# KOHTUJURISTI ETTEPANEK

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

esitatud 2. juunil 2009 [1]

## I. Sissejuhatus

1. Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia (Sitsiilia maakonna halduskohus) eelotsusetaotlus annab Euroopa Kohtule võimaluse analüüsida „avaliku ja erasektori partnerluse" [2] mehhanismide õiguslikku staatust avalike teenuste osutamise vallas ning selle vastavust EÜ artiklitele 43, 49 ja 86.

2. Mainitud teenuste osutamise usaldamine segaosalusega äriühingule riigihankemenetlust korraldamata on ühenduse õigusega vastuolus, kui riigihankelepingute sõlmimist käsitlevate direktiivide meetmeid ei rakendata. Käesolevas asjas puudutab etteheide teenuste kontsessiooni sedavõrd, kuivõrd selle puhul rikutakse EÜ artikleid 43 ja 49, samuti võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid, [3] kui omavahendeid ja täitevteenistusi ei kasutata mõistlikus ulatuses. [4]

3. Käesoleval juhtumil on iseärasus, mis eristab seda teistest senini Euroopa Kohtu poolt õigusvastaseks tunnistatud hankemenetlustest – nimelt märgib Itaalia kohus, et ilma hankemenetlust korraldamata määrati ühendatud veevarustusteenuse osutamine üksusele, milles on ühendatud nii avalikud kui erahuvid, kuid osutab ka sellele, et eelnevalt korraldati pakkumismenetlus, mille tavapärane otstarve näib olevat siiski muutunud.

4. Tegelikult on töövõtja või kontsessionääri valimine muutnud meetodiks, kuidas valida äriühingule, kellega riigihankeleping või kontsessioon sõlmitakse, osanikuks eraõiguslik

1 – Algkeel: hispaania.

2 – Lühend „CPP", mida ma aeg-ajalt kasutan, on hispaaniakeelse termini „colaboración público-privada" lühend; inglise ja prantsuse keeles kasutatakse lühendit „PPP", mis tähistab vastavalt mõisteid „public private partnership" ja „partenariat public-privé".

3 – 10. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-29/04: komisjon *vs.* Austria (EKL 2005, lk I-9705, punkt 48); 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-410/04: ANAV (EKL 2006, lk I-3303, punkt 33) ja 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen (EKL 2005, lk I-8585, punkt 52).

4 – Kui *in house providing* tingimused on täidetud.

ettevõtja, mille ülesandeks lisaks majanduslikule panusele on ka teenuse osutamine.

5. Erinevalt kohtuotsusest komisjon *vs.* Austria,[5] milles Euroopa Kohus leidis, et tegemist on „mitmest eraldiseisvast etapist" koosneva tehisliku konstruktsiooniga, tunnistades ebaseaduslikuks riigihankelepingu sõlmimise segaosalusega äriühinguga, mida oli varjatud *in house*-suhte varju,[6] siis käesoleval juhul on tuleb mängu konkurents ja loob uue olukorra mõnevõrra vaenulikus menetluses, sest ühe meetmega asutatakse ühing, määratakse sellele ülesanne ja kehtestatakse eraõigusliku äriparteri valiku kriteeriumid. Kas saab midagi enamat nõuda?

6. Seetõttu tulebki välja selgitada, kas selline metodoloogiline otsetee on ühenduse õiguse nõuetega kooskõlas.[7]

## II. Kohaldatavad õigusnormid

### A. *Ühenduse õigus*

#### 1. Rooma leping

7. EÜ artikkel 43 sätestab:

„Allpool esitatud sätete kohaselt keelatakse piirangud, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisvabadust teise liikmesriigi territooriumil. […]

Kui kapitali käsitleva peatüki sätetest ei tulene teisiti, hõlmab asutamisvabadus õigust alustada ja jätkata tegutsemist füüsilisest isikust ettevõtjana ning asutada ja juhtida ettevõtjaid, eriti äriühinguid artikli 48 teises lõigus määratletud tähenduses, neil tingimustel, mida oma kodanike jaoks sätestab selle riigi õigus, kus niisugune asutamine toimub."

5 – Eespool viidatud kohtuotsus.

6 – Faktilised asjaolud, mille komisjon EÜ artikli 226 kohaselt Euroopa Kohtule esitas, lasid raskusteta ette näha liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi rahuldamist, sest alguses, kui Mödlingi linnavalitsusele kuulus 100% äriühingust AbfallGmbH, usaldas ta sellele äriühingule ilma hankemenetlust korraldamata linna jäätmete kogumise ja töötlemise, veidi aega hiljem otsustas kohalik omavalitsus anda 49% oma osalusest üle äriühingule Saubermacher AG, mis oli pealegi määravaks asjaoluks selle suhtes, et AbfallGmbH saaks ilma hankemenetlust korraldamata sõlmida teenuste riigihankelepingu segaosalusega ettevõtjaga, kelles eraõiguslikul ettevõtjal oli 49% suurune osalus.

7 – See seisukoht tuletab meelde Dossi, C. teoses *Note Azurre,* kirj. Adelphi, Milano, 1964, kd I, lk 248, esitatud sarkastilist märkust, et rumal on seadusvastaselt petta, kui seda on lihtsam teha seaduslikult.

8. EÜ artikkel 46 sätestab:

„1. Käesoleva peatüki sätted ja nende alusel võetud meetmed ei mõjuta nende õigus- ja haldusnormide kohaldatavust, mis sätestavad välisriigi kodanike teistsuguse kohtlemise avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise huvides.

2. Tehes otsuse vastavalt artiklis 251 sätestatud menetlusele, annab nõukogu direktiivid eespool mainitud sätete kooskõlastamiseks."

