KOHTUJURISTI ETTEPANEK
VERICA TRSTENJAK
esitatud 11. veebruaril 2010[1]

Sisukord

I – Sissejuhatus ..... I - 3719

II – Õiguslik raamistik ..... I - 3719

A – Direktiiv 92/50 ..... I - 3719

B – Direktiiv 2004/18 ..... I - 3720

III – Asjaolud ..... I - 3721

IV – Kohtueelne menetlus ..... I - 3722

V – Menetlus Euroopa Kohtus ja poolte nõuded ..... I - 3722

VI – Poolte väited ja peamised argumendid ..... I - 3723

VII – Õiguslik hinnang ..... I - 3725

A – Vastuvõetavus ..... I - 3725

1. Päästeteenused kui segateenused riigihankeid reguleerivate direktiivide süsteemis ..... I - 3726

2. Nõuete ümbersõnastamine hagiavalduses ..... I - 3727

3. Järeldus ..... I - 3730

B – Põhjendatus ..... I - 3730

1. EÜ artikli 45 esimeses lõigus teatud tegevusalade osas sätestatud erandi kohaldamatus ..... I - 3730

2. EÜ artikli 86 lõike 2 kohaste õigustavate asjaolude puudumine ..... I - 3736

1 – Algkeel: saksa.

3. Üheksa vaidlustatud hankemenetluse uurimine ..... I - 3739

a) Magdeburgi linna (Saksi-Anhaldi liidumaa) sõlmitud hankeleping ... I - 3739

i) Direktiivi 92/50 artikli 16 ja direktiivi 2004/18 artikli 35 lõike 4 rikkumine ..... I - 3739

ii) Esmasest õigusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja esmasest õigusest tuleneva läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumise puudumine ..... I - 3740

– Põhjendatuse uurimine, võttes arvesse eeldust, et esmase õiguse rikkumist käsitlev hagi väide on osaliselt vastuvõetamatu ..... I - 3740

– Teise võimalusena: põhjendatuse uurimine juhul, kui esmase õiguse rikkumist käsitlev hagi väide tunnistatakse tervikuna vastuvõetavaks ..... I - 3741

– Teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkuse põhimõte ..... I - 3742

– Teiseseid teenuseid hõlmavate hankelepingutega seotud piiriülese huvi tõendamine ..... I - 3747

iii) Järeldus ..... I - 3749

b) Bonni linna (Nordrhein-Westfaleni liidumaa) ja Witteni linna (Nordrhein-Westfaleni liidumaa), Hannoveri piirkonna (Alam-Saksi liidumaa) ja Hameln-Pyrmonti maakonna (Alam-Saksi liidumaa) sõlmitud hankelepingud ..... I - 3749

c) Uelzeni maakonna (Alam-Saksi liidumaa) sõlmitud hankeleping ..... I - 3750

d) Westsachseni (Saksi liidumaa), Chemnitzi/Stollbergi (Saksi liidumaa) ja Vogtlandi (Saksi liidumaa) päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliidu sõlmitud hankelepingud ..... I - 3752

e) Järeldus ..... I - 3754

4. Ebaseaduslik lepingute sõlmimise tava Saksamaa Liitvabariigis ..... I - 3754

VIII – Kohtukulud ..... I - 3757

IX – Ettepanek ..... I - 3757

I. Sissejuhatus

1. Käesoleva kohtuasja alus on EÜ artikli 226 alusel esitatud liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi, milles komisjon palub Euroopa Kohtul tuvastada, et kuna Saksamaa Liitvabariik ei korraldanud Saksi-Anhaldi, Nordrhein-Westfaleni, Alam-Saksi ja Saksi liidumaal avaliku pääsuteenuse valdkonnas teenuste hankelepingute sõlmimiseks riigihankemenetlust või täpsemalt ei sõlminud kõnealuseid lepinguid läbipaistvalt ega avaldanud sõlmitud lepingute kohta teadet, on Saksamaa Liitvabariik rikkunud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivist 92/50/EMÜ – millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord –[2] ja Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivist 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta[3] tulenevaid kohustusi ning asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtet (EÜ artiklid 43 ja 49).

2 – EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322.

3 – ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132.

II. Õiguslik raamistik

A. *Direktiiv 92/50*

2. Direktiivi 92/50 artikli 3 lõike 2 kohaselt tagavad tellijad, et ei esineks vahetegemist eri teenuseosutajate vahel.

3. Direktiivi 92/50 artiklis 10 on sätestatud:

„Lepingud, mille objektiks on nii I A kui ka I B lisas loetletud teenused, sõlmitakse kooskõlas III–VI jaotise sätetega, kui IA lisas loetletud teenuste maksumus on suurem kui I B lisas loetletud teenuste maksumus. Teistel juhtudel sõlmitakse lepingud kooskõlas artiklitega 14 ja 16."

4. Direktiivi 92/50 artikkel 16 on sõnastatud järgmiselt:

„1. Tellijad, kes on sõlminud riigihankelepingu või korraldanud ideekonkursi, saadavad

teate pakkumismenetluse tulemuste kohta Euroopa Ühenduste Ametlike Väljaannete Talitusele.

2. Teated avaldatakse:

[…]”

B. *Direktiiv 2004/18*

5. Direktiivi 2004/18 artikli 2 kohaselt kohtlevad ostjad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil.

6. Direktiivi 2004/18 artiklis 22 on sätestatud:

„Lepingud, mille objektiks on nii II A lisas kui ka II B lisas loetletud teenused, sõlmitakse vastavalt artiklitele 23–55 juhul, kui II A lisas loetletud teenuste maksumus on suurem kui II B lisas loetletud teenuste maksumus. Muudel juhtudel sõlmitakse lepingud artikli 23 ja artikli 35 lõike 4 kohaselt.”

7. Direktiivi 2004/18 artikli 35 lõige 4 on sõnastatud järgmiselt:

„Ostjad, kes on sõlminud hankelepingu või raamlepingu, saadavad teate lepingute sõlmimise menetluse tulemuste kohta hiljemalt 48 päeva pärast lepingu või raamlepingu sõlmimist.

[…]

II B lisas loetletud teenustega seotud hankelepingute puhul märgivad ostjad teates, kas nad on selle avaldamisega nõus. Selliste teenuste hankelepingute puhul kehtestab komisjon eeskirjad statistiliste aruannete koostamiseks teadete põhjal ja nende aruannete avaldamiseks artikli 77 lõikes 2 sätestatud korras.

[…]”

ole kiirabipatsiendid, kusjuures neile isikutele antakse samaaegselt asjakohast abi.

III. Asjaolud

8. Saksamaa Liitvabariigis kuulub päästeteenuste korraldamise õigus liidumaade seadusandliku pädevuse alla ja liidumaad on kasutanud oma õigusloomevõimalusi eri viisil.

9. Enamik Saksamaa liidumaid on võtnud päästeteenuste osutamisel aluseks kahest osast koosneva süsteemi, mis teeb vahet avalikul päästeteenusel ja liidumaade päästeteenuseseaduste kohaselt välja antud lubade alusel osutatavatel päästeteenustel.

10. Avalik päästeteenus hõlmab üldjuhul nii kiirabi transporditeenuseid kui ka patsiendiveoteenuseid. Kiirabi transporditeenuse all käsitatakse eluohtlikult vigastatud või haigestunud isikute vedu kiirabi- või päästeautoga, kusjuures neile isikutele antakse samaaegselt asjakohast abi. Kvalifitseeritud patsiendiveoteenuse puhul veetakse haigete transpordiks ette nähtud sõidukiga selliseid haigestunud, vigastatud või teisi abi vajavaid isikuid, kes ei

11. Mitu liidumaad on otsustanud jätta avaliku päästeteenuse osutaja valiku üksikute linnade, maakondade, päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliitude jne pädevusse. Selleks sõlmivad need omavalitsusüksused teenuseosutajatega lepingud, et tagada päästeteenuste kättesaadavus elanikkonnale liidumaa territooriumil tervikuna. Kui tasu teenuse eest maksab vahetult omavalitsusüksus, nimetatakse seda tüüpi lepingut hankelepinguks. Kui tasu teenuse eest kogub teenuseosutaja otse patsientidelt või haigekassadelt, on tegemist nn kontsessioonilepinguga.

12. Komisjon kritiseerib oma hagis teenuste hankelepingute sõlmimise korda avaliku päästeteenuse valdkonnas Alam-Saksi, Nordrhein-Westfaleni, Saksi ja Saksi-Anhaldi liidumaal, kus kasutatakse järjepidevalt hankelepingute mudelit. Komisjon heidab ette eelkõige seda, et üldjuhul ei avaldata kõnealustel liidumaadel riigihankeid reguleerivate direktiivide kohaldamisalasse kuuluvate hankelepingute sõlmimiseks avaliku päästeteenuse valdkonnas hanketeadet ja kõnealuseid lepinguid ei sõlmita läbipaistvalt.

IV. Kohtueelne menetlus

13. Komisjon, olles saanud mitu kaebust, teatas Saksamaa Liitvabariigile 10. aprilli 2006. aasta kirjaga, et tal on kahtlusi, et sõlmides tasulisi lepinguid päästeteenuste osutamiseks Nordrhein-Westfaleni, Alam-Saksi, Saksi ja Saksi-Anhaldi liidumaal, rikkus Saksamaa Liitvabariik riigihankeid reguleerivaid direktiive ja esmast õigust. Ühtlasi teatas komisjon Saksamaa Liitvabariigile, et tal on kahtlusi, et Saksamaa Liitvabariik rikkus päästeteenuste osutamiseks kontsessioonilepinguid sõlmides asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtet. Seepärast paluti Saksamaa Liitvabariigi valitsusel esitada EÜ artikli 226 kohaselt kahe kuu jooksul oma seisukoht komisjoni seisukoha kohta.

14. Saksamaa Liitvabariik lükkas 10. juuli 2006. aasta kirjas ühenduse õiguse rikkumise väite tagasi. Lisaks sellele märkis ta, et Saksi liidumaal on 2005. aastal vastu võetud seaduse muudatus, seega sõlmitakse päästeteenuse osutamise lepingud ka sellel liidumaal hiljemalt 1. jaanuarist 2009 valikumenetluse alusel, mille puhul võetakse arvesse mittediskrimineeriva konkurentsi põhimõtteid.

15. Komisjon esitas Saksamaa Liitvabariigile 15. detsembri 2006. aasta kirjaga põhjendatud arvamuse. Selles jõudis komisjon lõpuks järeldusele, et Saksamaa Liitvabariik oli rikkunud või rikub jätkuvalt direktiividest 92/50 ja 2004/18 tulenevaid kohustusi ning asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtet. Seetõttu palus komisjon Saksamaa Liitvabariigil võtta põhjendatud arvamuse järgimiseks vajalikud meetmed kahe kuu jooksul arvamuse kättesaamisest.

16. Saksamaa Liitvabariik lükkas 22. veebruari 2007. aasta kirjas komisjoni õigusliku seisukoha uuesti tagasi. Saksamaa sõnul ei olnud ühenduse õiguse rikkumisega tegemist ühelgi komisjoni nimetatud juhul.

V. Menetlus Euroopa Kohtus ja poolte nõuded

17. Kuna Saksamaa Liitvabariik ei järginud põhjendatud arvamust, esitas komisjon 15. aprillil 2008 EÜ artikli 226 alusel hagi.

18. Komisjon palub Euroopa Kohtul teha järgmine otsus:

– Kuna Saksamaa Liitvabariik ei korraldanud avaliku päästeteenuse valdkonnas teenuste hankelepingute sõlmimiseks riigihanget või täpsemalt ei sõlminud kõnealuseid lepinguid läbipaistvalt ega avaldanud sõlmitud lepingute kohta teadet, on Saksamaa Liitvabariik rikkunud direktiividest 92/50/EMÜ ja 2004/18/EÜ tulenevaid kohustusi ning asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtet.

– Mõista kohtukulud välja Saksamaa Liitvabariigilt.

19. Saksamaa Liitvabariik palub jätta hagi rahuldamata ja mõista kohtukulud välja komisjonilt.

20. Euroopa Kohtu presidendi 16. detsembri 2008. aasta määrusega lubati Madalmaade Kuningriigil astuda menetlusse Saksamaa Liitvabariigi nõuete toetuseks. Madalmaade Kuningriik toetab Saksamaa Liitvabariigi väiteid ja palub jätta komisjoni hagi rahuldamata.

VI. Poolte väited ja peamised argumendid

21. Komisjoni hinnangul on mitmel Saksamaa liidumaal avalike kiirabi transporditeenuste ja kvalifitseeritud patsiendiveoteenuste valdkonnas hankelepingute sõlmimise osas välja kujunenud tava, et lepingud sõlmitakse riigihankeid reguleerivaid õigusnorme rikkudes kohalike teenuseosutajatega, korraldamata üleeuroopalist hankemenetlust või tagamata nõuetekohast läbipaistvust.

22. Viidates üheksale konkreetsele Alam-Saksi, Nordrhein-Westfaleni, Saksi ja Saksi-Anhaldi liidumaal sõlmitud lepingule, toob komisjon esmalt esile, et hangete eest vastutavaid linnu, maakondi ja päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliite tuleb käsitada hankijatena riigihankeid reguleerivate direktiivide tähenduses. Lisaks sellele tuleb avaliku päästeteenuse valdkonnas sõlmitud hankelepinguid käsitada avalike tasuliste lepingutena, mille maksumus ületab

käesolevas asjas selgelt direktiivide 92/50 ja 2004/18 kohaldamise eelduseks olevad rahalised piirmäärad.

