Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MACIEJ SZPUNAR
esitatud 24. veebruaril 2022 [1]

Kohtuasi C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
versus
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu))

Eelotsusetaotlus – Riigihanked – Kontsessioonilepingud – Integreeritud haridusteenuse haldamise üleandmine segaosalusega äriühingule – Eraõigusliku osaniku valimine hankemenetluse korras – Segaosalusega äriühingu eraõigusliku osaniku vähemalt 30% osaluse nõue – Hankija kaudne osalus eraõigusliku osaniku kapitalis

I. Sissejuhatus

1. Käesolev eelotsusetaotlus annab Euroopa Kohtule võimaluse täpsustada oma kohtupraktikat, mis käsitleb viisi, kuidas liidu õigus tõlgendab avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlust (PPPI), mida hankijad kasutavad mõnikord riigihankelepingute või „traditsiooniliste“ kontsessioonilepingute asemel.

2. Kuigi liidu õiguses puuduvad siduvad sätted, mis sõnaselgelt reguleeriksid PPPId [2], määratleb Euroopa Komisjon seda siiski kui koostöövormi avalik-õiguslike ja eraõiguslike partnerite vahel, kes moodustavad segaosalusega äriühingu, kes täidab riigihankelepinguid või kontsessioone [3] ja on Euroopa Kohtu praktika ese. Kohus leidis eelkõige, et selline menetlus PPPI kontekstis, mille kohaselt valitakse ühelt poolt eraõiguslik partner ning teiselt poolt sõlmitakse uue asutatava avaliku ja erasektori segaosalusega ühinguga riigihanke- või kontsessioonileping, ei ole üldreeglina vastuolus liidu õigusega. [4]

1 Algkeel: prantsuse.

2 Avaliku ja erasektori partnerluse eri vormide, eriti PPPI kohta liidu õiguse seisukohast vt Bovis, Ch., „Chapter 18: Public service partnerships“, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, koostatud Bovis, Ch. juhtimisel, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2016, lk 554 jj.

3 Vt roheline raamat avaliku- ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal (KOM(2004) 327 (lõplik)), punkt 54.

4 Vt eelkõige 15. oktoobri 2009. aasta kohtuotsus Acoset (C-196/08, edaspidi „kohtuotsus Acoset“, EU:C:2009:628).

3. Näib, et selle eelotsusetaotluse aluseks olevad raskused on tingitud PPPId reguleerivate sätete puudumisest liidu õiguses, ning need kajastuvad käesoleva ettepaneku struktuuris ja sisus. ELi õiguse seisukohast ei ole käesolevas kohtuasjas tõstatatud õiguslik probleem selgelt määratletud ja sellele pole antud täpset konteksti.

4. Eelotsusetaotluse põhjaliku uurimise tulemusena jõudsin järeldusele, et eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib oma küsimustega teada, kas viis, kuidas hankija arvutas välja asutatavas segaosalusega ühingus erasektori osaluse ja seejärel jättis ühe pakkuja hankemenetlusest kõrvale, on kooskõlas direktiividega 2014/23/EL [5] ja/või 2014/24/EL [6].

II. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

1. Direktiiv 2014/23

5. Direktiivi 2014/23 artiklis 3 on sätestatud:

„1. Avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval ja proportsionaalsel viisil.

Kontsessiooni andmist, sealhulgas maksumuse hindamist, ei kavandata eesmärgiga jätta see käesoleva direktiivi kohaldamisalast välja või sobimatul viisil soodustada või ebasoodsasse olukorda panna teatavaid ettevõtjaid või teatavaid ehitustöid, asju või teenuseid.

2. Avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijad seavad eesmärgiks tagada kontsessiooni andmise menetluse ja lepingu täitmise läbipaistvuse, täites samas artiklit 28.“

6. Selle direktiivi artikli 30 lõigetes 1 ja 2 on sätestatud:

„1. Avaliku sektori või võrgustiku sektori hankijal on vastavalt käesolevale direktiivile õigus korraldada kontsessionääri valimiseks kontsessiooni andmise menetlus.

2. Kontsessiooni andmise kavandamisel tuleb kinni pidada artiklis 3 sätestatud põhimõtetest. Eelkõige ei avalda avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija kontsessiooni andmise menetluse ajal teavet diskrimineerival viisil, mis võib anda mõnele taotlejale või pakkujale teiste ees eelise.“

7. Kõnealuse direktiivi artikli 38 lõige 1 näeb ette:

„Avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija kontrollib taotlejate või pakkujate kutsealase ja tehnilise suutlikkusega ning finants- ja majandusliku olukorraga seotud kvalifitseerimise tingimusi, tuginedes taotlejate või pakkujate endi kinnitustele ja dokumentidele, millega taotlejatel või pakkujatel tuleb tõendada vastavust kontsessiooniteates esitatud nõudmistele, mis peavad olema mittediskrimineerivad ja proportsionaalsed kontsessiooni esemega. Kvalifitseerimise tingimused on seotud ja proportsionaalsed vajadusega tagada kontsessionääri

[5] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (ELT 2014, L 94, lk 1).

[6] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65).

suutlikkus kontsessiooni täita, võttes arvesse kontsessiooni eset ning eesmärki tagada tõeline konkurents.“

2. Direktiiv 2014/24

8. Direktiivi 2014/24 artikli 18 lõikes 1 on sätestatud:

„Avaliku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistvalt ja proportsionaalselt.

Riigihanke kavandamisel ei tohi lähtuda eesmärgist jätta see käesoleva direktiivi kohaldamisalast välja või konkurentsi kunstlikult piirata. Konkurentsi peetakse kunstlikult piiratuks, kui riigihanget kavandatakse kavatsusega teatavaid ettevõtjaid sobimatul viisil soodustada või ebasoodsasse olukorda panna.“

9. Sama direktiivi artikli 58 lõige 1 sätestab:

„Kvalifitseerimise tingimused võivad olla seotud järgmisega:

a) sobivus tegeleda kutsetööga;

b) majanduslik ja finantsseisund;

c) tehniline ja kutsealane suutlikkus.

Avaliku sektori hankija võib ettevõtjatele kehtestada osalemise nõuetena üksnes lõigetes 2, 3 ja 4 osutatud kriteeriumid. Avaliku sektori hankijad piirduvad nõudeid kehtestades sellistega, mis on asjakohased tagamaks, et taotlejal või pakkujal on õigusvõime ja finantssuutlikkus ning tehniline ja kutsealane suutlikkus sõlmitava lepingu täitmiseks. Kõik nõuded peavad olema seotud ja proportsionaalsed lepingu esemega.“

B. Itaalia õigus

10. Itaalia õiguses reguleerib segaosalusega äriühinguid 19. augusti 2016. aasta[7] seadusandliku dekreedi nr 175 „Avaliku sektori osalusega äriühinguid käsitlev terviktekst“ (decreto legislativo n. 175, „Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica“) põhikohtuasjades kohaldatav versioon (edaspidi „seadusandlik dekreet nr 175“).

11. Seadusandliku dekreedi nr 175 eesmärk selle artikli 1 alusel on tagada avaliku sektori osaluste tõhus haldamine, kaitsta ja edendada konkurentsi ja turgu ning muuta otstarbekamaks ja vähendada avaliku sektori kulutusi. See dekreet näeb ette, et haldusasutused võivad artiklis 4 osutatud asjaomaste tegevuste haldamisel valida, kas nad haldavad neid asutusesiseselt äriühingu kaudu, mille kogu kapital kuulub neile, või asutavad segaosalusega äriühingu ning reguleerivad seda alternatiivi üksikasjalikult, nii et see oleks kooskõlas liidu õigusega.

[7] *GURI* nr 210, 8.9.2016, lk 1.

12. Selle teise alternatiivi kohta on seadusandliku dekreedi nr 175 artikli 17 lõikes 1 täpsustatud:

„Avaliku ja erasektori segaosalusega äriühingutes ei tohi eraõigusliku isiku osalus olla väiksem kui 30% ning tema valimine toimub riigihankemenetluse korras kooskõlas 2016. aasta seadusandliku dekreedi nr 50[8] artikli 5 lõikega 9 ja selle esemeks on nii eraõigusliku osaniku poolt kapitalis osade või aktsiate märkimine või nende ostmine kui ka sellise hankelepingu sõlmimine või kontsessiooni andmine, mis on segaosalusega äriühingu tegevuse ainus ese.“

III. Põhikohtuasja faktilised asjaolud

13. Rooma linn algatas 2018. aastal hankemenetluse, millel oli kaks eesmärki: esiteks valida eraõiguslik osanik, kellega asutada avaliku ja erasektori segaosalusega äriühing (edaspidi „asutatav segaosalusega äriühing“), ja teiseks anda sellele äriühingule üle Rooma linna pädevusse kuuluva integreeritud haridusteenuse osutamine, mille maksumus oli hinnanguliselt 277 479 616,21 eurot. Hanke alusdokumentide kohaselt pidi Rooma linnale kuuluma 51% nimetatud äriühingu aktsiatest, ülejäänud 49% pidi saama eraõiguslik osanik, kelle kanda pidi jääma kogu operatsioonirisk.

14. Pakkumuse esitas ka ettevõtjate ühendus, mis koosneb äriühingutest Roma Multiservizi SpA ja Rekeep SpA.

15. See ettevõtjate ühendus jäeti 1. märtsi 2019. aasta otsusega nr 435 (edaspidi „kõrvalejätmise otsus“) käimasolevast menetlusest kõrvale põhjusel, et Roma Multiservizi kuulub 51% ulatuses äriühingule AMA SpA, mille kapital kuulub täielikult Rooma linnale, ning nimetatud ettevõtjate ühenduse pakkumuse vastuvõtmisel oleks Rooma linna tegelik osalus asutatavas segaosalusega äriühingus *de facto* olnud 73,5%[9], mis ületaks seega hanke alusdokumentides määratletud 51% määra.

16. Rekeep ja Roma Multiservizi kaebasid selle otsuse Tribunale amministrativo regionale per il Laziosse (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia), kes jättis nende kaebused 18. juuni 2019. aasta kahe kohtuotsusega rahuldamata.

17. Rekeep ja Roma Multiservizi esitasid mõlema kohtuotsuse peale apellatsioonkaebuse eelotsusetaotluse esitanud kohtusse.