9. EÜ artikli 49 lõige 1 näeb ette:

„Järgnevate sätete kohaselt keelatakse ühenduse piires teenuste osutamise vabaduse piirangud liikmesriikide kodanike suhtes, kes asuvad mõnes teises ühenduse riigis kui see isik, kellele teenuseid pakutakse."

10. EÜ artikli 86 lõige 1 soovitab liikmesriikidel tungivalt mitte jõustada ega säilitada „[r]iigi osalusega äriühingute ja nende ettevõtjate puhul, kellele liikmesriigid annavad eri- või ainuõigused, […] mingeid meetmeid, mis on vastuolus käesoleva lepingu eeskirjadega, eelkõige nendega, mis on sätestatud artiklis 12 ja artiklites 81–89".

2. Riigihankelepingute sõlmimist käsitlevad direktiivid

a) Traditsioonilised valdkonnad

11. Õigusnorme, mis käsitlesid selliseid küsimusi nagu hindamiskriteeriumid lepingu esemest lähtuval valiku tegemisel või tellija kaalutlusõiguse järkjärguline vähendamine, oli nii arvukalt, et oli vaja uuendust, milleni pärast mõnesid ettevaatlikke katseid [8] jõuti Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiviga 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta läbiviidud kodifitseerimisega. [9]

8 – Nagu Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. oktoobri 1997. aasta direktiivis 97/52/EÜ, 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 (EÜT L 328, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 3).

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

12. Kuid riigihankelepingute sõlmimist reguleerivad normid eeldavad Rooma lepingu põhimõtete ja eelkõige kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse, teenuste osutamise vabaduse põhimõtete ning ka üldisemate põhimõtete – võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtte – kohaldamist.

13. Nende täieliku mõjususe ja konkurentsile avatuse tagamiseks soovitati teatavat maksumust ületavate riigihankelepingute puhul siiski „[…] koostada lepingute sõlmimise siseriiklikku korda kooskõlastavad ühenduse sätted, mis tuginevad kõnealustele põhimõtetele […]" (direktiivi 2004/18 põhjendus 2).

14. Õiguskindluse põhimõtte kohaselt on direktiivi 2004/18 artiklis 1 sätestatud rida mõisteid, mille seast tooksin esialgu ning hankelepingu ja kontsessiooni vahelise õrna piiri tõmbamiseks esile järgmised:

– riigihankelepingud – „ühe või mitme ettevõtja ning ühe või mitme ostja vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, mille objektiks on ehitustööd, toodete tarnimine või teenuste osutamine käesoleva direktiivi tähenduses";

– riiklike ehitustööde kontsessioon – „sama liiki leping kui ehitustööde riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teostatavate tööde eest antakse üksnes ehitise ekspluateerimise õigus või see õigus koos tasuga";

– teenuste kontsessioon – „sama liiki leping kui teenuste riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada või see õigus koos tasuga".

b) Kohaldamisalast väljaarvatud sektorid

15. Võttes arvesse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste turgude eripära, ei saa nendes valdkondades rakendada üldist korda ilma seda nende sektorite iseärasustele vastavaks kohandamata.

16. Lahenduse andis Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postitee-

nuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, [10] ning milles tuginetakse samadele eespool mainitud põhimõtetele, [11] kuigi veidi erinevas tähenduses kui direktiivis 2004/18, nimelt ei ole otsustavaks kriteeriumiks ostja, vaid lepingus käsitletud tegevuse loomus. [12]

17. Direktiiv 2004/17 käsitleb asjade, ehitustööde ja teenuste hankelepinguid (artikli 1 lõike 2 punktid b, c ja d), võrdleb neid kontsessioonidega (artikli 1 lõike 3 punktid a ja b) ja sedastab, et selle kohaldamisalasse kuulub „niisuguste püsivõrkude pakkumine või käitamine, mille eesmärgiks on pakkuda elanikkonnale joogivee tootmise, transpordi või jaotamisega seotud teenust" (artikli 4 lõike 1 punkt a), ja samuti „joogivee tarnimine sellistesse võrkudesse" (artikli 4 lõike 1 punkt b).

B. *Itaalia õigus*

18. 18. augusti 2000. aasta seadusandliku dekreedi nr 267/2000, millega kinnitati kohalike omavalitsuste korralduse seaduste konsolideeritud redaktsioon (edaspidi „seadusandlik dekreet nr 267/2000") [13] artikli 113 lõige 5 selle *ratione temporis* kohaldatavas redaktsioonis [14] pakub nimetatud omavalitsustele [15] kolme võimalust avalike teenuste haldamiseks sõltuvalt sellest, kas riigihankeleping sõlmitakse:

„[…]

a) kapitaliühinguga, kes valitakse välja avatud hankemenetluse teel;

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

10 – ELT L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19.

11 – Direktiivi 2004/17/EÜ artikkel 10 ja põhjendus 9.

12 – Nii kirjeldan ma seda 22. novembril 2007. aastal kohtuasjas C-393/06: Ing. Aigner, tehtud ettepaneku (milles Euroopa Kohus langetas otsuse 10. aprillil 2008; EKL 2008, lk I-2339) punktis 41.

13 – *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (edaspidi „*GURI*") regulaarne lisa nr 227, 28.9.2008.

14 – Säte on asendatud seaduse nr 448/2001 (*GURI* regulaarne lisa nr 285, 29.12.2001) artikliga 35 ja muudetud 30. septembri 2003. aasta dekreetseaduse nr 269 (arengu soodustamise ja riigi rahanduse toimimise parandamise kiireloomuliste sätete kohta; *GURI* regulaarne lisa nr 229, 2.10.2003) artikliga 14.