23. Kui kõnealused hankelepingud sõlmiti enne 31. jaanuari 2006, kuuluvad need direktiivi 92/50 kohaldamisalasse. Kuna lepingud hõlmavad segateenuseid, oleks need tulnud sõlmida direktiivi 92/50 III–IV jaotise või artiklite 14 ja 16 sätete kohaselt, olenevalt sellest, kas suurem oli transporditeenuste või raviteenuste maksumus. Lepingute suhtes, mis on sõlmitud pärast direktiivi 2004/18 ülevõtmistähtaja lõppemist, kehtib nimetatud direktiivis sätestatud kord.

24. Pidades silmas asjaolu, et kõigi nimetatud näidete puhul on tegemist piiriülest huvi esindavate lepingutega, on Saksamaa Liitvabariik rikkunud ka asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust.

25. Komisjon leiab, et väidetavad rikkumised ei ole üksikjuhtumid, vaid annavad tunnistust üldisest hankelepingute sõlmimise tavast, mis on ühenduse õigusega vastuolus. Komisjoni arvates kinnitab seda hinnangut päästeteenuseid hõlmavate üleeuroopaliste hanketeadete ja sõlmitud lepingute kohta avaldatud teadete äärmiselt väike arv.

26. Saksamaa valitsus on seisukohal, et komisjoni püüe teha Saksamaa Liitvabariigis välja kujunenud riigihankelepingute sõlmimise tava kohta laiaulatuslik otsus, tuginedes kuueteistkümnest liidumaast neljal liidumaal korraldatud üksikute hankemenetluste asjaoludele, ei ole kohane. Pealegi on nii mõnigi komisjoni esitatud faktiväide ekslik.

27. Saksamaa valitsus tugineb lisaks erandile, mis on sätestatud EÜ artikli 45 lõikes 1 koostoimes EÜ artikliga 55 ja mille kohaselt asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust käsitlevaid EÜ asutamislepingu peatükke ei kohaldata tegevuse puhul, mis on liikmesriigis kas või ajutiselt seotud avaliku võimu teostamisega, nagu see on kõnealuste päästeteenuste puhul. Kuna nimetatud kaks EÜ asutamislepingu peatükki moodustavad riigihankeid reguleerivate direktiivide õigusliku aluse, ei kohaldata käesolevas asjas ka kõnealuseid direktiive.

28. Teise võimalusena märgib Saksamaa valitsus, et kõnealused päästeteenused vastavad EÜ artikli 86 lõike 2 kohaste eelisõiguste andmise tingimustele. Kuna EÜ artikli 86 lõikes 2 on sätestatud erand nii konkurentsieeskirjadest kui ka muudest EÜ asutamislepingu sätetest, on komisjoni hagi ka sellest aspektist võetuna põhjendamatu. Lõpuks viitab Saksamaa valitsus kahele Bundesgerichtshofi (kõrgeim üldkohus Saksamaal) 1. detsembri 2008. aasta otsusele, mille kohaselt tuleb riigihankeid reguleerivaid õigusnorme sellest ajast peale kohaldada ka päästeteenuseid hõlmavate hankelepingute sõlmimisel.

VII. Õiguslik hinnang

A. *Vastuvõetavus*

30. EÜ artikli 226 alusel algatatava liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse eritunnus on see, et menetluse eseme määratlemine kohtueelses menetluses piiritleb vastuvõetava hagi eseme järgnevas kohtumenetluses. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peavad põhjendatud arvamus ja hilisem liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi põhinema samadel alustel ja põhjendustel, seega ei saa Euroopa Kohus kontrollida etteheiteid, mida ei ole esitatud põhjendatud arvamuses.[4]

29. Madalmaade valitsus on seisukohal, et Saksamaa Liitvabariik ei ole rikkunud ei riigihankeid reguleerivaid direktiive ega EÜ artikleid 43 ja 49. Kõnealuseid avalikke päästeteenuseid tuleb käsitada üldist majandushuvi esindavate teenustena EÜ artikli 86 lõike 2 tähenduses. Seejuures tuleb võtta arvesse, et EÜ artikli 86 lõikes 2 sätestatud erand kehtib ka põhivabaduste suhtes. Lõpuks uurib Madalmaade valitsus võimalust kohaldada EÜ artiklites 45 ja 55 teatud tegevusalade suhtes ette nähtud erandit. Seejuures pooldab Madalmaade valitsus seisukohta, et kõnealuste päästeteenuste puhul võivad nimetatud erandi kohaldamise tingimused olla täidetud.

31. See vastuvõetavuse tingimus, millega keelatakse põhjendatud arvamuses esitatud etteheidetest ulatuslikumate väidete esitamine hagis, tagab asjaomase liikmesriigi kaitseõiguste kaitstuse, kuna liikmesriigile tuleb anda võimalus täita ühenduse õigusest tulenevad kohustused ja kaitsta end tõhusalt komisjoni esitatud väidete vastu. Ühtlasi kajastab see tingimus üldist menetlusõiguslikku põhireeglit,

4 – Vt 26. märtsi 2009. aasta otsus kohtuasjas C-326/07: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2009, lk I-2291, punkt 29); 24. juuni 2004. aasta otsus kohtuasjas C-350/02: komisjon *vs.* Madalmaad (EKL 2004, lk I-6213, punkt 20); 11. mai 1989. aasta otsus kohtuasjas 76/86: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 1989, lk 1021, punkt 8) ja 7. mai 1987. aasta otsus kohtuasjas 186/85: komisjon *vs.* Belgia (EKL 1987, lk 2029, punkt 13).

mille kohaselt peab võimaliku hilisema kohtumenetluse ese olema selgelt määratletud vaidlus.[5]

32. Minu hinnangul on komisjon käesolevas asjas hagi nõudeid sõnastades läinud lubamatul viisil põhjendatud arvamuses esitatud etteheidetest kaugemale. Selleks et selgitada ja piiritleda kõnealust lubamatut hagi laiendamist, uurin esmalt kõnealuste päästeteenuste liigitust riigihankeid reguleerivate direktiivide süsteemis. Seejärel selgitan, kuidas on komisjon põhjendatud arvamuses esitatud nõuded hagiavalduses uuesti sõnastanud ja mil viisil on selle uuestisõnastamisega muudetud ka menetluse eset.

33. Asjaolu, et Saksamaa Liitvabariik ei ole sõnaselgelt viidanud hagi laiendamise vastuvõetamatusele, ei ole siiski oluline. Kuna vaidluse eseme laiendamise keeld on oluline EÜ asutamislepinguga ette nähtud tagatis, millest kinnipidamine on liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse oluline vorminõue,[6] võib Euroopa Kohus tuvastada selle omal algatusel ka ilma Saksamaa Liitvabariigi esitatud väideteta.[7]

Päästeteenused kui segateenused riigihankeid reguleerivate direktiivide süsteemis

34. Nii direktiivis 92/50 kui ka direktiivis 2004/18 tehakse vahet nn esmastel ja teisestel teenustel. Esmased teenused on loetletud direktiivi 92/50 I A lisas ja direktiivi 2004/18 samasisulises II A lisas ning need hõlmavad muu hulgas maismaatransporditeenuseid. Teisesed teenused on loetletud direktiivi 92/50 I B lisas ja direktiivi 2004/18 samasisulises II B lisas ning need hõlmavad muu hulgas tervishoiuteenuseid. Riigihankeid reguleerivate õigusnormide seisukohast olulisim erinevus I A lisas ja II A lisas loetletud esmaste teenuste ning I B lisas ja II B lisas loetletud teiseste teenuste vahel on see, et asjaomaseid riigihankeid reguleerivaid direktiive kohaldatakse täies ulatuses üksnes esmaste teenuste puhul.[8] Teiseste teenuste puhul on seevastu vaid ette nähtud,

5 – Vt 22. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-437/04: komisjon *vs.* Belgia (EKL 2007, lk I-2513, punkt 39 jj) ja eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Madalmaad, punkt 18 jj.

6 – Vt 27. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-441/02: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 2006, lk I-3449, punkt 59).

7 – *Veelgi enam* Euroopa Kohtu kodukorra artikli 92 lõike 1 alusel. Sellel seisukohal on ka Karpenstein, P. ja Karpenstein, U., teoses Grabitz, E. ja Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, EÜ asutamislepingu artikkel 226, punkt 82 (39. täiendusväljaanne, juuli 2009).

8 – Direktiivi 92/50 artikkel 8 ja direktiivi 2004/18 artikkel 20.

et kohaldatakse tehnilisi kirjeldusi reguleerivaid eeskirju ning et hankijad peavad saatma komisjonile teate lepingute sõlmimise kohta.[9]

riigihankeid reguleerivaid direktiive täies ulatuses, kui esmaste teenuste maksumus on suurem kui teiseste teenuste maksumus. Vastupidisel juhul tuleb segalepinguid käsitada teiseseid teenuseid hõlmavate lepingutena.

35. Käesolevas menetluses ei ole kahtlust, et kõnealused päästeteenused tuleb liigitada segateenusteks, mis sisaldavad nii esmaste kui ka teiseste teenuste tunnuseid. Selline liigitus lähtub vahetult kohtuotsusest Tögel,[10] milles vigastatud ja haigestunud isikute vedu sanitari saatel klassifitseeriti segateenuseks direktiivi 92/50 artikli 10 tähenduses.[11] Seejuures tuleb isikute vedu liigitada esmaseks teenuseks ja veo ajal osutatav meditsiiniline abi teiseseks teenuseks.

Nõuete ümbersõnastamine hagiavalduses

37. Põhjendatud arvamuses võttis komisjon kõnealuste päästeteenuste puhul nii nende õigusliku hindamise raames kui ka üksikute etteheidete sõnastamisel sõnaselgelt arvesse, et tegemist on segateenustega.

36. Vastavalt direktiivi 92/50 artiklile 10 või direktiivi 2004/18 artiklile 22 kohaldatakse esmaseid ja teiseseid teenuseid hõlmavate segalepingute suhtes asjaomaseid

38. Komisjon väitis põhjendatud arvamuses eelkõige, et kõnealuste päästeteenuste puhul on ülekaalus transporditeenused direktiivi 92/50 I A lisa või direktiivi 2004/18 II A lisa tähenduses, seega on Saksamaa Liitvabariik asjaomaseid lepinguid sõlmides rikkunud direktiivi 92/50 artiklit 10 koostoimes III–IV jaotisega ja alates 1. veebruarist 2006 direktiivi 2004/18 artiklit 22 koostoimes sama direktiivi artiklitega 23–55. Juhul kui mõne esitatud juhtumi puhul on ülekaalus

9 – Direktiivi 92/50 artikkel 9 ja direktiivi 2004/18 artikkel 21.

10 – 24. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-76/97: Tögel (EKL 1998, lk I-5357, punkt 40).

11 – Inimeste vedu hõlmavad „maismaatransporditeenused" direktiivi 92/50 I A lisa 2. liigi ja direktiivi 2004/18 II A lisa 2. liigi tähenduses. Meditsiinilist abi hõlmavad „tervishoiuteenused" direktiivi 92/50 I B lisa 25. liigi ja direktiivi 2004/18 II B lisa 25. liigi tähenduses.

raviteenused direktiivi 92/50 I B lisa või direktiivi 2004/18 II B lisa tähenduses, väidab komisjon teise võimalusena, et Saksamaa Liitvabariik on rikkunud direktiivi 92/50 artiklit 10 koostoimes artikliga 16 ja alates 1. veebruarist 2006 direktiivi 2004/18 artiklit 22 koostoimes artikli 35 lõikega 4 ning on igal juhul rikkunud EÜ artiklite 43 ja 49 kohast asutamisvabaduse ja teenuse osutamise vabaduse põhimõtet ning nendest põhimõtetest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet.

39. Oma hagis jättis komisjon teadlikult vastamata küsimusele, kas kõnealuste päästeteenuste puhul on ülekaalus isikute vedu või pigem meditsiiniline abi. Komisjoni sõnul võib selle küsimuse jätta lahtiseks, kuna vaidlustatud hankemenetluste puhul on igal juhul rikutud direktiivi 92/50 artiklis 16 ja direktiivi 2004/18 artikli 35 lõikes 4 sätestatud kohustust teatada sõlmitud lepingutest ning asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet.

40. Hagi nõudeid selliselt ümber sõnastades on komisjon lubamatult muutnud hagi eset.

41. Kui komisjon lähtus oma põhjendatud arvamuses sellest, et päästeteenuseid hõlmavate hankelepingute sõlmimine oli esmase õiguse kohase mittediskrimineerimise põhimõttega ja esmase õiguse kohase läbipaistvuse tagamise kohustusega vastuolus üksnes juhtudel, mil ülekaalus oli meditsiiniline abi, siis hagis lähtub komisjon seevastu teistsugusest seisukohast, et mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvusnõuet tuleb kõnealuste päästeteenuste valdkonnas sõlmitavate hankelepingute puhul alati arvesse võtta. See eeldab siiski vältimatult, et mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust võidakse otseselt rikkuda ka selliste päästeteenuste hankelepingute sõlmimisel, mille puhul on ülekaalus veoteenused, mida aga ei ole põhjendatud arvamuses ei otseselt ega kaudselt väidetud.

42. Menetluse eset on seega laiendatud etteheitega, et asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust on rikutud ka selliste päästeteenuse valdkonnas sõlmitavate segateenuste hankelepingute osas, mille puhul on ülekaalus veoteenused. Selles osas tuleb käesolev hagi tunnistada vastuvõetamatuks.

