EUROOPA KOHTU OTSUS (kolmas koda)

15. oktoober 2009 *

Kohtuasjas C-196/08,

mille ese on EÜ artikli 234 alusel Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Itaalia) 13. märtsi 2008. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 14. mail 2008, menetluses

Acoset SpA

versus

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Kohtumenetluse keel: itaalia.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

menetluses osales:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

EUROOPA KOHUS (kolmas koda),

koosseisus: teise koja esimees J. N. Cunha Rodrigues (ettekandja) kolmanda koja esimehe ülesannetes, kohtunikud P. Lindh, A. Rosas, U. Lõhmus ja A. Ó Caoimh,

kohtujurist: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
kohtusekretär: vanemametnik M. Ferreira,

arvestades kirjalikus menetluses ja 2. aprilli 2009. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

– Acoset SpA, esindajad: advokaadid A. Scuderi ja G. Bonaventura,

– Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa jt, esindaja: advokaat N. Gentile,

– Comune di Vittoria (RG), esindajad: advokaadid A. Bruno ja C. Giurdanella,

– Itaalia valitsus, esindaja: R. Adam, keda abistas *avvocato dello Stato* G. Fiengo,

– Austria valitsus, esindaja: M. Fruhmann,

– Poola valitsus, esindaja: M. Dowgielewicz,

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

olles 2. juuni 2009. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsusetaotlus puudutab EÜ artiklite 43, 49 ja 89 tõlgendamist.

2 Eelotsusetaotlus esitati Acoset SpA (edaspidi „Acoset") ja Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (Ragusa provintsi omavalitsusjuhtidest ja provintsivanemast koosnev kogu; edaspidi „Conferenza") jt vahelises kohtuvaidluses, mis puudutab Conferenza poolt selle hankemenetluse kehtetuks tunnistamist, millega sooviti segaosalusega äriühingusse, kellega sõlmitakse ilma riigihankemenetlust korraldamata Ragusa provintsi ühendatud veevarustusteenuse („servizo idrico integrato") leping, valida vähemusosalusega eraettevõtja.

Õiguslik raamistik

Ühenduse õigus

Direktiiv 2004/18

3 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) artikkel 1 sätestab:

„[…]

2. a) *Riigihankelepingud* – ühe või mitme ettevõtja ning ühe või mitme ostja vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, mille objektiks on ehitustööd, toodete tarnimine või teenuste osutamine käesoleva direktiivi tähenduses.

[…]

d) *Teenuste riigihankelepingud* – muud riigihankelepingud kui ehitustööde või asjade riigihankelepingud, mille eesmärgiks on II lisas nimetatud teenuste osutamine.

[…]

4. *Teenuste kontsessioon* – sama liiki leping kui teenuste riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada [mõiste „kasutada” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „realiseerida”] või see õigus koos tasuga. [täpsustatud tõlge]

[…]”.

4 Direktiivi 2004/18 artikkel 3 sätestab:

„Kui ostja annab muule üksusele kui ostjale eri- või ainuõiguse osutada avalikke teenuseid, nähakse seda õigust andvas dokumendis ette, et oma tegevuse osana kolmandate isikutega asjade hankelepinguid sõlmides ei tohi asjaomane üksus neid riikkondsuse põhjal diskrimineerida.”

5 Viidatud direktiivi artikkel 7 sätestab:

„Käesolevat direktiivi kohaldatakse hankelepingute suhtes, […] mille eeldatav maksumus käibemaksuta on võrdne järgmiste piirmääradega või nendest suurem:

[…]

b) 249 000 eurot:

– muude kui IV lisas [„keskvalitsusasutused”] loetletud ostjate sõlmitud asjade ja teenuste riigihankelepingute puhul;

[…]”.

6 Komisjoni 19. detsembri 2005. aasta määrusega (EÜ) nr 2083/2005, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses riigihankemenetluste puhul kohaldatavate piirmääradega (ELT L 333, lk 28), muudeti direktiivi 2004/18 artikli 7 punkti b (komisjoni 28. oktoobri 2004. aasta määrusega (EÜ) nr 1874/2004 (ELT 326, lk 17) muudetud redaktsioonis), asendades 1. jaanuarist 2006 kuni 1. jaanuarini 2007 kestvaks ajavahemikuks 236 000 euro suuruse piirmäära 211 000 euro suuruse piirmääraga.

7 Komisjoni 4. detsembri 2007. aasta määruse (EÜ) nr 1422/2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses riigihankemenetluste suhtes kohaldatavate piirmääradega (ELT L 317, lk 34), artikli 2 kohaselt kehtestati alates 1. jaanuarist 2008 piirmääraks 206 000 eurot.

