KOHTUJURISTI ETTEPANEK

L. A. GEELHOED

esitatud 21. aprillil 2005 [1]

I. Sissejuhatus

1. Euroopa Ühenduste Komisjon palub Euroopa Kohtul käesolevas asjas tuvastada, et Austria Vabariik ei ole täitnud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivist 92/50/EMÜ [2], millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, tulenevaid kohustusi, sest Mödlingi linn on sõlminud jäätmete kõrvaldamise lepingu kõnealuse direktiivi artiklis 8, artikli 11 lõikes 1 ja artikli 15 lõikes 2 sätestatud menetlus- ja teavitamiseeskirju eirates.

1 — Algkeel: hollandi.

2 — EÜT 1992, L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322.

II. Õiguslik raamistik

A. *Direktiivi 92/50 asjakohased sätted*

2. Komisjon kinnitab, et direktiivi 92/50 artiklis 8, artikli 11 lõikes 1 ja artikli 15 lõikes 2 sätestatud kohustusi ei ole täidetud. Samuti tuleb käesolevas asjas arvestada kõnealuse direktiivi artikli 1 punktides a, b ja c sisalduvaid määratlusi.

3. Vastavalt direktiivi 92/50 artikli 1 punktile a on „riiklikud teenuslepingud [mõiste „riiklik teenusleping" asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „teenuse riigihankeleping"] — teenuseosutaja ja tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud [...]". Kõnealuse direktiivi artikli 1 punkti b alusel on „tellijaks" „riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest organist või avalik-õigusli-

kust isikust koosnevad ühendused". Artikli 1 punkti c järgi on „teenuseosutaja" „mis tahes füüsiline või juriidiline isik, sealhulgas avalik-õiguslik isik, kes osutab teenuseid. [...]".

4. Direktiivi 92/50 artikkel 8 sätestab, et „[l]epingud, mille objektiks on I A lisas loetletud teenused, sõlmitakse kooskõlas III–VI jaotise sätetega". Kõnealused sätted sisaldavad põhiliselt konkurentsi ja läbipaistvuse tagamise sätteid. Direktiivi 92/50 artikli 11 lõige 1 sätestab: „[t]eenuste riigihankelepingute sõlmimisel kasutavad tellijad artikli 1 punktides d, e ja f määratletud menetlusi, mida kohandatakse käesoleva direktiivi eesmärkidele". Neis sätetes ette nähtud menetlused on „avatud menetlus", „piiratud menetlus" ja „läbirääkimistega menetlus". Direktiivi 92/50 artikli 15 lõige 2 sätestab „[t]ellijad, kes soovivad sõlmida teenuste riigihankelepingu, kasutades avatud, piiratud või vastavalt artiklis 11 sätestatud tingimustele läbirääkimistega menetlust, teatavad sellest asjakohase teatega".

5. Direktiivi 92/50 I A lisa 16. kategooria hõlmab „[r]eovee- ja jäätmekäitlusteenused; kanalisatsiooni- jms teenused".

B. *Siseriiklikud õigusnormid*

6. Alam-Austria liidumaa jäätmekäitlusseaduse (edaspidi „piirkondlik jäätmekäitlusseadus") artikli 9 lõige 3 sätestab, et Alam-Austria omavalitsusüksused on kohustatud kõrvaldama ja töötlema jäätmeid või looma või võimaldama vajalikke struktuure vastavalt viimati nimetatud seaduse sätetele. Kõnealuse seaduse artikli 11 alusel vastutab iga omavalitsus jäätmete kogumise süsteemi loomise ja nõuetekohase toimimise eest.

III. Faktilised asjaolud

7. 21. mail 1999 otsustas Mödlingi linn kasutada seadusest tulenevate kohustuste täitmiseks juriidiliselt iseseisvat isikut. Selleks asutas ta äriühingu AbfallwirtschaftsGmbH (edaspidi „äriühing Abfall"). Linnavolikogu istungi protokollis märgiti, et kõik äriühingu osad kuuluvad põhimõtteliselt Mödlingi linnale. Äriühingu Abfall eesmärk on pakkuda peamiselt Mödlingi linnale teenuseid keskkonnahoidliku jäätmekäitluse valdkonnas ja sooritada sellega seotud äritehinguid eelkõige jäätmete kõrvaldamisel, sealhulgas töötada välja jäätmete käitlemise süsteem ja seda arendada.

8. 16. juunil 1999 koostati äriühingu Abfall asutamisotsus. Kogu äriühingu osakapital kuulus ühele osanikule ehk Mödlingi linnale.