18. Poolte seisukohtadest nähtub, et nende apellatsioonkaebuste läbivaatamise ajal andis Rooma linn pärast läbirääkimistega menetlust teenuse osutamise üle CNSile.

[8] Itaalia 18. aprilli 2016. aasta seadusandlik dekreet nr 50, millega võetakse üle direktiivid 2014/23/EL, 2014/24/EL ja 2014/25/EL kontsessioonilepingute ja riigihangete ning vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihangete kohta ning korraldatakse ümber ehitustööde, teenuste ja asjade riigihangete kehtiv regulatsioon (Decreto legislativo n. 50, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) (*GURI* nr 91, regulaarne lisa, 19.4.2016).

[9] Nimelt ilmnes 51% suurune tegelik osalus juba hanke alusdokumentidest. Nende dokumentide kohaselt pidi Rooma linnale kuuluma 51% asutatava segaosalusega äriühingu aktsiatest. Mis puudutab ülejäänud osa (73,5% – 51% = 22,5%), siis 22,5% suurune tegelik osalus kõnealuses äriühingus oleks tulenenud sellest, et Roma Multiservizi osalus Rekeepiga moodustatud ettevõtjate ühenduses oli ligikaudu 90%. Seega, kui AMA-le, kelle kapital kuulub täielikult Rooma linnale, kuulub 51% Roma Multiservizi kapitalist, siis Rooma linna tegelik osalus moodustatavas segaosalusega äriühingus oleks 22,5% (22,5% = 49% × 90% × 51%). Oma kirjalikes seisukohtades väidavad Rekeep ja Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), et esiteks pidi ettevõtjate ühendus kuuluma 10% ulatuses Rekeepile kui esindajale ja 90% ulatuses Roma Multiservizile kui ühenduse juhile ning teiseks pidid nad koos Rooma linnaga asutatava segaosalusega äriühingu kapitali märkima proportsionaalselt oma osalusega selles ühenduses.

IV. Menetlus Euroopa Kohtus ja eelotsuse küsimus

19. Neil asjaoludel otsustas Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) 13. veebruari 2020. aasta otsusega, mis saabus Euroopa Kohtusse 22. juulil 2020, menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule hindamiseks järgmised küsimused:

„1) Kas [Euroopa Liidu] õigusega ja direktiivi 24/2014 põhjenduste 14 ja 32 ning artiklite 12 ja 18 ning direktiivi 23/2014 artikli 30 õige tõlgendusega – sealhulgas ELTL artikli 107 seisukohast – on kooskõlas, et 30% miinimummäära – mis on riigi seadusandja poolt selle valdkonna kohtupraktikas kehtestatud [liidu õiguse] põhimõtete alusel sobivaks peetav määr – kindlaks tegemisel eraõigusliku osaniku osaluse korral avaliku ja erasektori segaosalusega äriühingus peab arvesse võtma üksnes ametlikku/registrist nähtuvat osalust kõnealuse osaniku kapitalis või on hankemenetluse algatanud haldusasutusel õigus – või isegi kohustus – võtta arvesse oma kaudset osalust hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalis?

2) Kas juhul, kui vastus eelnevale küsimusele on jaatav, on [liidu õiguse] põhimõtetega, eelkõige konkurentsi, proportsionaalsuse ja sobivuse põhimõttega, kooskõlas, et hankemenetluse algatanud haldusasutus võib hankemenetlusest kõrvale jätta hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku, kelle tegelik osalus asutatavas avaliku ja erasektori segaosalusega äriühingus jääb avaliku sektori tuvastatud otsese või kaudse osaluse tõttu tegelikult alla 30%?“

20. Kirjalikud seisukohad esitasid põhikohtuasja pooled, CNS ja komisjon. Kohtuistungit ei peetud.

V. Analüüs

A. Eelotsuse küsimuste ese

21. Eelotsusetaotlusest nähtub, et põhikohtuasja asjaolusid silmas pidades võtab eelotsusetaotluse esitanud kohus seoses avaliku ja erasektori osalusega asutatava segaosalusega äriühingu puhul arvesse kahte nõuet.

22. Esimene nõue puudutab 30% suurust miinimummäära, mille eraõiguslik osanik peab vastavalt seadusandliku dekreedi nr 175 artikli 17 lõikele 1 täitma, et saada asutatavas segaosalusega ühingus kapitaliosalus. See erasektori osaluse miinimummäär vastab järelikult 70% suurusele avaliku sektori osaluse maksimummäärale.

23. Teise nõude esitas käesoleval juhul hankija ise hanketeates ja see seisnes selles, et eraõigusliku osaniku osalus peab olema 49% ja avaliku sektori osalus 51%.

24. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on sõnastanud oma kaks eelotsuse küsimust nii, et nendes viidatakse üksnes 30% suurusele miinimummäärale, mida eraõiguslikult osanikult nõutakse, et segaosalusega äriühingus kapitaliosalust saada. Olgu sellega seoses märgitud, et eelotsusetaotluse esitanud kohus ei küsi Euroopa Kohtult, kas see piirmäär on liidu õiguse alusel kehtiv. Nende küsimuste sõnastusest võib järeldada, et eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada saada, kas liidu õigusega on vastuolus see, et niisuguse 30% suuruse miinimummäära kindlaks tegemisel võetakse arvesse hankija kaudset osalust kõnealuse eraõigusliku osaniku kapitalis.

25. Ent mis puudutab eelotsuse küsimuste eset, siis ei ole eelotsusetaotluse põhjendused nii üheselt mõistetavad.

26. Nimelt, ühelt poolt märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus eelotsuse küsimuste sõnastuse kohaselt, et põhikohtuasja lahendamiseks „on vaja kindlaks teha, kas selleks et pidada kinni [asutatava] segaosalusega äriühingu osaluse piirmääradest (avaliku sektori osalus mitte üle 70%, eraõigusliku osaniku osalus mitte alla 30%), peaks lähtuma üksnes eraõigusliku osaniku juriidilisest vormist või tuleb juhul, kui avaliku sektori aktsionäril on tema kapitalis osalus, arvesse võtta ka seda avaliku sektori osalust“.

27. Teiselt poolt märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus ka seda, et avaliku sektori osaluse (51%) ja eraõigusliku osaluse (49%) määrade õiguspärasust põhikohtuasjas ei vaidlustatud. Seega leiab kõnealune kohus, et „[see] vaidlus puudutab küsimust, kas otsus, mille tegi hankija, kes leidis, et tema osaluse 51% maksimummäära järgimise kontrollimisel uues asutatavas äriühingus tuleb arvesse võtta ka [tema kaudset osalust kõnealuses äriühingus], oli õiguspärane“.

28. Eelotsuse küsimuste mitmetimõistetavust arvesse võttes pean esiteks märkima, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul on hankemenetluse erinorm (*lex specialis*), mille sätted on põhikohtuasjas „jõus“, avaliku ja erasektori osaluse täpselt määratlenud, vastavalt 51% ja 49%[10]. Seega näib, et põhikohtuasjas, mis käsitleb kõrvalejätmise otsust, tõstatab eelotsusetaotluse esitanud kohus küsimuse peamiselt hanke alusdokumentides seatud avaliku ja erasektori osaluse nõuete kohta.

29. Teiseks, kui esitati küsimus, kas kõrvalejätmise otsust õigustati formaalselt seadusandliku dekreedi nr 175 artikli 17 lõike 1 rikkumisega või hanke alusdokumentides sätestatud kapitali jagunemise nõude täitmata jätmisega, pidasid pooled valdavalt õigeks teist varianti.

30. Roma Multiservizi vastas täie kindlusega, et kõrvalejätmise otsuses tuginetakse hanke alusdokumentides toodud kapitali jagunemise nõude väidetavale täitmata jätmisele.

31. Rooma linn väitis algul, et ettevõtjate ühenduse pakkumuses, mille suhtes tehti kõrvalejätmise otsus, eiratakse kahte nõuet, mis on seotud avaliku ja erasektori osalusega. Ent seejärel kordas ta ettevõtjate ühenduse kõrvalejätmise põhjusi ja selgus, et kõrvalejätmine põhines kaalutlusel, mille kohaselt „erainvesteeringutest pärinev riskikapitali osa [asutatavas segaosalusega äriühingus] oleks alla 49%, mis on hanke alusdokumentides ja linnavolikogu poolt heakskiidetud õigusaktides sätestatud tingimustega selgelt vastuolus“.

32. Kooskõlas Rooma linna vastusega märkis Rekeep, et kõrvalejätmise otsuse põhjendustes viidatakse üksnes hanke alusdokumentides sätestatud osaluse piirmäärade mittejärgimisele, lisades, et seadusandlikku dekreeti nr 175 mainitakse selle otsuse sissejuhatavates kaalutlustes.

33. Näib, et komisjoni vastus on kaudselt sama. Kõnealuse institutsiooni arvates on ilmne, et erasektorile 49% osaluse määramine – ja sellest tulenev kõrvalejätmine – põhineb üksnes seadusandliku dekreedi nr 175 artiklis 17 sätestatud piirmääral. Järeldan sellest, et komisjoni arvates *tuleneb* kõrvalejätmine otseselt sellest, et nõue, mis puudutab hanke alusdokumentides määratletud erasektori 49% osalust, ei ole täidetud.

[10] Eelotsusetaotluses sisalduva teabe kohaselt vaidlesid Roma Multiservizi ja Rekeep kõrvalejätmise otsusele vastu eelkõige seoses sellise normi rikkumise, väära kohaldamise ja vastuvõetamatu teleoloogilise tõlgendamisega, mida pooled pidasid erinormiks.

34. Ainult CNS leiab, et kõrvalejätmise otsus põhineb nii seadusandliku dekreedi nr 175 artikli 17 lõike 1 rikkumisel kui ka hanke alusdokumentides kehtestatud kapitali jagunemise nõude täitmata jätmisel. Ometi puudutavad selle otsuse lõigud, mida CNS välja tõi, üksnes hanke alusdokumentides kehtestatud avaliku ja erasektori osaluse nõudeid.

35. Neid täpsustusi silmas pidades tuleb järeldada, et esimese eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas liidu õigusega on vastuolus, et erasektori osalusprotsendi kindlaksmääramisel asutatavas segaosalusega äriühingus võetakse arvesse hankija kaudset osalust hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalis.