15 – Asjakohase meeldetuletusega valdkonda reguleerivate õigusaktide ja Euroopa Ühenduse õiguse järgimise kohta.

c) täielikult avalik-õiguslikule isikule või avalik-õiguslikele isikutele kuuluva kapitaliühinguga, tingimusel et kohalikel omavalitsustel, kellele äriühingu kapital kuulub, on äriühingu üle samasugune kontroll kui oma struktuuriüksuste üle ning et äriühing tegutseb peamiselt koostöös teda kontrolliva kohaliku omavalitsuse või kontrollivate kohalike omavalitsustega."

19. Punkt a vastab riigihankemenetluse võimalusele, punkt c iseseisvale täitmisele või „in house providing" suhetele,[16] samas aga punkt b kuulub „avaliku ja erasektori partnerluse" keerukasse valdkonda.

## III. Põhikohtuasja asjaolud ja eelotsuse küsimused

20. Provincia Regionale di Ragusa (Ragusa provints) ja selle omavalitsusüksused moodustasid 10. juulil 2002. aastal sõlmitud koostöölepinguga veevarustuspiirkonna jaoks „Ambiti Territoriali Ottimali" (edaspidi „ATO"), kelle peamine ülesanne oli „Servizio Idrico Integrato" (ühendatud veevarustusteenuse) korraldamine.

21. 26. märtsil 2004 usaldas Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (Ragusa provintsi omavalitsusjuhtidest ja provintsivanemast koosnev kogu; edaspidi „Conferenza")[17] ühendatud veevarustusteenuse haldamise seadusandliku dekreedi nr 267/2000 artikli 113 lõike 5 punktis b ettenähtud „riigi või kohaliku omavalitsuse enamusosalusega segaosalusega äriühingule"; 7. juunil 2005 kiitis heaks aktsiaseltsi asutamislepingu ja põhikirja projektid, kinnitades äriühingu teenuse osutamise ainuõigust.

22. Euroopa Ühenduste Teatajas (EÜT S 195, 8.10.2005) avaldati hanketeade vähemusaktsionärist eraettevõtja leidmiseks, kellele usaldada teenuse osutamine ja vastavate tööde teostamine.

23. Konkursil osalesid kolm ajutiselt moodustatud kontserni: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA ja Aqualia SpA.

24. Hankekomisjon ei kvalifitseerinud Aqualia SpA-d ja kvalifitseeris teised kaks, kuigi pärast seda, kui neid kontserne kutsuti üles teatama, et neil on endiselt huvi hankemenetluses osaleda, andis jaatava vastuse vaid Acoset SpA.

16 – Eespool viidatud kohtuasjas ANAV uuris Euroopa Kohus seadusandliku dekreedi nr 267/2000 artikli 113 lõike 5 vastavust ühenduse õigusele, kuid ei käsitlenud selle punktist b tulenevat keerulist küsimust, sest Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia oli küsinud temalt äärmiselt laiaulatusliku vabaduse kohta, mida kõnealune säte näis ametiasutusele andvat, võimaldades viimasel otsustada, kas usaldada ühistranspordi haldamine äriühingule, keda kontrollib kohalik omavalitsus (punkt c) või korraldada selleks avalik hankemenetlus (punkt a), nagu asjakohaselt selgitab kohtujurist Geelhoed 12. jaanuari 2006. aasta ettepaneku punktis 11.

17 – ATO haldusorgan.

25. 26. veebruaril 2007 alustati meetmete võtmist hankemenetluse kehtetuks tunnistamiseks, kuna see võis olla vastuolus ühenduse õigusega. Pärast asjakohaseid formaalsusi tühistas Conferenza lõpuks menetluse 2. oktoobri 2007. aasta haldusaktiga, milles määras ka konsortsiumi [18] teenuse haldamise vormiks.

26. Acoset SpA esitas kõnealuse haldusakti ja selle aluseks olnud varasemate haldusaktide peale kaebuse, nõudes, et tunnustataks tema õigust hankelepingu sõlmimisele või kahju hüvitamisele ning taotles kaitsemeetmena vaidlustatud aktide täideviimise peatamist.

27. Sellistel vaidluse asjaoludel esitas Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia Euroopa Kohtule järgmise küsimuse:

„Kas ühenduse õigusega ja eelkõige EÜ artiklites 43, 49 ja 86 sätestatud läbipaistvuse ning vaba konkurentsi nõuetega on kooskõlas sellise segaosalusega äriühingu mudel, mis on spetsiaalselt asutatud tööstusliku tähtsusega avaliku teenuse osutamiseks, mis on selle äriühingu ainus tegevusala, millega sõlmitakse hankemenetlust korraldamata leping sellise teenuse osutamiseks, ning milles osalust omav „tööstuslikku" ja „kutsealast tegevust teostav" eraõiguslik ettevõtja valitakse hankemenetluses pärast selle kontrollimist, kas ta vastab osutatava teenuse ja konkreetsete toimingutega seonduvatele finants- ja tehnilistele ning asjaomasele kutsealale esitatavatele nõuetele ja haldusnõuetele?"

## IV. Menetlus Euroopa Kohtus

28. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtu kantseleis 14. mail 2008. aastal.

29. Kirjalikes märkustes paluvad Conferenza ning Vittoria omavalitsus kuulutada hankemenetlus ühenduse õigusega vastuolus olevaks, sest vaatamata eraõigusliku partneri leidmiseks väljakuulutatud avalikule hanketeatele usaldati teenuse osutamine ilma hankemenetlust korraldamata segaosalusega äriühingule. Comiso ja Modica omavalitsused nõuavad esmalt otsuse tegemist tagajärgede kohta, mis tulenevad sellest, et kuna hankemenetlus tunnistati kehtetuks, puudub Acoset SpA-l menetluses põhjendatud huvi.