9. 25. juunil 1999 otsustas Mödlingi linn anda oma territooriumil jäätmekäitlusega seotud vastutuse äriühingule Abfall vastavalt piirkondlikule jäätmekäitlusseadusele, jäätmekäitluse föderaalseadusele ja jäätmete munitsipaalmäärusele. Mödlingi linn andis võimaluse võtta üle jäätmekäitluse lepingud, mille kehtivus ei olnud sel hetkel lõppenud. Mödlingi linna ja äriühingu Abfall vahelises üürilepingus nähti ette jäätmekäitluseks vajalike seadmete ja personali olemasolu.

10. 15. septembril 1999 sõlmiti jäätmete kõrvaldamise kokkulepe, millega Mödlingi linn andis äriühingule Abfall oma jäätmete kogumise ja töötlemise ainuõiguse. Leping sõlmiti tähtajatult ja jõustus tagasiulatuvalt 1. juulist 1999. Leping sätestas, et Mödlingi linn peab äriühingule Abfall maksma jäätmete, suuremõõtmeliste esemete, jääkide, biolagunevate jäätmete ning ohtlike jäätmete kogumise ja töötlemise eest tasu kindlaksmääratud summana prügikasti või konteineri kohta. Äriühing Abfall ei sõlminud lepinguid teiste omavalitsusüksuste ega omavalitsusüksuste liitudega. Mödlingi linna jäätmekäitluskeskus osutas majapidamisjäätmete vedamise ja kokkupressimise teenuseid ka teistele jäätmekäitlusega tegelevatele eraõiguslikele äriühingutele.

11. Peale selle sõlmiti tähtajatu üürileping jäätmete töötlemiseks vajalike seadmete ja personali kohta ning leping jõustus 15. septembril 1999 tagasiulatuvalt alates 1. juulist 1999. Äriühing Abfall on kohustatud võtma tööle omavalitsusüksuste määratud töötajad vastavalt lähetatud töötajate suhtes kohaldatavatele tingimustele. Mödlingi linn on andnud lepingu järgi äriühingule õiguse töötajatele korralduste andmiseks.

12. 1. oktoobril 1999 otsustas Mödlingi linnavolikogu ainuosanikuna võõrandada 49% suuruse osaluse äriühingus Abfall eraõiguslikule äriühingule Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft (edaspidi „äriühing Saubermacher"). 1. oktoobri 1999. aasta koosoleku protokollist selgub, et peale linnavolikogu 25. juuni 1999. aasta otsust toimusid mitmed kohtumised osaluse omandamisest huvitatud äriühingute, eeskätt äriühinguga Saubermacher. Lõpuks esitati äriühingute ettepanekud KPMG-le, kes pidas

äriühingu Saubermacher ettepanekut parimaks.

13. 6. oktoobril 1999 muudeti äriühingu Abfall asutamisotsust, et võimaldada üldkoosolekul enamiku otsuste vastuvõtmine lihthäälteenamusega. Lisaks kehtestati üldkoosoleku kvoorumiks 51% osakapitalist. Äriühingut esindavad ühingu siseselt ja suhetes kolmandate isikutega vähemalt kaks juhatajat, kellel on ühine allkirjaõigus.

14. 13. oktoobri 1999. aasta osaluse võõrandamise lepingu alusel müüs Mödlingi linn oma osalusest 49% äriühingule Saubermacher.

15. Äriühing Abfall alustas tegevust alates 1. detsembrist 1999 ehk pärast seda, kui äriühing Saubermacher omandas kõneluses äriühingus osaluse.

16. 1. detsembrist 1999 kuni 31. märtsini 2000 tegutses äriühing Abfall üksnes Mödlingi linna nimel. Peale jäätmekäitluskeskuse rajamist osutas ta teenuseid ka kolmandatele isikutele. Esimese majandusaasta jooksul alates 1. aprillist 2000 moodustasid äriühingu Abfall käibest 70–80% Mödlingi linnale osutatud teenused.

IV. Kohtueelne menetlus

17. Komisjon saatis Austria Vabariigile 20. märtsil 2002 märgukirja, milles ta märkis, et Mödlingi linn ei ole viinud läbi pakkumismenetlust jäätmete kogumis- ja töötlemislepingu sõlmimiseks, kuigi kõnealune leping kuulus direktiivi 92/50 kohaldamisalasse jäävate teenuste riigihankelepingute valdkonda. Austria Vabariik vaidles sellele oma 23. juuni 2002. aasta kirjas vastu. Ta leiab, et jäätmete kogumis- ja töötlemislepingu sõlmimine äriühinguga Abfall ei kuulu teenuste riigihankelepinguid puudutavate direktiivide kohaldamisalasse, sest see puudutab *in house* ehk sisetehingut.

