EUROOPA KOHTU OTSUS (esimene koda)

11. mai 2006 *

Kohtuasjas C-340/04,

mille esemeks on EÜ artikli 234 alusel Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itaalia) 27. mai 2004. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 9. augustil 2004, menetluses

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

versus

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

menetluses osales:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Kohtumenetluse keel: itaalia.

EUROOPA KOHUS (esimene koda),

koosseisus: koja esimees P. Jann, kohtunikud K. Schiemann, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues (ettekandja) ja E. Levits,

kohtujurist: C. Stix-Hackl,
kohtusekretär: ametnik C. Strömholm,

arvestades kirjalikus menetluses ja 10. novembri 2005. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

— Carbotermo SpA, esindajad: *avvocato* A. Sansone ja *avvocato* P. Sansone,

— Consorzio Alisei koos AGESI-ga, esindajad: *avvocato* B. Becchi ja *avvocato* L. Grillo,

— Comune di Busto Arsizio, esindaja: *avvocatessa* C. Caputo,

— AGESP SpA, esindajad: *avvocato* A. Sciumè ja *avvocato* D. Tassan Mazzocco,

— Itaalia valitsus, esindaja: I. M. Braguglia, keda abistas *avvocato dello Stato* G. Fiengo,

— Saksamaa valitsus, esindaja: W.-D. Plessing,

— Austria valitsus, esindaja: M. Fruhmann,

— Poola valitsus, esindaja: T. Nowakowski,

— Ühendkuningriigi valitsus, esindaja: M. Hoskins,

— Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: X. Lewis ja D. Recchia,

olles 12. jaanuari 2006. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsusetaotlus käsitleb nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 1; ELT eriväljaanne 06/02, lk 110), tõlgendamist.

2 See taotlus esitati ühelt poolt ettevõtete Carbotermo SpA (edaspidi „Carbotermo") ja Consorzio Alisei au Comune di Busto Arsizio (edaspidi „Busto Arsizio kommuun") ning teiselt poolt ettevõtte AGESP SpA (edaspidi „AGESP") vahelises kohtuvaidluses, mille ese on viimase sõlmitud riigihankeleping kütuse tarnimiseks ja nimetatud kommuunile kuuluvate hoonete kütteseadmete hooldamiseks, kohandamiseks ning tehniliseks uuendamiseks.

Õiguslik raamistik

Ühenduse õigus

3 Direktiivi 93/36 artiklis 1 ja selle punktides a ja b on sätestatud:

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

a) *riiklikud tarnelepingud* — tarnija (füüsiline või juriidiline isik) ja ühe punktis b määratletud tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, sealhulgas ostu-, üüri-, rendi- või liisinglepingud koos väljaostuvõimalusega või ilma. Kõnealuste toodete tarnimine võib hõlmata ka kohaletoomis- ja paigaldustoiminguid;

b) *tellija* — riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus, avalik-õiguslikud isikud, ühest või mitmest sellisest organist või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused.

Avalik-õiguslik isik on mis tahes isik:

— mis on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega,

— mis on juriidiline isik,

— mida põhiliselt rahastab riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud või mille juhtimist need isikud kontrollivad, või millel on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, millesse riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud nimetavad üle poole liikmetest;

[...]"

4 Sama direktiivi artiklis 6 on ette nähtud:

„1. Riiklike tarnelepingute sõlmimisel kohaldavad tellijad [...] [avatud menetlust, piiratud menetlust ja läbirääkimistega menetlust] allpool esitatud juhtudel.

2. Tellijad võivad tarnelepinguid sõlmida läbirääkimistega menetluse alusel, kui [...]

3. Tellijad võivad sõlmida tarnelepinguid läbirääkimistega menetluse alusel asjakohast teadet avaldamata:

[...]

4. Kõikidel teistel juhtudel kasutavad tellijad tarnelepingute sõlmimisel avatud või piiratud menetlust."

5 Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194), artikli 1 punktis 3 on ette nähtud:

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

[...]