8 Direktiivi 2004/18 artikkel 17 sätestab:

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

9 Direktiivi 2004/18 artikkel 21 sätestab:

„Lepingute suhtes, mille objektiks on II B lisas loetletud teenused, kehtivad üksnes artikli 23 ja artikli 35 lõike 4 sätted."

10 Nimetatud direktiivi II B lisa kategooriasse 27 kuuluvad „muud teenused" välja arvatud ringhäälinguorganisatsioonide lepingud saadete ostmiseks, arendamiseks, tootmiseks või ühistootmiseks ja saateajaga seotud lepingud.

Direktiiv 2004/17

11 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate

ostjate hankemenetlused (ELT 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19), artikli 1 lõiked 2 ja 3 sätestavad:

„2. […]

b) *Ehitustööde hankelepingud* – lepingud, mille eesmärgiks on reguleerida kas ehitustööde või nii projekteerimis- kui ka ehitustööde, mis seonduvad ühe tegevusega XII lisa tähenduses, või mõne töö tegemist või reguleerida mis tahes viisil töö korraldamist, vastavalt ostja poolt määratletud nõuetele. „Töö" tähendab üld- või tsiviilehitustööde tulemust tervikuna, mis on iseendast piisav majandusliku või tehnilise funktsiooni täitmiseks.

c) *Asjade hankelepingud* – muud lepingud peale punktis b viidatute, mille eesmärgiks on toodete ostmise, üürimise, rentimise või koos väljaostuvõimalusega või ilma liisimise reguleerimine.

Lepingut, mille eesmärgiks on toodete tarnimise reguleerimine ja mis hõlmab kaasneva tööna ka kohaletoomis- ja paigaldamistööde reguleerimist, loetakse asjade hankelepinguks.

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

Lepingut, mille eesmärkideks on nii tooted kui ka teenused XVII lisa tähenduses, käsitletakse teenuste hankelepinguna, kui kõnealuste teenuste väärtus lepingus ületab toodete väärtuse.

Lepingut, mille eesmärgiks on teenused XVII lisa tähenduses ja mis sisaldab tegevusi XII lisa tähenduses, mis on aga lepingu eesmärgi suhtes üksnes kõrvalise tähtsusega, käsitletakse teenuste hankelepinguna.

3. a) *Kontsessioon ehitustöödele* – samasugust tüüpi leping kui ehitustööde leping, välja arvatud asjaolu, et tasu tehtavate ehitustööde eest seisneb kas ainult õiguses kasutada [mõiste „kasutada" asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „realiseerida"] seda tööd või sellises õiguses koos tasuga.

b) *Kontsessioon teenustele* – samasugust tüüpi leping kui teenuste hankeleping, välja arvatud asjaolu, et tasu teenuste osutamise eest seisneb kas ainult õiguses [realiseerida] seda teenust või sellises õiguses koos tasuga." [täpsustatud tõlge]

12 Direktiivi 2004/17 artikkel 4 sätestab:

„1. Käesolev direktiiv kehtib järgmistele tegevustele:

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

b) joogivee tarnimine sellistesse võrkudesse.

[…]”.

13 Sama direktiivi artikli 9 lõige 1 sätestab:

„Mitut tegevust hõlmav leping vastab eeskirjadele, mida rakendatakse lepingu peamiseks eesmärgiks oleva tegevuse puhul.

Ent valikut, kas sõlmida üks leping või mitu eraldi lepingut, ei tohi teha eesmärgiga viia leping välja käesoleva direktiivi või direktiivi 2004/18/EÜ, kus see on asjakohane, reguleerimisalast.”

14 Direktiivi 2004/17 artikkel 18 sätestab:

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

Siseriiklik õigus

15 18. augusti 2000. aasta seadusandliku dekreedi nr 267, millega kinnitati kohalike omavalitsuste korralduse seaduste konsolideeritud redaktsioon (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, edaspidi „*GURI*”, nr 227 regulaarne lisa, 28.9.2000), mida on muudetud 30. septembri

2003. aasta dekreetseadusega nr 269 arengu soodustamise ja riigi rahanduse toimimise parandamise kiireloomuliste sätete kohta (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) (*GURI* nr 229 regulaarne lisa, 2.10.2003), millest sai pärast muutmist 24. novembri 2003. aasta seadus nr 326 (*GURI* nr 274 regulaarne lisa, 25.11.2003) (edaspidi „seadusandlik dekreet nr 267/2000"), artikli 113 lõikes 5 on sätestatud:

„Teenuse [kohaliku omavalituse avalik teenus] osutamine toimub vastavalt asjaomast valdkonda reguleerivatele õigusnormidele ja järgides Euroopa Liidu õigusnorme; teenuse realiseerimise leping sõlmitakse:

a) kapitaliühinguga, kes valitakse välja avatud hankemenetluse teel;

b) samal ajal nii avalikus kui eraomandis oleva segaosalusega kapitaliühinguga, milles osalust omav eraõiguslik ettevõtja valitakse avatud hankemenetluse teel, mille puhul on tagatud siseriiklike ja ühenduse konkurentsialaste õigusnormide järgimine vastavalt pädevate ametiasutuste poolt asjakohastes õigusaktides või juhendites kehtestatud juhistele;

c) täielikult avalik-õiguslikule isikule või avalik-õiguslikele isikutele kuuluva kapitaliühinguga, tingimusel et kohalikel omavalitsustel, kellele äriühingu kapital kuulub, on äriühingu üle samasugune kontroll, mis on analoogne oma struktuuriüksuste üle teostatava kontrolliga ning et äriühing tegutseb peamiselt tema üle järelevalvet teostava kohaliku omavalitsuse või kohalike omavalitsustega koostöös."

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimus

16 Provincia Regionale di Ragusa (Ragusa provints) ja Valle degli iblei omavalitsusüksused sõlmisid 10. juulil 2002 koostöölepingu, millega moodustati Ambito Territoriale Ottimale idrico di Ragusa (optimaalne territoriaalne ala Ragusa veevarustuspiirkonna jaoks; edaspidi „ATO"), mis on piirkondlik amet, mis tegeleb Ragusa piirkonna ühendatud veevarustusteenusega.

17 ATO haldusorgan Conferenza valis 26. märtsil 2004 asjaomase teenuse haldamisvormiks seadusandliku dekreedi nr 267/2000 artikli 113 lõikes 5 nimetatud „riigi või kohaliku omavalitsuse enamusosalusega segaosalusega äriühingu".

18 Conferenza kiitis 7. juunil 2005 heaks asjaomase asutatava aktsiaseltsi asutamislepingu ja põhikirja eelnõud ning kõnealuse teenuse haldamise lepingu eelnõu, mille artiklis 1 nähti ette teenuste osutamise ainuõiguse andmine hankemenetlust korraldamata moodustatavale segaosalusega äriühingule (ühtse veevarustusteenuse haldaja).

19 Seejärel avaldati muu hulgas Euroopa Ühenduste Teataja 8. oktoobri 2005. aasta lisas (EÜT S 195) hanketeade vähemusaktsionärist eraettevõtja leidmiseks, kellele kavatseti anda üle ühtse veervarustusteenusega seotud kutsealane tegevus ja ainuõigus teostada teenuse haldamisega seotud töid, mis olid ette nähtud eelkõige 15. detsembri 2003. aasta omavalitsusjuhtide kogus heaks kiidetud kolme aasta tegevuskavas.

20 Hankedokumentide artikli 1 punkt 8 nägi ette, et „teostada tuleb tööd, mis on nimetatud kolme aasta tegevuskavas, nii nagu seda on muudetud ja/või täiendatud

pakkumuses ning piirkonnaplaanis ette nähtud täiendavas teavituskavas […]" ja et „lepingu sõlmimisel selliste tööde teostamiseks, mida asjaomane eraettevõtja ise ei teosta, tuleb kohaldada seaduses ette nähtud avatud hankemenetlust".

21 Hankemenetluses osales kolm ajutiselt moodustatud kontserni, kelle emaettevõtjatest volitajad on vastavalt Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset ja Aqualia SpA. Hankekomisjon ei kvalifitseerinud Aqualia SpA-d ja kvalifitseeris teised kaks. Menetluse läbiviimise eest vastutav amet kutsus seejärel neid kahte kontserni üles teatama, et neil on endiselt huvi hankemenetluses osaleda. Sellele üleskutsele andis jaatava vastuse vaid Acoset.

22 Lisaks ilmneb eelotsusetaotlusest, et selle asemel, et teha lepingu sõlmimise otsus ja asutada kõnealune segaosalusega haldaja-äriühing, et alustada asjaomase teenuse osutamist ja kasutada ühenduse rahastamist, väljendas Conferenza 26. veebruari 2007. aasta istungil kartust, et läbiviidud menetlus on vastuolus ühenduse õigusega ja seetõttu ebaseaduslik ning otsustas võtta meetmed Acoseti valimist puudutava hankemenetluse kehtetuks tunnistamiseks. ATO tehniline sekretär teatas seejärel 28. veebruari 2007. aasta kirjaga Acosetile hankemenetluse kehtetuks tunnistamise alustamisest ja Acoset esitas selles suhtes oma märkused 26. märtsi 2007. aasta teatisega.