18. Komisjon pidas saadud vastust ebapiisavaks ja saatis 3. aprillil 2003 Austria Vabariigile põhjendatud arvamuse. Vastuses põhjendatud arvamusele Austria Vabariik ainult kordas märgukirjale antud vastuses esitatud argumente, mille tulemusel esitas komisjon 28. jaanuaril 2004 käesoleva hagi.

19. Komisjon palub Euroopa Kohtul:

— tuvastada, et Austria Vabariik ei ole täitnud direktiivist 92/50/EMÜ tulene-

vaid kohustusi, sest Mödlingi linn on sõlminud jäätmete kõrvaldamise lepingu kõnealuse direktiivi artiklis 8, artikli 11 lõikes 1 ja artikli 15 lõikes 2 sätestatud menetlus- ja teavitamiseeskirju eirates.

— mõista kohtukulud välja Austria Vabariigilt.

20. Austria Vabariik palub jätta hagi vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata ja teise võimalusena jätta hagi põhjendamatuse tõttu rahuldamata.

jon on rikkunud põhimõtet, mille kohaselt tuleb hagi eset piiritleda. Seetõttu on komisjon rikkunud kohtueelse menetluse eesmärki, mille kohaselt poolteks olevatele liikmesriikidele tuleb anda võimalus end tõhusalt kaitsta. Teiseks on komisjon rikkunud sellist põhireeglit, mille kohaselt komisjonil tuleb esitada liikmesriigi kohustuste rikkumise kohta tõendeid. Lõpuks kinnitab ta veel, et komisjoni hagi on puudulikult põhjendatud.

V. Poolte argumendid ja hinnang

A. *Vastuvõetavus*

1. Poolte argumendid

21. Austria valitsus vaidlustab oma vastuses hagi vastuvõetavuse. Tema sõnul ei ole komisjon selgitanud, miks ta leiab, et jäätmete kõrvaldamise lepingu sõlmimine rikub direktiivi 92/50. Ta järeldab sellest, et komis-

22. Austria valitsus väidab, et äriühinguga Abfall lepingu sõlmimiseni viinud sündmusi tuleb hinnata üksteisest sõltumatult. Sellisel hindamisel jõutakse järeldusele, et käesolevas asjas ei ole direktiiv 92/50 kohaldatav. Ta märgib, et esimene etapp — äriühingu Abfall asutamine, mis kuulub 100% Mödlingi linnale — ei ole otseselt tehing, mis kuulub riigihankelepingute sõlmimist reguleerivate sätete kohaldamisalasse. Ka teine etapp — jäätmete kõrvaldamise lepingu sõlmimine Mödlingi linna ja äriühingu Abfall vahel — ei riku direktiivi 92/50, sest tegemist on sisetehinguga ehk *in house* tehinguga. Ka kolmas etapp — Mödlingi linna poolt äriühingust Abfall 49% suuruse osaluse müük eraõiguslikule äriühingule, ei kuulu riigihankelepingute sõlmimist reguleerivate sätete kohaldamisalasse. Austria valitsus

järeldab sellest, et käesolevas asjas ei ole tegemist direktiivi 92/50 rikkumisega, vaid äriühinguga Abfall toimunud lepingu sõlmimist tuleb hinnata otseselt EÜ asutamislepingu sätete (riigiabi) alusel.

23. Austria valitsus leiab, et komisjon oleks saanud tõendada direktiivi 92/50 rikkumist üksnes juhul, kui ta oleks põhjendanud rikkumist kahe järgmise hüpoteesiga: äriühingu Abfall asutamise ja seejärel äriühingus Abfall eraõigusliku äriühingu osaluseni viinud etapid olid tegelikult valitud direktiivi 92/50 kohaldamisest kõrvale hoidumiseks, või et osaluse müügiga varjatakse riigihankelepinguks peetava lepingu sõlmimist eraõigusliku äriühinguga. Komisjon ei ole kunagi selliseid hüpoteese siiski esitanud.

24. Austria valitsus heidab ette, et komisjon ei ole ka kohtueelses menetluses kunagi maininud, et ta peab jäätmete kõrvaldamise lepingu sõlmimist ja 49% suuruse osaluse müüki ning põhikirja muutmist üheks ja samaks tehinguks. Ta järeldab sellest, et komisjon ei ole esitanud ühtegi tõendit oma argumentide toetuseks ja muu hulgas ei ole komisjon tõendanud, et Mödlingi linn kavatses seadusest mööda minna. Komisjon ei ole esitanud seda etteheidet oma repliigis.