43. Seda ei saa põhjendada sellega, et riigihankeid reguleerivates direktiivides sätestatud hankemenetluse läbiviimise ja teate

avaldamise kohustus kujutavad endast lõpuks esmases õiguses sätestatud mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse väljendust teiseses õiguses ning et komisjon ei ole seega esmasele õigusele tuginevates nõuetes läinud põhjendatud arvamuses esitatud väidetest kaugemale. Otsustav on nimelt see, et komisjon heidab oma hagis ette esmase õiguse rikkumist esmaste segateenuste puhul, kuigi põhjendatud arvamuses leidis ta, et need teenused kuuluvad täies ulatuses riigihankeid reguleerivate direktiivide kohaldamisalasse ja heitis seega ette üksnes nimetatud direktiivide rikkumist. Sellest tulenevalt ei saanud Saksamaa Liitvabariik kohtueelses menetluses tõstatada küsimust, kas selliste päästeteenuseid hõlmavate hankelepingute sõlmimist, mille puhul on ülekaalus isikute vedu ja mis kuuluvad seetõttu täies ulatuses riigihankeid reguleerivate direktiivide kohaldamisalasse, võib üldse vahetult hinnata esmases õiguses sätestatud mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse alusel.[12]

44. Kui viidatud hagi aluse muudatus tunnistataks vastuvõetavaks, rikuks see lubamatul viisil Saksamaa Liitvabariigi kaitseõigusi, kuna temalt võetaks sel juhul võimalus uurida juba kohtueelse menetluse ajal põhimõttelist küsimust, kas ja mil määral võis komisjon esmaste segateenuste hankelepinguid käsitlevates hagi nõuetes tugineda vahetult esmasele õigusele.

45. Siinkohal tuleb viidata ka sellele, et kohati tundub, et komisjon heidab hagis ette, et rikutud on direktiivi 2004/18 artiklit 2, ja palub seda Saksamaa Liitvabariigi osas tuvastada.[13] Kui tõlgendada hagi nõudeid selles tähenduses, tuleb ka see hagi nõue vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata jätta, kuna põhjendatud arvamuses ei ole direktiivi 2004/18 artikli 2 rikkumisele sõnaselgelt viidatud.

12 – Sellega seoses kerkib eelkõige küsimus, kas kõnealuste hankelepingute sõlmimise hindamine esmases õiguses sätestatud mittediskrimineerimise põhimõtte ja esmases õiguses sätestatud läbipaistvusnõude alusel on kooskõlas nii teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkusega kui ka EÜ artikli 226 alusel algatatud liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse mõtte ja eesmärgiga. Vt selle kohta käesoleva ettepaneku punkt 95 jj.

13 – Komisjon märgib 15. aprilli 2008. aasta hagiavalduse punktis 39 „Direktiivi 92/50/EMÜ artikli 16 ja direktiivi 2004/18/EÜ artikli 35 lõike 4 rikkumine", et direktiivi 92/50 artiklid 14 ja 16 ning direktiivi 2004/18 artiklid 23 ja 35 on käesolevas asjas igal juhul kohaldatavad. Punktis 40 väidab komisjon, et rikutud on direktiivi 92/50 artiklit 16 ja direktiivi 2004/18 artikli 35 lõiget 4. Punktis 41 märgib komisjon, et käesolevas asjas on kohaldatavad ka direktiivi 92/50 artikli 3 lõige 2 ja direktiivi 2004/18 artikkel 2, kuid ei too sõnaselgelt välja nende rikkumist ega tee muid märkusi nende kahe artikli kohta. Hagi nõudeid kokkuvõtvas punktis 72 väidab komisjon siiski, et rikutud on direktiivi 92/50 artiklit 10 koostoimes artikliga 16 ja direktiivi 2004/18 artikleid 2 ja 22 koostoimes artikli 35 lõikega 4.

Järeldus

46. Eespool esitatud kaalutlusi arvesse võttes jõuan järeldusele, et käesolev liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi tuleb jätta vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata osas, milles väidetakse, et asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust on rikutud ka selliste päästeteenuste hankelepingute sõlmimisel, mille puhul on ülekaalus veoteenused.

47. Kui Euroopa Kohus peaks jõudma järeldusele, et komisjon taotleb oma hagis ka direktiivi 2004/18 artikli 2 rikkumise tuvastamist, tuleb ka see hagi nõue vastuvõetamatuse tõttu tagasi lükata.

B. *Põhjendatus*

48. Saksamaa Liitvabariik lükkab komisjoni esitatud liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi tagasi, esitades kolm põhjendust. Esiteks tugineb Saksamaa valitsus EÜ artiklis 45 teatud tegevusalade osas sätestatud erandile ja teise võimalusena EÜ artikli 86 lõike 2 kohastele õigustavatele asjaoludele. Teiseks lükkab Saksamaa valitsus tagasi osa komisjoni esitatud faktiväidetest. Kolmandaks vaidlustab Saksamaa valitsus komisjoni nõude tuvastada riigihankeid reguleerivate õigusnormidega vastuolus oleva tava olemasolu.

49. Eeltoodule tuginedes uurin järgnevalt päästeteenuste hankelepingute sõlmimisega seotud probleeme, võttes esmalt arvesse EÜ artikli 45 esimest lõiku koostoimes EÜ artikliga 55 ja seejärel EÜ artikli 86 lõiget 2. Seejärel uurin komisjoni viidatud üheksat hankemenetlust ükshaaval. Lõpuks käsitlen küsimust, kas selle uurimise tulemuste alusel võib põhjendatult tuvastada, et tegemist on riigihankeid reguleerivate õigusnormidega vastuolus oleva tavaga.

EÜ artikli 45 esimeses lõigus teatud tegevusalade osas sätestatud erandi kohaldamatus

50. Vastavalt EÜ artikli 45 esimesele lõigule koostoimes EÜ artikliga 55 ei kohaldata asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust käsitlevaid esmase õiguse norme tegevuse puhul, mis on liikmesriigis kas või

ajutiselt seotud avaliku võimu teostamisega. Kui tegevus liikmesriigis on seotud avaliku võimu teostamisega, ei laiene selle suhtes järelikult asutamisvabadus ega teenuste osutamise vabadus.

51. See peab kehtima ka teisese õiguse normide kohta, mis on vastu võetud asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust käsitlevate peatükkide rakendamiseks. Kui selliste teisese õiguse normidega nähakse ette tegevus, mis on seotud avaliku võimu teostamisega, tuleb teisese õiguse normi aluslepinguga kooskõlas oleva tõlgendamise puhul tuvastada, et sellise tegevuse puhul ei kohaldata asjaomastes liikmesriikides kõnealust normi.[14]

52. Kui kõnealuste lepingute esemeks olevad kiirabi transporditeenused ja patsiendiveoteenused on seotud avaliku võimu teostamisega EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses, tuleb komisjoni väide asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtete rikkumise kohta põhjendamatuse tõttu tagasi lükata. Kuna lisaks on nii direktiiv 92/50 kui ka direktiiv 2004/18 vastu võetud EÜ artikli 47 lõike 2 ja EÜ artikli 55 alusel ning seega kohaldades asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust käsitlevate peatükkide esmase õiguse kohaseid volitusnorme, tuleks seega ka kõnealuste riigihankeid reguleerivate direktiivide rikkumist käsitlev väide põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

53. Mulle tundub siiski küsitav, kas kiirabi transporditeenuseid ja patsiendiveoteenuseid saab käsitada EÜ artikli 45 esimeses lõigus sätestatud tegevusena, mis on kas või ajutiselt seotud avaliku võimu teostamisega.

54. Eelkõige tuleb meenutada, et EÜ artikli 45 esimeses lõigus sisalduva mõiste „avaliku võimu teostamine" tõlgendamine kuulub ühenduse õiguse kohaldamisalasse. Ühenduse õiguskorras ei lähtuta mõistete määratlemisel nimelt üldjuhul ühe või mitme liikmesriigi õiguskorrast, välja arvatud juhul, kui see on sõnaselgelt ette nähtud.[15]

14 – Vt kohtujurist Lenzi 19. septembri 1991. aasta ettepanek kohtuasjas C-306/89: komisjon *vs.* Kreeka, milles otsus tehti 10. detsembril 1991 (EKL 1991, lk I-5863, ettepaneku punkt 28). Vt ka Randelzhofer, A. ja Forsthoff, U. seisukoht, teoses Grabitz, E. ja Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, EÜ asutamislepingu artikkel 45, punkt 14 (39. täiendusväljaanne, juuli 2009).

15 – Vt 18. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-314/06: Société Pipeline Méditerranée et Rhône (EKL 2007, lk I-12273, punkt 21); 22. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-103/01: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 2003, lk I-5369, punkt 33) ja 2. aprilli 1998. aasta otsus kohtuasjas C-296/95: EMU Tabac jt (EKL 1998, lk I-1605, punkt 30).

55. Küsimusele, kas tegevus on seotud avaliku võimu teostamisega EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses, tuleb seega vastata, tuginedes ühenduse õiguses sätestatud avaliku võimu määratlusele.

56. EÜ artiklis 45 sätestatud avaliku võimu teostamise – või selles osalemise – eeldus on võimalus kasutada kodaniku suhtes eriõigusi, avalikku võimu või sunnijõudu.[16]

57. Võttes arvesse põhivabaduste põhjapanevat tähtsust siseturu seisukohast, tuleb EÜ artikli 45 esimest lõiku – vajaduse korral koostoimes EÜ artikliga 55 – kui erandit asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtetest tõlgendada kitsalt.[17] Seega ei saa EÜ artikli 45 esimese lõigu kohast erandit kohaldada igale tegevusele, mille raames on võimalus kasutada kodaniku suhtes eriõigusi, avalikku võimu või sunnijõudu. Nõutav on pigem see, et osalemine avaliku võimu teostamisel on piisavalt intensiivne ja otsene.

58. EÜ artikli 45 esimeses lõigus sätestatud „avaliku võimu teostamise" koosseisutunnus eeldab seega teisisõnu eriõiguste, avaliku võimu või sunnijõu piisavalt kvalifitseeritud kasutamist. Euroopa Kohus on avaliku võimu teostamisel osalemisele kvalitatiivse hinnangu andmise kokku võtnud nõudega, mille kohaselt eeldab EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamine – vajaduse korral koostoimes EÜ artikliga 55 – „otsest" ja „eriomast" osalemist avaliku võimu teostamisel.[18]

59. Euroopa Kohus uuris 29. oktoobri 1998. aasta otsuses kohtuasjas komisjon *vs.* Hispaania[19] küsimust, kas eraõiguslike turvaettevõtjate tegevus Hispaanias on seotud avaliku võimu teostamisega, ja sedastas, et kuigi asjaomased eraõiguslikud turvaettevõtjad peavad teatavas olukorras toetama turvalisuse eest vastutavaid ametiasutusi, on nende tegevus üksnes abistav. Seetõttu ei

16 – Kohtujurist Mayrasi 28. mai 1974. aasta ettepanek kohtuasjas 2/74: Reyners, milles otsus tehti 21. juunil 1974 (EKL 1974, lk 665).

17 – Seda kitsendavat tõlgendamisviisi on Euroopa Kohus kinnitanud väljakujunenud kohtupraktikas, viidates sellele, et EÜ artiklis 45 ette nähtud asutamisvabaduse erandite hindamisel tuleb võtta arvesse, et nendele asutamisvabaduse eranditele on nimetatud artikliga seatud ühenduse õigusest tulenevad piirid. Vt 22. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-438/08: komisjon *vs.* Portugal (EKL 2009, lk I-10219, punkt 35).

18 – Vt eespool 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Portugal, punkt 36; 30. märtsi 2006. aasta otsus kohtuasjas C-451/03: Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (EKL 2006, lk I-2941, punkt 46) ja 13. juuli 1993. aasta otsus kohtuasjas C-42/92: Thijssen (EKL 1993, lk I-4047, punkt 22).

19 – 29. oktoobri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-114/97: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 1998, lk I-6717, punkt 38 jj).

osale eraõiguslikud turvaettevõtjad avaliku võimu teostamisel „otseselt ja eriomaselt". Kohtujurist Alber soovitas sellist lahendust kõnealuses asjas esitatud ettepanekus, märkides, et erinevus põhitegevuse ja abistava tegevuse vahel ei ole mitte kvantitatiivne, vaid kvalitatiivne, ja et turvalisuse eest vastutavate ametiasutuste pädevuse ja eraõiguslike turvaettevõtjate pädevuse vahel on astmeline erinevus.[20]

60. Sama range seisukoha võttis Euroopa Kohus hiljuti 22. oktoobri 2009. aasta otsuses kohtuasjas komisjon *vs.* Portugal,[21] milles ta leidis, et kõnealuste sõidukite tehnokontrolli teostavate eraõiguslike organisatsioonide tegevus ei kuulu EÜ artiklis 45 sätestatud erandi alla, kuigi need organisatsioonid väljastasid tõendeid läbiviidud kontrolli kohta ja teostasid sellega seoses ka avalikku võimu. Avaliku võimu teostamine ei vastanud siiski kvalitatiivsele kriteeriumile, mille kohaselt peab osalemine avaliku võimu teostamisel EÜ artikli 45 tähenduses olema „otsene ja eriomane". Sellega seoses viitas Euroopa Kohus esiteks sellele, et tõendeid väljastades teevad kontrolliasutused üksnes seadusega ette nähtud järeldusi, mis põhinevad läbiviidud kontrollil ja mis ei kujuta endast iseseisvat otsustuspädevuse rakendamist. Lisaks sellele tehakse otsus tehnokontrollitõendi väljastamise või väljastamata jätmise kohta riigi otsese järelevalve all.[22]

61. Euroopa Kohus oli, uurides EÜ artiklis 45 teatud tegevusalade osas sätestatud erandi kohaldatavust kindlustusseltside ja eraõiguslike sotsiaalhoolekandeasutuse audiitorite suhtes, juba varem sedastanud, et osalemisena avaliku võimu teostamisel kõnesoleva erandi mõttes ei saa käsitada tegevust, mis on lõpliku otsuse tegemise kaudu avalikku võimu teostava asutuse jaoks pelgalt abistav ja ettevalmistav.[23]

62. Kokkuvõtlikult tuleb tuvastada, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb „avaliku võimu teostamisele" EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses esitada kõrged kvalitatiivsed

20 – Kohtujurist Alberi 7. mai 1998. aasta ettepanek kohtuasjas C-114/97: komisjon *vs.* Hispaania, milles otsus tehti 29. oktoobril 1998 (EKL 1998, lk I-6717, ettepaneku punkt 27 jj). Järeldus, et valve- ja turvaettevõtjate tegevus ei kujuta endast üldjuhul otsest ja eriomast osalemist avaliku võimu teostamisel, leidis kinnitust 13. detsembri 2007. aasta otsuses kohtuasjas C-465/05: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2007, lk I-11091, punkt 31 jj); 31. mai 2001. aasta otsuses kohtuasjas C-283/99: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2001, lk I-4363, punkt 20 jj) ja 9. märtsi 2000. aasta otsuses kohtuasjas C-355/98: komisjon *vs.* Belgia (EKL 2000, lk I-1221, punkt 25 jj).