23 Conferenza tegi 2. oktoobril 2007 kõnealuse hankemenetluse kehtetuks tunnistamise otsuse ning määras Ragusa piirkonna ühtse veevarustusteenuse osutamise vormiks konsortsiumi. Acosetile teatati hankemenetluse kehtetuks tunnistamisest 9. oktoobri 2007. aasta teatisega.

24 Acoset esitas põhikohtuasjas kaebuse 2. oktoobri 2007. aasta otsuse ja sellega seotud toimingute peale, nõudes et tunnustataks tema õigust kahju hüvitamisele pakkumuse edukaks tunnistamise teel ning vaidlustatud toimingute tõttu kantud kahjuga võrdväärse hüvitise maksmist. Samuti palus Acoset ajutiste meetmete kohaldamise taotlusega ajutiselt peatada vaidlustatud toimingute teostamine.

25 Acoset väidab, et ühenduse õigusega on kooskõlas vastavalt seadusandliku dekreedi nr 267/2000 artikli 113 lõike 5 punktile b ilma hankemenetlust korraldamata kohaliku omavalitsuse teenuste haldamiseks lepingute sõlmimine selliste segaosalusega äriühingutega, milles osalust omav eraõiguslik ettevõtja valitakse avaliku hankemenetluse teel, järgides ühenduse konkurentsialaseid õigusnorme.

26 Põhikohtuasja kostjad leiavad seevastu, et ühenduse õigus lubab sellist ilma hankemenetlust korraldamata ja hanketeadet avaldamata ehitustööde teostamise ja teenuste osutamise lepingu sõlmimist vaid täielikult selliste avalik-õiguslikule isikule kuuluvate äriühingutega, kes tegutsevad peamiselt nende üle järelevalvet teostava kohaliku omavalitsuse või kohalike omavalitsustega koostöös ning kelle üle peab viimastel olema samasugune kontroll, mis on analoogne nende endi struktuuriüksuste üle teostatava kontrolliga. Eraettevõtja kasvõi vähemusosalus äriühingu kapitalis, milles osaleb ka asjaomane hankija, välistab igal juhul, et sel hankijal saaks kõnealuse äriühingu üle olla samasugune kontroll, mis on analoogne tema enda struktuuriüksuste üle teostatava kontrolliga (vt eelkõige 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle ja RPL Lochau, EKL 2005, lk I-1)

27 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia leiab, et Acoseti esitatud küsimus, kas hankemenetlust korraldamata asjaomase riigihankelepingu sõlmimine on kooskõlas ühenduse õigusega, on asjakohane ja et vastust sellele küsimusele ei saa selgelt tuletada Euroopa Kohtu praktikast.

28 Neil asjaoludel otsustas Tribunale amministrativo regionale della Sicilia peatada täitmise peatamise taotluse menetlemise ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas ühenduse õigusega ja eelkõige EÜ artiklites 43, 49 ja 86 sätestatud läbipaistvuse ning vaba konkurentsi nõuetega on kooskõlas sellise segaosalusega äriühingu mudel, mis on spetsiaalselt asutatud tööstusliku tähtsusega avaliku teenuse osutamiseks, mis on selle äriühingu ainus tegevusala, millega sõlmitakse hankemenetlust korraldamata leping sellise teenuse osutamiseks, ning milles osalust omav „tööstuslikku" ja „kutsealast tegevust teostav" eraõiguslik ettevõtja valitakse hankemenetluses pärast

selle kontrollimist, kas ta vastab osutatava teenuse ja konkreetsete toimingutega seonduvatele finants- ja tehnilistele ning asjaomasele kutsealale esitatavatele nõuetele ja haldusnõuetele?"

Vastuvõetavus

29 Austria valitsus on seisukohal, et eelotsusetaotlus tuleb tunnistada vastuvõetamatuks, kuna see ei sisalda põhikohtuasja faktiliste ja õiguslike asjaolude kohta piisavalt teavet, et Euroopa Kohus saaks eelotsuse küsimusele anda tarviliku vastuse. Eelkõige puudub teave asjaomase teenuse või teenuste iseloomu kohta, hanketeate ja hankemenetluse sisu kohta ning esitatud küsimuses kasutatud mõne mõiste kohta.