25. Komisjon vaidleb Austria valitsuse seisukohale vastu. Komisjoni sõnul ei saa jäätmete kõrvaldamise lepingu sõlmimist äriühinguga Abfall ja äriühingu Saubermacher osalust kõnealuses äriühingus jagada kunstlikult kolme etappi. Komisjon tuletab sellega seoses meelde, et oma märgukirjas (punkt 13) väitis ta, et lepingu sõlmimine äriühinguga Abfall, mis oli alguses 100% Mödlingi linna omandis, oli üksnes vaheetapp selle muutumisel segaomandis olevaks äriühinguks, millele järgnevalt 49% osalusest müüdi eraõiguslikule äriühingule. See nähtub sellest, et 25. juunil 1999 vastu võetud linnavolikogu otsuse tulemusel vesteldi osalusest huvitatud äriühingutega. Lepingu sõlmimine äriühinguga Abfall ja osaluse müüki puudutava otsuse vaheline lühike kahenädalane ajavahemik tõendab, et Mödlingi linna eesmärk oli põhimõtteliselt anda kõnealune teenus äriühingule, kelle osadest suur osa kuulub eraõiguslikule äriühingule. Seetõttu ei saa Austria valitsus väita, et ta pole teadlik hagi esemest.

2. Hinnang

26. Väljakujunenud kohtupraktika järgi tuleb komisjonil märkida EÜ artikli 226 alusel esitatud hagides täpsed väited, mille alusel ta palub Euroopa Kohtul langetada kohtuotsuse, ning vähemalt kokkuvõtte neist õigus-

likest ja faktilistest asjaoludest, millel tema väited põhinevad.

27. Nagu komisjonilt liikmesriikidele adresseeritud märgukiri ja põhjendatud arvamus, mis piiritlevad kohtuasja eset, peab ka hagi olema selline, mis võimaldab puudutatud liikmesriigil ennast kaitsta ja vaidlustada kõiki komisjoni poolt tema vastu esitatud väiteid.

28. Kõnealuse kohtupraktikaga on vastuolus hagid liikmesriigi kohustuste rikkumise kohta, mis rikuvad kaitseõigusi seetõttu, et hagiavalduses esitatud väited on ebatäpsed või et puudub õiguslik või faktiline põhjendus.[3]

29. Komisjon on käesoleva asja kohtueelses menetluses täpselt selgitanud, miks ta leiab, et Austria valitsus ei ole jäätmete kõrvaldamise lepingu sõlmimisel täitnud direktiivis 92/50 sisalduvaid menetlusnorme. Komisjon on esitanud täielikult need faktilised asjaolud, mis viisid jäätmete kõrvaldamise lepingu sõlmimiseni, ja need õiguslikud asjaolud, millega ta rikkumist põhjendas.

30. Komisjon on lepingu sõlmimisega seotud asjaoludest ja äriühingu Saubermacher poolt äriühingus Abfall osaluse omandamisega seotud olukorrast eelkõige järeldanud, et käesolevas asjas on tegemist lepinguga, mille suhtes kohaldatakse direktiivi 92/50. Seega on käesolevas asjas esitatud hagi ese piiritletud selgelt.

31. Seetõttu on põhjendamata Austria valitsuse etteheide, et komisjon ei ole piiritlenud hagi eset.

32. Austria valitsuse ülejäänud etteheited vastuvõetavuse kohta puudutavad kohtuasja põhiküsimust. Uurin neid etteheiteid hagi põhjendatuse hindamisel.

33. Eespool esitatust tulenevalt tuleb järeldada, et Austria valitsuse vastuvõetamatuse vastuväide tuleb tagasi lükata.

B. *Põhjendatus*

1. Poolte argumendid

34. Komisjon sedastab oma hagis, et Mödlingi linna tuleb omavalitsusüksusena pidada

3 — Vt mh 29. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-191/95: komisjon *v.* Saksamaa (EKL 1998, lk I-5449, punkt 55) ja 22. aprilli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-340/96: komisjon *v.* Ühendkuningriik (EKL 1999, lk I-2023, punkt 36).

direktiivi 92/50 artikli 1 punkti b tähenduses tellijaks. Ta täpsustab, et jäätmete kõrvaldamine on teenus, mis kuulub kõnealuse direktiivi I A lisa 16. kategooriasse. Ta järeldab sellest, et leping, mille esemeks on kõnealune teenus, tuleb sõlmida vastavalt III–VI jaotise sätetele. Lisaks on jäätmete kõrvaldamise lepingu maksumus suurem kui 200 000 Rahvusvahelise Valuutafondi arvestusühikut (SDR), mis on kindlaks määratud direktiivi 92/50 artikli 7 lõike 1 punkti a alapunktis ii, mida on muudetud Euroopa parlamendi ja nõukogu 13. oktoobri 1997. aasta direktiivi 97/52/EÜ[4], millega muudetakse direktiive 92/50/EMÜ, 93/36/EMÜ ja 93/37/EMÜ, mis käsitlevad vastavalt riiklike teenuslepingute, riiklike tarnelepingute ja riiklike ehitustöölepingute sõlmimise korra kooskõlastamist, artikli 1 lõikega 1. Sellest järeldab komisjon, et direktiivi 92/50 artikli 11 lõikes 1 sisalduvad menetlus- ja artikli 15 lõikes 2 sisalduvad teavitamiseeskirjad on käesolevas asjas täiesti kohaldatavad.