21 – Viidatud eespool 17. joonealuses märkuses.

22 – Samasuguse järelduse tegi Euroopa Kohus juba 29. novembri 2007. aasta otsuses kohtuasjas C-404/05: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 2007, lk I-10239, punkt 39 jj) ja 29. novembri 2007. aasta otsuses kohtuasjas C-393/05: komisjon *vs.* Austria (EKL 2007, lk I-10195, punkt 37 jj) seoses mahepõllundustooteid kontrollivate eraõiguslike kontrolliasutuste tegevuse uurimisega.

23 – Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Thijssen, punkt 17 jj. Vt ka eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punkt 44 jj, milles käsitletakse teatavaid Centri di Assistenza Fiscale kaudu osutatavaid maksualaseid nõustamis- ja abistamisteenuseid Itaalias.

nõuded, mis on senini peaaegu eranditult takistanud tuginemist EÜ artiklile 45.[24]

63. Ka käesoleva menetluse puhul tundub mulle, et kuigi kiirabi transporditeenuste ja patsiendiveoteenuste osutajad osalevad piiratud määral avaliku võimu teostamisel, ei vasta nende osalemine siiski EÜ artikli 45 kohaldamiseks nõutavatele kvalitatiivsetele tunnustele.

64. Saksamaa Liitvabariik põhjendab oma seisukohta, et tegu on osalemisega avaliku võimu teostamisel, esiteks sellega, et kõnealuseid lepinguid tuleb Saksa õiguse kohaselt käsitada avalik-õiguslike lepingutena. Teiseks viitab Saksamaa Liitvabariik teedeseadusel ja liiklusseadusel põhinevatele päästetalituste eriõigustele, mis hõlmavad eelkõige õigust anda teistele liiklejatele sinist vilkurit ja helisignaali kasutades korraldusi, mida viimased peavad täitma ja mille täitmata jätmise eest võib määrata trahvi. Kolmandaks väidab Saksamaa Liitvabariik, et päästetalitused osalevad sageli päästeteenuste korraldamisel ja avalike ülesannete täitmisel tuletõrje ja kodanikukaitse valdkonnas ning toetavad ka politsei kaitsemeetmeid, tagades päästevahendite olemasolu avaliku julgeoleku meetmete raames. Neljandaks toob Saksamaa Liitvabariik esile, et liidumaade õigusaktides on sageli ette nähtud päästeteenistujate määramine haldusülesandeid täitvateks ametnikeks.

65. Need argumendid ei ole veenvad.

66. Saksamaa Liitvabariik jätab esimese argumendiga tähelepanuta põhimõtte, mille kohaselt ei lähtuta ühenduse õiguskorras mõistete määratlemisel üldjuhul ühe või mitme liikmesriigi õiguskorrast.[25] Asjaolu, et Saksamaa Liitvabariigi arvates tuleb kõnealuseid päästeteenuseid käsitada Saksa õiguse kohaselt avalik-õiguslikult korraldatud teenustena, ei ole oluline, vastates küsimusele, kas kõnealused päästeteenused kuuluvad EÜ artikli 45 kohaldamisalasse.

67. Kuigi Saksamaa Liitvabariik lähtub seejärel õigesti oletusest, et sinise vilkuri ja

24 – Lisaks nimetatud otsusele vt 18. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-281/06: Jundt (EKL 2007, lk I-12231, punkt 35 jj), milles käsitletakse ülikoolis õppejõuna tegutsemist.

25 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 54 jj.

helisignaali kasutamist päästeteenuste valdkonnas tuleb käsitada eriõiguse teostamisena, ei ole selle eriõiguse konkreetse teostamise viis minu arvates nii intensiivne, nagu on väljakujunenud kohtupraktika kohaselt vajalik EÜ artikli 45 kohaldamisalasse kuulumiseks. Nimetatud eriõigused piirduvad nimelt sellega, et ühelt poolt paigaldatakse päästeteenuste jaoks kasutatavatele sõidukitele teatud varustus, sinine vilkur ja helisignaal, ning teiselt poolt on need sõidukid tänavaliikluses teatud tingimustel eelisseisundis võrreldes muude liiklejatega, kusjuures muudele liiklejatele võib nimetatud eriõiguste arvestamata jätmise korral määrata trahvi. Leian, et need suhteliselt nõrgalt eristuvad eriõigused ei vasta EÜ artiklis 45 sätestatud avaliku võimu teostamisele kehtestatud kõrgetele kvalitatiivsetele nõuetele, mida käsitlesin juba eespool.

68. Sellega seoses ei pea ma veenvaks ka Saksamaa valitsuse väiteid päästetalituste osalemise kohta päästeteenuste, tuletõrje ja kodanikukaitse korraldamisel ning päästevahendite olemasoleku tagamise kohta turvalisuse eest vastutavate asutuste ja tuletõrje abistamise eemärgil. Selles osas tuleb esiteks märkida, et päästevahendite olemasoleku tagamist turvalisuse eest vastutavate asutuste abistamise eesmärgil tuleb üldiselt käsitada üksnes abistava ja ettevalmistava tegevusena, mis eespool nimetatud kohtupraktika kohaselt ei saa olla avaliku võimu teostamisega otseselt seotud. Isegi juhul, kui Saksamaa Liitvabariigi esitatud näited päästetalituste osalemise kohta päästeteenuse korraldamisel, tuletõrjes ja kodanikukaitses[26] lähevad pelgalt abistavast ja ettevalmistavast tegevusest kaugemale, ei vasta ka see tegevus EÜ artiklis 45 sätestatud avaliku võimu teostamisele kehtestatud kõrgetele kvalitatiivsetele nõuetele, mida käsitlesin juba eespool.

69. Argumenti, et mitme liidumaa õigusaktides on ette nähtud päästeteenistujate määramine haldusülesandeid täitvateks ametnikeks, ei saa arvesse võtta juba seetõttu, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei ole EÜ artiklites 45 ja 55 lubatud erandi laiendamine võimalik juhul, kui iseseisva kutseala raames on avaliku võimu teostamisega seotud ülesanded lahutatavad kutsealasest tegevusest kui tervikust.[27]

70. Eeltoodu põhjal jõuan järeldusele, et kõnealuste päästeteenuste osutamine ei tähenda

26 – Päästeteenuste osutajate poolt avaliku võimu teostamise näidetena toob Saksamaa Liitvabariik välja evakueerimis-, julgeoleku- ja tõkestusmeetmete võtmise eriolukorras ja päästeteenuste osutajate üldise osalemise päästeteenuste kavandamisel, korraldamisel ja haldamisel, millega seoses on neil nt õigus panna kolmandatele isikutele teabe andmise ja/või teatamiskohustusi ning teha otsuseid muude eritalituste rakendamise kohta.

27 – Eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa, punkt 47, ja eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Austria, punkt 45.

iseenesest otsest ja eriomast osalemist avaliku võimu teostamisel. Seega ei saa EÜ artiklis 45 teatud tegevusalade osas sätestatud erandit käesolevas menetluses kohaldada.

EÜ artikli 86 lõike 2 kohaste õigustavate asjaolude puudumine

71. Viidates kohtuotsusele Ambulanz Glöckner,[28] märgib Saksamaa Liitvabariik teise võimalusena, et päästeteenuseid tuleb käsitada üldist majandushuvi esindavate teenustena EÜ artikli 86 lõike 2 tähenduses, kusjuures nimetatud normis sätestatud õigustavad asjaolud on piiranguteta ülekantavad asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse valdkonnale.

72. See argument ei ole minu arvates veenev.

73. Saksamaa Liitvabariigi seisukohaga tuleb nõustuda osas, milles Saksamaa väidab, et Euroopa Kohus sedastas 23. oktoobri 1997. aasta otsuses kohtuasjas komisjon *vs.* Madalmaad[29] ja 18. juuni 1998. aasta otsuses kohtuasjas Corsica Ferries France,[30] et EÜ artikli 86 lõike 2 kohaseid õigustavaid asjaolusid kohaldatakse ka selliste riiklike meetmete puhul, mis on vastuolus kaupade vaba liikumist ja teenuste osutamise vabadust käsitlevate EÜ asutamislepingu sätetega, ning kinnitas seeläbi, et EÜ artikli 86 lõike 1 ja põhivabaduste rikkumise õigustamiseks võib tugineda EÜ artikli 86 lõikele 2.[31]

74. Võttes arvesse Euroopa Kohtu hilisemat praktikat, kerkib siiski esmalt küsimus, kas selles osas võib kohtuotsuseid komisjon *vs.* Madalmaad ja Corsica Ferries France endiselt käsitada piiranguteta kehtivatena. Hiljutise kohtupraktika kohaselt ei tähenda asjaolu, et tegevus jääb selle konkreetset ülesehitust silmas pidades konkurentsieeskirjade kohaldamisalast välja, siiski tingimata seda, et see jääb välja ka vaba liikumist käsitlevate normide kohaldamisalast.[32]

75. Seda arvesse võttes tekib küsimus, kas ei tuleks uurida kohtupraktikat, mis sai alguse kohtuotsustest komisjon *vs.* Madalmaad

28 – 25. oktoobri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-475/99: Ambulanz Glöckner (EKL 2001, lk I-8089).

29 – 23. oktoobri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-157/94: komisjon *vs.* Madalmaad (EKL 1997, lk I-5699, punkt 27 jj).

30 – 18. juuni 1998. aasta otsus kohtuasjas C-266/96: Corsica Ferries France (EKL 1998, lk I-3949, punkt 59).

31 – Nii ka Mestmäcker, E.-J. ja Schweitzer, teoses Immenga, U. ja Mestmäcker, E.-J., *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. tr, München, 2007, EÜ asutamislepingu artikli 86 lõige 2, punkt 42; Pernice, I. ja Wernicke, S. eespool 14. joonealuses märkuses viidatud teoses Grabitz, E. ja Hilf, M., EÜ asutamislepingu artikkel 86, punkt 53.

32 – 11. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-438/05: International Transport Workers' Federation ja Finnish Seamen's Union, nn Viking Line'i kohtuotsus (EKL 2007, lk I-10779, punkt 53). Vt ka 18. juuli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-519/04 P: Meca-Medina (EKL 2006, lk I-6991, punktid 31–34).

ja Corsica Ferries France ja mis käsitleb EÜ artikli 86 lõike 2 kohaldatavust põhivabaduste valdkonnas, liiatigi kuna tundub, et Euroopa Kohus on varasemas kohtupraktikas sellise kohaldamise veel välistanud.[33]

76. Käesolevas menetluses ei ole siiski vaja seda arutelu jätkata. Saksamaa Liitvabariik ei ole nimelt suutnud isegi tõendada, et EÜ artikli 86 lõike 2 kohaldamise tingimused on täidetud.

77. EÜ artikli 86 lõikele 2 tuginev liikmesriik peab tõendama, et nimetatud sätte kohaldamise tingimused on täidetud.[34]

78. Faktiliste asjaolude tasandil tuleb käesolevas asjas vastavalt EÜ artikli 86 lõikele 2 tõendada, et kõnealused päästeteenused on käsitatavad üldist majandushuvi esindavate teenustena, et hagi esemeks oleva hankelepingute sõlmimise tava muutmine ühenduse õiguses ette nähtud viisil takistaks või ohustaks õiguslikult või tegelikult kõnealuste teenuste osutamist ja et hagi esemeks olev tava ei ole mõjutanud kaubandust määral, mis on vastuolus ühenduse huvidega.

79. Olgugi et peaks olema selge, et kiirabi transporditeenuseid tuleb käsitada üldist majandushuvi esindavate teenustena EÜ artikli 86 lõike 2 tähenduses,[35] ei ole Saksamaa Liitvabariik käesolevas menetluses tõendanud, et hagi esemeks olev hankelepingute sõlmimise tava on tingimata vajalik ja et ülesande täitmist, st kõnealuste päästeteenuste osutamist ei ole võimalik tagada muude meetmetega, mis on ühenduse õigusega rohkem kooskõlas.

80. Selles osas märgib Saksamaa Liitvabariik üksnes seda, et üha uute päästeteenuste osutajate lisamine päästeteenuse süsteemi võib raskendada või takistada ristsubsideerimist tihedasti asustatud piirkondade vahel, kus päästeteenuste osutamine on tasuvam, hõredalt asustatud piirkondade kasuks, kus teenuse osutamine on tunduvalt vähem tasuv. Lisaks leiab Saksamaa Liitvabariik,

33 – 10. juuli 1984. aasta otsus kohtuasjas 72/83: Campus Oil jt (EKL 1984, lk 2727, punkt 19).