36. Seega tuleb teist eelotsuse küsimust mõista nii, et eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas liidu õigusega on vastuolus, et hankija jätab hankemenetlusest kõrvale eraõigusliku osaniku, kelle tegelik osalus asutatavas segaosalusega ühingus ei vasta hanke alusdokumentides kehtestatud nõudele, mis puudutab erasektori osaluse miinimummäära.

37. Pean tegema sel viisil ümbersõnastatud eelotsuse küsimuste kohta mõned lisamärkused.

38. Esiteks, esimese küsimuse algne sõnastus viitab sellele, et eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib kindlaks teha, kas liidu õigusega on vastuolus see, et hankija võtab arvesse mitte mis tahes avalikku osalust hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalis, vaid üksnes „omaenda osalust“ viimase kapitalis („hankemenetluse algatanud haldusasutusel on õigus – või isegi kohustus – võtta arvesse oma kaudset osalust eraõigusliku osaniku kapitalis“). Mitu eelotsusetaotluse lõiku toetavad niisugust tõlgendust mitte ainult selles osas, mis puudutab hanke alusdokumentides kehtestatud avaliku ja erasektori osaluse nõudeid[11], vaid – mis põhikohtuasja kontekstis veelgi olulisem – ka selles osas, mis puudutab kõrvalejätmise otsust[12].

39. Teiseks, esimese eelotsuse küsimuse sõnastuses viitab eelotsusetaotluse esitanud kohus „õigusele või isegi kohustusele“ võtta arvesse niisugust kaudset osalust. On aga selge, et hankija võttis põhikohtuasjas oma kaudset osalust arvesse. Kõrvalejätmise otsuse kontrollimiseks piisab, kui teha kindlaks, kas niisugune arvessevõtmine on liidu õigusega kooskõlas.

40. Lisaks märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et teine eelotsuse küsimus kerkib juhul, kui vastus esimesele küsimusele on jaatav. Ent esimese küsimuse esialgne sõnastus hõlmab kahte alternatiivi („kas [liidu õiguse sätetega] on kooskõlas, et […] peab arvesse võtma üksnes [otsest osalust] või on [hankijal] õigus – või isegi kohustus – võtta arvesse [kaudset osalust] hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalis?“). Igal juhul tuleb järeldada, et teine küsimus kerkib juhul, kui esimesele küsimusele vastatakse, et liidu õigusega on kooskõlas see, et võetakse arvesse hankija kaudset osalust hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalis.

41. Kolmandaks, selleks et anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule tarvilik vastus, on vaja kindlaks teha põhikohtuasjas kohaldatav kord ja selle sätted, mille tõlgendamine on vajalik menetluses oleva kohtuasja lahendamiseks. Nimelt tundub, et kõik sätted, millele eelotsusetaotluse esitanud kohus oma eelotsusetaotluses viitab, ei ole asjakohased. Sel põhjusel seavad mõned osalised eelotsuse küsimuste vastuvõetavuse kahtluse alla.

[11] Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib eelkõige, et hankija „määras Rooma linna osaluseks 51% ja eraõigusliku osaniku osaluseks 49%“ ning et hankija korraldas hankemenetluse, „määrates Rooma linna osaluseks 51%“.

[12] Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib muu hulgas, et „Rooma linna […] tegelik osalus selles avalik-õiguslikus ettevõtjas oleks lõpuks olnud 73,5%, mis oleks seega ületanud hanke alusdokumentides määratletud 51% määra“, ja „Rooma linna osalus [asutatavas segaosalusega äriühingus] oleks ületanud kindlaksmääratud 51% määra“.

B. Eelotsuse küsimuste vastuvõetavus ja kohaldatav kord

42. Esimeses küsimuses viitab eelotsusetaotluse esitanud kohus mitmele liidu õiguse sättele, täpsustamata sõnaselgelt põhjusi, miks ta kahtleb nende tõlgenduses. Mis puudutab teist küsimust, siis selles viidatakse üksnes õiguspõhimõtetele, eelkõige konkurentsi, proportsionaalsuse ja otstarbekuse põhimõttele, märkimata mitte ühtegi konkreetset õigussätet.

43. Sellega seoses leiab komisjon, et esimene eelotsuse küsimus on vastuvõetamatu osas, mis puudutab ELTL artiklit 107, samas kui CNS seab kahtluse alla terve eelotsusetaotluse vastuvõetavuse [13]. Vaatlen neid vastuvõetamatuse vastuväiteid eelotsusetaotluse analüüsi käigus, mille eesmärk on teha kindlaks käesolevas kohtuasjas asjakohased liidu õiguse sätted.

1. Direktiivid 2014/23 ja 2014/24

44. Esimene eelotsuse küsimus, nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus on selle sõnastanud, viitab nii direktiivile 2014/23 kui ka direktiivile 2014/24. Nende direktiividega kehtestatakse hankemenetluste korraldamise eeskirjad vastavalt kontsessioonide andmiseks ja riigihankelepingute sõlmimiseks.

45. Selleks, et teha kindlaks käesolevas asjas kohaldatav direktiiv, on vaja analüüsida hankemenetluse eset ja lepingut, mille hankija soovis pärast selle hankemenetluse algatamist sõlmida.

46. Põhikohtuasjas kõne all oleval hankemenetlusel on kaks eesmärki, nii et võib öelda, et leping puudutab kaht aspekti, millest esimene puudutab eraõigusliku osaniku valimist asutatavasse segaosalusega äriühingusse ja teine selle äriühinguga integreeritud haridusteenuse osutamise hankelepingu sõlmimist.

47. Mis puudutab põhikohtuasjas käsitletava lepingu kahte aspekti, siis kas esimene aspekt võib mõjutada direktiivi 2014/23 või direktiivi 2014/24 kohaldatavust? Kohtupraktika sisaldab tarvilikke pidepunkte sellele küsimusele vastamiseks.

a) Asjakohane kohtupraktika

48. Kohtuasjas, milles tehti otsus Club Hotel Loutraki jt [14], pidi Euroopa Kohus käsitlema sarnast küsimust. Eelotsusetaotlus puudutas lepingut, mis koosnes kolmest kokkuleppest: esimene käsitles 49% avalik-õigusliku ettevõtja aktsiate üleandmist eesmärgiga see erastada, teise kohaselt võttis omandaja üle kasiinoettevõtja haldamise ja sai selle eest tasu ning kolmanda alusel hakkas omandaja rakendama kasiinoruumide renoveerimise kava.

49. Selle küsimuse lahendamiseks uuris Euroopa Kohus – pärast seda, kui ta oli kinnitanud, et eelotsusetaotluse esitanud kohus liigitas lepingu „segalepinguks“ [15] õigustatult –, kas kõnealune leping moodustas jagamatu terviku ja kas see kuulus oma põhieseme tõttu mõne asjaomase

[13] CNS leiab, et eelotsusetaotluse esitanud kohus üksnes palub kontrollida liikmesriigi õiguse kooskõla liidu õiguse üldpõhimõtetega, täpsustamata konkreetseid erisätteid, mille alusel tuleb kooskõla hinnata. Tema arvates näitab eelotsuse küsimuse asjakohatust muu hulgas asjaolu, et ELi õiguses puuduvad erisätted avaliku ja erasektori partnerluse vormide kohta.

[14] 6. mai 2010. aasta kohtuotsus (C-145/08 ja C-149/08, edaspidi „kohtuotsus Club Hotel Loutraki jt“, EU:C:2010:247).

[15] Kohtuotsus Club Hotel Loutraki jt (punkt 46).

direktiivi kohaldamisalasse[16]. Seda tehes viitas Euroopa Kohus kohtupraktikale, mille kohaselt „segalepingu puhul, mille erinevad osad on lahutamatult seotud ja moodustavad jagamatu terviku, tuleb kõnealust tehingut selle õiguslikuks kvalifitseerimiseks vaadelda ühtse tervikuna, ning seda tuleb hinnata nende õigusnormide alusel, mis reguleerivad selle lepingu peamiseks eesmärgiks või olulisimaks koostisosaks olevat lepinguosa […]“[17].

50. Sellest kohtupraktikast lähtudes märkis kohus algul, et tegemist oli segalepinguga, mis moodustas jagamatu terviku, kuna oli vaja, et nimetatud segaleping sõlmitaks üheainsa partneriga, kellel oleks ühtaegu nii kõnealuste aktsiate ostmiseks vajalikud rahalised võimalused kui ka kutsealane kogemus kasiino käitamiseks. Seejärel leidis kohus, et 49% avalik-õigusliku ettevõtja aktsiate üleandmine kujutas endast kõnealuse lepingu põhieset.[18] See kaalutlus põhines asjaolul, et aktsiate üleandmine kujutas endast tegelikult erastamist ja selle mõju oli tähtajatu, võimaldades omandajal aktsionärina saada palju suuremat tasu, kui talle oleks võlgnetud teenuste osutamise eest.[19]

51. Kohtuotsuses Mehiläinen ja Terveystalo Healthcare[20] uuris Euroopa Kohus sama kohtupraktika[21] alusel kokkulepet, mille raames sõlmis hankija temast sõltumatu eraõigusliku üksusega lepingu, milles nähti ette ühisettevõtte asutamine aktsiaseltsi õiguslikus vormis ning selle ettevõtte asutamisel kohustus hankija nelja-aastase üleminekuperioodi jooksul tellima enda töötajatele ette nähtud töötervishoiu- ja heaoluteenused sellelt ühisettevõttelt.

52. Nagu otsuses Club Hotel Loutraki jt kinnitas Euroopa Kohus ka otsuses Healthcare, et kõnealune kokkulepe kujutas endast segalepingut. Sellegipoolest leidis Euroopa Kohus, et selle kokkuleppe osad ei olnud lahutamatud, kuna puudus objektiivne vajadus sõlmida segaleping üheainsa partneriga. Eelkõige kinnitas kohtu arvates teenuste osa eraldatavust segalepingu ülejäänud osast ühelt poolt asjaolu, et hankija oli väljendanud kavatsust korraldada pärast üleminekuperioodi lõppu hankemenetlus niisuguste teenuste osutamiseks, ja teiselt poolt asjaolu, et ühisettevõte oli tegelikult asutatud ja tegutsenud ilma teenuste osata.[22]

53. Kohtuotsuses Acoset, kus Euroopa Kohus käsitles küsimust, mis puudutas hankemenetlust korraldamata kohaliku tasandi avaliku ühtse veevarustusteenuse lepingu sõlmimist segaosalusega äriühinguga, ei tõstatanud ta isegi küsimust, kas asjaomane leping kujutas endast segalepingut, mille erinevad aspektid on lahutamatult seotud ja moodustavad seega jagamatu terviku. Selleks et teha kindlaks, kas selle lepingu suhtes kohaldatakse ühte kõnealustest direktiividest, keskendus Euroopa Kohus nii kohaliku tasandi avalikule ühtsele veevarustusteenusele kui ka haldamisega seotud töödele.