35. Komisjoni leiab, et käesolevas asjas ei ole küsimus sisemistes suhetes Mödlingi linna ja äriühingu Abfall vahel. Selle kinnituseks viitab komisjon kohtuotsusele Teckal.[5] Euroopa Kohus täpsustas selles kohtuotsuses, et riigihankelepingute sõlmimist reguleerivaid sätteid ei kohaldata juhul, kui „omavalitsusüksus teostab kõnealuse isiku üle samasugust kontrolli nagu oma osakondade üle". Komisjon märgib, et riigihankelepinguid reguleerivaid sätteid ei kohaldata, kui tellijal puudub kavatsus enda ülesandeid kolmandatele isikutele anda, vaid ta tahab ülesanded üksnes siseselt ümber jagada. Kui eraõiguslik äriühing on pakkujas osanik, siis tellijal ei ole võimalik selle äriühingu üle teostada samasugust kontrolli nagu oma osakondade üle. Komisjoni sõnul piisab eraõigusliku ettevõtja vähemusosalusest, et välistada sisetehingu olemasolu.

36. Lisaks väidab komisjon, et äriühingu Saubermacher vähemusosalus selles äriühingus tähendab seda, et tal on vetoõigus ja õigus nimetada üks kahest ühesuguste volitustega juhatajast:

— äriühingul Saubermacher on vetoõigus äriühingu Abfall oluliste otsuste vastuvõtmisel, nagu osakapitali suurendamine või vähendamine, põhikirjas määratletud eesmärgi muutmine, ühinemine või osade müük, või osade jagamine;

— ühe juhataja määramisega on äriühingul Saubermacher valitsev mõju äriühingu Abfall üle, kui arvestada, et kaks juhatajat juhivad ja esindavad äriühingut

4 — EÜT L 328, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 3.

5 — 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal (EKL 1999, lk I-8121, punkt 50).

oma sise- ja välissuhetes ühiselt ning neil on ühine allkirjaõigus. Lisaks ei eelda juhatajate juhtimistegevus eelnevat üldkoosoleku otsust.

37. Austria valitsus leiab, et jäätmete kõrvaldamise lepingu sõlmimine äriühinguga Abfall ei kuulu direktiivi 92/50/EMÜ kohaldamisalasse, sest lepingu sõlmimise puhul on tegemist sisetehingu ehk *in house* tehinguga. Austria valitsuse sõnul ei välista eraõigusliku äriühingu osalus äriühingus, et tegemist on sisesuhtega. Austria valitsus täpsustab, et otsustav tegur on lepingupartneri, see tähendab äriühingu Abfall, „iseseisvuse ulatus", mitte eraõigusliku lepingupartneri võimalik mõju äriühingus. Käesolevas asjas ei olnud äriühingul Abfall iseseisvat otsustamispädevust lepingu sõlmimise hetkel ega praegusel hetkel.

38. Austria valitsuse sõnul pole käesolevas asjas järelikult tegemist teenuseosutaja ja tellija vahel sõlmitud tegeliku lepinguga direktiivi 92/50 artikli 1 punkti a mõistes, sest tellija võib mõjutada teenuse osutaja tegevust märkimisväärselt ja teenuse osutaja ei ole järelikult iseseisev. [6]

6 — Vt kohtujurist P. Léger' 15. juuni 2000. aasta ettepanek kohtuasjas, milles tehti 7. detsembri 2000. aasta otsus C-94/99: ARGE (EKL 2000, lk I-11037, ettepaneku punkt 59).

39. Austria valitsus märgib muu hulgas, et kohtuotsuses Teckal [7] kindlaks määratud kriteerium ehk „samasugune kontroll nagu oma osakondade üle" eeldab võrreldavat, kuid mitte täiesti samasugust kontrolli. Ta väidab, et õiguslike ja faktiliste asjaolude üldine hindamine on vajalik, et teha kindlaks, kas tegemist on võrreldava kontrolliga. Kui kontrollida kõiki asjakohaseid tegureid, on selge, et Mödlingi linn ise saab teostada sellist „võrreldavat" kontrolli pärast 49% osaluse võõrandamist. Austria valitsus täpsustab, et käesolevas asjas on tegemist järgmiste asjaoludega:

— Mödlingi linnal on häälteenamus üldkoosolekul, mistõttu ta saab äriühinguga Abfall sõlmitud jäätmete kõrvaldamise lepingu igal ajal üles öelda või äriühingu Abfall lõpetada;

— Mödlingi linn võib üksi otsustada äriühingu Abfall kogu tegevuse üle, sest mõlemad juhatajad on kohustatud järgima üldkoosolekul kehtestatud piiranguid;

7 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud.