3) *sidusettevõtja* — mis tahes ettevõtja, mille raamatupidamise aastaaruanne on ühendatud tellija aastaaruannetega vastavalt 13. juuni 1983. aasta seitsmenda nõukogu direktiivi 83/349/EMÜ (mis põhineb EMÜ asutamislepingu artikli 54 lõike 3 punktil g ja käsitleb raamatupidamise ühendaruandeid) [...] nõuetele [EÜT L 193, lk 1] või ettevõtjate puhul, mille suhtes ei kohaldata nimetatud direktiivi, mis tahes ettevõtja, mille suhtes tellijal on otseselt või kaudselt valitsev mõju lõike 2 tähenduses, või mis võivad kasutada valitsevat mõju tellija suhtes, või mille suhtes koos tellijaga võivad valitsevat mõju kasutada teised ettevõtjad tulenevalt omandist, rahalisest osalusest või ettevõtja tegevust reguleerivatest eeskirjadest."

6 Sama direktiivi artiklis 13 on ette nähtud:

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

a) tellija sõlmib sidusettevõtjaga;

b) mitme tellija loodud ühisettevõte sõlmib artikli 2 lõikes 2 määratletud tegevusega seoses ühe kõnealuse tellijaga või ettevõtjaga, kes on seotud ühega nimetatud tellijatest,

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

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

2. Tellijad teatavad komisjonile viimase nõudmisel järgmised lõike 1 kohaldamisega seotud andmed:

— asjaomaste ettevõtjate nimed,

— kõnealuste teenuslepingute laad ja väärtus,

— teave, mida komisjon peab vajalikuks tõestamaks, et suhted tellija ja selle ettevõtja vahel, kellega sõlmiti lepingud, on kooskõlas käesoleva artikli nõuetega."

Itaalia õigus

7 Consiglio di Stato 18. septembri 2003. aasta otsuse nr 5316 kohaselt on kohalikul omavalitsusel õigus sõlmida tarnijaga asjade ostmiseks riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata juhul, kui kohalik omavalitsus teostab tarnija suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle ja kui tarnija tegutseb põhiliselt koos teda kontrolliva kohaliku omavalitsusega.

Menetlus põhikohtuasjas ning eelotsuse küsimused

8 Carbotermo on ettevõte, kes on spetsialiseerunud nii era- kui ka avaliku sektori klientide energia ja soojusega varustamisele.

9 Consorzio Alisei on ettevõte, kes tarnib energiatooteid ja pakub hoonete kliima- ja kütteteenuseid.

10 AGESP Holding SpA (edaspidi „AGESP Holding") on aktsiaselts, mis loodi 24. septembril 1997 Busto Arsizio kommuunile kuuluva ettevõtte Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici ümberkujundamisotsuse alusel. AGESP Holding kuulub 99,98% ulatuses Busto Arsizio kommuunile. Teised aktsionärid on Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate ja Olgiate Olona kommuunid, kellele igaühele kuulub üks aktsia.

11 AGESP Holdingu põhikirja artikli 2 kohaselt on äriühingu tegevusaladeks avalike teenuste osutamine gaasi, vee, keskkonnatervishoiu, transpordi, parkimise, avalike saunade, apteekide, elektrienergia ja kütte, matuste ja liiklusmärgistuse valdkonnas.

12 Põhikirja artikkel 6 näeb ette:

„[...] Aktsiaenamus on jäetud [Busto Arsizio kommuunile].

[...]

Peale [Busto Arsizio kommuuni] võivad äriühingu aktsiaid omandada teised kohalikud omavalitsused (provintsid, kommuunid ja nende ühendused), majandus- ja finantsasutused, territoriaalsed ja erialaühendused, samuti füüsilisest isikust ettevõtjad, kelle tegevus vastab põhikirja eesmärkidele."

13 Põhikirja artikkel 7 täpsustab:

„Mitte ükski eraõiguslik äriühing ei või omandada rohkem kui 10% äriühingu aktsiakapitalist [...]".