54. Siiski ei saa tõlgendada kohtuotsust Acoset nii, et kui tegemist on mitmest aspektist koosneva lepinguga, mille üks aspekt puudutab segaosalusega äriühingu asutamist, siis tuleks jätta see osa tähelepanuta ja uurida ainult teisi aspekte. Selline tõlgendus oleks vastuolus sellele kohtuotsusele järgnenud kohtupraktikaga, millele on viidatud käesoleva ettepaneku eelnevates punktides.

16 Kohtuotsus Club Hotel Loutraki jt (punkt 50).

17 Kohtuotsus Club Hotel Loutraki jt (punkt 48 ja seal viidatud kohtupraktika).

18 Kohtuotsus Club Hotel Loutraki jt (punkt 57).

19 Kohtuotsus Club Hotel Loutraki jt (punktid 55 ja 57).

20 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus (C-215/09, edaspidi „kohtuotsus Healthcare“, EU:C:2010:807).

21 Vt kohtuotsus Healthcare (punkt 36).

22 Vt kohtuotsus Healthcare (punktid 43 ja 44).

55. Kohtuotsust Acoset tuleks seega mõista nii, et Euroopa Kohus oli vaikimisi seisukohal, et esiteks oli tegemist segalepinguga, mille aspektid moodustasid jagamatu terviku, ja teiseks kujutas kohaliku tasandi avalikku teenust käsitlev aspekt endast lepingu põhieset.

56. Sellest tuleneb, et leping, mis on sõlmitud hankija algatatud menetluse raames ja mis puudutab eraõigusliku osaniku valimist segaosalusega äriühingusse ning selle äriühinguga hankelepingu sõlmimist või talle kontsessiooni andmist, on kahest aspektist koosnev segaleping.[23] Mis puudutab niisugust segalepingut, siis tuleks määrata kindlaks esiteks see, kas lepingu eri aspektid on lahutamatult seotud ja moodustavad jagamatu terviku; teiseks selle lepingu põhiese või esmatähtsad tegurid ning kolmandaks – pidades silmas lepingu põhieset ja esmatähtsaid tegureid – kõnealusele lepingule kohaldatav kord[24].

b) Kohaldamine

1) Segaleping – lahutamatud aspektid?

57. Nii nagu kohtuasjades, milles tehti otsused Club Hotel Loutraki jt ja Acoset, on minu arvates ka käesolevas põhikohtuasjas kõne all olevad kaks lepingu aspekti lahutamatud.

58. Selleks, et tagada integreeritud haridusteenuse osutamine hankijast ja eraõiguslikust partnerist koosneva segaosalusega äriühingu poolt, on objektiivselt vaja valida partner, kellel oleks vajalikud rahalised võimalused, et omandada 49% asutatava äriühingu kapitalist, ja kes vastaks muudele tingimustele, mis võimaldavad tal segaosalusega äriühinguna võtta integreeritud haridusteenuse osutamine üle, kandes kogu operatsiooniriski. Lepingu kaks aspekti peavad seega olema seotud ühe ja sama partneriga, isegi kui tehniliselt puudutab esimene aspekt eraõigusliku osaniku valimist ja teine aspekt integreeritud haridusteenuse osutamise lepingu sõlmimist segaosalusega äriühinguga, mille aktsiatest 49% kuulub kõnealusele osanikule.[25]

[23] Näib, et mõned asjaosalised seavad kahtluse alla sellise lepingu liigitamise „segalepinguks“, mille üks aspekt on seotud eraõigusliku osaniku valimisega asutatavasse segaosalusega äriühingusse. Ent kuigi Euroopa Kohus ei kasutanud mõistet „segaleping“ otsuses Acoset, kasutas ta seda otsustes Club Hotel Loutraki jt ja Healthcare. Lisaks, isegi kui eeldada, et käesoleval juhul on direktiiv 2014/24 kohaldatav ja põhikohtuasjas kõne all olev leping ei kuulu „segahanke“ mõiste alla selle direktiivi artikli 3 tähenduses, kuna eraõigusliku osaniku valimine segaosalusega äriühingu asutamiseks ei puuduta hanget (vt joonealune märkus 24), võib see leping siiski kuuluda segalepingute laiemasse kategooriasse, mida Euroopa Kohus näib käsitlevat otsustes Club Hotel Loutraki jt ja Healthcare.

[24] Sõltumata sellest, millisele lahendusele Euroopa Kohus oma kohtupraktikas jõudis, võib eeldusel, et põhikohtuasjas kohaldatakse direktiivi 2014/24, jõuda *a priori* samale järeldusele selle direktiivi artikli 3 lõike 6 alusel, mille kohaselt „kui kõnealuse lepingu eri osasid ei ole objektiivselt võimalik lahutada, lähtutakse kohaldatava õiguskorra üle otsustamisel lepingu põhiesemest“. Nimetatud direktiivi kohaselt on hankelepingute esemeks ehitustööde tegemine, asjade tarnimine või teenuste osutamine. Seega tekib küsimus, kas eraõigusliku osaniku valimine ja segaosalusega äriühingu asutamine kuulub sama direktiivi tähenduses „hanke“ mõiste alla. Õigusteooria kohaselt näib see olevat nii (vt selles tähenduses Andrecka, M., „Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU“, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, 9. köide, nr 3, lk 176, osa, kus autor viitab direktiivi 2014/24 artikli 3 lõikele 4). Arvestades kahtlusi seoses käesoleval juhul kohaldatava õiguskorraga, tuleb välja tuua erinevus direktiivi 2014/24 artikli 3 lõike 6 sõnastuse, mis sätestab, et „[k]ui kõnealuse hankelepingu eri osasid ei ole objektiivselt võimalik lahutada, lähtutakse kohaldatava õiguskorra üle otsustamisel lepingu põhiesemest“, ja direktiivi 2014/23 artikli 20 lõike 5 sõnastuse, mis sätestab, et „[k]ui *kõnealuse lepingu eri osasid* ei ole objektiivselt võimalik lahutada, lähtutakse kohaldatava õiguskorra üle otsustamisel lepingu põhiesemest“ (kohtujuristi kursiiv), vahel, millest viimane näib olevat paindlikum; see on nii vähemalt nende direktiivide mõnes keeleversioonis, muu hulgas prantsuse keeles.

[25] Vt analoogia alusel kohtuotsus Club Hotel Loutraki jt, punkt 53, tõlgendatuna koos sama otsuse punktiga 28, mille kohaselt hõlmas kõnealune segaleping „ühe aspektina […] [äriühing Ellinika Touristika Akinita AE] poolt aktsiate müüki enampakkujale [ja] teise aspektina […] teenuste hankelepingut, mis sõlmitakse enampakkujaga, kes võtab endale kasiinoettevõtja haldamise kohustuse“, ning nagu nähtub kõnealuse kohtuotsuse punktist 25, tegutseb pakkuja asutatav äriühing (mitte see pakkuja ise) haldajana ja sõlmib vähemalt ühe lepingu. Vt selle kohta ka kohtuotsus Acoset (punktid 54 ja 61).

59. Lisaks sellele, erinevalt kohtuasjast, milles tehti otsus Healthcare[26] ja mille puhul olid teenustega seotud aspekti asjaolud väga erilised, ei anna miski alust järeldada, et käesolevas asjas on segaosalusega äriühingu asutamist puudutav aspekt lahutamatu integreeritud haridusteenust puudutavast aspektist. Selle viimase aspekti puudumisel kaotaks asutatav segaosalusega äriühing objektiivselt oma majandusliku mõtte. Itaalia õiguses on seadusandliku dekreedi nr 175 artikli 17 lõike 1 alusel hanke- või kontsessioonileping segaosalusega äriühingu tegevuse ainus ese.

60. Nüüd tuleb kindlaks teha, kas põhikohtuasjas käsitletava lepingu põhiesemeks on aspekt, mis puudutab segaosalusega äriühingu asutamist, või aspekt, mis puudutab integreeritud haridusteenust.

2) Lepingu põhiese

61. Olen seisukohal, et põhikohtuasjas käsitletava segalepingu põhiesemeks on integreeritud haridusteenust puudutav aspekt.

62. Asutatav segaosalusega äriühing oli vaid vahend, millega tagada, et integreeritud haridusteenust osutaks PPPI, ega kujutanud endast mitte mingil moel hankemenetluse eesmärki. Erinevalt kohtuasjast, milles tehti otsus Club Hotel Loutraki jt, ei ole käesolevas kohtuasjas tegemist mitte olemasoleva avalik-õigusliku ettevõtja aktsiate omandamisega erastamise eesmärgil, vaid segaosalusega äriühingu asutamisega integreeritud haridusteenuse osutamiseks.

63. Lisaks sellele kujutas kõnealuses kohtuasjas olemasoleva avalik-õigusliku ettevõtja aktsiate omamine endast iseenesest olulist tuluallikat. Miski ei anna alust arvata, et see on nii ka käesolevas kohtuasjas. Seega ei saa kohtuotsuse Club Hotel Loutraki jt põhjal järeldada, et käesolevas kohtuasjas on segaosalusega äriühingu asutamine põhikohtuasjas käsitletava lepingu põhiese.

64. Järelikult tuleb küsimust, milline direktiiv on põhikohtuasjas kohaldatav, analüüsida lähtuvalt integreeritud haridusteenust puudutavast aspektist.

3) Teenuste hankelepingud või teenuste kontsessioonilepingud?

65. Integreeritud haridusteenust puudutav aspekt jääb eelotsusetaotluses lünklikuks.

66. Tõsi küll, vastustes Euroopa Kohtu esitatud kirjalikele küsimustele on mõningad selgitused teenuste kohta, mida hõlmab integreeritud haridusteenust puudutav aspekt.[27] Siiski ei saa kõnealust aspekti käesolevas ettepanekus nende selgituste põhjal täie kindlusega „teenuste hankelepinguks“ või „teenuste kontsessioonilepinguks“ määratleda.

[26] Vt käesoleva ettepaneku punkt 52.