— vastavalt asutamisotsusele saab kõik äriühingu Abfall tegevuse kohta tehtavad otsused vastu võtta lihthäälteenamusega (ehk Mödlingi linn saab otsuseid vastu võtta üksi);

— Mödlingi linn saab talle kuuluvate osade ja hääleõiguste lihthäälteenamusega tagasi kutsuda äriühingu Abfall juhataja ning ka eraõigusliku äriühingu väljapakutud juhataja igal ajal ning põhjust esitamata. Lisaks võib Mödlingi linn otsustada üldkoosolekul juhataja palka vähendada.

40. Komisjon vaidlustas oma repliigis Austria valitsuse seisukoha, mille kohaselt tuleks juhtumipõhiselt ja lähtuvalt kõigist asjaoludest kindlaks teha, kas tegemist on sisemise kontrollisuhtega. Selline kontroll viiks õigusliku ebakindluseni riigihankelepinguid reguleerivate ühenduse direktiivide kohaldatavuse osas. Seevastu komisjoni kasutatav kriteerium, see tähendab kolmandate isikute mõju teenuse osutajale, võimaldab piiritleda lihtsalt ja prognoositavalt direktiivi 92/50 kohaldamisala.

2. Hinnang

41. Komisjoni esitatud hagi põhjendatavuse hindamiseks tuleb uurida kahte järgmist küsimust:

a) Kas äriühingut Abfall, kelles äriühingul Saubermacher on 49% osalus, tuleb pidada juriidiliseks isikuks, kes, olgugi et ta on eraldiseisev juriidiline isik, on siiski jäänud lahutamatuks osaks organisatsioonist, mida Mödlingi linn kasutab selleks, et täita avalikke ülesandeid, nagu jäätmete kõrvaldamine? Kui vastus sellele küsimusele on jaatav, tuleb Mödlingi linna ja äriühingu Abfall vahelist jäätmete kõrvaldamise lepingut pidada ülesandeks, mida on täidetud munitsipaalorganisatsiooni sees. Sel juhul ei oleks tegemist lepinguga, millele kohaldatakse direktiivi 92/50 hankemenetluse sätteid;

b) Kui oletada, et äriühingut Abfall oma praeguses juriidilises vormis, see tähendab koos äriühingu Saubermacher osalusega ja sellele kohaldatavate õigusnormide ja põhikirja sätetega,

tuleks pidada Mödlingi linna organisatsiooni väliseks üksuseks, kas direktiivi 92/50 asjassepuutuvaid sätteid on kohaldatud õigesti?

42. Nagu ma eespool selgitasin, tõstatab komisjoni hagi küsimuse selle kohta, milleks pidada lepingut, mida ei sõlmita tellija enda võimustruktuuri sees. Väljakujunenud kohtupraktika järgi kohaldatakse direktiivi 92/50 „kui tellija, näiteks omavalitsusüksus, kavatseb sõlmida kirjalikult rahaliste huvidega seotud lepingu ametlikult eraldi oleva üksusega". [8] Sellest järeldub, et teenuseosutajat ei peeta kuuluvaks tellijaga samasse organisatsiooni, kui ta on õiguslikult temast eraldiseisev. Siiski võib esineda muid juhtumeid, mil pakkumiskutse avaldamine ei ole kohustuslik, ehkki teenuseosutaja on tellijast eraldiseisev juriidiline üksus. [9] Kohtuotsus Teckal esitas kaks samaaegset kumulatiivset kriteeriumi, mida kasutatakse selleks, et välja selgitada, kas tegemist on sisemise võimustruktuuriga. See on niiviisi siis, kui on täidetud järgmine kriteerium: „juhul, kui omavalitsusüksusel on kõnealuse isiku üle samasugune kontroll nagu oma osakondade üle ja kui põhiosa selle üksuse tegevusest toimub koos temas osalust omava omavalitsusüksusega.". [10]

43. Eespool viidatud kohtuotsuses Teckal kuulus eraldiseisev isik täielikult avalikõiguslikule isikule. Kohtuotsuses Stadt Halle, [11] mis langetati pärast kirjaliku menetluse lõppemist käesolevas kohtuasjas, uuriti küsimust, kas segaosalusega äriühingus, mille osakapitalist osa kuulub eraõiguslikule äriühingule, on tellijal segaosalusega äriühingu üle samasugune kontroll nagu oma osakondade üle. Euroopa Kohus sedastas kõnealuses kohtuotsuses järgmist: „[s]eevastu eraettevõtja kasvõi vähemusosalus selle äriühingu kapitalis, milles osaleb ka asjaomane tellija, välistab igal juhul, et sel tellijal saaks kõnealuse äriühingu üle olla samasugune kontroll nagu oma osakondade üle".