14 AGESP Holdingu põhikirja artikli 18 kohaselt korraldab äriühingu tegevust direktorite nõukogu.

15 Nimetatud põhikirja artiklist 26 tuleneb:

„Direktorite nõukogul on kõige ulatuslikumad volitused äriühingu tavapäraseks ja erakorraliseks majandamiseks, õigusega oma äranägemisel teostada äriühingu eesmärkide teostamiseks ja saavutamiseks kõiki vajalikke toiminguid, välja arvatud ainult toimingud, mis põhikirja või õigusaktide kohaselt on jäetud aktsionäride üldkoosoleku ainupädevusse [...]".

16 AGESP on äriühing, mille lõi 12. juulil 2000 AGESP Holding ja kelle kapital kuulub 100% ulatuses AGESP Holdingule.

17 AGESP põhikirja muudetud redaktsiooni artikli 3 alusel laiendatakse äriühingu eesmärki ja eelotsusetaotluse esitanud kohtule esitatu kohaselt on AGESP eesmärk osutada avalikke teenuseid gaasi, vee, keskkonnatervishoiu, transpordi, parkimise, elektrienergia ja kütte, kliima, informaatika, telekommunikatsiooni, maapõuehalduse ja valgustuse valdkonnas ning samuti seotud äriühingutele erinevate teenuste osutamine.

18 AGESP põhikirja artiklis 7 on ette nähtud:

„Mitte ükski aktsionär, välja arvatud enamusosalust omav äriühing AGESP Holding [...], ei või omandada rohkem kui kümnendiku äriühingu kogukapitalist [...]".

19 AGESP põhikirja artiklist 17 tulenevalt juhib AGESP-d juhatus.

20 Selles osas täpsustab eelmainitud põhikirja artikkel 19 järgmist:

„Juhatusel on kõige ulatuslikumad, piiramata volitused äriühingu tavapärase ja erakorralise majandamise osas".

21 Busto Arsizio kommuun kuulutas 22. septembril 2003 välja riigihanke, mille objektiks on kütuse tarnimine ja nimetatud kommuunile kuuluvate hoonete kütteseadmete hooldamine, kohandamine ning tehniline uuendamine. Riigihanke arvatavast maksumusest 8 450 000 eurot pluss käibemaks moodustas 5 700 000 euro väärtuses kütus (sellest 4/5 diiselkütus ja 1/5 metaan), kütteseadmete hooldamine 1 000 000 euro väärtuses ja nende seadmete kohandamine ning tehniline uuendamine 1 750 000 euro väärtuses.

22 Carbotermo esitas 22. novembril 2003 pakkumise. Consorzio Alisei oli pakkumise ette valmistanud, kuid ei esitanud seda määratud tähtajaks.

23 Busto Arsizio kommuun otsustas 21. novembril 2003 peatada pakkumismenetluse käesoleva kohtuotsuse punktis 7 nimetatud Consiglio di Stato 18. septembri 2003. aasta otsuse nr 5316 alusel kuni 10. detsembrini 2003.

24 10. detsembri 2003. aasta otsusega tunnistas Busto Arsizio kommuun pakkumismenetluse kehtetuks ja jättis endale õiguse sõlmida hiljem riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata AGESP-ga.

25 Busto Arsizio kommuun tegi 18. detsembril 2003. aastal otsuse sõlmida kõnealune riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata AGESP-ga. Seda otsust põhjendati sellega, et AGESP vastab kahele ühenduse ja siseriiklikust kohtupraktikast tulenevale tingimusele riigihankelepingu sõlmimiseks pakkumismenetlust korraldamata, st et kui kohalik omavalitsus teostab tarnija suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle ja kui tarnija tegutseb põhiliselt teda kontrolliva kohaliku omavalitsuse huvides. Selle otsuse preambul kinnitab ühelt poolt, et AGESP ja Busto Arsizio kommuuni vaheline sõltuvussuhe tuleneb asjaolust, et viimasele kuulub 99,98% AGESP Holdingu kapitalist, kellele omakorda kuulub 100% AGESP kapitalist. Teiselt poolt tuleneb nimetatud preambulist, et kõige suurem osa AGESP käibest tuleneb toimingutest, mis on talle delegeeritud riigihankelepingute alusel, mis on sõlmitud Busto Arsizio kommuuniga pakkumismenetlust korraldamata.