30 Teabe osas, mida tuleb Euroopa Kohtule eelotsusetaotluse raames esitada, tuleb meenutada, et see teave ei pea mitte ainult lubama Euroopa Kohtul anda tarvilikke vastuseid, vaid et see peab andma ka liikmesriikide valitsustele ja teistele huvitatud pooltele võimaluse esitada Euroopa Kohtu põhikirja artikli 23 alusel oma märkused. Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et sel eesmärgil on esiteks vaja, et siseriiklik kohus määratleks esitatud küsimusi ümbritseva faktilise ja õigusliku raamistiku või vähemalt selgitaks nende küsimuste aluseks olevaid faktilisi oletusi. Teiseks peab eelotsusetaotlus sisaldama täpseid põhjusi, miks siseriiklik kohus kahtles ühenduse õiguse tõlgenduses ja pidas vajalikuks esitada Euroopa Kohtule eelotsuse küsimused. Selles kontekstis on möödapääsmatu, et siseriiklik kohus selgitaks vähemalt mingilgi määral põhjusi, miks ta on ühenduse õigusnormid, mille tõlgendamist ta taotleb, välja valinud, ja milline on tema hinnangul seos nende ühenduse õigusnormide ja põhikohtuasjas kohaldatavate siseriiklike õigusnormide vahel. (vt eelkõige 6. märtsi 2007. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-338/04, C-359/04 ja C-360/04: Placanica jt, EKL 2007, lk I-1891, punkt 34).

31 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia eelotsusetaotlus vastab neile tingimustele.

32 Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab tegelikult kohaldatavatele siseriiklikele õigusnormidele ja eelotsusetaotlus sisaldab faktiliste asjaolude kirjeldust, mis on küll kokkusurutud, kuid siiski piisav, et Euroopa Kohus saaks otsuse teha. Lisaks on asjaomane kohus märkinud põhjused, mille tõttu ta on pidanud vajalikuks Euroopa Kohtule eelotsuse küsimuse esitada, sest ta on esitanud täpse kirjelduse põhikohtuasja poolte vastandlikest seisukohadest nende ühenduse õigusnormide tõlgendamise osas, mis on eelotsuse küsimuse esemeks, ja eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib neis põhjustes, et vastust sellele küsimusele ei saa selgelt tuletada Euroopa Kohtu praktikast.

33 Conferenza märgib lisaks, et kuna põhikohtuasjas käsitletavas äriühingus osalust omava eraõigusliku ettevõtja valikumenetlus tunnistati kehtetuks, siis puudub Acosetil igasugune põhjendatud huvi esitatud küsimusele vastuse saamiseks.

34 Selles osas piisab märkimisest, et EÜ artiklis 234 kehtestatud kord näeb ette otsese koostöö Euroopa Kohtu ja siseriiklike kohtute vahel menetluses, mis ei sõltu poolte taotlustest, ja mille raames on neil võimalus teha märkusi eelotsuse küsimuste kohta, mille esitamise õigus on üksnes siseriiklike kohtute pädevuses (vt selle kohta eelkõige 9. detsembri 1965. aasta otsus kohtuasjas 44/65: Singer, EKL 1965, lk 1191).

35 Neil asjaoludel tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtu esitatud küsimust uurida.

Eelotsuse küsimus

36 Esitatud eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas EÜ artiklitega 43, 49 ja 86 on vastuolus hankemenetlust korraldamata niisuguse teatud tööde eelnevat teostamist puudutava avaliku teenuse hankelepingu – nagu käsitletakse põhikohtuasjas – sõlmimine sellise nii avalikus kui eraomandis oleva segaosalusega äriühinguga, mis on spetsiaalselt asutatud asjaomase teenuse osutamiseks, mis on ta ainus tegevusala, ning milles osalust omav eraõiguslik ettevõtja valitakse avatud hankemenetluses pärast selle kontrollimist, kas ta vastab finants- ja tehnilistele ning sellele kutsealale esitatavatele nõuetele ja haldusnõuetele, mis seonduvad osutatava teenusega ja nende teenuste osutamiseks esitatud pakkumuse tingimustele.

37 Kõigepealt tuleb märkida, et sellise kohaliku omavalitsuse avaliku ühtse veevarustusteenuse lepingu sõlmimine, millega on tegemist põhikohtuasjas, võib selle teenuste osutamise eest tasu saamise tõttu kuuluda vastavalt kas „teenuste riigihankelepingute" või „teenuste kontsessiooni" mõiste alla direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punkti d või lõike 4 tähenduses, või vastaval juhul direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punkti d ja lõike 3 punkti b tähenduses, kusjuures direktiivi 2004/17 artikli 4 lõike 1 punkt a sätestab, et nimetatud direktiivi kohaldatakse selliste püsivõrkude pakkumisele või käitamisele, mille eesmärk on pakkuda elanikkonnale joogivee tootmise, transpordi või jaotamisega seotud teenust, või joogivee tarnimisele sellistesse võrkudesse.