30. Acoset SpA, komisjon ning Itaalia, Austria ja Poola valitsus toetavad aga seisukohta, et kõnealune hankemenetlus ei ole

18 – Seda reguleerib seadusandliku dekreedi nr 267/2000 artikli 31 lõige 8.

vastuolus EÜ artiklitega 43, 49 ja 86, kui ühenduse õiguse tagatised on täidetud.

31. 2. aprilli 2008. aasta kohtuistungil osalesid suuliste märkuste esitamiseks Acoset SpA, Itaalia valitsuse ja komisjoni esindajad.

## V. Vastuvõetavus

A. *Esialgsed märkused*

32. Kuigi keegi pole seda küsimust tõstatanud, soovin hajutada igasuguse kahtluse selle kohta, kas Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia esitatud eelotsuse küsimus kuulub ühenduse pädevusalasse, et tõrjuda kõik kahtlused, et see võiks olla puhtalt vaid ühe liikmesriigi siseasi, kuna kõik asjaomased ettevõtjad on asutatud Itaalias.

33. Teenuste mahtu arvesse võttes ei tohiks välistada seda, et vaidlusalused teenused äratavad huvi mõnes teises liikmesriigis asutatud ettevõtjas ning see asjaolu annab küsimusele ühenduse mõõtme (Euroopa Kohtu 25. aprilli 1996. aasta otsus kohtuasjas komisjon *vs.* Belgia [19] ja eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen), mida toetab asutamislepingu põhimõtete ja sätete tõlgendus.

34. Ja kuigi avaliku ja erasektori partnerlused (PPP) ei ole ühtlustatud, nagu ma edaspidi üksikasjalikumalt selgitan, tuleb analüüsida riigihankelepingutega seotud ühtlustatud õigusnorme ja analüüsida nende õigusnormide valguses kontsessioone vähemalt selleks, et välja selgitada iga vastava teenuse ja haldusvormi olemus.

B. *Eelotsuse küsimuse puudused*

35. Austria valitsus leiab, et eelotsusetaotlus, mis on küll arusaadav ja vastamist vääriv, ei ole siiski piisavalt selge, et sellele antav vastus oleks kasutatav Itaalias peetavas kohtumenetluses, sest selles ei anta teavet teenuse üksikasjade, pakkumiskutse sisu ega „nõuetele vastavuse eelneva kontrollimise" ulatuse kohta.

36. Ühenduse õiguse selline tõlgendus, millest kohtul oleks kasu ja mis võimaldaks ka asjaomastel isikutel eelotsusemenetluses

19 – Kohtuasi C-87/94, EKL 1996, lk I-2043, punktid 33 ja 54.

märkusi esitada,[20] eeldab esitatud küsimustega seonduva faktilise ja õigusliku raamistiku kindlaks määramist või vähemalt küsimuste aluseks olevate faktiliste asjaolude tundmist.[21]

37. Euroopa Kohus on märkinud, et eelotsuse küsimusele vastamisest võib keelduda üksnes juhul, kui ilmneb, et taotletud tõlgendus ei ole põhikohtuasja asjaoludega või selle esemega kuidagi seotud, või kui probleem on hüpoteetilist laadi.[22]

38. Eelotsusetaotluses esitatakse minimaalselt nõutavad selgitused seadusandliku dekreedi nr 267/2000 artikli 113 lõike 5 seose kohta nimetatud sätte alusel korraldatud hankemenetluse ning asjaomaste ühenduse õigusnormide ja põhimõtete vahel, mistõttu peab Euroopa Kohus küsimusele vastama,[23] sest *ad limine* keeldumiseks puudub igasugune alus.

20 – Euroopa Kohtu 1. aprilli 1982. aasta otsus liidetud kohtuasjades 141/81 kuni 143/81: Holdijk jt (EKL 1982, lk 1299, punkt 6).

21 – Euroopa Kohtu 26. jaanuari 1993. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-320/90, C-321/90 ja C-322/90: Telemarsicabruzzo jt (EKL 1993, lk I-393, punkt 6) ning 19. märtsi 1993. aasta määrus kohtuasjas C-157/92: Banchero (EKL 1993, lk I-1085, punkt 4); 7. aprilli 1995. aasta määrus kohtuasjas C-167/94: Grau Gomis jt (EKL 1995, lk I-1023, punkt 8) ja 20. märtsi 1996. aasta määrus kohtuasjas C-2/96: Šunino ja Data (EKL 1996, lk I-1543, punkt 4).

22 – 22. jaanuari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-390/99: Canal Satélite Digital (EKL 2002, lk I-607, punkt 19).

23 – 13. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-379/98: Preussen-Elektra (EKL 2001, lk I-2099, punkt 38).

*C. Acoset SpA õigus esitada hagi*

39. Conferenza ning Comiso ja Modica omavalitsused väidavad Euroopa Kohtus, et Acosetil puudub käesolevas eelotsusemenetluses põhjendatud huvi, ettevõtja soovib üksnes vaidlustada eraõigusliku osaniku valimiseks korraldatud hankemenetluse kehtetuks tunnistamise.