[27] Poolte seisukohtadest ja nende vastustest Euroopa Kohtu esitatud kirjalikele küsimustele nähtub, et integreeritud haridusteenus hõlmab nii üldist abistamist, käitlemist, pakikandmist, lastesõimede ja koolimajade puhastust kui ka koolitransporti. Näib, et koolitranspordiga seotud teenuse olemasolu selles valikus ei pane eelotsusetaotluse esitanud kohut kaaluma 26. veebruari 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ (ELT 2014, L 94, lk 243), kohaldamist. Igal juhul, ühelt poolt sätestab see direktiiv artiklites 4 ja 6 ka segalepinguid puudutavad eeskirjad ja teiselt poolt ei viita miski sellele, et koolitransport oleks põhikohtuasjas kõne all oleva lepingu või selle integreeritud koolitusteenust puudutava osa põhiese.

67. Igal juhul kuulub niisugune konkreetne määratlemine ainult liikmesriigi kohtu pädevusse.[28] Vajaduse korral võib Euroopa Kohus teha täpsustusi, mille eesmärk on liikmesriigi kohut määratlemisel suunata.

68. Sellega seoses märgin esiteks, et teenuste hankelepingud direktiivi 2014/24 tähenduses hõlmavad vastusooritust, mida maksab hankija otse teenuste osutajale.[29] Seevastu teenuste kontsessioonileping direktiivi 2014/23 tähenduses hõlmab teenuste osutamise ja haldamise üleandmist, seejuures seisneb vastusooritus osutatavate teenuste eest kas ainult õiguses osutada lepingu esemeks olevaid teenuseid või sellises õiguses koos tasuga.[30] Seda mõttekäiku järgides on Euroopa Kohus tunnustanud teenuste kontsessiooni olemasolu eelkõige juhtudel, kus teenuseosutaja saab hüvitist kasutajate makstavate tasude kaudu.[31] Seega asjaolu, et Itaalia õiguse alusel asutatud segaosalusega äriühing tegutseb tegelikult tasu eest ja saab sellest kasumit (isegi kui eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul on see tagasihoidlik), nagu märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, võib viidata sellele, et kohaldada tuleks direktiivi 2014/23.

69. Teiseks, kuigi tasustamisviis on üks oluline teenuste kontsessiooni kvalifitseerimise tunnus, siis teenuste kontsessioon eeldab, et kontsessionäär võtab enda kanda kõnealuste teenuste osutamisega seotud riski.[32] Niisuguse riski üleandmisega seotud eristamiskriteerium on kodifitseeritud direktiivis 2014/23.[33] Selle kriteeriumi kirjeldamisel kasutatakse kõnealuse direktiivi itaaliakeelses versioonis mõistet „rischio operativo“ (operatsioonirisk). Otsuses, millega Rooma linn algatas hankemenetluse, kasutatakse sama mõistet täpsustamaks, et valitud pakkuja peab kandma kogu sellise riski.[34]

70. Kolmandaks, selleks et Euroopa Kohus saaks eelotsuse küsimustele vastata, võib ta talle antud andmete põhjal lähtuda eeldusest, et lepingu suhtes kohaldatakse ühte kõnealustest direktiividest.[35] Ent mulle näib, et kuna puuduvad andmed, mis võimaldaksid otsustada, millist korda käesoleval juhul kohaldada, ei ole niisugune lähenemine praeguses asjas mõeldav. Mis veelgi olulisem, nõustun komisjoniga, et ühe või teise kõnealuse direktiiviga kehtestatud korra kohaldamine ei pea tingimata mõjutama vastuseid käesolevas kohtuasjas esitatud küsimustele. Nimelt, integreeritud haridusteenust puudutava aspekti suhtes kohaldatav kord on eraõigusliku osaniku valimist puudutava aspekti suhtes kohaldatav üksnes „laiendatuna“. Kuivõrd eelotsuse küsimused puudutavad vaid viimasena nimetatud aspekti, siis kohaldatakse selles kontekstis

28 Vt selle kohta 10. novembri 2011. aasta kohtuotsus Norma-A ja Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punktid 57 ja 59).

29 Vt direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkt 5. Vt selle kohta ka kohtuotsus Acoset (punkt 39 ja seal viidatud kohtupraktika).

30 Vt direktiivi 2014/23 artikkel 5, punkt 1, alapunkt b.

31 Vt kohtuotsus Acoset (punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika).

32 Vt selle kohta 10. novembri 2011. aasta kohtuotsus Norma-A ja Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punkt 44). Vt selle kohta ka minu ettepanekut liidetud kohtuasjades Promoimpresa jt (C-458/14 ja C-67/15, EU:C:2016:122, punktid 62 ja 63), kus olin seisukohal, et teenuste kontsessiooni iseloomustab asjaolu, et ametiasutus usaldab teatava tegevuse, tavaliselt sellise teenuse, mille osutamine on selle ametiasutuse ülesanne (lisan, et koos sellega kaasneva riskiga), kontsessionäärile, kohustades teda niiviisi seda konkreetset teenust osutama.

33 Vt direktiivi 2014/23 artikli 1 lõige 1 ja põhjendus 18.

34 Tõsi küll, põhikohtuasjas oleks pidanud riski enda kanda võtma segalepingu esimese aspekti raames valitud eraõiguslik osanik, samas kui integreeritud haridusteenuse osutamine, mis kujutas endast selle lepingu põhieset, oleks tulnud lepingu teise aspekti raames anda üle asutatavale segaosalusega äriühingule. Seda eripära silmas pidades võib väita, et teine aspekt eraldivõetuna ei hõlma riski ülekandmist valitud pakkujale. Siiski oli käesoleval juhul hankemenetluse eesmärk igal juhul vabastada hankija integreeritud haridusteenuse osutamisega seotud riskist. Sel põhjusel ei välista ma selle teise aspekti määratlemist „kontsessiooniks“, vaatamata kõnealusele eripärale. Sama eripäraga seotud probleemide kohta vt ka käesoleva ettepaneku punkt 58.

35 Vt analoogia alusel kohtuotsus Acoset (punkt 42).

üksnes nende direktiivide üldpõhimõtteid, mis kehtivad mõlemale aspektile. Seega viitan käesolevas ettepanekus nii direktiivile 2014/23 kui ka direktiivile 2014/24[36], austades seejuures pädevuste jaotust riigisiseste kohtute ja Euroopa Kohtu vahel.

2. Avaliku sektori üksuste vaheliste hankelepingute õiguslik kord

71. Esimeses eelotsuse küsimuses viitab eelotsusetaotluse esitanud kohus direktiivi 2014/24 artiklile 12 ning põhjendustele 14 ja 32 ning tsiteerib eelotsusetaotluses selle direktiivi artikli 12 lõike 1 esimest lõiku. Ent kõnealune kohus ei täpsusta mitte mingil viisil põhjusi, miks ta kahtleb viimase sätte tõlgenduses.

72. Esiteks on direktiivi 2014/24 põhjenduses 14 üksnes öeldud, et mõistet „ettevõtja“ tuleks tõlgendada laialt, mis seega kinnitab, et segaosalusega äriühing võib kuuluda selle mõiste alla. Ülejäänud osas kordab see põhjendus sisuliselt määratlust, mis on mõistele antud kõnealuse direktiivi artikli 2 lõike 1 punktis 10. Eelotsusetaotluse esitanud kohus sellele sättele oma eelotsuse küsimuses ei viidanud.

73. Teiseks näeb direktiivi 2014/24 artikli 12 lõige 1 ette, et riigihankelepingute suhtes, mis on sõlmitud avaliku sektori hankijate kontrollitavate juriidiliste isikutega, ei tule kohaldada selles direktiivis sätestatud menetlusi. See säte reguleerib vertikaalset koostööd asjaomaste üksuste vahel või klassikalisi asutusesiseseid („in house“) hankeid.

74. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib aga selgelt, et niisuguse segaosalusega äriühingu asutamine, nagu on kõne all põhikohtuasjas, kujutab endast Itaalia õiguse kohaselt alternatiivi asutusesisesele haldamisele.[37]

75. Mis veelgi olulisem, direktiivi 2014/24 artikli 12 lõikes 1 sätestatud kõrvalejätmise kohaldamine PPPIga sõlmitava teenuste hankelepingu puhul näib minu arvates olevat *a priori* välistatud. Nimelt, nagu sätestab selle direktiivi põhjenduse 31 kolmas taane, tuleks tagada, et kohaldamisalast välja jääv ametiasutustevaheline koostöö ei moonutaks konkurentsi seoses eraettevõtjatega, kus eraõiguslik teenuseosutaja seatakse tema konkurentide suhtes eelisolukorda. Lisaks täpsustab selle direktiivi põhjendus 32 kooskõlas direktiivile 2014/24[38] eelnenud kohtupraktikaga, et kõnealuse direktiivi artikli 12 lõikes 1 sätestatud kõrvalejätmist „ei tuleks laiendada nendele olukordadele, kus eraettevõtjal on otsene osalus kontrollitava juriidilise isiku kapitalis, kuna sellisel juhul annaks lepingu sõlmimine ilma konkurentsipõhise hankemenetluseta asjaomasele eraettevõtjale põhjendamatu eelise oma konkurentide ees“.

76. Kolmandaks võib veel tõstatada küsimuse, kas põhikohtuasjas kõne all olev segaleping on direktiivi 2014/24 artikli 12 lõike 4 alusel selle direktiivi kohaldamisalast välja jäetud. See säte puudutab ainult mitme hankija vahel sõlmitud hankelepinguid, kuna need hankelepingud kehtestavad hankijatevahelise koostöö või rakendavad seda.

[36] Terviklikkuse huvides märgin, et direktiive 2014/23 ja 2014/24 kohaldatakse *ratione temporis* ning riigihanke maksumus, mis on hinnanguliselt üle 277 miljoni euro, ületab nendes direktiivides nõutava piirmäära. Vt direktiivi 2014/23 artikkel 8 ja direktiivi 2014/24 artikkel 4.

[37] Vt käesoleva ettepaneku punkt 11.

[38] Vt 6. aprilli 2006. aasta kohtuotsus ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, punktid 31 ja 32).