44. Kõnealuses kohtuasjas sedastas Euroopa Kohus niiviisi seetõttu, et riigihanke andmine segaosalusega ettevõtjale ilma pakkumiskutset avaldamata kahjustab direktiiviga 92/50 ette nähtud vaba ja ausa konkurentsi eesmärki ning huvitatud isikute võrdse kohtlemise põhimõtet, kuna eelkõige annab selline menetlus kõnealuse ettevõtja kapitalis osalevale eraettevõtjale eelise tema konkurentide ees. [12]

8 — Vt eespool 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus ARGE, punkt 40, ja eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Teckal.

9 — Vt 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle (EKL 2005, lk I-1 punkt 49).

10 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Teckal.

11 — Eespool 9. joonealuses määrkuses viidatud kohtuotsus Stadt Halle.

12 — Eespool 9. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Stadt Halle.

45. Lühidalt öeldes ei saa pidada osaks tellijast juriidilist isikut, kes on iseseisev juriidiline isik, kui eraõiguslik ettevõtja omab osalust äriühingu kapitalis.

46. Lähtudes eespool punktides 7–16 esitatud faktilistest asjaoludest ning komisjoni tsiteeritud ja vaidlustamata põhikirja sätetest, mida korrati eespool punktis 36, saab märkida järgmist:

— äriühingule Saubermacher kuulub 49% äriühingu Abfall osadest;

— osalus on seotud õigusega nimetada üks kahest juhatajast;

— juhatajad vastutavad äriühingu Abfall tegevusest eest;

— olulised otsused, mis puudutavad äriühingu organisatsiooni ja struktuuri, eeldavad osanike üldkoosolekul kvalifitseeritud häälteenamust.

47. Eespool nimetatud asjaoludest piisab sellise järelduse põhjendamiseks, mille kohaselt Mödlingi linna ja äriühingu Abfall suhe ei ole sisemine suhe, milles linnal on äriühingu Abfall üle samasugune kontroll nagu oma osakondade üle. Ebaoluline on see, et linn saab otsustada äriühinguga Saubermacher tehtava koostöö lõpetada. Linn on siiski seotud füüsilisi ja juriidilisi isikuid puudutavate siseriiklike üld- ja erisätetega, mis reguleerivad äriühingus koostööd tegevate isikute vahelisi suhteid, mis tähendab, et igal juhul on ta kohustatud arvestama äriühingu Saubermacher põhjendatud huve. Ei tundu usutav, et äriühing Saubermacher, saades märkimisväärse huvi äriühingus Abfall, oleks olnud valmis tegema koostööd teiseks suurosanikuks oleva Mödlingi linnaga, kui koostöö jätkuvus oleks sõltunud pelgalt linna heast tahtest.

48. Käesolevas asjas ei saa Mödlingi linna omavalitsusosakonna ümberkujundamist eraõiguslikuks äriühinguks pidada tõeliseks *in house* suhteks, kui arvestada kõnealuse ümberkujundamisprotsessi ja äriühingu Abfall enda tegevust.

49. Mödlingi linn asutas äriühingu Abfall 16. juunil 1999 ja asus asutatud äriühingule otsima eraõiguslikku partnerit kohe pärast

linnavolikogu 25. juuni otsust. Äriühingu Saubermacher osalusega sai Mödlingi linn äriühingule Abfall vajalikke teadmisi äritegevuse juhtimiseks.

50. Selle faktilise asjaolu tõlgendust kinnitavad veel järgmised asjaolud:

— Mödlingi linna ja Abfalli vahelist jäätmete kõrvaldamise lepingut hakati täitma alles pärast seda, kui äriühing Saubermacher omandas osaluse äriühingus Abfall;

— äriühing Abfall osutab 20–30% teenustest kolmandatele isikutele (vt eespool punkt 16).

51. Kuna äriühingut Abfall oma praeguses juriidilises vormis, see tähendab koos äriühingu Saubermacher osalusega, millele kohaldatakse õigusnorme ja põhikirja sätteid, tuleb pidada Mödlingi linna organisatsiooni väliseks, tuleb välja selgitada, kas jäätmete kõrvaldamise leping, mille Mödlingi linn on andnud jäätmete kogumiseks ja töötlemiseks üksnes äriühingule Abfall, kuulub direktiivi 92/50 kohaldamisalasse ja kas selle sätteid on kohaldatud õigesti.