26 23. jaanuaril 2004 avaldas AGESP kiirendatud menetluse pakkumiskutse eelmainitud diiselkütuse tarnimiseks ja sõlmis 27. veebruaril 2004 riigihankelepingu Pezzoli Petroli Srl-ga. AGESP sõlmis 28. aprillil, 18. mail, 30. juunil ja 2. septembril 2004 riigihankelepingud teiste ettevõtetega metaani töötlemiseks, tehnoloogia uuendamiseks, kohandamiseks ja erinevate munitsipaalhoonete kütteseadmete kaugseire ja -haldussüsteemi paigaldamiseks. Ei Carbotermo ega Consorzio Alisei ei osutunud nendes pakkumismenetlustes edukaks pakkujaks.

27 Carbotermo ja Consorzio Alisei vaidlustasid Tribunale amministrativo regionale per la Lombardias otsused, millega peatati pakkumismenetlus ja sõlmiti asjaomane riigihankeleping AGESP-ga.

28 Eelnimetatud kohtus väitsid need kaks ettevõtet, et direktiivi 93/36 kohaldamata jätmise tingimused ei olnud asjaomasel juhul täidetud. AGESP ei ole esiteks Busto Arsizio kommuuni kontrolli all, kuna viimane omab ainult seda ettevõtet omava valdusettevõtja aktsiaid 99,98% ulatuses ja kuna AGESP jääb täielikult eraõiguslikult sõltumatuks aktsiaseltsiks. Teiseks ei teosta AGESP oma tegevust valdavalt Busto

Arsizio kommuuni huvides, kuna vähem kui 80% selle keskmisest käibest on saadud teenuste osutamisest nimetatud kommuunile — tingimus, mis peab olema täidetud analoogselt direktiivi 93/36 artiklis 13 sätestatud kriteeriumiga.

29 Busto Arsizio kommuun ja AGESP lükkasid ümber väite, et riigihankelepingu sõlmimine pakkumismenetlust korraldamata on käesoleval juhul lubatav, kuna AGESP on täielikult Busto Arsizio kommuuni kontrolli all viimase kapitaliosaluse tõttu ja kuna AGESP tegutseb põhiliselt koos Busto Arsizio kommuuniga. Selles osas täpsustas AGESP, et enam kui 28% keskmisest käibest, mis on saadud teenuste osutamisest Busto Arsizio kommuuni territooriumil, saadi teenuste osutamisest otse kommuunile ja et keskmine käive, mis on saadud teenuste osutamisest eelmainitud kommuuni territooriumil, vastab 65,59% tema kogukäibest.

30 Neil asjaoludel otsustas Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia kohtuliku arutamise peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

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

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

Eelotsuse küsimused

Esimene küsimus

31 Euroopa Kohus on varem sedastanud, et juhul, kui riigihankelepingu objekt vastab nii direktiivis 93/36 nimetatud toodetele kui ka teenustele, mida on nimetatud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivis 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322), kohaldatakse direktiivi 93/36 juhul, kui riigihankelepingu kohaselt on toodete maksumus suurem kui teenuste oma (18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal, EKL 1999, lk I-8121, punkt 38). Põhikohtuasjas käsitletav riigihankeleping, mille maksumusest ületab selle esemeks olevate toodete maksumus teenuste maksumuse, kuulub seetõttu direktiivi 93/36 kohaldamisalasse, nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus on juba sedastanud.

32 Direktiivi 93/36 artikli 1 punkti a kohase lepingu olemasolu eeldab kahe eraldiseisva isiku vahelise kokkuleppe olemasolu (eespool viidatud kohtuotsus Teckal, punkt 49).

33 Nimetatud direktiivi artikli 1 punkti a kohaselt piisab põhimõtteliselt sellest, et leping oleks sõlmitud ühelt poolt piirkondliku või kohaliku omavalitsuse ja teiselt

poolt viimasest õiguslikult eraldiseisva isiku vahel. See ei ole nii juhul, kui piirkondlik või kohalik omavalitsus teostab asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle või juhul, kui see isik tegutseb põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse huvides (eespool viidatud kohtuotsus Teckal, punkt 50).