38 Küsimust, kas mõnd tegevust tuleb liigitada teenuste kontsessiooniks või teenuste riigihankeks, tuleb hinnata ainult ühenduse õigust silmas pidades (vt eelkõige 18. juuli 2007 aasta otsus kohtuasjas C-382/05: komisjon *vs*. Itaalia, EKL 2007, lk I-6657, punkt 31).

39 Teenuste riigihankelepingu ja teenuste kontsessiooni erinevus seisneb teenuste osutamise eest saadavas tasus (vt eelkõige 10. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-206/08: WAZV Gotha, EKL 2009, lk I-8377, punkt 51). Direktiivide 2004/18 ja 2004/17 kohase „teenuste riigihankelepinguga" kaasneb tasu, mida hankija maksab otse teenuseosutajale (vt eelkõige 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen, EKL 2005, lk I-8585, punkt 39). Teenuste kontsessiooniga on tegemist siis, kui kokkulepitud hüvitamise meetod seisneb õiguses realiseerida teenust ja teenuseosutaja võtab enda kanda asjaomaste teenuste osutamisega seonduva riski (vt

eelkõige 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-437/07: komisjon *vs*. Itaalia, punktid 29 ja 31, ning eespool viidatud kohtuotsus WAZV Gotha, punktid 59 ja 68).

40 Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab sellele, et asjaomane segaosalusega äriühing tuleb asutada ühendatud veevarustusteenuse „kontsessionäärina". Kohtutoimikust ilmneb, et tegevuse kestuseks on määratud 30 aastat.

41 Samuti märgib Itaalia valitsus, et kõik märgid näitavad, et tegemist on avaliku teenuse hankimisega 30-aastase kontsessiooni andmise abil, mille puhul põhiline tasu seisneb võimaluses nõuda vee kasutajatelt tasu, mida hankemenetluses nimetati hüvitiseks osutatud teenuse eest.

42 Euroopa Kohus lähtub seega eeldusest, et tegemist on kontsessiooniga.

43 Euroopa Kohus on tunnustanud teenuste kontsessiooni olemasolu eelkõige juhtudel, kus teenuseosutaja saab hüvitist avaliku parkla, ühistransporditeenuse ja telekommunikatsioonivõrgu kasutajate makstavate tasude kaudu (vt eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 40; 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-410/04: ANAV, EKL 2006, lk I-3303, punkt 16, ja 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-324/07: Coditel Brabant, EKL 2008, lk I-8457, punkt 24).

44 Direktiivi 2004/18 artikli 17 kohaselt ei kohaldata nimetatud direktiivi, ilma et see piiraks artikli 3 kohaldamist, teenuste kontsessioonide suhtes. Samuti välistab direktiivi 2004/17 artikkel 18 selle direktiivi kohaldamise teenuste kontsessioonile-

pingutele, mis sõlmitakse hankijate poolt, kes tegutsevad ühel artiklites 3–7 viidatud aladest, kui need kontsessioonid antakse kõnealuste tegevuste sooritamiseks.

45 Lisaks ei ole vaidlust küsimuses, et põhikohtuasjas käsitletava ühtse veervarustusteenuse haldamisega seotud tööde teostamine on täiendava iseloomuga võrreldes kõnealuse kontsessioonilepingu peamise eesmärgiga, mis seisneb selliste teenuste osutamises, mistõttu seda ei saa liigitada „riiklike ehitustööde kontsessiooniks" (vt selle kohta eelkõige 19. aprilli 1994. aasta otsus kohtuasjas C-331/92: Gestión Hotelera Internacional, EKL 1994, lk I-1329, punktid 26–28, ja direktiivi 2004/17 artikli 9 lõige 1).

46 Vaatamata asjaolule, et avalike teenuste kontsessioonilepingud jäävad väljapoole direktiivide 2004/18 ja 2004/17 kohaldamisala, on ametiasutused nende sõlmimisel siiski kohustatud järgima EÜ asutamislepingu aluspõhimõtteid ja eelkõige kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtet (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punkt 18).

47 Konkreetselt avalike teenuste kontsessioonidele kohaldatavate asutamislepingu sätete hulka kuuluvad eelkõige EÜ artiklid 43 ja 49 (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punkt 19).

48 Kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtte kõrval tuleb avalike teenuste kontsessioonidele kohaldada pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet, ja seda isegi siis, kui kodakondsuse alusel diskrimineerimist ei ole (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punkt 20).