40. See väide on täiesti alusetu ja tuleb ilma keerutamata tagasi lükata.

41. Asutamislepingu artiklist 234 tuleneb, et eelotsusetaotluse esitamine[24] kuulub üksnes liikmesriigi kohtu pädevusse ja seda ei saa teha menetluspooled, keda võib küll sellega seoses ära kuulata.[25] Euroopa Kohtu jaoks piisab eelotsusemenetluses osalemiseks sellest, kui ollakse menetluspooleks siseriiklikus kohtumenetluses ning see tingimus on Acoset SpA puhul ilmselgelt täidetud.[26]

24 – Selle olemuse kui ühenduse sisese koostöövahendi teadvustamise kohta vt Euroopa Kohtu 1. detsembri 1965. aasta otsus kohtuasjas 16/65: Schwarze (EKL 1965, lk 1081) ja 16. jaanuari 1974. aasta otsus kohtuasjas 166/73: Rheinmühlen (EKL 1974, lk 33).

25 – Euroopa Kohtu põhikirja artikkel 23.

26 – Igal juhul äratab tähelepanu väide, mis põhineb hankemenetluse kehtetuks tunnistamisel, et eitada Acoseti õigust esitada hagi, kui see kehtetuks tunnistamine viib nimelt menetluse algatamiseni.

## VI. Eelotsuse küsimuse sisuline analüüs

### A. *Mõiste „avaliku ja erasektori partnerlus" autonoomne määratlus*

#### 1. Liikmesriikide seisukohad

42. Ametivõimude majandus- ja haldustegevus on viimase sajandi jooksul põhjalikult muutunud. Algsest minnalaskmis-liberalismist, mille puhul ainsaks eesmärgiks oli avaliku korra kaitsmine tavapäraste politseimeetoditega nagu käsud ja keelud, jõuti seejärel kodanikele teenuste pakkumiseni [27] ja lõpuks solidaarsusel põhineva heaoluriigi ideeni. [28]

43. Selle võidujooksu lõpusirgel on avalikud teenused klassikalisel kujul jäänud tagaplaanile, sest tänapäeval ei võimalda ametiasutuste ja kodanike vahelise avatuse aste sulgeda vastastikuseid kohustusi õhukindlatesse kambritesse.

44. Kuigi ametiasutused peavad teenima üldiseid huvisid, on selle saavutamiseks palju eri viise, mille seast paistavad silma ulatuslikku koostööd nõudvad võimalused, kui eraõiguslikele subjektidele usaldatakse avalike teenuste osutamine. [29]

45. Sellise ühenduse näitena on erilisel kohal avalike teenuste või lepingute, mille eeskujud pärinevad õiguse ajaloost, niinimetatud kaudne haldamine.

46. Seega kui eraettevõtja võtab kasu teenimisest ajendatuna vastutuse teenuse osutamise eest ja riskib teenuse korrapärase ja õige toimimise tagamise nimel oma varaga, tekib riigi rahadega tihe seos. Sama juhtub siis, kui ametiasutus, kes on teadlik oma tehnilistest ja majanduslikest piirangutest, leiab, et mõne töö teostamiseks või teenuse osutamiseks on sobiv kasutada töövõtjat.

27 – Forsthoff, E., *Die verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stuttgart, 1938, liigitas need „eksistentsiaalse toetuse" nimelisse rühma ja lõi ühiskonna põhivajadusi tähistava mõiste *Daseinsvorsorge* kasutusele võtmisega tugeva ja dünaamilise täidesaatva võimu, mis suudab neid vajadusi täita; selle teooria kohta vt Martín Retortillo, L., „La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge", väljaandes *Revista de Administración Pública,* nr 38, mai/august, 1962, lk 35–65.

28 – Üks selle idee olulisemaid teerajajaid, Duguit, L., *Leçons de Droit public général,* kirj. Boccard, Pariis, 1926, lk 36, vähendab jõu kui riigile olemusliku joone tähtsust, arvates riigi ülesandeks sotsiaalse solidaarsuse edendamise.

29 – Teisest küljest tähendab see seda, et riigi suhtes kohaldatakse eraõigust, kui ta konkureerib ärisektoris võrdsel alusel koos teiste ettevõtjatega.

47. Erakapital on vahelüli töö või teenuse eest vastutava asutuse ja teenuse saaja vahel, ja sellest tulenevalt, muutudes vastavalt iga juhtumi asjaoludele, on jagatud töö mudel selliste tegevusvormide puhul valdav ja sellel põhinevad kõik nende iseloomulikud jooned.

48. Väljaspool riigihankelepinguid ja kontsessioone ei ole ametiasutuse jaoks midagi ebatavalist ega uudset selles, et avalike ülesannete täitmisse kaasatakse eraõiguslikke subjekte, mis ei kuulu tema koosseisu. [30]

49. Seega nõudis „avaliku ja erasektori partnerluse" käsitlemine iseseisva kategooriana uue mõiste loomist, võttes aluseks teatavate õigusinstitutsioonide vastastikuste mõjude kogumi.

50. Viiteid selle anglosaksi päritolule võib leida „New Public Management" ümber käivatest vaidlustest, mis oli PPP-de tõeline kasvupinnas, kui avas ametiasutuse uksed ärijuhtimiskriteeriumidele, mis vajavad erafinantseerimist (*Private Finance Initiative*).

30 – Santamaría Pastor, J. A., *Principios de derecho administrativo,* kd I, III trükk, Colección Ceura, kirj. Centro de Estudios Ramón Areces, lk 460, kirjeldab sellist koostööd, väites, et kitsas tähenduses haldamise kõrval on alati eksisteerinud ka „ebatüüpiline haldamine".