77. Võib oletada, et Rooma linn kui hankija soovis alustada koostööd asutatava segaosalusega äriühinguga, kes ühtlasi pidi hakkama osutama integreeritud haridusteenust ja kelle aktsiatest 51% oleks kuulunud Rooma linnale. Seega on see äriühing direktiivi 2014/24 artikli 2 lõike 1 punkti 4 tähenduses „avalik-õiguslik isik“ ja järelikult võib see kujutada endast sama direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti 1 tähenduses „avaliku sektori hankijat“.

78. Ent isegi kui eeldada, et direktiivi 2014/24 artikli 12 lõikes 4 sätestatud tingimused oleksid niisuguses olukorras täidetud, hindas Euroopa Kohus otsuses Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39], et see säte näeb ette, et avaliku sektori hankijate vaheline koostöö ei tohi võrdse kohtlemise põhimõtte kohaselt seada eraettevõtjat tema konkurentide suhtes eelisolukorda. Nagu tõdes kohtujurist Sánchez-Bordona nimetatud kohtuasjas tehtud ettepanekus [40], tuleneb sellest, et avaliku sektori hankijate vaheline koostöö, millega pannakse eraõiguslik ettevõtja tema konkurentidega võrreldes turul eelisolukorda, ei ole direktiivi 2014/24 artikli 12 lõike 4 alusel lubatud. Nende selgituste põhjal ja võttes arvesse eraõigusliku kapitali osalust asutatavas segaosalusega äriühingus, olen seisukohal, et käesolevas kohtuasjas käsitletavale koostööle ei saa kohaldada kõnealuses sättes ette nähtud kõrvalejätmist.

79. Seega ei ole vaja eelotsuse küsimustele vastamiseks direktiivi 2014/24 artiklit 12 tõlgendada.

3. Sotsiaal- ja muude eriteenuste hankekord

80. Direktiivi 2014/24 artiklis 74 on sätestatud, et selle lisas XIV loetletud sotsiaalteenuste ja muude eriteenuste hankelepingud sõlmitakse kooskõlas kõnealuse direktiivi III jaotise I peatükiga. Peale CNSi märkisid kõik pooled oma vastustes Euroopa Kohtu kirjalikele küsimustele, et vähemalt üks teenustest, mida hõlmab integreeritud haridusteenus, kuulub või võib kuuluda selle lisa alla.

81. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on kontrollida, kas see on nii. Kui see on nii, siis piisab sellest, kui riigihange vastab direktiivis 2014/24 sellist liiki hankelepingute sõlmimisele kehtestatud leebematele eeskirjadele. Seetõttu vaid lisan mõned tähelepanekud, mis võivad eelotsusetaotluse esitanud kohtule abiks olla.

82. Ühest küljest on tõsi, et direktiivi 2014/24 III jaotise I peatükis kehtestatakse erihangete kord sotsiaalteenuste ja muude eriteenuste jaoks. Sellised riigihanked jäävad seega standardsete eeskirjade kohaldamisalast välja. Kõnealuse direktiivi artikli 76 lõige 1 sätestab, et liikmesriigid kehtestavad nimetatud peatüki kohaldamisalas olevate lepingute sõlmimist käsitlevad riiklikud eeskirjad tagamaks, et avaliku sektori hankijad järgiksid läbipaistvuse ja ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtet. Seega on *a priori* tegemist samade põhimõtetega, millele on viidatud kõnealuse direktiivi artiklis 18. Seetõttu ei saa ma välistada, et direktiivi 2014/24 III jaotise I peatüki kohaldamine põhikohtuasjas ei mõjuta eelotsuse küsimustele antavaid vastuseid. [41]

[39] 28. mai 2020. aasta kohtuotsus (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Ettepanek kohtuasjas Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, punkti 109 alapunkt 3).

[41] Vt siinkohal ka käesoleva ettepaneku punkt 70.

83. Teisest küljest, enne järeldamist, et põhikohtuasjas käsitletava lepingu suhtes kohaldatakse direktiivi 2014/24 III jaotise I peatükis sätestatud eeskirju, tuleks võrrelda selle peatüki alla kuuluvate teenuste eeldatavaid maksumusi nende teenuste omadega, mille suhtes kohaldatakse kõnealuse direktiivi standardseid eeskirju, ja seejärel määrata maksumuste alusel kindlaks lepingu põhiese.[42]

84. Kuna puuduvad viited, mis võimaldaksid asuda seisukohale, et direktiivi 2014/24 III jaotise I peatüki alla kuuluvaid teenuseid tuleb pidada põhikohtuasjas käsitletava lepingu põhiesemeks, ning arvestades, et eelotsusetaotluse esitanud kohus ei viita mitte kuskil selle peatüki sätetele, lähtun eeldusest, et leebemad eeskirjad ei ole käesolevas asjas kohaldatavad.

4. ELTL artikkel 107

85. Esimeses eelotsuse küsimuses viidatakse ELTL artiklile 107. Komisjon väidab, et eelotsusetaotlus on vastuvõetamatu, kuna see puudutab selle esmase õiguse sätte tõlgendamist.

86. Nõustun komisjoniga. Nimelt ei ole eelotsusetaotluses selgelt määratletud meedet, mis põhikohtuasjas käsitletava menetluse raames kujutaks endast riigiabi. Samuti ei täpsusta eelotsusetaotluse esitanud kohus, millistel põhjustel on selle sätte tõlgendamine vajalik tema menetluses oleva vaidluse lahendamiseks.

87. Muidugi võib eelotsusetaotlust mõista nii, et eelotsusetaotluse esitanud kohus palub Euroopa Kohtul tõlgendada mitte ühte esmase õiguse sätet, vaid direktiive 2014/23 ja 2014/24 nimetatud sätte kontekstis („ELTL artikli 107 seisukohast“). Selline eelotsusetaotluse tõlgendamine ei muuda aga seda, et igal juhul ei ole vaja vastata eelotsuse küsimustele, kui need on seotud ELTL artikliga 107.

88. Neil asjaoludel tuleb lükata tagasi ka CNSi esitatud vastuvõetamatuse vastuväide, kuivõrd see puudutab nii esimest eelotsuse küsimust ja ELTL artiklit 107 kui ka – käesoleva ettepaneku punktides 71–79 esitatud põhjustel – direktiivi 2014/24 artiklit 12.

C. Sisulised küsimused

89. Lisaks liidu õiguse sätetele, mille asjakohasus käesolevas kohtuasjas välistati, viitab esimene eelotsuse küsimus direktiivi 2014/23 artiklile 30 ja direktiivi 2014/24 artiklile 18. Selleks et määrata kindlaks nende direktiivide kõik asjakohased sätted, tuleb kõigepealt vaadelda hanke alusdokumentides kehtestatud avaliku ja erasektori osalust puudutavate nõuete konteksti.

1. Avaliku ja erasektori osalust puudutavad nõuded direktiivide 2014/23 ja 2014/24 kontekstis

90. Direktiivi 2014/24 artiklis 56 eristab liidu seaduseandja selgelt kahte liiki kriteeriume: kvalitatiivse valiku kriteeriume, mis hõlmavad peamiselt kõrvalejätmise põhjusi ja kvalifitseerimistingimusi, millega kontrollitakse ettevõtjate suutlikkust lepingut täita

[42] Direktiivi 2014/24 artikli 3 lõike 2 teine lõik sätestab, et „segalepingute puhul, mis hõlmavad osaliselt teenuseid III jaotise I peatüki tähenduses ning osaliselt muid teenuseid, või segalepingute puhul, mis hõlmavad osaliselt teenuseid ja osaliselt asju, määratakse lepingu põhiese kindlaks selle järgi, milliste asjaomaste teenuste või asjade eeldatav maksumus on suurim“.

(direktiivi 2014/24 artiklid 57 ja 58), ning pakkumuste hindamise kriteeriume, mis on seotud pakkumuste endiga. Direktiivi 2014/23 artiklites 38 ja 41, mis käsitlevad vastavalt taotlejate valiku ja kvalifitseerimistingimusi ning pakkumuste hindamise kriteeriume, kasutatakse sarnast eristust.

91. Sellega seoses tuleb märkida, et eelotsusetaotluses ei ole selgelt välja toodud loogikat, millel rajanevad avaliku ja erasektori osalusele asjaomastes hanke alusdokumentides kehtestatud nõuded. Kuivõrd need nõuded kujutavad endast erinormi seadusandlikus dekreedis nr 175 sätestatud nõuete suhtes,[43] võib seda loogikat siiski tuletada kõnealuse seadusandliku dekreediga seotud selgitustest. Näib, et hanke alusdokumentides täpsustatakse protsente ja nõuete iseloomu (täpselt määratletud nõuded, mitte maksimum- ja miinimummäär), mõjutamata seejuures oluliselt nende nõuete eesmärke.

92. Selles osas mõistan eelotsusetaotluse esitanud kohtu selgitusi, mille kohaselt on avaliku sektori osalusele asutatavas segaosalusega äriühingus seatud 70% maksimummäär selleks, et erasektori osalus kõnealuses äriühingus ei jääks alla 30%.

93. Ühelt poolt ei saa eraõiguslik osanik sellest tulenevalt – turu ja ettevõtjate üldisest seisukohast – liigselt piirata (alla 30%) segaosalusega äriühingus osalemise majandusriski ega lõigata avaliku sektori osalusest alusetult kasu, takistades teistel üksustel asjaomases turusegmendis sama majandustegevuse eest tulu teenida. Sellest vaatenurgast lähtudes, nagu märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, on kõnealuse maksimummäära eesmärk takistada konkurentsivabaduse põhimõttest kõrvalekaldumist.

94. Teiselt poolt tagab see maksimummäär hankemenetluse eesmärgi ja hankija seisukohast, et eraõiguslik osanik oleks tegevuspartner, kelle panus asutatavale segaosalusega ühingule antavate ülesannete täitmisel seisneb kapitali sissemakses ja nende ülesannete täitmiseks vajalike pädevuste pakkumises ning kes võtaks nende tegevuste täitmisel enda kanda kogu operatsiooniriski.

95. Pean märkima, et mis puudutab põhikohtuasja ning hanke alusdokumentides avaliku ja erasektori osalusele kehtestatud nõudeid, siis näib eraõigusliku osaniku tegeliku panuse aspekt olevat väga oluline. Võttes arvesse majandusliku ja finantssuutlikkuse ja/või tehnilise ja kutsealase pädevuse tingimuste ja kriteeriumide tingimata eriomast laadi[44] ning kooskõlas kohtuotsusega Acoset[45], viitab minu märkus sellele, et hanke alusdokumentides kehtestatud avaliku ja erasektori osaluse nõuded kujutavad endast kvalitatiivse valiku kriteeriume.