49 Võrdse kohtlemise põhimõte ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõte eeldavad eelkõige läbipaistvuskohustust, mis võimaldab kontsessiooni andval ametiasutusel tagada nende põhimõtete täitmise. Nimetatud ametiasutusel lasuva läbipaistvuskohustuse sisuks on tagada piisava teabe avaldamine kõigile

potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab teenuste kontsessiooni avamist konkurentsile ning samuti hankemenetluse erapooletuse kontrolli (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punkt 21).

50 Pealegi tuleneb EÜ artikli 86 lõikest 1, et liikmesriigid ei või kehtivana säilitada niisuguseid siseriiklikke õigusnorme, mis võimaldavad avalike teenuste kontsessioonide andmist hankemenetlust korraldamata, kuna sel viisil rikutakse kas EÜ artiklit 43 või 49 või võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punkt 23).

51 EÜ artiklites 12, 43 ja 49 sätestatud nõuete ning nendes väljendatud üldpõhimõtete kohaldamine on siiski välistatud juhul, kui kontsessiooni andva ametiasutuse kontroll kontsessionääri suhtes on analoogne oma struktuuriüksuste üle teostatava kontrolliga ning kui see üksus tegutseb peamiselt tema üle järelevalvet teostava ametiasutuse huvides (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punkt 24). Nimetatud juhtudel ei ole hankemenetluse korraldamine kohustuslik isegi niisugusel juhul, kui hankija lepingupartneriks on õiguslikult eraldiseisev üksus (vt eelkõige 10. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-573/07: Sea, EKL 2009, lk I-8127, punkt 36).

52 Mainitud kohtupraktika omab tähtsust nii direktiivide 2004/18 ja 2004/17 kui ka EÜ artiklite 43 ja 49 ning nendes väljendatud üldpõhimõtete tõlgendamise seisukohast (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Sea, punkt 37).

53 Kui eraõiguslikul ettevõtjal on kas või vähemusosalus niisuguse äriühingu kapitalis, milles omab osalust ka asjaomane hankija, on välistatud see, et niisugune hankija saaks selle äriühingu üle teostada kontrolli, mis on analoogne oma struktuuriüksuste üle teostatava kontrolliga (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Sea, punkt 46).

54 Sellega on tegemist põhikohtuasjas käsitletava kontsessiooni puhul, kuna äriühingus osalust omav eraõiguslik ettevõtja võib kõnealuses kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses hankijaks oleva segaosalusega äriühingu kapitaliosadest märkida 49%.

55 Nimetatud põhjustel on oluline täpsemalt määratleda, kas kõnealuse avaliku teenuse osutamise lepingu sõlmimine segaosalusega äriühinguga ilma spetsiaalset hankemenetlust korraldamata on kooskõlas ühenduse õigusega, kuna äriühingus osalust omava sellise eraõigusliku ettevõtja leidmiseks, kes kohustub haldama ühtset veevarustusteenust, korraldatud hange viidi läbi, järgides EÜ artikleid 43 ja 49 ning võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtteid ning ka sellest tulenevat läbipaistvuse kohustust.

56 Kohtupraktika kohaselt kahjustab riigihankelepingu sõlmimine hankemenetlust korraldamata segaosalusega ettevõtjaga vaba ja ausa konkurentsi eesmärki ning võrdse kohtlemise põhimõtet, kuna selline menetlus annab kõnealuse ettevõtja kapitalis osalevale eraettevõtjale eelise tema konkurentide ees (eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 51, ja 10. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-29/04: komisjon *vs.* Austria, EKL 2005, lk I-9705, punkt 48).

57 Lisaks, nagu komisjoni tõlgendava teatise, mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes (ELT 2008, C 91, lk 4), punktis 2.1 on märgitud, ei saa asjaoluga, et eraettevõtja ja hankija teevad segaosalusega äriühingu raames koostööd, põhjendada kontsessioone käsitlevate sätete eiramist kontsessioonilepingu sõlmimisel kõnealuse eraettevõtja või segaosalusega äriühinguga.

58 Nagu kohtujurist märkis oma ettepaneku punktis 85, ei sobi topelthankemenetluse kasutamine kokku menetlusökonoomiaga, millel põhinevad sellised avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlused, mida käsitletakse põhikohtuasjas ning

mille loomine ühendab samas menetluses eraõigusliku partneri valimise ja kontsessiooni andmise segaosalusega üksusele, mis on loodud vaid selleks ainsaks otstarbeks.