34 Eelotsusetaotlusest ja kohtutoimiku dokumentidest selgub, et käesoleval juhul omab tellija 99,98% AGESP Holdingu kapitalist, ülejäänud 0,02% kuulub teistele piirkondlikele või kohalikele omavalitsustele. Vastavalt AGESP Holdingu põhikirjale võivad eraaktsionärid omandada äriühingu aktsiaid kahel tingimusel: esiteks siis, kui aktsiaenamus jääb Busto Arsizio kommuunile, teiseks ei või mitte ükski eraaktsionär omandada rohkem kui kümnendiku äriühingu kapitalist.

35 Käesoleval ajal kuulub AGESP Holdingule 100% AGESP kapitalist. AGESP põhikirja kohaselt võivad eraaktsionärid omandada tema aktsiaid vaid tingimusel, et mitte ükski neist, välja arvatud AGESP Holding, ei või omandada rohkem kui kümnendiku selle äriühingu kapitalist.

36 Hinnates seda, kas tellija teostab asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle, tuleb arvesse võtta kõiki asjakohaseid õigusnorme ja asjaolusid. Uurimisest peab tulenema, et edukas pakkuja on allutatud niisugusele kontrollile, mis võimaldab tellijal tema otsuseid mõjutada. Tegemist peab olema otsustava mõjuga nii selle äriühingu strateegilistele eesmärkidele kui ka tähtsatele otsustele (vt 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen, EKL 2005, lk I-8585, punkt 65).

37 Asjaolu, et tellija omab üksi või koos teiste avalik-õiguslike asutustega kogu eduka pakkumise esitanud äriühingu kapitali, võib, aga ei pruugi näidata, et tellija teostab asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle eespool viidatud kohtuotsuse Teckal punkti 50 mõttes.

38 Kohtutoimiku dokumentidest tuleneb, et AGESP Holdingu ja AGESP põhikirjade alusel on mõlema äriühingu juhtorganitel kõige ulatuslikumad volitused äriühingu tavapärase ja erakorralise majandamise osas. Nendest põhikirjadest ei tulene Busto Arsizio kommuunile mitte mingit järelevalve õigust või erilist hääleõigust juhtorganitele antud tegevusvabaduse piiramiseks. Busto Arsizio kommuuni kontrolliõigus nende kahe äriühingu üle piirdub peamiselt äriühinguõiguses aktsionäride enamusele antud õiguste ulatusega, mis seab olulised piirid võimalustele nende äriühingute otsuseid mõjutada.

39 Samuti teostub võimalik mõju, mis Busto Arsizio kommuunil AGESP otsuste üle olla võib, valdusettevõtte vahendusel. Olenevalt juhtumi asjaoludest võib sellise vahendaja sekkumine nõrgendada võimalikku tellijapoolset äriühingu tegevuse üle teostavat kontrolli ka üksnes seetõttu, et ta on äriühingu aktsionär.

40 Seetõttu ei teosta asjaomane tellija sellistel asjaoludel — eeldusel et need on põhikohtuasjas tuvastatud — edukaks tunnistatud pakkuja suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle.

41 Direktiivi 93/36 artikkel 6 nõuab tellijatelt avatud või piiratud pakkumismenetluse korraldamist, välja arvatud juhul, kui riigihankeleping kuulub nimetatud artikli

lõigetes 2 ja 3 ammendavalt loetletud erandite alla. Eelotsusetaotlusest ei nähtu, et põhikohtuasjas vaidlusalune riigihankeleping kuuluks mõne loetletud erandi alla.