51. Kuid selleks on erisuguseid meetodeid: mõnede liikmesriikide õigussüsteemides on kasutusele võetud „koostöölepingu"-mudelid, [31] teistes aga on need jäänud rangelt ebatüüpiliseks võimaluseks. [32]

2. Ühenduse mitmekülgne nägemus

52. Ühenduse õigus püüdleb riigihankemenetluste vallas liikmesriikide õiguskordade ühtlustamise poole, kuigi ühenduse vaimustus on seoses PPP-nähtusega vaibunud. [33]

53. Liikmesriigid ootavad aga küsimuse reguleerimist ühenduse tasandil, seda enam et PPP-de osakaal avalikus sektoris aina kasvab,

31 – Prantsusmaal illustreerivad seda meetodit „contrats de paternitat" lepinguid käsitlevad 17. juuni 2004. aasta määrus nr 2004/559 ja 28. juuli 2008. aasta seadus nr 2008-735. Hispaanias 30. oktoobri 2007. aasta avaliku sektori lepingu seadus 30/2007 (*Boletín Oficial del Estado* nr 261, 31.10.2007, lk 44336) näeb lepinguna ette „colaboración público-privada".

32 – Näitena nende omadusi ümbritseva ebamäärasuse kohta vt González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado,* mis peatselt ilmub ja milles autor ennustab ette uue lepingumudeli teket ning lõpetab oma mõtisklused väitega, et tegemist on meetodiga, „kuidas haldustavana võtta kasutusele kõik ebatüüpiliste suhete mehhanismid, mis tekivad ärimaailmas eraettevõtjate vahel", kiites ebatüüpilisust, kuna see on paindlikum ja annab teenuste osutamisele rohkem kujutlusvõimet.

33 – 30. aprilli 2004. aasta „Rohelisest raamatust avaliku ja erasektori koostöölepete (PPP) ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal", KOM(2004) 327 lõplik (edaspidi „Roheline raamat") ilmneb, et vähemalt tol ajal vastasid PPP-d komisjoni arvates sellele kirjeldusele.

sest nende ligimeelitavad omadused ei jää märkamata.

54. Lisaks kaitseklapina toimimisele eelarvepiirangute suhtes soodustavad PPP-d erafinantseerimist ja avalikust sektorist kõrvale jäävate ettevõtjate oskusteabe kasutamist, mis on vastuseks liberaliseerimisega riigile kaasnenud tagasilöökidele, sest riigist kui otsekäitajast on saanud tegevuse reguleerija, olles viimaseks garandiks üldise huvi teenistuses.

55. Kontekstis, kus puuduvad igasugused siduvad erisätted, ümbritseb õiguslik ebakindlus eelkõige eraõiguslike partnerite osalemist kõnealustes majanduslikku vastukaalu esindavates ühingutes ja nende nimetatud ühingutesse kaasamist.

56. Nii tekkis vajadus kehtestada tõlgendamiskriteeriumid, et kohandada need meetodid asutamislepingu põhimõtetele vastavaks, mida käsitleb komisjoni 5. veebruari 2008. aasta tõlgendav teatis [34] riigihankelepinguid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamise kohta avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste (PPPI-de) suhtes. [35]

57. Minu arvates takistab ühenduse poolne ühtlustamata jätmine [36] PPP-de pidamist tõelisteks hankelepinguteks, mis ei takista aga tunnustamast seda, et neil uutel koostöövormidel on punkte, mis oma olemuselt vastavad lepingule või et need on omadustelt kontsessioonidega sarnased.

58. Ühtsed õigusaktid välistaks teatavad probleemid ja annaks riigiasutustele ja eraettevõtjatele suunised, sest valdav ebamäärasus takistab neil sageli PPP-sid asutada (mida on väidetud teatises) [37] – ja see mõjub kahjulikult infrastruktuuride ja avalike teenuste rahastamisele –, sest peetakse tõenäoliseks, et need ei ole kooskõlas Euroopa Liidu eesmärkidega.

34 – Alonso, García, R., „El soft law comunitario", väljaandes *Revista de Administración Pública*, nr 154, jaanuar-aprill, 2001, lk 79, mainib nende EÜ artiklis 249 ettenähtud vahendite heade külgede hulgas asjaolu, et need annavad riigiasutustele ja eraettevõtjatele raamistiku, mille peamised tunnusjooned on selgus ja kooskõla, et suunata nende tegevust ühenduse õigusega kooskõlas olevasse suunda.

35 – Komisjoni teatis K(2007)6661, millele edaspidi viitan kui „teatisele".

36 – Oma arvamuse esimesel lugemisel 10. mail 2002. aastal palus Euroopa Parlament komisjonil analüüsida võimalust võtta vastu direktiivi ettepanek, KOM(2000) 275. Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee omakorda pidas vajalikuks seadusandlikku algatust (EMSK arvamus, EÜT C 14, 16.1.2001, koostaja P. Levaux, punkt 4.1.3, ja EMSK arvamus, EÜT C 193, 10.7.2001, koostaja Bo Green, punkt 3.5).

37 – Seda õigusala töötajatele loomulikku reaktsiooni kinnitab Carbonnier, J., *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, Pariis, 1994, lk 331, osutades juristide ja sotsioloogide erinevale nägemusele seaduse keerukuse kohta, sest kui esimeste jaoks on seis väga halb, isegi haiglaslik, mis januneb lihtsuse juurde tagasipöördumise järele, siis teised ei anna hinnangut ja käsitlevad seda kui analüüsimist vajavat eripära.

59. See vaakum märgistab katsed liigitada haldusasutuste tegevused kas kontrolli, arendamise ja avalike teenuste osutamise valdkonda relativismiga, [38] millele lisaks ülemaailmses juriidilises kogukonnas peegeldab igaüks nimetatud elementidest riikide lõikes erisuguseid nägemusi.