34 – Vt 23. oktoobri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-159/94: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 1997, lk I-5815, punkt 101).

35 – Vt nt eespool 28. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ambulanz Glöckner, punkt 55.

et hankelepingute sõlmimise tava pakub vajalikku kaitset Saksamaal tegutsevatele liikmelisuse alusel korraldatud abiorganisatsioonidele, kuna kõnealustel organisatsioonidel on kohustus anda hädaabi. Seetõttu tagavad Saksamaa Liitvabariigi sõnul üksnes need organisatsioonid võimaluse kaasata eriolukorras suur hulk lähikonnas asuvaid vabatahtlikke abistajaid, kusjuures neil abistajatel peab olema võimalik saada päästeteenuste valdkonnas korrapäraselt praktilisi kogemusi.

81. Komisjon vastas ristsubsideerimise argumendile oma repliigis märkusega, et väide, et päästeteenuseid osutavad organisatsioonid vajavad ristsubsideerimist selleks, et tagada teenuste tasuv osutamine väiksema tasuvusega piirkondades, ei ole argument, mis räägiks selle poolt, et päästeteenuste hankelepingute sõlmimiseks ei ole vaja korraldada ühenduse õiguses ette nähtud riigihankemenetlust. Tasuvuse erinevusi eri piirkondade vahel võib arvesse võtta seeläbi, et väiksema tasuvusega piirkondades kehtestatakse suurem tasu. Teine võimalus on sõlmida territoriaalselt piiritletud aladel, mis hõlmavad nii suurema kui ka väiksema tasuvusega piirkondi, kiirabi transporditeenuste ja patsiendiveoteenuste segalepingud.

82. Saksamaa Liitvabariik ei väitnud oma vasturepliigis, et asjakohaseid faktilisi ja õiguslikke asjaolusid arvesse võttes raskendaksid komisjoni pakutud alternatiivid riigihangete osas ülesande täitmist, st kiirabi transporditeenuste osutamist, või teeksid selle lausa võimatuks. Seda arvesse võttes tuleb väide, et vaidlustatud hankelepingute sõlmimise tava on vajalik sellest tuleneva ristsubsideerimise tõttu, tagasi lükata, kuna seda ei ole piisavalt põhjendatud.

83. Sama kehtib väite kohta, mis puudutab arvukaid lähikonnas asuvaid vabatahtlikke abistajaid. Komisjon viitas sellega seoses riigihankeid reguleerivate õigusnormidega kooskõlas olevale teisele võimalusele korraldada hankemenetlus, kus ühe valikukriteeriumina võetakse arvesse teenuse kohapealset kättesaadavust. Saksamaa Liitvabariik ei esitanud oma vasturepliigis põhjendatud vastuväiteid ka sellele võimalusele.

84. Eespool esitatud kaalutlusi arvesse võttes jõuan järeldusele, et Saksamaa Liitvabariik ei ole täitnud kohustust tõendada, et päästeteenuste hankelepingute sõlmimise tava, mis on käesolevas menetluses vaidlustatud, vastab EÜ artikli 86 lõike 2 kohaldamise

tingimustele. Seetõttu tuleb Saksamaa tuginemine EÜ artikli 86 lõikele 2 juba sel põhjusel põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

transporditeenuste või patsiendiveoteenuste jaoks aastatel 2007–2011, ning lepingu maksumus on üle 7 miljoni euro aastas. Üleeuroopalise hanketeate avaldamine ei olnud ette nähtud.

Üheksa vaidlustatud hankemenetluse uurimine

87. Saksamaa Liitvabariik ei eita nende faktiliste asjaolude olemasolu.

85. Komisjon vaidlustab üheksa päästeteenuste osutamist hõlmavat hankemenetlust neljal liidumaal. Neile tuginedes palub komisjon Euroopa Kohtul tuvastada ebaseadusliku hankelepingute sõlmimise tava olemasolu Saksamaa Liitvabariigis. Kuna ebaseadusliku tavaga võib tegemist olla üksnes juhul, kui üksikute vaidlustatud hankemenetluste korraldamisel on ühenduse õigust tõepoolest rikutud, uurin esiteks seda, kas ja mil määral saab üksikute hankelepingute sõlmimise puhul tuvastada komisjoni nimetatud normide ja põhimõtete rikkumist.

88. Komisjoni hinnangul on Saksamaa Liitvabariik kõnealust hankelepingut sõlmides rikkunud direktiivi 92/50 artiklit 16 või direktiivi 2004/18 artikli 35 lõiget 4. Lisaks sellele on kõnealuse lepingu sõlmimisega rikutud asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust.

Magdeburgi linna (Saksi-Anhaldi liidumaa) sõlmitud hankeleping

Direktiivi 92/50 artikli 16 ja direktiivi 2004/18 artikli 35 lõike 4 rikkumine

86. Komisjoni andmetel on Magdeburgi linn kohaldanud hankijana alates 2005. aasta oktoobrist nn loa andmise menetlust tasuliste hankelepingute sõlmimiseks päästeteenuse valdkonnas. Teenuse ese hõlmab sõidukite ja personali olemasoleku tagamist kiirabi

89. Nõustun komisjoni seisukohaga osas, milles komisjon väidab, et Magdeburgi linna sõlmitud hankeleping, mis on vaidlustatud,

on igal juhul vastuolus direktiivi 92/50 artikliga 16 või direktiivi 2004/18 artikli 35 lõikega 4.

oli maksumuse alusel ülekaalus veo osa või raviteenuste osa.

Esmasest õigusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja esmasest õigusest tuleneva läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumise puudumine

90. Vastavalt komisjoni väidetele, mille üle ei ole vaidlust, on Magdeburgi linn hankijana riigihankeid reguleerivate direktiivide tähenduses sõlminud teenuse osutajaga päästeteenuste osutamiseks kirjaliku tasulise lepingu, mille hinnanguline maksumus ületab direktiivides 92/50 ja 2004/18 sätestatud piirmäärad. Kuigi riigihankeid reguleerivate õigusnormide seisukohast oluliste sündmuste toimumise aeg ei ole täpselt kindlaks tehtud – komisjoni sõnul viidi menetlust läbi alates 2005. aasta oktoobrist – ja seetõttu ei ole täpselt teada, kas vaidlustatud hankelepingu sõlmimist tuleb uurida täielikult või osaliselt direktiivi 92/50 alusel või pigem täielikult või osaliselt direktiivi 2004/18 alusel,[36] ei või hankemenetluse kronoloogilist kulgu puudutavate täpsete andmete puudumisest teha järeldust, et riigihankeid reguleerivaid õigusnorme ei ole rikutud. Magdeburgi linn oleks nimelt nii direktiivi 92/50 kohaldatavuse puhul kui ka direktiivi 2004/18 kohaldatavuse puhul pidanud täitma kohustust teatada sõlmitud lepingutest (direktiivi 92/50 artikkel 16 ja direktiivi 2004/18 artikli 35 lõige 4), ja seda olenemata sellest, kas päästeteenuste puhul

– Põhjendatuse uurimine, võttes arvesse eeldust, et esmase õiguse rikkumist käsitlev hagi väide on osaliselt vastuvõetamatu

91. Nagu märkisin juba vastuvõetavuse uurimise raames, tuleb käesolev hagi jätta vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata osas, milles palutakse Euroopa Kohtul tuvastada, et selliseid päästeteenuste hankelepinguid sõlmides, mille puhul on ülekaalus isikute vedu, on rikutud asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust.[37]

92. Seetõttu on nimetatud esmase õiguse põhimõtete rikkumist puudutav väide vastuvõetav üksnes osas, milles see käsitleb selliste

36 – Otsustavaks loetakse õiguslikku olukorda ajal, mil kõnealune toiming tuli teha või jätta tegemata. Vt selle kohta Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, 2008, punkt 416. Vt ka 5. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-337/98: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2000, lk I-8377, punkt 38 jj).

37 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 30 jj.

päästeteenuste hankelepingute sõlmimist, mille puhul on ülekaalus meditsiiniline abi.

93. Selleks et hagi kõnealust – sedavõrd piiratud – väidet saaks lugeda põhjendatuks, peaks komisjon eelkõige tõendama, et tema vaidlustatud hankemenetluse esemeks olid päästeteenused, mille puhul oli ülekaalus meditsiiniline abi. Seda ei ole komisjon käesolevas asjas siiski väitnud, veel vähem tõendanud. Komisjon leiab pigem, et küsimus, kas kõnealuste teenuste puhul on ülekaalus isikute vedu või meditsiiniline abi, võib jääda lahtiseks.

94. Kuna EÜ artikli 226 alusel algatatud liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse raames on komisjonil kohustus tõendada, et väidetav rikkumine on aset leidnud, ja esitada Euroopa Kohtule kõik asja hindamise seisukohast olulised asjaolud[38], ning kuna komisjon ei ole eeltoodud järeldusi arvesse võttes seda tõendamiskohustust täitnud, tuleb hagi väide, mis puudutab asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumist, osas, milles see on vastuvõetav, põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

– Teise võimalusena: põhjendatuse uurimine juhul, kui esmase õiguse rikkumist käsitlev hagi väide tunnistatakse tervikuna vastuvõetavaks

95. Kui Euroopa Kohus peaks asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumist puudutava väite erinevalt käesolevast ettepanekust tunnistama tervikuna vastuvõetavaks, tuleb tervikuna uurida ka kõnealuse väite põhjendatust.

96. Selle oletuse puhul on põhjendatuse uurimise lähtepunkt järeldus, et komisjon jättis küsimuse, kas kõnealuste päästeteenuste puhul on ülekaalus isikute vedu või pigem meditsiiniline abi, teadlikult lahtiseks. Seetõttu ei saa tuvastada, kas kõnealustele päästeteenustele – segateenustele direktiivide 92/50 või 2004/18 tähenduses – kohaldatakse

38 – Vt 29. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-246/08: komisjon *vs.* Soome (EKL 2009, lk I-10605, punkt 52); 6. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-438/07: komisjon *vs.* Rootsi (EKL 2009, lk I-9517, punkt 49) ja 13. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-507/03: komisjon *vs.* Iirimaa (EKL 2007, lk I-9777, punkt 33).

riigihankeid reguleerivaid direktiive täies ulatuses[39] ja kas nende puhul oleks tulnud korraldada kõnealustes direktiivides ette nähtud hankemenetlusi järgiv riigihange. Komisjon üritas seda probleemi vältida, väites oma hagis üldiselt, et rikutud on asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust.

Teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkuse põhimõte

97. Selle menetlustaktikat puudutava komisjoni otsuse osas tekib käesolevas asjas siiski põhimõtteline küsimus, kas komisjon võib juhul, kui ta tuvastab, et liikmesriigi tegevus võib rikkuda nii esmast õigust kui ka täies ulatuses direktiive 92/50 või 2004/18, vabalt otsustada EÜ artikli 226 alusel algatatud menetluse raames, kas ta tugineb oma hagis esitatavate nõuete puhul esmasele õigusele või hankeid reguleerivatele direktiividele. Järgnevalt uurin seda küsimust, kaasates teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkuse põhimõtte ja võttes arvesse EÜ artikli 226 alusel algatatud menetluse mõtet ja eesmärki.

98. Seejärel käsitlen esmase õiguse rangeid nõudeid, mida hiljutise kohtupraktika kohaselt kohaldatakse teiseseid teenuseid puudutavate hangetega seotud piiriülese huvi tõendamise puhul, ja uurin, millise järelduse võib selle kohtupraktika alusel teha käesoleva asja hindamisel.

99. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tähendab teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkuse põhimõte seda, et kõiki siseriiklikke meetmeid valdkonnas, mis on ühenduse tasandil lõplikult ühtlustatud, tuleb hinnata teisese õiguse normide, mitte EÜ asutamislepingu sätete alusel.[40]

100. Komisjon väidab käesolevas asjas esmase õiguse tasandil sisuliselt seda, et rikutud on asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust.

39 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 34 jj.

40 – Vt nt 11. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-322/01: Deutscher Apothekerverband (EKL 2003, lk I-14887, punkt 64).

101. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tähendab riigihangete valdkonnas esmasest õigusest tulenev võrdse kohtlemise põhimõte seda, et kõikidel pakkujatel on oma pakkumuste koostamisel samad võimalused, sõltumata nende kodakondsusest.[41] Võrdse kohtlemise põhimõttest ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõttest tuleneb eelkõige läbipaistvuskohustus, mille sisu on tagada piisava teabe avaldamine kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab teenuste kontsessiooni avamist konkurentsile ning samuti hankemenetluse erapooletuse kontrolli.[42]

102. See esmases õiguses sätestatud võrdse kohtlemise ja piisava läbipaistvuse tagamise põhimõte on direktiivides 92/50 ja 2004/18 teavitamis- ja avaldamiskohustusi puudutavate äärmiselt üksikasjalike sätete näol suures osas ühtlustatud. Neile teiseses õiguses sätestatud läbipaistvuskohustustele on omane üksikasjalik ühtlustamine, mida mõne punkti puhul tuleb käsitada täieliku ühtlustamisena.[43]

103. Teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkuse tõttu kerkib käesolevas menetluses seega küsimus, kas komisjon võib esitada väite esmases õiguses sätestatud mittediskrimineerimise põhimõtte ja sellest tuleneva läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumise kohta, kuigi kõnealuste lepingute sõlmimine kuulub juhul, kui maksumuse poolest on ülekaalus veoelement, täielikult riigihankeid reguleerivate direktiivide kohaldamisalasse[44] ja kuigi asutamisvabadusest ja teenuste

41 – 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen (EKL 2005, lk I-8585, punkt 48).