42 Seega ei võimalda direktiiv 93/36 põhikohtuasja asjaoludel riigihankelepingut pakkumismenetlust korraldamata sõlmida.

43 Vastuseks sellele seisukohale väidab Itaalia valitsus omakorda vastu, et asjaolu, et AGSP peab korraldama avaliku pakkumismenetluse asjaomase diiselkütuse ostmiseks, näitab, et Busto Arsizio kommuuni, AGESP Holdingut ja AGESP-d tuleb vaadelda nii, nagu nad moodustaksid direktiivi 93/36 artikli 1 punkti b mõttes üheskoos „avalik-õigusliku isiku", kes on kohustatud sõlmima riiklikke tarnelepinguid kooskõlas ühenduse õigusega ja siseriikliku õigusega.

44 Seda argumenti ei saa arvesse võtta. Ühelt poolt kuulub Busto Arsizio kommuun selles sättes esitatud mõiste „piirkondlik või kohalik omavalitsus" alla, mitte mõiste „avalik-õiguslik isik" alla. Teiselt poolt on Busto Arsizio kommuun, AGESP Holding ja AGESP iseseisvad juriidilised isikud.

45 Lisaks, nagu Euroopa Kohus on eespool viidatud kohtuotsuse Teckal punktis 43 märkinud, saavad ainsad direktiivi 93/36 kohaldamisel tehtavad erandid olla need, mis on selles direktiivis otse ja ammendavalt nimetatud.

46 Direktiiv 93/36 ei sisalda mitte ühtegi direktiivi 92/50 artikliga 6 võrreldavat sätet, mis välistab selle kohaldamisalast teatud tingimustel tellijate sõlmitud avalik-õiguslikud riigihankelepingud (eespool viidatud kohtuotsus Teckal, punkt 44).

47 Järelikult tuleb esimesele küsimusele vastata, et direktiiv 93/36 ei võimalda sõlmida selliste asjade ostmise ja teenuste tellimise riigihankelepingute pakkumismenetlust korraldamata, mille puhul leping käsitleb peaasjalikult tarnimist, sellise aktsiaseltsiga, mille juhatusel on tema üle sõltumatult teostatavad ulatuslikud juhtimisõigused ning mille kapital on kõnealusel hetkel täielikult teise aktsiaseltsi omandis, mille peaaktsionär on omakorda tellija.

Teine eelotsuse küsimus

48 Teine eelotsuse küsimus koosneb kahest osast.

49 Ühelt poolt küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus seda, kas selleks, et hinnata tingimust, mille kohaselt äriühing, kellega sõlmiti riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata, peab tegutsema põhiliselt selle omavalitsuse huvides, kellel on selles äriühingus enamusosalus, tuleb kohaldada direktiivi 93/38 artiklit 13. Teiselt poolt küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, kas sellest sättest saab teha järelduse, et antud nõue on täidetud juhul, kui sellise äriühingu käive on saadud põhiliselt teenuste osutamisest teda omavale kohalikule omavalitsusele või teise võimalusena teenuste osutamisest selle omavalitsuse territooriumil.

Teise eelotsuse küsimuse esimene osa

50 Eelotsuse küsimusest nähtub, et vaidlusalune riigihankeleping kuulub direktiivi 93/36 kohaldamisalasse.

51 Seega on tegemist küsimusega, kas direktiivi 93/38 artiklis 13 ette nähtud erandit saab analoogselt kohaldada direktiivi 93/36 kohaldamisalas.

52 Nimetatud artiklist 13 tulenev erand käib ainult riiklike teenuslepingute kohta ega hõlma riiklikke tarnelepinguid.

53 Direktiivi 93/38 artiklis 13 on silmas peetud isikuid, kes on eelkõige mitme tellija loodud ühisettevõtted ja ettevõtted, mille raamatupidamise aastaaruanded on ühendatud tellija aastaaruannetega ja mille tegevus erineb direktiivis 93/36 sätestatud tellijate omast.

54 Lisaks sisaldab nimetatud artikkel komisjoni teavitamise korda, mida ei ole võimalik juriidiliste aluste puudumise tõttu direktiivi 93/36 puhul kohaldada.

55 Kuna erandeid tuleb tõlgendada kitsendavalt, ei ole käesoleval juhul võimalik laiendada direktiivi 93/38 artikli 13 kohaldamist direktiivile 93/36.