60. Eelkõige tuleb mitmekesisus tugevasti esile just avalike teenuste osas, [39] sest kui mõnedes süsteemides on see mõiste haldusõiguskorra nurgakivi, [40] siis teistes ei ole see „régime administratif-i" alustalaks ning mõiste „publicatio" ei mängi keskset rolli. [41]

61. Ja siin peitub minu meelest üks põhjustest, miks valitseb ebamäärasus PPP-de valdkonnas, kes peavad vastu astuma veel tõsisemale probleemile – ühenduse seadusandja on ühtlustanud riigihankelepingute sõlmimise, kuid mitte kontsessioonide [42] ega avalike teenuste keerulised valdkonnad, mistõttu õigusnormide puudumine ei ole juhuslik, sest just nendes valdkondades tegutseb arvukalt PPP-sid.

38 – Nagu on osutanud Presutti E., *Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione*, Società Editrice, Milano, 1903.

39 – Nagu tõdetakse Majandus- ja Sotsiaalkomitee 22. mai 2003. aasta arvamuses üldhuviteenuseid käsitleva Rohelise Raamatu kohta, KOM(2003) 270 lõplik (EÜT C 76).

40 – Nii on kindlasti Prantsusmaal, Itaalias ja Hispaanias, võrreldes näiteks Suurbritannias, Saksamaal või Taanis valitsevate kontseptsioonidega.

41 – Vahel terminoloogia varieerub, kuigi avaliku teenuse sisu ja olemus jääb samaks: González-Varas Ibáñez, S., *El derecho administrativo privado*, kirj. Montecorvo, Madrid, 1996, lk 398.

42 – Kuigi komisjoni tõlgendav teatis kontsessioonilepingute kohta ühenduse õiguses (EÜT 2000, C 121, lk 2) sisaldab liikmesriikide mõistest sõltumatut käsitlust.

B. *PPP-de liigitamine*

62. Vaatamata PPP määratluse puudumisele soovitati rohelises raamatus liigitust, mis põhines empiirilistel tõdemusel, et kaks suurt mudelit kajastavad PPP-de mitmekesisust liikmesriikides vastavalt sellele, kas partnerlus põhineb üksnes lepingulisel suhtel (lepingulised PPP-d), või saab see teoks mõne üksuse kaudu (institutsionaliseeritud PPP või „PPPI").

63. See kaheks jagunemine tuleb välja komisjoni teatisest, mis käsitleb üksnes viimasena mainituid, võib-olla seetõttu, et lepingulisi PPP-sid on tulenevalt nende laiast tahtevabadusest rohkem ja seetõttu on neid ka raskem süstematiseerida. [43]

64. PPPI-des haldab avalik-õigusliku ja eraõigusliku partneri kohustusi iseseisva õigusvõimega üksus, kes valvab ühistes huvides töö üleandmise või teenuse osutamise üle.

43 – Tegelikult Rohelise raamatu kohaselt „[…] hõlmab erinevaid kombinatsioone, mis annavad eraõiguslikule partnerile ühe või mitu vähem või rohkem olulist ülesannet ja sisaldavad ehitustöö või teenuse projekti, finantseerimist, teostust, uuendamist või käitamist". [mitteametlik tõlge]

65. Erinevalt mõnedest lepingulistest mudelitest, mille puhul luuakse otsene suhe ametiasutuse asemel teenust osutava eraõigusliku partneri ja lõppkasutaja vahel, loob PPPI-de puhul äriühing töövõtja või kontsessionäärina kasutajaga „ametliku" suhte, kuigi „tegelikult" osutab teenust eraõiguslik partner. Sellest tulenevalt on mõistetav Acoseti esindaja poolt eelotsusemenetlusega seotud istungil esitatud väide, milles kinnitas, et tegelikult osutab eraõiguslik partner teenuseid segaosalusega äriühingule.

66. Lisaks kirjeldatud eelistele võimaldab PPPI avalik-õiguslikul partneril suhteliselt suurt kontrolli tegevuse täideviimise üle, sest ta kuulub aktsionäride ja otsuseid tegevate organite koosseisu.

67. Eri juhtumite analüüsist ilmneb sisuliselt kaks viisi PPPI moodustamiseks: *ex novo* üksuse loomine või muudetakse juba olemasoleva täielikult avalik-õigusliku üksuse kapitali selliselt, et see kuulub osaliselt eraettevõtjate omandisse. Ilmselgelt oleks õige kirjeldatud teist viisi tõlgendada selliselt, et erasektori enamusosalus oleks avalikustatud enne hankelepingu sõlmimist või sellega samal ajal, mitte aga pärast seda. [44]

68. Seadusandliku dekreedi nr 267/2000 artikli 113 lõike 5 punkt b käsitleb esimesena kirjeldatud viisil loodud PPPI-d, ehk luuakse segaosalusega kapitaliühing, kelle eraõiguslik partner, kes valiti välja pärast avalikku hankemenetlust, vastutab piirkonna ühendatud veevarustusteenuse osutamise eest. [45]

69. Lõpetuseks tuleb tõdeda, et PPPI-de puhul võib sõlmida nii hankelepingu kui kontsessiooni, tehes vahet selle eseme alusel, mis on määravaks sellele kohaldatava ühenduse sätte välja selgitamisel.

*C. Riigihankelepingu ja kontsessiooni vaheline erinevus*

70. Enne Ragusa PPPI õigusliku staatuse täpsustamist tuleb eelmises punktis esitatud liigitamise põhjal määratleda riigihankelepinguid ja kontsessioone.

