool kommuuni, kuid siiski kommuuni elanike huvides, näiteks kui kommuun ise — näiteks majanduslikel põhjustel — seda teenust ei osuta, vaid teenust pakub isik, mille osasid omavad mitu kommuuni ja/või üks või mitu regiooni.

112. Järgnevalt tuleb rõhutada, et asjaolu, kellele esitatakse teenuse eest arve või kes maksab teenuse eest, ei ole tegevuse kommuuni huvides sooritatava tegevusena määratlemise seisukohast oluline. Nii on just üldist huvi pakkuvate teenuste puhul, mida osutatakse kontsessioonide vormis, iseloomulik, et vähemalt osa teenuse eest makstavast tasust tuleb teenuse kasutajatelt. Ma pean siin eelkõige silmas direktiivides sätestatud kontsessioone tasuliste kiirteede ehitamise kohta. Kohaliku omavalitsuse igapäevaelu jaoks on eriti olulised eelkõige transporditeenused, energiavarustus, prügivedu ning ka haridus- ja vaba aja veetmise asutuste või parklate ehitamine ning hilisem hooldamine. Sellistel juhtudel tuleb kõigepealt kontrollida, kas tegemist ei ole teenuse osutamise kontsessiooniga, millele direktiivide regulatsioon just sel põhjusel ei kohaldu.

113. Euroopa Kohus peaks kohtuasja Teckal teist kriteeriumi täpsustama ka viisil, et määrab kindlaks tingimused, mille puhul võetakse arvesse ka kolmandatele isikutele osutatavad teenused. Tähelepanu tuleb seejuures pöörata eelkõige kolmandate isikute ja kontrolliva isiku, käesoleval juhul kommuuni suhete iseloomule. Määratlemine kohaliku omavalitsuse teenusena on asjakohane eelkõige neil juhtudel, mil kohaliku omavalitsuse üksus on kohustatud kolmandatele isikutele teenust osutama. Seejuures ei pea tingimata tegemist olema avalikust õigusest, näiteks vastavatest regionaalsetest õigusaktidest tuleneva hoolekandekohustusega. Mõeldav oleks ka komuuni ja eraisiku vahelisest

lepingust tulenevate eraõiguslike kohustuste arvessevõtmine. Selgitamist vajaks ka see, kas lisaks eeltoodule on olulised ka kolmandate isikute ja teenust osutava isiku vahelised lepingulised suhted. Ka siin peaks otsustavaks teguriks olema asjolu, kas lisaks tegelikule teenuse osutamisele on kommuni ja teenust osutava üksuse vahel ka õiguslik suhe.

115. Arvestades kõike eelöeldut, tuleb järeldada, et tähelepanu tuleb pöörata mitte ainult tarbijast kolmanda isiku staatusele, vaid ka kaubandusliku tegevuse iseloomule.

C. *Vahejäreldus*

116. Kriteerium, mille kohaselt peab kontrollitav isik tegutsema põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse või omavalitsuste huvides, võib olla täidetud ka mitme avalikõigusliku isiku poolt moodustatud ettevõtja puhul ning ka kaudse osaluse korral. Selles suhtes tuleb arvesse võtta ka kontrollitava asutuse poolt kolmandatele isikutele osutatavaid teatud teenuseid.

114. Igal juhul tuleb tagasi lükata seisukoht, et arvesse tuleb võtta kõik kõnealuse kohaliku omavalitsuse, käesoleval juhul Busto Arsizio kommuuni elanikele osutatavad teenused. Sel juhul võetaks arvesse ka kõik muud teenused, millel ei ole kommuniga mingit seost. Majandusliku tegevuse iseloom oleks seega ebaoluline. Kui üksus ei tegeleks ainult energiaga varustamise või prügiveoga, vaid müüks ka teatud kaupu, nagu kütteseadmeid või prügikonteinereid, siis hõlmataks nende müügist saadav käive, kuigi tegemist on kaupadega, mida iga tarbija võib omandada ka muudest hankeallikatest. Tõlgendus, mis tugineks üksnes tarbijast kolmanda isiku staatusele, viiks selleni, et arvesse tuleks võtta iga tarbijale osutatav teenus, sest tarbija elukoht on selles kohaliku omavalitsuse üksuses.

117. Käesolevas kohtuasjas peab siseriiklik kohus seejuures arvesse võtma rea asjaolusid, mis hõlmavad ka kontrolliva isiku huvides tegutsemisest saadud sissetulekuid, kuid ei sisalda direktiivi 93/38 artikli 13 kohast 80% kriteeriumi.

VIII. Ettepanek

118. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsuse küsimustele järgmiselt:

Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord, tuleb tõlgendada selliselt, et ta ei võimalda riigihankelepingu sõlmimist pakkumismenetlust korraldamata sellises menetluses nagu on põhikohtuasjas, välja arvatud juhul, kui on täidetud järgmised tingimused.

Esiteks teostab kohalik omavalitsus isiku üle analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle. Seejuures peab siseriiklik kohus kontrollima järgmisi asjaolusid:

— osade omanike huvid;

— *azienda municipalizzata* ümberkorraldamine aktsiaseltsiks;

— äriühingu võõrkapitalile avamise võimalus, mis ei ole kohustav, ka juhul, kui seda ei ole teostatud;

— AGESP võimalus asutada tütarettevõtjaid ka välismaal;

— juhatuse mõjutamisvõimaluste ulatus nõukogu liikmete nimetamisel ja äritegevuse juhtimisel;

— AGESP nõukogu pädevus ja

— asjaolu, et kommuunil on AGESP-s AGESP Holdingu kaudu kaudne osalus.

Teiseks peab see üksus tegutsema põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse või omavalitsuste huvides. Siseriiklik kohus peab seoses sellega arvesse võtma käesoleva ettepaneku punktides 76–115 selgitatud asjaolusid, mis hõlmavad ka üksust kontrolliva isiku huvides tegutsemisest saadud sissetulekuid, kuid ei sisalda direktiivi 93/38/EMÜ artikli 13 kohast 80% kriteeriumi.