96. Lisaks nähtub eelotsusetaotlusest, et niisuguse arvutusmeetodi kasutamisel, kus võeti arvesse hankija kaudset osalust eraõigusliku osaniku kapitalis, jäeti pakkujad hankemenetlusest kõrvale kõnealuste nõuete täitmata jätmise tõttu. Selles osas tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et

[43] Vt käesoleva ettepaneku punkt 28.

[44] Direktiivi 2014/23 artikli 38 lõike 1 teine lause sätestab, et „kvalifitseerimise tingimused on seotud ja proportsionaalsed vajadusega tagada kontsessionääri suutlikkus kontsessiooni täita, võttes arvesse kontsessiooni eset ning eesmärki tagada tõeline konkurents“. Samamoodi näeb direktiivi 2014/24 artikli 58 lõige 1 muu hulgas ette, et hankijad piirduvad nõudeid kehtestades „sellistega, mis on asjakohased tagamaks, et taotlejal või pakkujal on õigusvõime ja finantssuutlikkus ning tehniline ja kutsealane suutlikkus sõlmitava lepingu täitmiseks. Kõik nõuded peavad olema seotud ja proportsionaalsed lepingu esemega“.

[45] Vt kohtuotsus Acoset, punkt 59: „[…] eraõigusliku ettevõtja valimisel, järgides käesoleva kohtuotsuse punktides 46–49 nimetatud tingimusi ja määratledes sobivad äriühingus osalust omava eraõigusliku ettevõtja valikukriteeriumid, mille alusel pakkujad peavad tõendama lisaks oma sobivusele saada aktsionäriks ka eelkõige seda, et neil on asjaomaste teenuste osutamiseks sobiv tehniline kvalifikatsioon ja nad peavad tooma välja oma pakkumuse majanduslikud ja muud eelised“. Euroopa Kohus rõhutas selles otsuses teenuse osutamise või kontsessiooni täitmisega seotud kvalitatiivse valiku kriteeriumide olulisust (vt selle kohta Brown, A., „Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)“, *Public Procurement Law Review*, 2010, 2. köide lk 4), eiramata seejuures ka niisuguseid kvalitatiivse valiku kriteeriumeid, mis puudutavad suutlikkust saada eraõiguslikuks osanikuks asutatavas segaosalusega äriühingus.

kvalitatiivse valiku kriteeriumide abil saab hankija lubada hankemenetluses osaleda ainult ettevõtjatel, kelle suutlikkus ja pädevus annavad alust eeldada, et nad suudavad riigihanke eesmärki täita.[46]

97. Seega näib, et avaliku ja erasektori osalust puudutavad nõuded, niisugused nagu on kõne all põhikohtuasjas, ei ole seotud pakkumustega (pakkumuste hindamise kriteeriumid).[47] Tundub, et need kujutavad endast kvalitatiivse valiku kriteeriume, millega hankija püüab tagada, et eraõiguslikul osanikul oleks majanduslik ja finantssuutlikkus ja/või tehniline ja kutsealane pädevus, mis võimaldaksid tal säilitada eraõigusliku ja avalik-õigusliku kapitali niisuguse jagunemise asutatavas segaosalusega äriühingus, nagu hankija on määranud, ja mille peab eraõiguslik osanik kindlustama oma osalusega selles äriühingus ja võttes enda kanda kogu operatsiooniriski, mis kaasneb teenuse osutamisega kõnealuse äriühingu poolt.[48] Hanke alusdokumentides kehtestatud avaliku ja erasektori osalust puudutavad nõuded, niisugused nagu on kõne all põhikohtuasjas, kujutavad endast seega kriteeriume ja tingimusi direktiivi 2014/23 artikli 38 lõike 1 või, kui see on asjakohane, direktiivi 2014/24 artikli 58 lõike 1 tähenduses.

2. Eelotsuse küsimuste ümbersõnastamine

98. Võttes arvesse eelotsuse küsimuste esemega seotud täpsustusi[49] nii põhikohtuasjas kohaldatava korra[50] kui ka käesolevas kohtuasjas kohaldatavate avaliku ja erasektori osaluse nõuete liigituse kohta[51], teen ettepaneku sõnastada eelotsuse küsimused ümber, täpsustades liidu õiguse sätteid, mille tõlgendamine on vajalik selleks, et anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule tarvilik vastus.

99. Täpsemalt teen ettepaneku asuda seisukohale, et eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib oma küsimustega, mida soovitan analüüsida koos, teada saada, kas direktiivi 2014/23 artiklit 30 ja artikli 38 lõiget 1 või, kui see on asjakohane, direktiivi 2014/24 artiklit 18 ja artikli 58 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus, et hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku osalusprotsendi kindlaksmääramisel asutatavas avaliku ja erasektori segaosalusega äriühingus võetakse arvesse hankija kaudset osalust hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalis selliselt, et kõnealune eraõiguslik osanik jäetakse hankemenetlusest kõrvale, kui kaudse osaluse arvessevõtmisel ei vasta erasektori osalusprotsent sellele, mida hankija hanke alusdokumentide kohaselt otsib.

3. Hindamine

100. Kuna hanke alusdokumentides kehtestatud avaliku ja erasektori osalust puudutavad nõuded kujutavad endast majandusliku ja finantssuutlikkuse ja/või tehnilise ja kutsealase pädevuse tingimusi ja kriteeriume, peavad need olema seotud ja proportsionaalsed hankemenetluse

[46] Vt selle kohta 8. juuli 2021. aasta kohtuotsus Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, punkt 62).

[47] Nagu õigusteoorias märgitakse, on PPPI kontekstis vaatamata raskustele oluline eristada kvalitatiivse valiku kriteeriume pakkumuse hindamise kriteeriumidest. Vt Andrecka, M., Kania, M., „Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice“, *Polish Review of International and European Law*, köide 2, nr 1, 2013,lk 148.

[48] Seetõttu olen seisukohal, et liigitust, mida Euroopa Kohtus kasutas 19. mai 2009. aasta otsuses Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punktid 21 ja 23) seoses liikmesriigi õigusnormiga, mille eesmärk on vältida ühes ja samas riigihankemenetluses osalejate võimalikke kokkuleppeid ning kaitsta pakkujate võrdset kohtlemist ja menetluse läbipaistvust, ei saa kasutada käesolevas kohtuasjas, kus on tegemist avaliku ja erasektori osalust puudutavate nõuetega, mis on sätestatud ka hanke alusdokumentides.

[49] Vt käesoleva ettepaneku punktid 35 ja 36.

[50] Vt käesoleva ettepaneku punkt 70.

[51] Vt käesoleva ettepaneku punkt 97.

eesmärgiga.[52] Kooskõlas direktiivi 2014/23 artikliga 30 ja direktiivi 2014/24 artikliga 18 peab hankija kohaldama neid nõudeid, järgides nii pakkujate võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise kui ka läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtet.

101. Esimesena tuleb kontrollida, kas nende nõuete ja hankemenetluse eesmärgi vahel on seos.

102. Hanke alusdokumentides sätestatud nõuete kohaselt (Rooma linna osalus 51% ja eraõigusliku osaniku osalus 49%) peab pakkuja, kes võib osutuda valituks, olema muu üksus kui hankija ise. Nimelt, hankija suurem osalus segaosalusega äriühingus, mis tuleneb kontrollsuhtest pakkujaga (sh ka kaudsest osalusest), mõjutaks kõnealuse äriühingu avalik-õigusliku ja eraõigusliku kapitali vahelist jagunemist, mille hankija on kindlaks määranud. Lisaks sellele võib selline olukord piirata eraõigusliku partneri rolli ning seega ka pakkuja majandusliku ja finantssuutlikkuse ja/või tehnilise ja kutsealase pädevuse tegelikku kaasatust nii, et need jääksid alla hankija kehtestatud 49% määra. Seega on need nõuded hankemenetluse eesmärgiga seotud.

103. Lisaks sellele, kuna liidu õigusega ei ole üldjuhul vastuolus ühe menetluse kasutamine PPPI raames,[53] ei saa kvalitatiivse valiku kriteeriumide ja hankemenetluse eesmärgi vahelise seose nõudele antud tõlgendus takistada hankijatel selle koostöövormi kasutamist (sh segaosalusega äriühingu avalik-õigusliku ja eraõigusliku kapitali vahelise jagunemise kindlaksmääramine). Nimelt tuleneb PPPI kasutamine liikmesriikide vabadusest valida teenuste osutamise viis, millega hankijad täidaksid oma vajadusi.[54]

104. Teisena, mis puutub avaliku ja erasektori osaluse nõuete proportsionaalsusesse, tuletan meelde, et – vähemalt nii, nagu mina eelotsusetaotlusest aru saan – need nõuded ei jäta süstemaatiliselt kõrvale kõiki pakkujaid, kelle kapital pärineb avalikust sektorist.[55] Esimese eelotsuse küsimuse algse sõnastuse põhjal näib, et need nõuded puudutavad hankija mis tahes vormis kaudset osalust eraõigusliku osaniku kapitalis.

105. Niisiis võib hankija kaudne osalus eraõigusliku osaniku kapitalis esineda eri vormides. Lisaks oleneb hankija mõju eraõigusliku osaniku toimimisele viimase organisatsioonilisest struktuurist. Seega ei ole kindel, et igasugune kaudne osalus eraõigusliku osaniku kapitalis piirab pakkuja majandusliku ja finantssuutlikkuse ja/või tehnilise ja kutsealase pädevuse tegelikku kaasatust selliselt, et need jääksid alla hankija kehtestatud 49% määra.

106. Järelikult ei ole hankija igasuguse kaudse osaluse arvessevõtmine eraõigusliku osaniku kapitalis kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega, kuivõrd selle puhul eiratakse asjaolu, et selline kaudne osalus ei pruugi piirata eraõigusliku osaniku majandusliku ja finantssuutlikkuse ja/või tehnilise ja kutsealase pädevuse tegelikku kaasatust selliselt, et see jääb alla hankija kehtestatud 49% määra. Kui pole kontrollitud, kas see on nii, ei saa hankemenetluses osalevat eraõiguslikku osanikku kõnealuse kaudse osaluse tõttu automaatselt hankemenetlusest kõrvale jätta.

[52] Vt joonealune märkus 44.