42 – 15. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-196/08: Acoset (EKL 2009, lk I-9913, punkt 49) ja 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-410/04: ANAV (EKL 2006, lk I-3303, punkt 21). Mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvusnõude vahelise suhte kohta vt eespool 38. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Iirimaa, punkt 30 jj; 21. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-412/04: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2008, lk I-619, punkt 66); 21. juuli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-231/03: Coname (EKL 2005, lk I-7287, punkt 17 jj) ja 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-324/98: Telaustria ja Telefonadress (EKL 2000, lk I-10745, punkt 60 jj).

43 – Üldiselt tuleb lähtuda sellest, et direktiivide 92/50 ja 2004/18 eesmärk ei olnud täielikult ühtlustada nende kohaldamisalasse kuuluvate riigihankelepingute sõlmimist. See selgub juba nimetatud direktiivide pealkirjadest, milles nimetatakse lepingute sõlmimise korra kooskõlastamist. Asjaolu, et direktiividega taotleti minimaalset ühtlustamist, ei välista siiski seda, et teatud valdkonnad on ikkagi täielikult ühtlustatud. Pidades silmas äärmiselt üksikasjalikke norme, mis on direktiivides sätestatud seoses teavitamis- ja avaldamiskohustustega üksikute hankemenetluste puhul, on just selles valdkonnas äärmiselt raske teha vahet – väga üksikasjalikul – minimaalsel ühtlustamisel ja ammendaval täielikul ühtlustamisel. Kohtujurist Mazák märkis oma 22. septembri 2009. aasta ettepanekus kohtuasjas C-299/08: komisjon *vs.* Prantsusmaa (ettepaneku punkt 12 jj) asjakohaselt, et direktiivi 2004/18 artiklis 28 ja järgnevates artiklites esitatud üksikute hankemenetluste loetelu tuleb igal juhul lugeda ammendavaks, ja see leidis kinnitust ka Euroopa Kohtu 10. detsembri 2009. aasta otsuses nimetatud kohtuasjas (EKL 2009, lk I-11587, punkt 28 jj). Sellest tuleneb otseselt, et kõnealuseid menetlusi puudutavaid norme tuleb vähemalt osaliselt hinnata täieliku ühtlustamise kajastusena.

44 – Kui komisjon oleks seevastu tõendanud, et päästeteenuseid tuleb käsitada teiseseid teenuseid hõlmavate lepingutena, mis kuuluvad riigihankeid reguleerivate direktiivide kohaldamisalasse seega vaid osaliselt, oleks väljakujunenud kohtupraktika kohaselt – selge piiriülese huvi olemasolu korral – võimalik kohaldada EÜ artiklitest 43 ja 49 tulenevaid põhimõtteid. Vt eespool 38. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Iirimaa, punkt 29 jj.

osutamise vabadusest tulenev mittediskrimineerimise põhimõte ja läbipaistvusnõue on nimetatud hankeid reguleerivates direktiivides üksikasjalikult ja mõne punkti puhul koguni täielikult ühtlustatud.

104. Euroopa Kohus ei ole senises kohtupraktikas sellele küsimusele veel ammendavalt vastanud.

105. On selge, et teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkus välistab tuginemise esmases õiguses sätestatud õigustavatele asjaoludele seoses põhivabaduste rikkumisega, kui rikkumine puudutab valdkonda, kus õigustavad asjaolud on täielikult ühtlustatud.[45] Teisalt ei saa siseriiklikku normi, millega liikmesriik täidab teiseses õiguses sätestatud kohustuse, käsitada põhivabaduse rikkumisena.[46] Teisese õiguse kohaldatavus sattuks nimelt kahtluse alla, kui esmases õiguses sätestatud luba võiks kasutada teiseses õiguses sätestatud keelu vastu või esmases õiguses sätestatud keeldu teiseses õiguses sätestatud nõude vastu.[47]

106. Kuigi mitmes eelotsuses on samuti kinnitatud, et siseriiklikku meedet ei või enam hinnata põhivabaduste alusel, kui on olemas ammendav teisese õiguse norm,[48] on siiani suurel määral selgitamata, kas põhivabaduste rikkumist ei või enam otseselt vaidlustada ka liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse raames, juhul kui – ja osas, milles – vaidlustatud käitumine ühtlasi rikub või võib rikkuda teisese õiguse normi, millega mõni kõnealuste põhivabaduste kohaldamisalasse kuuluv valdkond on täielikult ühtlustatud.[49]

107. Minu hinnangul ei saa asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest

45 – 24. märtsi 2009. aasta otsus kohtuasjas C-445/06: Danske Slagterier (EKL 2009, lk I-2119, punkt 25); 11. juuli 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-427/93, C-429/93 ja C-436/93: Bristol-Myers Squibb jt (EKL 1996, lk I-3457, punkt 25); 30. novembri 1983. aasta otsus kohtuasjas 227/82: Van Bennekom (EKL 1983, lk 3883, punkt 35) ja 5. oktoobri 1977. aasta otsus kohtuasjas 5/77: Tedeschi (EKL 1977, lk 1555, punkt 33 jj).

46 – Vt nt eespool 40. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Deutscher Apothekerverband, punkt 52 jj.

47 – Vt selle kohta Randelzhofer, A. ja Forsthoff, U. seisukoht eespool 14. joonealuses märkuses viidatud teoses Grabitz, E. ja Hilf, M., EÜ asutamislepingu artiklid 39–55, punkt 149.

48 – Põhjapanevaks otsuseks võib lugeda 12. oktoobri 1993. aasta otsust kohtuasjas C-37/92: Vanacker ja Lesage (EKL 1993, lk I-4947). Vt ka 17. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-470/03: AGM-COS.MET (EKL 2007, lk I-2749, punkt 50 jj); 13. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-145/02: Denkavit (EKL 2005, lk I-51, punkt 22 jj); 14. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-309/02: Radlberger Getränkegesellschaft (EKL 2004, lk I-11763, punkt 52 jj) ja 13. detsembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-324/99: Daimler Chrysler (EKL 2001, lk I-9897, punkt 32 jj).

49 – Täielikule ühtlustamisele suunatud teisese õiguse normide piirava mõju kohta põhivabaduste kohaldamisalale vt Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV* (väljaandjad Calliess, C. ja Ruffert, M.), 3. tr, 2007, EÜ asutamislepingu artiklid 28–30, punkt 18.

tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumist liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse raames enam otseselt ette heita, kui vaidlustatud käitumine rikub samal ajal kõnealustele põhivabadustele tuginevat teisese õiguse normi, mis on oma laadilt täielikult ühtlustatud. Kui komisjonile antaks sellisel juhul seevastu võimalus valida, kas vaidlustada põhivabaduse rikkumine või täielikult ühtlustatud teisese õiguse normi rikkumine, kahjustaks see oluliselt teisese õiguse kohaldatavust.

108. Täielikule ühtlustamisele suunatud teisese õiguse normi eripära seisneb selles, et liikmesriikide nõuded ei tohi olla ühenduse õiguse nõuetest ei suuremad ega väiksemad. Seda arvesse võttes on täielikule ühtlustamisele suunatud normid sõnastatud põhimõtteliselt väga konkreetselt. Kui mis tahes põhivabaduse kohaldamisalasse kuuluva valdkonna suhtes hakatakse kohaldama täielikule ühtlustamisele suunatud teisest õigust, on peaaegu välistatud, et esmases õiguses ja teiseses õiguseks pandaks liikmesriikidele täpselt samad kohustused. Teisese õiguse normidega nimelt sõnastatakse ja kujundatakse põhiõigusi puudutavad sätted konkreetseteks õigusteks ja kohustusteks. Esmase õiguse normid on seevastu palju üldisemad ja neid võib põhimõtteliselt järgida mitmel eri viisil. Selline normide detailsusastme erinevus põhjustab vältimatult sisemisi pingeid esmase õiguse ja täielikule ühtlustamisele suunatud teisese õiguse vahel, eeskätt „esmase õiguse kohase loa" ja „teisese õiguse kohase keelu" vahel või vastupidi.

109. Eespool nimetatud kohtupraktikas, milles käsitletakse esmases õiguses sätestatud õigustavate asjaolude kohaldamatust – kuivõrd need kuuluvad täielikult ühtlustamisele –, lahendatakse see vastuoluline suhe „esmase õiguse kohase loa" ja „teisese õiguse kohase keelu" vahel teisese õiguse kohase keelu kasuks, kinnitades selle ülimuslikkust. Samasuguse huvide kaalumise alusel tuleb lahendada ka üldine pingestatud suhe sisuliselt abstraktsema ja mitte nii täpselt sõnastatud esmase õiguse kohase põhivabaduse ja sellel põhineva, sisuliselt väga konkreetse ja täpselt sõnastatud, täielikule ühtlustamisele suunatud teisese õiguse normi vahel teisese õiguse normi kasuks,[50] mida kinnitavad eelotsused Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktikas.[51]

50 – Kuigi eespool 45. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsuses Danske Slagterier, punkt 18 jj, kinnitati kodanike võimalust tugineda kaupade vaba liikumise õigusele, hoolimata kahe ühtlustava direktiivi olemasolust, ei eitanud Euroopa Kohus selles siiski teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkust käesoleva asja tähenduses. Nagu märkisin nimetatud kohtuasjas 4. septembril 2008 esitatud ettepaneku punktis 82, ei viita nimelt miski sellele, et ühenduse seadusandja tahtis nende direktiividega kujundada ka liidu kodanike õigusi ja võtta neilt seega võimalus tugineda EÜ artiklis 28 sätestatud kaupade vaba liikumise õigusele.

51 – Vt selle kohta 48. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

110. Võttes arvesse eespool esitatud kaalutlusi, ei või komisjon, jõudes järeldusele, et liikmesriigi tegevus võib rikkuda nii esmase õiguse norme kui ka nendel põhinevat täielikule ühtlustamisele suunatud teisest õigust, piirduda liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse raames esmase õiguse üldise rikkumise väitega.

111. Öeldu kehtib ka käesolevas asjas, milles esitatakse asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ning sellest tuleneva läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumise väide, kuigi riigihankeid reguleerivad direktiivid võivad olla tervikuna kohaldatavad ja just läbipaistvusnõue on nimetatud direktiivides reguleeritud üksikasjalikult ja teatavates punktides ammendavalt. Kuna läbipaistvuskohustused on teisese õiguse hulka kuuluvates riigihankeid reguleerivates direktiivides sätestatud äärmiselt üksikasjalikult, kerkib ka siinkohal „esmase õiguse kohase loa" ja „teisese õiguse kohase keelu" vahelise pingestatud suhte probleem, mis tuleb eespool esitatud hinnangu alusel lahendada teisese õiguse normi kasuks.[52]

112. Eespool esitatud kaalutlusi arvesse võttes ei saa komisjon sellises asjas nagu käesolev piirduda sellega, et esitab vaid väite asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse üldise rikkumise kohta.

113. Seda järeldust kinnitab EÜ artikli 226 alusel algatatud liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse mõtte ja eesmärgi täpsem analüüs. Sellel menetlusel on objektiivne õiguslik ülesanne, nimelt tagada ühenduse õiguse ühetaoline rakendamine.[53] EÜ artikli 226 alusel algatatud liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse eesmärk ei ole järelikult liikmesriigi karistamine. Järeldus, et teatud menetlus või olukord on ühenduse õigusega

52 – Sellega seoses tuleb meenutada, et minimaalse ühtlustamisega kehtestatakse liikmesriikidele minimaalsed nõuded. Kui neis minimaalsetes nõuetes sätestatakse ranged eeskirjad menetluste ja tähtaegade kohta, mida tuleb võrdse kohtlemise põhimõtte ja läbipaistvusnõude tagamiseks järgida, võib esmase õiguse normidega seoses tekkida pingeid, mis on vähemalt sama suured kui täieliku ühtlustamise korral.

53 – Gaitanides, C., teoses von der Groeben, H. ja Schwarze, J. (väljaandjad), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. tr, Baden-Baden, 2003, EÜ artikkel 226, punkt 2. Vt ka Rengeling, H. W., Middeke, A. ja Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2. tr, München, 2003, 6. lõige, punkt 2.

vastuolus, ei ole eesmärk iseenesest, vaid sellega püütakse esmalt teha kindlaks, kas ja mil määral on tegemist ühenduse õigusega vastuolus oleva olukorraga. Kohtu järeldus, et liikmesriik on rikkunud oma kohustusi, peab samal ajal võimaldama tuvastada, millised meetmed on ühenduse õiguse alusel vajalikud, et oleks võimalik saavutada või taastada ühenduse õigusega kooskõlas olev olukord.[54]

114. Kui sellises menetluses nagu käesolev oleks eesmärk üldiselt tuvastada, et Saksamaa Liitvabariik on vaidlustatud hankelepinguid sõlmides rikkunud esmases õiguses sätestatud mittediskrimineerimise põhimõtet ja esmases õiguses sätestatud läbipaistvuse tagamise kohustust, tegemata kindlaks, kas kõnealuste segateenuste puhul on ülekaalus esmased teenused ja kas riigihankeid reguleerivaid direktiive tuleb seega kohaldada täies ulatuses, ei oleks tagantjärele võimalik täie kindlusega tuvastada, millised meetmed on ühenduse õiguse alusel vajalikud, et saavutada või taastada ühenduse õigusega kooskõlas olev olukord. Kui päästeteenused kuuluksid nimelt tervikuna riigihankeid reguleerivate direktiivide kohaldamisalasse, ei piisaks sisuliselt vähem kujundatud ja täpsustatud esmase õiguse kohase läbipaistvusnõude järgimisest, et täita riigihankeid reguleerivate direktiivide äärmiselt üksikasjalikke tingimusi.[55]

115. Tuginedes nendele kaalutlustele, jõuan järeldusele, et võttes arvesse teisese õiguse kohaldamise ülimuslikkust ja EÜ artikli 226 alusel algatatud liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse eesmärki, ei saa Magdeburgi linna sõlmitud hankelepingut, mille komisjon vaidlustas, hinnata asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse alusel.