52. Kõigepealt ma märgin, et Mödlingi linn on omavalitsusüksus. Austria valitsus ei vaidle sellele vastu. Direktiivi 92/50 artikli 1 punktis b sätestatakse, et tellijaks on riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest organist või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused. Seega on Mödlingi linn omavalitsusüksusena tellija ja kuulub direktiivi 92/50 isikulisse kohaldamisalasse.

53. Peale selle kuuluvad vaidlusesemeks olevad teenused eespool nimetatud direktiivi kohaldamisalasse. Viimati nimetatud direktiivi I A lisas tsiteeritakse teiste teenuste kategooriate hulgas 16. kategooriat, mis nimetab „[r]eovee- ja jäätmekäitlusteenused; kanalisatsiooni- jms teenused". Teenuste konkreetse sisu osas viitab I A lisa CPC viitenumbrile (ÜRO ühtne tooteklassifikaator) iga kategooriaga seoses. Äriühingu Abfall põhitegevusala on jäätmete, suuremõõtmeliste esemete, jääkide, biolagunevate

jäätmete ja ohtlike jäätmete kogumine. Sellest järeldub, et äriühingu Abfall põhitegevusalad kuuluvad direktiivi I A lisas nimetatud teenuste hulka ja et neile kohaldatakse direktiivi sätteid.

54. Teine aspekt, mida tuleb uurida, on Mödlingi linna ja äriühingu Abfall vaheliste suhete liik. Direktiivi 92/50 kaheksas põhjendus täpsustab, et „käesolev direktiiv hõlmab teenuste osutamist üksnes juhul, kui see põhineb lepingutel; direktiiv ei hõlma teenuste osutamist muudel alustel nagu näiteks õigusaktid või töölepingud". Direktiivi artikli 1 punkt a määratleb direktiivis sätestatud riiklike teenuslepingute mõiste, milleks on „teenuseosutaja ja tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud".

55. Selleks et suhet saaks pidada riigihankeks, tuleb kontrollida, kas hange on toimunud lepingu vormis ja kas lepiti kokku rahaliselt hinnatavas vastusoorituses. Käesolevas asjas on olukord just selline. On tõsi, et jäätmete kõrvaldamise leping, mille Mödlingi linn on sõlminud jäätmete kogumiseks ja töötlemiseks üksnes äriühinguga Abfall, näeb ette, et Mödlingi linn maksab äriühingule Abfall tasu, mis seisneb jäätmete kogumise ja töötlemise eest kindlaks määratud summas prügikasti või konteineri kohta.

56. Lisaks peavad kaks lepingu sõlminud juriidilist isikut olema õiguslikult eraldiseisvad isikud, sest vastasel korral on tegemist sisetehingu ehk *in house* tehinguga. Eespool punktides 46–50 olen juba märkinud, et äriühingut Abfall ei saa pidada õiguslikult ega tegelikult Mödlingi linna omavalitsüksuse osakonnaks.

57. Mödlingi linna ja äriühingu Abfall vahelise lepingu sõlmimine otsustati siis, kui äriühing Abfall oli veel täielikult Mödlingi linna omandis, mis ei muuda siiski järeldust, et riigihange oleks tulnud korraldada direktiivi artikli 8, artikli 11 lõike 1 ja artikli 15 lõike 2 alusel kooskõlas direktiivi III–VI lisa sätetega. Kindlus, et äriühing Abfall saab lepingu Mödlingi linnalt, muutis osaluse omandamise kõnealuses äriühingus eraõiguslikule pakkujale huvitavaks. Lisaks ei saa direktiivi 92/50 kohaldatavust nõrgendada selline „välise erastamise" vorm, milles muudetakse eraõiguslikele pakkujatele ahvatlevaks eras-

tatav üksus, kes on eelnevalt saanud „kaasavaraks" tähtajatu lepingu. Direktiivi kohaldatakse ka sellistele konstruktsioonidele.

58. Eespool esitatust tulenevalt leian, et komisjon on tõendanud, et direktiivi 92/50 artiklit 8, artikli 11 lõiget 1 ja artikli 15 lõiget 2 on rikutud.

VI. Ettepanek

59. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku langetada järgmine otsus:

— tuvastada, et Austria Vabariik on rikkunud kohustusi, mis tulenevad nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivist 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, kuna Mödlingi linna jäätmete kõrvaldamise leping sõlmiti kõnealuse direktiivi artiklis 8, artikli 11 lõikes 1 ja artikli 15 lõikes 2 sätestatud menetlus- ja teavitamiseeskirju eirates;

— mõista kohtukulud välja Austria Vabariigilt.