59 Kui selgub, et teenuslepingu sõlmimisel hankemenetluse korraldamata jätmine ei ole kooskõlas EÜ artiklitega 43 ja 49 ning võrdse kohtlemise ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtetega, siis saab seda korvata äriühingus osalust omava eraõigusliku ettevõtja valimisel, järgides käesoleva kohtuotsuse punktides 46–49 nimetatud tingimusi ja määratledes sobivad äriühingus osalust omava eraõigusliku ettevõtja valikukriteeriumid, mille alusel pakkujad peavad tõendama lisaks oma sobivusele saada aktsionäriks ka eelkõige seda, et neil on asjaomaste teenuste osutamiseks sobiv tehniline kvalifikatsioon ja nad peavad tooma välja oma pakkumuse majanduslikud ja muud eelised.

60 Kuna äriühingus osalust omava eraõigusliku ettevõtja valikukriteeriumid ei lähtu vaid kapitali sissemaksest vaid ka äriühingus osalust omava eraõigusliku ettevõtja tehnilisest kvalifikatsioonist ja tema pakkumuses konkreetsete osutatavate teenuste kohta esitatud tingimustest, ja kui – nii nagu põhikohtuasjas käsitletaval juhul – nimetatud ettevõtjale antakse üle kõnealust teenust puudutav kutsealane tegevus ja seega ka selle haldamine, võib asuda seisukohale, et kontsessioonääri valik sõltub kaudselt asjaomases äriühingus osalust omava eraõigusliku ettevõtja valimisest, mis toimus ühenduse õiguse põhimõtetest lähtuva menetluse tulemusena, mistõttu ei ole teine hankemenetlus kontsessioonääri valimiseks enam õigustatud.

61 Kui kirjeldatud juhul kasutatakse esmalt segaosalusega äriühingu eraõigusliku partneri valimisel topeltmenetlust ja seejärel antakse kontsessioon asjaomasele äriühingule, siis ei innusta see eraõiguslikke üksusi ja ametiasutusi looma selliseid avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusi, mida käsitletakse põhikohtuasjas, kuna sellised menetlused kestavad tavaliselt kaua ning eelnevalt valitud eraõiguslikule partnerile kontsessiooni andmine ei ole õiguslikult tagatud.

62 Tuleb täpsustada, et sellise samal ajal nii avalikus kui eraomandis oleva segaosalusega äriühingu, nagu on kõne all põhikohtuasjas, tegevusala peab kogu kontsessioonilepingu

kestuse ajal jääma samaks ning igasugune lepingu sisuline muutmine toob kaasa kohustuse algatada hankemenetlus (vt selle kohta 19. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas C-454/06: Pressetext Nachrichtenagentur, EKL 2008, lk I-4401, punkt 34).

63 Eeltoodud kaalutlustest lähtudes tuleb esitatud eelotsuse küsimusele vastata, et EÜ artiklitega 43, 49 ja 86 ei ole vastuolus hankemenetlust korraldamata niisuguse teatud tööde eelnevat teostamist puudutava avaliku teenuse hankelepingu sõlmimine sellise nii avalikus kui eraomandis oleva segaosalusega äriühinguga – nagu käsitletakse põhikohtuasjas –, mis on spetsiaalselt asutatud asjaomase teenuse osutamiseks, mis on ta ainus tegevusala, ning milles osalust omav eraõiguslik ettevõtja valitakse avatud hankemenetluses pärast selle kontrollimist, kas ta vastab osutatava teenusega seonduvatele finants- ja tehnilistele ning kutsealale esitavatele nõuetele ja haldusnõuetele ning nende teenuste osutamiseks esitatud pakkumuse tingimustele, tingimusel et kõnealune hankemenetlus on kooskõlas asutamislepingus kontsessioonidele kehtestatud konkurentsivabaduse, läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega.

Kohtukulud

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

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (kolmas koda) otsustab:

EÜ artiklitega 43, 49 ja 86 ei ole vastuolus hankemenetlust korraldamata niisuguse teatud tööde eelnevat teostamist puudutava avaliku teenuse hankelepingu sõlmimine sellise nii avalikus kui eraomandis oleva segaosalusega äriühinguga – nagu käsitletakse põhikohtuasjas –, mis on spetsiaalselt asutatud asjaomase teenuse osutamiseks, mis on ta ainus tegevusala, ning milles osalust omav eraõiguslik ettevõtja valitakse avatud hankemenetluses pärast selle kontrollimist, kas ta vastab osutatava teenusega seonduvatele finants- ja

tehnilistele ning kutsealale esitavatele nõuetele ja haldusnõuetele ning nende teenuste osutamiseks esitatud pakkumuse tingimustele, tingimusel et kõnealune hankemenetlus on kooskõlas asutamislepingus kontsessioonidele kehtestatud konkurentsivabaduse, läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega.

Allkirjad