[53] Vt kohtuotsus Acoset (punkt 63).

[54] Vt ka direktiivi 2014/24 põhjendus 5, mis sätestab, et „käesolevas direktiivis ei kohustata liikmesriike mitte millegagi andma selliste teenuste osutamise ülesannet kolmandatele isikutele või sisse ostma selliste teenuste osutamist, mida nad soovivad ise osutada või korraldada muul viisil kui riigihankelepingutena käesoleva direktiivi tähenduses“.

[55] Vt käesoleva ettepaneku punkt 38.

107. Pole selge, kas hankija on käesoleval juhul konkreetselt seda kontrollinud. Kuid esiteks viitab kõrvalejätmise otsuses toodud asjaomaste üksuste kapitali struktuuri analüüs, et tegelik kaasatus jääb alla hankija kehtestatud määra. Teiseks näib, et seda otsust peegeldab eelotsusetaotlus, milles eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et „võttes arvesse sisulist aspekti, nimelt [Roma Multiservizi] ettevõtte struktuuri ja eelkõige asjaolu, et see kuulub 51% ulatuses [AMA-le], mis omakorda kuulub täielikult Rooma linnale, […] oleks [avaliku ja erasektori] osalus [asutatavas] segaosalusega äriühingus *tegelikult* 73,5% ja [26,5%]“. Kolmandaks ei viita miski sellele, et otsustusõiguse ja tegevusriskide jaotamine ei oleks toimunud proportsionaalselt kummalegi kuuluva kapitaliga. Seega näib, et olukord, kus suurem osa hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalist kuulub hankijale, võib piirata eraõigusliku osaniku majandusliku ja finantssuutlikkuse ja/või tehnilise ja kutsealase pädevuse tegelikku kaasatust selliselt, et see jääb alla hankija kehtestatud 49% määra.

108. Seetõttu olen seisukohal, et direktiivi 2014/23 artiklit 30 ja artikli 38 lõiget 1 või, kui see on asjakohane, direktiivi 2014/24 artiklit 18 ja artikli 58 lõiget 1 tuleb tõlgendada selliselt, et nimetatud sätetega on vastuolus, et hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku osalusprotsendi kindlaks tegemisel asutatavas avaliku ja erasektori segaosalusega äriühingus võetakse arvesse igasugust hankija kaudset osalust hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalis nii, et eraõiguslik osanik jäetakse automaatselt hankemenetlusest kõrvale, kui kaudse osaluse arvessevõtmisel ei vasta erasektori osalusprotsent sellele, mida hankija hanke alusdokumentide kohaselt soovib.

109. Samas ei ole niisugune arvessevõtmine vastuolus direktiivi 2014/23 artikliga 30 ja artikli 38 lõikega 1 või, kui see on asjakohane, direktiivi 2014/24 artikliga 18 ja artikli 58 lõikega 1, kui nimetatud arvessevõtmine ei toimu automaatselt. Eelkõige ei ole kaudse osaluse arvessevõtmine kõnealuste sätetega vastuolus, kui hankija läbiviidud kontrolli tulemusena selgub, et kaudne osalus seisneb selles, et suurem osa hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalist kuulub teisele üksusele, mis omakorda kuulub täielikult hankijale, tingimusel, et otsustusõigus ja riskid on hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku ja kõnealuse üksuse vahel jaotatud proportsionaalselt kummalegi kuuluva kapitali suurusega.

110. Mis puudutab proportsionaalsuse põhimõtte järgimist, siis märgin täielikkuse huvides, et komisjon näib kahtlevat, kas Rekeepi ja Roma Multiservizi esitatud pakkumuse kõrvalejätmine on kõnealuse põhimõttega kooskõlas, kuna Rooma linn oleks pidanud laskma neil vajaduse korral tõendada, et tema kaudne osalus Roma Multiservizi kapitalis ei too kaasa huvide konflikti ohtu. Siiski pole hanke alusdokumentides kehtestatud avaliku ja erasektori osalust puudutavate nõuete põhieesmärk niisuguste ohtude välistamine. Peale selle kujutab huvide konflikt endast direktiivides 2014/23 ja 2014/24 sätestatud kõrvalejätmise põhjust ja eelotsusetaotlus ei viita sellele mitte kuidagi. Samuti ei viita see direktiivi 2014/23 artiklile 35 ega direktiivi 2014/24 artiklile 24.

111. Kolmandana, mis puudutab läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid, pean märkima, et Roma Multiservizi ja Rekeep väidavad oma kirjalikes seisukohtades, et hankija kaudse osaluse arvessevõtmist pakkuja kapitalis ei ole hanke alusdokumentides mainitud.

112. Eelotsusetaotlus selle teabe puudumisele hanke alusdokumentidest ei viita. Sellega seoses pean täheldama, et oma vastustes Euroopa Kohtu kirjalikele küsimustele märgib Rooma linn, et seadusandlik dekreet nr 175, mis näib sätestavat direktiivide 2014/23 ja 2014/24 rakenduseeskirjad, määratleb avalik-õigusliku ettevõtja kui ettevõtja, kellele avaliku sektori hankijad võivad otseselt või kaudselt valitsevat mõju avaldada. Rekeepi seisukohtade kohaselt

sätestab see dekreet ka, et „kui kehtivad sätted lubavad asutada avaliku ehitustöö tegemiseks ja haldamiseks või üldhuviteenuse korraldamiseks ja haldamiseks segaosalusega äriühinguid, tuleb eraõiguslik osanik valida riigihankemenetluse korras“. Vastupidi tõlgendades võib seega öelda, et segaosalusega äriühingu puhul ei saa eraõiguslik osanik olla seisundis, kus ta avaldab hankijale otsest või kaudset valitsevat mõju. Kaudset osalust eraõigusliku osaniku kapitalis, mis viib valitseva mõju avaldamiseni, ei saa siiski võrdsustada mis tahes kaudse osalusega selles eraõigusliku osaniku kapitalis.

113. Igal juhul on ainult liikmesriigi kohtutel pädevus vajaduse korral kontrollida nende väidete põhjendatust ja nende asjakohasust põhikohtuasja praeguses etapis.

114. Kuivõrd eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab direktiivi 2014/23 artiklile 30 ja direktiivi 2014/24 artiklile 18, tuleks anda kõnealusele kohtule tarvilikud selgitused seoses kontrollimisega, kas nendes sätetes sisalduvaid põhimõtteid on järgitud.

115. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt nõuavad kõigi riigihangete korraldamist reguleerivad läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõte, et hankes osalemist puudutavad menetluse põhitingimused, eeskätt pakkujate kohustused, peavad olema enne selgelt määratletud ja avalikustatud, et pakkujatele oleksid menetluse nõuded täpselt teada ning nad oleksid kindlad, et kõikidele konkurentidele kehtivad samad nõuded. [56]

116. Olukorra selgitamiseks ja seoses direktiivi 2014/24 korraga peavad hanketeated üldjuhul sisaldama valikukriteeriumide loetelu ja lühikirjeldust ning ettevõtjate olukorda käsitlevate selliste kriteeriumide loetelu ja lühikirjeldust, mis võivad kaasa tuua menetlusest kõrvale jätmise. [57]

117. Sama loogikat edasi arendades tuleb võrdse kohtlemise põhimõtet ja läbipaistvuse tagamise kohustust tõlgendada nii, et nendega on vastuolus pakkuja kõrvalejätmine hankemenetlusest sellise kohustuse täitmata jätmisel, mis ei tulene sõnaselgelt selle menetlusega seotud dokumentidest või kehtivast riigisisesest õigusest, vaid selle õiguse ja dokumentide tõlgendustest ning asutuste või halduskohtute poolt nendes dokumentides olevate lünkade täitmisest. [58]

118. Kuivõrd hankija kaudne osalus eraõigusliku osaniku kapitalis võib esineda eri vormides ja tema mõju erapartneri toimimisele oleneb viimase organisatsioonilisest struktuurist, ei ole minu arvates iseenesestmõistetav, et hankija mis tahes vormis kaudne osalus tooks automaatselt kaasa pakkuja hankemenetlusest kõrvalejätmise avaliku ja erasektori osaluse nõuete täitmata jätmise tõttu. Näib, et liikmesriigi õigusnormide või hanke alusdokumentide niisugune tõlgendus pole piisavalt ilmne.

119. Ilma et see muudaks eespool toodud täiendavaid märkusi läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise kohta, jään proportsionaalsuse põhimõtte puhul käesoleva ettepaneku punktis 108 esitatud seisukohale.

[56] Vt 17. mai 2018. aasta kohtuotsus Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 23 ja seal viidatud kohtupraktika).

[57] Vt direktiivi 2014/24 artikkel 49 ja V lisa, osa C, punkt 11, alapunkt c.

[58] Vt 2. juuni 2016. aasta kohtuotsus Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 51).

VI. Ettepanek

120. Esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Consiglio di Statole (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) järgmiselt:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta artiklit 30 ja artikli 38 lõiget 1 või, kui see on asjakohane, Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta artiklit 18 ja artikli 58 lõiget 1 tuleb tõlgendada selliselt, et nimetatud sätetega on vastuolus, et hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku osalusprotsendi kindlaks tegemisel asutatavas avaliku ja erasektori segaosalusega äriühingus võetakse arvesse igasugust hankija kaudset osalust hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalis nii, et eraõiguslik osanik jäetakse automaatselt hankemenetlusest kõrvale, kui kaudse osaluse arvessevõtmisel ei vasta erasektori osalusprotsent sellele, mida hankija hanke alusdokumentide kohaselt soovib.

Samas ei ole niisugune arvessevõtmine vastuolus direktiivi 2014/23 artikliga 30 ja artikli 38 lõikega 1 või, kui see on asjakohane, direktiivi 2014/24 artikliga 18 ja artikli 58 lõikega 1, kui nimetatud arvessevõtmine ei toimu automaatselt. Eelkõige ei ole kaudse osaluse arvessevõtmine kõnealuste sätetega vastuolus, kui hankija läbiviidud kontrolli tulemusena selgub, et kaudne osalus seisneb selles, et suurem osa hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku kapitalist kuulub teisele üksusele, mis omakorda kuulub täielikult hankijale, tingimusel, et otsustusõigus ja riskid on hankemenetluses osaleva eraõigusliku osaniku ja kõnealuse üksuse vahel jaotatud proportsionaalselt kummalegi kuuluva kapitali suurusega.