56 Seda järeldust kinnitab asjaolu, et riigihanke direktiivide 2004. aasta reformi ajal jättis ühenduse seadusandja eelmainitud erandi jõusse Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT L 134, 114), artiklis 23, kuid otsustas analoogset erandit mitte sätestada Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivis 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, lk 114), millega asendati direktiiv 93/36.

57 Eeltoodust tulenevalt tuleb teise eelotsuse küsimuse esimesele osale vastata, et direktiivi 93/38 artiklit 13 ei saa kohaldada, hinnates direktiivi 93/36 kohaldamata jätmise tingimusi, mille kohaselt äriühing, kellega sõlmiti riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata, peab tegutsema põhiliselt tellija huvides, kellel on selles äriühingus enamusosalus.

Teise eelotsuse küsimuse teine osa

58 Tuleb meenutada, et riigihankeid käsitlevate ühenduse sätete põhieesmärk on teenuste vaba liikumine ning avatud ja aus konkurents kõikides liikmesriikides (vt selle kohta 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle ja RPL Lochau, EKL 2006, lk I-1, punkt 44).

59 Tingimuste kohaselt, mis on määratletud eelmainitud kohtuotsuses Teckal ja mille alusel võib asuda seisukohale, et direktiiv 93/36 ei ole kohaldatav piirkondliku või kohaliku omavalitsuse ja viimasest õiguslikult eraldiseisva isiku vahel sõlmitud riigihankelepingute suhtes, peab kohalik omavalitsus teostama asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle, ning see isik peab samas tegutsema põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse huvides, nende tingimuste eesmärk on eelkõige vältida konkurentsimoonutusi.

60 Nõudega, et asjaomane isik peab tegutsema põhiliselt teda omava omavalitsuse või teda omavate omavalitsuste huvides, soovitakse täpsemalt tagada, et direktiiv 93/96 oleks kohaldatav juhul, kui üks ettevõte, mis on ühe või mitme kohaliku omavalitsuse kontrolli all, tegutseb aktiivselt turul ja konkureerib seetõttu tõenäoliselt teiste ettevõtetega.

61 Nimelt ei ole ettevõtte tegevusvabadus tingimata piiratud lihtsalt asjaolu tõttu, et tema otsuste tegemist kontrollib teda omav omavalitsus, kui ta saab siiski teostada suurt osa oma majandustegevusest koos teiste ettevõtjatega.

62 Lisaks on vajalik, et selline ettevõte osutaks peamiselt teenuseid ainult sellele omavalitsusele. Nende piirangute tõttu on õigustatud, et sellisele ettevõttele ei laiene direktiivi 93/36 sätted, mis on kehtestatud selleks, et tagada konkurentsi, millel sellisel juhul ei ole enam mõtet.

63 Nende põhimõtete kohaldamisel tuleb arvestada, et asjaomane ettevõte tegutseb põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse huvides eespool nimetatud Teckali kohtuotsuses sedastatu mõttes ainult juhul, kui selle ettevõtte tegevus on põhimõtteliselt allutatud sellele omavalitsusele ja kogu muu tegevus on tähtsusetu.

64 Selleks et hinnata, kas käeoleval juhul on tegemist sellise olukorraga, peab asjaomane kohus arvestama kõiki esinevaid asjaolusid, nii kvalitatiivseid kui ka kvantitatiivseid.

65 Et vastata küsimusele, kas sel puhul on vaja arvestada vaid äriühingu käibega, mis saadakse põhiliselt teenuste osutamisest teda kontrollivale kohalikule omavalitsusele või teenuste osutamisest selle omavalitsuse territooriumil, tuleb arvesse võtta, et asja otsustav käive on see, mis asjaomasel ettevõttel tekib kontrolliva omavalitsusega sõlmitud lepingute alusel, milles sisaldub käive, mis on tekkinud koos teenuste kasutajatega nende otsuste täitmise käigus.

66 Eduka pakkuja tegevuse alla, mida tuleb arvesse võtta, kuulub kõik, mida see ettevõte teeb riigihankelepingu täitmisega seoses sõltumata sellest, kas see on eduka pakkuja enda või teiste teenusekasutajate huvides.