Teiseseid teenuseid hõlmavate hankelepingutega seotud piiriülese huvi tõendamine

116. Vaid riigisisesed asjaolud ei kuulu põhimõtteliselt põhivabaduste kohaldamisalasse. Seega peab komisjon, esitades

54 – Vt eespool 53. joonealuses märkuses viidatud Gaitanides, C., punkt 12, mille kohaselt ei ole EÜ artikli 226 alusel algatatud menetluses küsimus ei liikmesriikide vastutuses üldise rahvusvahelise õiguse tähenduses ega liikmesriikide vastutusele võtmises, vaid olukorra objektiivses tuvastamises. Menetlusel on üksnes korra loomise ülesanne ja selle ainus eesmärk on sundida liikmesriike lõpetama liikmesriigi kohustuste rikkumine. Asutamislepingut rikkunud riigi avalik kritiseerimine võib olla üksnes menetluse kõrvalmõju, kuid mitte kunagi selle eesmärk.

55 – Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt kohustab läbipaistvuse tagamise kohustus tagama piisava avalikustamise, kuid ei eelda siiski tingimata riigihanke korraldamist; vt 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-324/07: Coditel Brabant (EKL 2008, lk I-8457, punkt 25) ja eespool 42. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Coname, punkt 21. Vt eespool 36. joonealuses märkuses viidatud Egger, A., punkt 147 jj, kelle hinnangul annavad esmase õiguse normid liikmesriikidele suurema otsustamisvabaduse kui riigihankeid reguleerivad direktiivid. Seejuures toob Egger õigesti esile, et erinevus ei seisne üksnes uurimise intensiivsuses, vaid et esmase õiguse normid on üldisemad ja seetõttu kokkuvõttes vähem ranged ja vähem üksikasjalikud. Vt van den Berge, I. J., „De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies", *NTER* 2005, lk 241 ja 243, kelle hinnangul on EÜ artiklite 28, 43 ja 49 alusel vaevalt võimalik teha mingit üldkohaldatavat järeldust läbipaistvuse tagamise kohustuse kohta.

asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumise väite, tõendama, et kõnealuste hankelepingute vastu on piiriülene huvi.

117. Euroopa Kohus märkis 13. novembri 2007. aasta otsuses kohtuasjas komisjon *vs.* Iirimaa[56] direktiivi 92/50 I B lisas loetletud teenuseid hõlmavate hankelepingute kohta, et selliste teenuste puhul kohaldatakse põhimõtteliselt küll EÜ asutamislepingu põhimõtteid asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse valdkonnas, kuid komisjon peab siiski alati tõendama kõnealuse lepinguga seotud piiriülese huvi olemasolu. Sellest, et komisjon lihtsalt viitab kaebusele, mis esitati talle seoses käsitletava riigihankega, ei piisa tõendamiseks, et asjaomane riigihange äratab kindlat piiriülest huvi, ja selle alusel liikmesriigi kohustuste rikkumise olemasolu järeldamiseks.[57]

118. Seda teiseste teenuste osutamise lepingutega seotud piiriülese huvi olemasolu ranget uurimist võib – vähemalt osaliselt – seletada sellega, et direktiivi 92/50 I B lisas ja/või direktiivi 2004/18 II B lisas loetletud teenuseid hõlmavatel riigihankelepingutel ei ole ühenduse seadusandja arvates *a priori* piiriülest tähtsust. Seetõttu on direktiivides 92/50 ja 2004/18 kõnealuse teenuste rühma puhul sätestatud üksnes tagantjärele teate esitamise kohustus.[58]

119. Kuna komisjon peab liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse raames esitama Euroopa Kohtule kõik asja hindamise seisukohast vajalikud faktilised asjaolud, ei või ta esmases õiguses sätestatud rangemaid nõudeid, mis esitatakse piiriülese huvi olemasolu tõendamisele peamiselt teiseseid teenuseid hõlmavate segalepingute puhul, eirata seeläbi, et jätab teadlikult lahtiseks küsimuse, mis käsitleb vaidlustatud segateenuste liigitamist riigihankeid reguleerivate õigusnormide kohaselt. Seega peab komisjon ka sellises asjas nagu käesolev tõendama piiriülese huvi olemasolu kõnealuseid teenuseid hõlmavate hankelepingute puhul vastavalt rangetele tingimustele, mille Euroopa Kohus määras kindlaks teiseste teenuste puhul 13. novembri 2007. aasta otsuses kohtuasjas komisjon *vs.* Iirimaa.

120. Magdeburgi linna sõlmitud hankelepinguga seotud piiriülese huvi olemasolu tõendina viitab komisjon üksnes üldisele

56 – Eespool 38. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Iirimaa, punkt 29 jj.

57 – Samas, punkt 34.

58 – Samas, punkt 25. Vt ka Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Bd. III., Beihilfe- und Vergaberecht*, Berliin jm, 2007, punkt 2116.

kaebusele päästeteenuseid hõlmavate lepingute sõlmimise kohta Saksamaal ning kõnealuste teenuste majanduslikule tähtsusele, kusjuures lepingu suure mahu tõttu võib paratamatult eeldada välismaiste teenuseosutajate suurt huvi. Need komisjoni üldised märkused, milles ei viidata mingil viisil Magdeburgi linna sõlmitud hankelepingule ja mis põhinevad lisaks osaliselt oletustel, ei vasta kõrgetele nõuetele, mida esitatakse teiseseid teenuseid hõlmavate hankelepingutega seotud piiriülese huvi olemasolu tõendamisele.

121. Kuna piiriülest ulatust ei ole tõendatud, tuleb komisjoni väide, et ka Magdeburgi linna sõlmitud hankeleping rikub asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust, põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Järeldus

122. Eespool esitatud kaalutlusi arvesse võttes jõuan järeldusele, et Saksamaa Liitvabariik on Magdeburgi linna sõlmitud vaidlusaluse hankelepingu puhul rikkunud direktiivi 92/50 artiklit 16 ja direktiivi 2004/18 artikli 35 lõiget 4. Muus osas tuleb komisjoni väited Magdeburgi linna sõlmitud hankelepingu kohta vastuvõetamatuks tunnistada või vähemalt põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Bonni linna (Nordrhein-Westfaleni liidumaa) ja Witteni linna (Nordrhein-Westfaleni liidumaa), Hannoveri piirkonna (Alam-Saksi liidumaa) ja Hameln-Pyrmonti maakonna (Alam-Saksi liidumaa) sõlmitud hankelepingud

123. Komisjon on Bonni ja Witteni linna, Hannoveri piirkonna ja Hameln-Pyrmonti maakonna sõlmitud hankelepingute kohta märkinud järgmist.

124. Bonni linn sõlmis 2004. aastal hankijana päästeteenuste hankelepingu ajavahemikuks 1. jaanuarist 2005 kuni 31. detsembrini 2008, avaldamata üleeuroopalist hanketeadet. Lepingu ese oli muu hulgas nelja kiirabi valvekeskuse käigushoidmine. Lepingute maksumus oli vähemalt 5,28 miljonit eurot.

125. Witteni linn oli vähemalt alates 2005. aastast sõlminud hankijana üleeuroopalist hanketeadet avaldamata päästeteenuste hankelepingud, mille maksumus oli 945 753 eurot aastas. Lepingute ese oli ühe kiirabi valvekeskuse käigushoidmine.

126. Hannoveri piirkond kuulutas 2004. aastal hankijana päästeteenuste osutamiseks välja riigihanke, milles võisid osaleda üksnes senised teenuseosutajad ehk Arbeiter-Samariter-Bund (edaspidi „ASB"), Deutsche Rote Kreuz (edaspidi „DRK"), Johanniter-Unfallhilfe (edaspidi „JUH") ja RKT GmbH. Lepingud hõlmasid ajavahemikku 1. jaanuarist 2005 kuni 31. detsembrini 2009 ja nende kogumaksumus oli ligikaudu 65 miljonit eurot.

127. Hameln-Pyrmonti maakond sõlmis 1993. aastal DRK maakondliku osakonnaga hankelepingu päästeteenuste osutamiseks maakonna territooriumil. Esialgu kümneaastase kehtivusajaga lepingut ei lõpetatud, vaid seda pikendati riigihanget korraldamata 2003. aastal veel kümneks aastaks. Lisaks sellele loodi Emmerthali vallas 1999. aastal uus kiirabi valvekeskus, mille käigushoidmine anti samuti riigihanget korraldamata DRK-le. Nimetatud hangete kogumaksumus on 7,2 miljonit eurot aastas.

128. Saksamaa Liitvabariik ei eita nende faktiliste asjaolude olemasolu.

129. Komisjon väidab kõikide nimetatud juhtumite puhul, et rikutud on sõlmitud lepingutest teatamise kohustust (direktiivi 92/50 artikkel 16 ja/või direktiivi 2004/18 artikli 35 lõige 4). Need rikkumised on vaieldamatult toimunud.

130. Seevastu komisjoni poolt kõigi nimetatud juhtumite osas esitatud väide, et rikutud on asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust, ei ole minu arvates tõendatud. Seda väidet ei saa tunnistada vastuvõetavaks samadel õigusdogmaatilistel ja tõenditega seotud põhjustel, mille esitasin juba Magdeburgi linna sõlmitud hankelepingu analüüsi käigus.[59]

Uelzeni maakonna (Alam-Saksi liidumaa) sõlmitud hankeleping

131. Uelzeni maakonna sõlmitud hankelepingu kohta väitis komisjon, et DRK osutas

59 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 91 jj.

10. juulil 1984 sõlmitud lepingu alusel päästeteenuseid Uelzeni maakonna territooriumil, välja arvatud Bevensen-Bienenbütteli piirkonnas. 2004. aastal tehti kõnealusesse lepingusse olulisi muudatusi, mida tuleks käsitada uue lepingu sõlmimisena. Uut lepingut sõlmides ei järgitud direktiivi 92/50 artiklit 16. Lisaks rikuti kõnealuse uue lepinguga asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust.

132. Saksamaa Liitvabariik väidab, et 2004. aastal lepingusse tehtud muudatused tulenevad sellest, et Uelzeni maakond tellis 1984. aastal Bevenseni omavalitsuste liidult päästeteenuste osutamise Bevensen-Bienenbütteli piirkonnas. DRK võttis 2002. aastal ettevõtte ülevõtmisega seoses üle kogu Bevenseni omavalitsuste liidu päästeteenuse. See selgitab Uelzeni maakonna ja DRK vahel sõlmitud lepingusse 2004. aastal tehtud muudatusi, mis ei ole nii olulised, et neid võiks käsitada uue, riigihankeid reguleerivate õigusnormide seisukohast olulise hankena. Kuna vaidlustatud leping on sõlmitud 1984. aastal ja seega enne direktiivi 92/50 ülevõtmistähtaja möödumist, ei saa selle direktiivi täitmata jätmist enam vaidlustada.

133. Küsimusele, mis tingimustel tuleb olemasoleva lepingu muudatusi käsitada iseseisva hankelepingu sõlmimisena hankeid reguleerivate direktiivide tähenduses, on Euroopa Kohus vastanud 19. juuni 2008. aasta otsuses kohtuasjas Pressetext Nachrichtenagentur.[60] Seejuures toob Euroopa Kohus esile, et kehtiva riigihankelepingu klauslite muutmist tuleb pidada uue riigihankelepingu sõlmimiseks direktiivi 92/50 tähenduses juhul, kui need muudatused on algse riigihankelepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.[61] Samuti võib algse riigihankelepingu oluliseks muutmiseks pidada seda, kui sellega laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud.[62]

134. Saksamaa valitsuse esitatud dokumentidest ja märkustest selgub, et riigihankelepingusse lisati 2004. aastal avaliku päästeteenuse osutamine Bevenseni kiirabi valvekeskuse piirkonnas, mis hõlmab ligikaudu neljandikku maakonna kogupindalast. Lisaks möönab Saksamaa Liitvabariik, et Uelzeni maakonda puudutava lepingu kogumaksumus on ligikaudu 4 450 000 eurot aastas ja et osutatavate

60 – 19. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas C-454/06: Pressetext Nachrichtenagentur (EKL 2008, lk I-4401, punkt 28 jj).

61 – Samas, punkt 34.

62 – Samas, punkt 36.

päästeteenuste maksumus Bevenseni kiirabi valvekeskuse piirkonnas on vähemalt 670 000 eurot aastas.[63]

135. Uelzeni maakonna ja DRK vahelisse lepingusse 2004. aastal tehtud muudatuste tõttu lisati päästeteenuste hankelepingusse seega veel üks piirkond kõnealuses maakonnas, mille tagajärjel suurenes kogu tegevuspiirkond ligikaudu 25% ja lepingu kogumaksumus vähemalt 15%. Lepingusse 2004. aastal tehtud muudatusi tuleb seega pidada oluliseks, mistõttu on toiming käsitatav uue hankelepingu sõlmimisena avaliku päästeteenuse osutamiseks kogu maakonna territooriumil, ning kuulub direktiivi 92/50 kohaldamisalasse. Seda järeldust ei muuda Saksamaa Liitvabariigi esitatud – dokumenteerimata – teave teise teenuseosutaja päästeteenuse ülevõtmise kohta.

136. Sellega seoses ei ole vaidlust selle üle, et 2004. aastal uut hankelepingut sõlmides ei järgitud direktiivi 92/50 artiklit 16. Seega on käesolevas asjas tõendatud, et Saksamaa Liitvabariik rikkus nimetatud sätet.