67 Samuti ei puutu asjasse, kes maksab asjaomasele ettevõttele, kas see on teda omav omavalitsus või kolmandad isikud, kes kasutavad osutatavaid teenuseid kontsessioonilepingu alusel, või teised selle omavalitsuse poolt asutatud juriidilised isikud. Samuti ei ole oluline, millise omavalitsuse territooriumil mainitud teenuseid osutatakse.

68 Kuna põhikohtuasja asjaolude puhul kontrollib edukat pakkujat kaudselt mitu omavalitsust, võib olla asjakohane käsitleda küsimust, kas arvessevõetav tegevus on see, mida edukas pakkuja teostab kõigi teda kontrollivate omavalitsuste huvides, või on see ainult tegevus omavalitsuse huvides, kes asjaomasel juhul esineb tellijana.

69 Selles osas tuleb meenutada, et Euroopa Kohus on asunud seisukohale, et asjaomane õiguslikult eraldiseisev isik peab tegutsema põhiliselt „teda kontrolliva omavalitsuse või omavalitsuste" huvides (eespool viidatud kohtuotsus Teckal, punkt 50). Järelikult nägi kohus ette võimaluse, et nimetatud erandit kohaldatakse mitte ainult juhtudel, kui üksainus omavalitsus kontrollib sellist juriidilist isikut, vaid samuti juhtudel, kui kontrollivaid omavalitsusi on mitu.

70 Juhul kui mitu omavalitsust omavad üht ettevõtet, võib tema põhilise tegevuse kohta seatav tingimus olla täidetud nii, et selle ettevõtte põhiline tegevus ei pea olema mitte tingimata seotud ühega nendest omavalitsustest, vaid nende omavalitsustega nende kogumis.

71 Järelikult on juhul, kui mitu omavalitsust omavad üht ettevõtet, arvessevõetav tegevus see, mida selline ettevõte teostab kõigi nende omavalitsuste huvides.

72 Seetõttu tuleb teise küsimuse teisele osale vastata, et selleks, et hinnata, kas ettevõte tegutseb põhiliselt teda omava omavalitsuse huvides, eesmärgiga välja selgitada direktiivi 93/36 kohaldatavus, tuleb arvesse võtta kogu ettevõtte poolt tellijaga sõlmitud riigihankelepingu alusel teostatav tegevus, sõltumata sellest, kas selle tegevuse eest maksab tellija ise või osutatud teenuste kasutaja, ning territoorium, kus tegevust teostatakse, ei ole oluline.

Kohtukulud

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

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (esimene koda) otsustab:

1. **Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord, ei võimalda selliste asjade ostmise ja teenuste tellimise riigihankelepingute sõlmimist pakkumismenetlust korraldamata, mille puhul leping käsitleb peaasjalikult tarnimist,**

sellise aktsiaseltsiga, mille juhatusel on tema üle sõltumatult teostatavad ulatuslikud juhtimisõigused ning mille kapital on kõnealusel hetkel täielikult teise aktsiaseltsi omandis, mille peaaktsionär on omakorda tellija.

2. **Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused, artiklit 13 ei saa kohaldada, hinnates direktiivi 93/36 kohaldamata jätmise tingimusi, mille kohaselt äriühing, kellega sõlmiti riigihankeleping pakkumismenetlust korraldamata, peab tegutsema põhiliselt kohaliku omavalitsuse huvides, kellel on selles äriühingus enamusosalus.**

3. **Selleks et hinnata, kas ettevõte tegutseb põhiliselt teda omava kohaliku omavalitsuse huvides, eesmärgiga välja selgitada direktiivi 93/36 kohaldatavus, tuleb arvesse võtta kogu ettevõtte poolt tellijaga sõlmitud riigihankelepingu alusel teostatav tegevus, sõltumata sellest, kas selle tegevuse eest maksab tellija ise või osutatud teenuste kasutaja, ning territoorium, kus tegevust teostatakse, ei ole oluline.**

Allkirjad