137. Seevastu komisjoni väide, et rikutud on asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust, ei ole minu arvates tõendatud. Seda väidet ei saa tunnistada vastuvõetavaks samadel õigusdogmaatilistel ja tõenditega seotud põhjustel, mille esitasin juba Magdeburgi linna sõlmitud hankelepingu analüüsi käigus.[64]

Westsachseni (Saksi liidumaa), Chemnitzi/Stollbergi (Saksi liidumaa) ja Vogtlandi (Saksi liidumaa) päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliidu sõlmitud hankelepingud

138. Westsachseni, Chemnitz/Stollbergi ja Vogtlandi päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliidu sõlmitud vaidlusaluste hankelepingute kohta märgib komisjon järgmist.

139. Rettungszweckverband Westsachsen (Westsachsenis päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliit) sõlmis hankijana ASB, DRK, JUH ja Berufsfeuerwehr Zwickauga (Zwickau kutseline tuletõrje) päästeteenuste osutamise lepingud kehtivusajaga neli aastat ja kogumaksumusega

63 – Saksamaa Liitvabariigi 4. septembri 2008. aasta kostja vastus, punkt 22.

64 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 91 jj.

7,9 miljonit eurot aastas. Kõnealuseid lepinguid pikendati 2003. aastal hanketeadet avaldamata veel neljaks aastaks. Lepingute lõppemisel pikendati neid 31. detsembrini 2008.

140. Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg (Chemnitzis ja Stollbergis päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliit) sõlmis hankijana ASB, DRK, JUH ja Berufsfeuerwehr Chemnitziga (Chemnitzi kutseline tuletõrje) päästeteenuste osutamise lepingud kehtivusajaga neli aastat ja kogumaksumusega 3,3 miljonit eurot aastas. Kõnealuseid lepinguid pikendati 2002. aastal hanketeadet avaldamata veel neljaks aastaks. Lepingute lõppemisel pikendati neid 31. detsembrini 2008.

141. Rettungszweckverband Vogtland (Vogtlandis päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliit) sõlmis hanketeadet avaldamata 2002. ja 2004. aastal hankijana ASB, DRK, JUH, eraõigusliku Rettungsdienstgesellschaft Plaueniga (päästeühing) ja Berufsfeuerwehr Plaueniga (Plaueni kutseline tuletõrje) päästeteenuste osutamise lepingud kehtivusajaga neli aastat ja kogumaksumusega 3,9 miljonit eurot aastas. Lepingute kehtivusaeg oli neli aastat ning lepingute lõppemisel pikendati lepinguid 31. detsembrini 2008.

142. Komisjon heidab kõikide nende juhtumite puhul ette sõlmitud lepingutest teatamise kohustuse rikkumist (direktiivi 92/50 artikkel 16 ja direktiivi 2004/18 artikli 35 lõige 4). Kõnealused rikkumised leidsid aset.

143. Seda järeldust ei kummuta Saksamaa Liitvabariigi esitatud märkused, et vastavalt tuletõrjet, päästeteenistust ja kodanikukaitset käsitleva Saksi liidumaa 1. jaanuari 2005. aasta seadusele tuleb enne päästeteenuseid hõlmava hankelepingu sõlmimist korraldada valikumenetlus. Eeskätt ei ole Saksamaa Liitvabariik esitanud vastuväiteid komisjoni järelduse osas, mille kohaselt pikendati kõiki sõlmitud lepinguid kõigi vaidlustatud juhtumite puhul vana korra kohaselt 31. detsembrini 2008.

144. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb liikmesriigi kohustuste rikkumise esinemist hinnata liikmesriigi põhjendatud arvamuses määratud tähtaja lõppemisel esineva olukorra alusel.[65] Käesolevas asjas on otsustav seega 16. veebruaril 2007 valitsenud olukord.

65 – 6. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-562/07: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 2009, lk I-9553, punkt 23); 19. mai 2009. aasta otsus kohtuasjas C-531/06: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2009, lk I-4103, punkt 98) ja 19. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas C-319/06: komisjon *vs.* Luksemburg (EKL 2008, lk I-4323, punkt 72).

Riigihankeid reguleerivate direktiivide väidetav rikkumine toimus sel kuupäeval.

145. Seevastu komisjoni poolt kõigi nende juhtumite osas esitatud väide, et rikutud on asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tulenevat mittediskrimineerimise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust, ei ole minu arvates tõendatud. Seda väidet ei saa tunnistada vastuvõetavaks samadel õigusdogmaatilistel ja tõenditega seotud põhjustel, mille esitasin juba Magdeburgi linna sõlmitud hankelepingu analüüsi käigus.[66]

Järeldus

146. Eespool esitatud kaalutlusi arvesse võttes jõuan järeldusele, et Saksamaa Liitvabariik on Magdeburgi, Bonni ja Witteni linna, Hannoveri piirkonna, Uelzeni maakonna ja Hameln-Pyrmonti maakonna ning Westsachseni, Chemnitzi ja Stollbergi ning Vogtlandi päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliitude sõlmitud hankelepingute puhul rikkunud direktiivi 92/50 artiklit 16 ja direktiivi 2004/18 artikli 35 lõiget 4. Asutamisvabadusest ja teenuste osutamise vabadusest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõtte ja läbipaistvuse tagamise kohustuse rikkumist ei ole komisjon seevastu tõendanud.

Ebaseaduslik lepingute sõlmimise tava Saksamaa Liitvabariigis

147. Komisjon väidab käesolevas asjas, et vaidlustatud hankemenetlused viitavad väljakujunenud ja üldise hankelepingute sõlmimise tava olemasolule. Seda arvesse võttes palub komisjon tuvastada, et Saksamaa Liitvabariik on ebaseadusliku lepingute sõlmimise tava tõttu rikkunud ühenduse õigust.

148. Kui riigihanke eeskirjadega vastuolus olev tava liikmesriigis on tõendatud, võib seda tava kui sellist EÜ artikli 226 alusel algatatud menetluses ette heita.[67] Sellega seoses peab komisjon esmalt põhjendatult tõendama korduvate rikkumiste olemasolu, mis viitavad tava olemasolule. Seejärel peab asjaomane

66 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 91 jj.

67 – Sellega seoses viitan vaid väljakujunenud kohtupraktikale, mille kohaselt võib liikmesriigi kohustuste rikkumine tuleneda haldustavast, kuigi kohaldatavad siseriiklikud normid on ühenduse õigusega kooskõlas. Vt 10. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-416/07: Saksamaa *vs.* Kreeka (EKL 2009, lk I-7883, punkt 24 ja seal viidatud kohtupraktika).

liikmesriik rikkumiste väited ükshaaval kummutama. Teiseks tuleb uurida, kas tõendatud rikkumisi võib käsitada dokumenteeritud ja üksikasjaliku tõendina vaidlustatud tava olemasolu kohta.[68]

149. Käesolevas asjas on komisjon tõendanud, et Magdeburgi (Saksi-Anhaldi liidumaa), Bonni (Nordrhein-Westfaleni liidumaa) ja Witteni (Nordrhein-Westfaleni liidumaa) linn, Hannoveri piirkond (Alam-Saksi liidumaa), Uelzeni maakond (Alam-Saksi liidumaa) ja Hameln-Pyrmonti maakond (Alam-Saksi liidumaa) ning Westsachseni (Saksi liidumaa), Chemnitzi ja Stollbergi (Saksi liidumaa) ja Vogtlandi (Saksi liidumaa) päästeteenuse osutamiseks moodustatud omavalitsusliidud on päästeteenuste osutamist puudutavate hankemenetluste puhul rikkunud direktiivi 92/50 artikli 16 ja/või direktiivi 2004/18 artikli 35 lõike 4 kohast teatamiskohustust.

150. Lisaks sellele väitis komisjon oma uuringute põhjal, et aastatel 2001–2006 teatati kogu Saksamaa Liitvabariigi kohta tervikuna üksnes kahest sõlmitud hankelepingust. Saksamaa Liitvabariik ei esitanud nende faktiliste asjaolude osas vastuväiteid.

151. Eeltoodud põhjustel tuleb seega tuvastada, et Saksi-Anhaldi, Nordrhein-Westfaleni, Alam-Saksi ja Saksi liidumaal on päästeteenuste osas välja kujunenud üldine hankelepingute sõlmimise tava, mille puhul rikutakse direktiivi 92/50 artikli 16 ja/või direktiivi 2004/18 artikli 35 lõike 4 kohast teatamiskohustust.

152. Järeldust sellise riigihankeid reguleerivate õigusnormidega vastuolus oleva tava olemasolu kohta nimetatud liidumaadel ei välista ka Saksamaa Liitvabariigi esitatud argument, et Bundesgerichtshofi kahe 1. detsembri 2008. aasta määruse[69] alusel peavad liidumaad senise päästeteenuste hankelepingute sõlmimise tava üle vaatama ja seda muutma, võttes arvesse riigihankeid reguleerivaid õigusnorme.

153. Nagu eespool juba märkisin, tuleb väljakujunenud kohtupraktika kohaselt hinnata liikmesriigi kohustuste rikkumise esinemist liikmesriigi põhjendatud arvamuses määratud tähtaja lõppemisel esineva olukorra alusel.[70] Käesolevas asjas on seega otsustav 16. veebruaril 2007 valitsenud olukord.

68 – Vt 19. märtsi 2009. aasta otsus kohtuasjas C-489/06: komisjon *vs.* Kreeka (EKL 2009, lk I-1797, punkt 40 jj).

69 – Bundesgerichtshofi 1. detsembri 2008. aasta määrus, X ZB 31/08. Vt käesoleva ettepaneku punkt 28.

70 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 144.

Riigihankeid reguleerivate direktiivide väidetav rikkumine esines sel ajal.

154. Samal põhjusel ei ole Saksamaa Liitvabariigi märkused Saksi liidumaa õigusliku olukorra muutumise kohta, mille tagajärjel loobuti lepingute sõlmimise tavast alates 1. jaanuarist 2009, käesoleva asja seisukohast enam asjakohased.

155. Vaieldav on siiski see, kas komisjon heitis ette üksnes Saksi-Anhaldi, Nordrhein-Westfaleni, Alam-Saksi ja Saksi liidumaa hankelepingute sõlmimise tava või esitas ta nimetatud nelja liidumaa hankelepingute sõlmimise tava kõikide Saksamaa liidumaade väljakujunenud ja üldise lepingute sõlmimise tava näitena.

156. Komisjoni väited on selles osas vastuolulised, sest komisjon väitis oma hagiavalduses sõnaselgelt, et käesolev hagi puudutab üksnes Saksi-Anhaldi, Nordrhein-Westfaleni, Alam-Saksi ja Saksi liidumaa riigihankelepingute sõlmimise tava, kuigi vaidluse esemeks olevat hankelepingute sõlmimise tava kasutavad ka teised Saksamaa liidumaad.[71] Oma vastuses palub komisjon seevastu tuvastada sellesama tava vastuolu riigihankeid reguleerivate õigusnormidega Saksamaa Liitvabariigi territooriumil tervikuna.[72]

157. Sellega seoses tuleb meenutada seda, et menetluse käigus ei saa esitada uusi väiteid.[73] Seda arvesse võttes tuleb käesolevas asjas lähtuda hagiavalduses sisalduvast territoriaalselt piiritletud nõudest, milles komisjon heidab kõnealust riigihankelepingute sõlmimise tava ette üksnes Saksi-Anhaldi, Nordrhein-Westfaleni, Alam-Saksi ja Saksi liidumaa puhul.

158. Eespool esitatud kaalutlusi arvesse võttes jõuan kokkuvõtvalt järeldusele, et Saksamaa Liitvabariik, sõlmides päästeteenuste tasulisi hankelepinguid Saksi-Anhaldi, Nordrhein-Westfaleni, Alam-Saksi ja Saksi liidumaal, rikkus kuni 31. jaanuarini 2006

71 – Vt komisjoni 15. aprilli 2008. aasta hagiavaldus, punkt 10. Hagiavalduse punktis 5 oli komisjon juba märkinud, et hagis piirdutakse päästeteenuseid hõlmavate riigihankelepingute sõlmimise tavaga, mis põhineb hankemudelil ja mida kasutab enamik Saksa liidumaid.

72 – Vt komisjoni 21. novembri 2008. aasta vastus, punkt 17 jj.

73 – Vt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 42 lõige 2.

direktiivi 92/50 artiklit 10 koostoimes artikliga 16 ja alates 1. veebruarist 2006 direktiivi 2004/18 artiklit 22 koostoimes artikli 35 lõikega 4.

VIII. Kohtukulud

159. Vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 69 lõikele 2 on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kodukorra artikli 69 lõike 3 esimese lõigu alusel võib Euroopa Kohus otsustada kulude jaotuse või jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda, kui osa nõudeid rahuldatakse ühe poole, osa teise poole kasuks või kui tegemist on eriliste põhjustega.

160. Käesolevas kohtuasjas rahuldati komisjoni nõuded üksnes osaliselt. Seetõttu teen Euroopa Kohtule ettepaneku jätta komisjoni ja Saksamaa Liitvabariigi kulud nende endi kanda.

IX. Ettepanek

161. Esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku tuvastada,

1) et Saksamaa Liitvabariik, sõlmides päästeteenuste tasulisi hankelepinguid Saksi-Anhaldi, Nordrhein-Westfaleni, Alam-Saksi ja Saksi liidumaal, rikkus kuni 31. jaanuarini 2006 nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ – millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord – artiklit 10 koostoimes artikliga 16 ja alates 1. veebruarist 2006 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2001. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artiklit 22 koostoimes artikli 35 lõikega 4;

2) jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata;

3) jätta Euroopa Komisjoni ja Saksamaa Liitvabariigi kohtukulud nende endi kanda.