44 – Nii sedastas Euroopa Kohus kohtuotsuse komisjon *vs.* Austria punktis 42, et vältida kahtlasi meetodeid, mis jäävad ühenduse õiguse reguleerimisalast välja, sest ostjad ei saa „kasutada protseduure, mille eesmärk on varjata riigihankelepingute sõlmimist segaosalusega ettevõtjatega".

45 – Väga kujundlik asjaolu on see, et Roheline raamat tunnistab, et liikmesriikides kasutatakse sarnaseid struktuure „kohaliku tasandi avalike teenuste haldamises (nt veevarustus- või jäätmekogumisteenuste puhul)".

71. Nõustun komisjoni seisukohtadega selle kohta, et sellise kohaliku tasandi avaliku teenuse nagu ühendatud veevarustusteenuse osutamise lepingu võib sõlmida nii riigihanke kui kontsessiooni korras ning et eelotsusetaotluses esitatud andmete nappus ei võimalda tuvastada, kumma kasuks otsustati.

72. Sellest hoolimata tuleb arvesse võtta järgmist: esiteks seda, et Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia osutab oma küsimuses üksnes asutamislepingu sätetele ja põhimõtetele, viitamata sealjuures riigihankelepingu sõlmimist käsitletavatele direktiividele;[46] teiseks seda, et ta kasutab väljendit „kontsessionäärist" segaosalusega äriühing, ja kolmandaks seda, et kavandatud kolmekümne-aastane kestus vastab pigem kontsessioonile.[47]

73. Vahe on oluline, sest kui segaosalusega kapitaliühingule usaldatakse riigihankelepingu täideviimine, näevad direktiivid 2004/17 ja 2004/18 ette juhised avaldamiseks ja eraõigusliku partneri valimiseks, kes peab teenust osutama hakkama, kui maksumus ületab nende direktiividega ettenähtud väärtusläve. Kui tegemist on aga teenuste kontsessiooni või nendes direktiivides käsitlemata hankelepingutega (nt kui nende väärtus ei ületa kehtestatud künniseid), väljenduvad need reeglid ainult asutamislepingu põhimõtetes ja vabadustes.

74. Seega on oluline täpsustada kriteeriumid, mille alusel määrata kindlaks ähmased piirid hankelepingu ja kontsessiooni vahel,[48] mille suhtes peab vajaliku teabe puudumise tõttu viimase astmena Euroopa Kohtu tõlgendatud kriteeriumide „tegevusrisk" ja „tasu teenuse eest" kohaselt otsuse tegema liikmesriigi kohus.

75. Käesoleva eelotsusetaotluse sõnastusest tõusetuvad esimesed raskused seoses „avaliku teenuse hankelepingu" eristamisega „avaliku teenuse kontsessioonist"

76. Teenuste hankeleping sisaldab teenustasu, mille ostja tasub otse teenuse osutajale, aga kui tasu teenuse eest ei tule ametiasutuselt, vaid teenuse saajatest kolmandatelt

46 – Eelotsusetaotluse esitanud Sitsiilia kohtu ettevaatlikkus on kiiduväärt, sest olles vastamisi terve rea normide ja eeskirjadega, mis võivad mõjutada PPPI õiguslikku staatust, viitab ta üksnes asutamislepingus kehtestatud vabadustele ja põhimõtetele, mis on riigihangetele ja kontsessioonidele kohaldatavad miinimumnõuded, nagu soovitab Bacon, F., *Essays*, kirj. Cosimo, 2007, LVI peatükk, of Judicatory, lk 137: „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws".

47 – Tuginedes sellele teabele liigitavad Itaalia Vabariik ja Acoset nähtuse kiiresti kontsessiooniks. Pealegi nagu selgus kohtuistungil, sõltub kestus investeeringu maksumusest, sest kulud tuleb tagasi teenida.

48 – Passerieux, R. ja Thouvenin, J. M., „Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession", väljaandes *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nr 487, aprill 2005, lk 237, märgivad, et õigusliku ebakindluse peamine põhjus on nende kategooriate omavaheline kattumine, mis väljendub ohus, et kontsessioonide („PPP concessions") paindliku staatusega rühma kuuluvaid liigitatakse ümber „PPP marchés"-deks.

isikutelt laekunud summadest, on tegemist avalike teenuste kontsessiooniga. [49]

77. Samuti on „tegevusriski" [50] üleminek üks hinnatumaid tunnuseid kõnealuse eristuse tegemiseks, sest see on üks kontsessiooni põhikomponente, [51] samas kui hankelepingu juurde see ei kuulu. [52]

78. Kuid eelotsusetaotluse esitanud Catania kohus ei tohi valvsust kaotada, sest võib-olla tuleb menetletavas kohtuasjas eristamise ülesande puhul ületada rohkem takistusi, kui teenuse haldamise kõrval tulevad teemaks selle osutamist võimaldavad tööd, millest tulenevalt tuleb analüüsida erinevusi „teenuste hankelepingu" „ehitustööde kontsessiooni" ja „teenuste kontsessiooni" vahel. [53]

79. Direktiivi 2004/17 artikli 18 kohaselt ei kohaldata seda direktiivi „ehitustööde ja teenuste kontsessioonidele, mis sõlmitakse ostjate poolt, kes tegutsevad ühel artiklites 3–7 viidatud aladest, kui need kontsessioonid sõlmitakse kõnealuste tegevuste sooritamiseks". Pange tähele, et erinevalt direktiivist 2004/18, mis jätab artiklis 17 kohaldamisalast välja üksnes teenuste kontsessioonid, ei käsitle direktiiv 2004/17 ka ehitustööde kontsessioone, mis direktiivi 2004/18 artikli 12 süstemaatilisel tõlgendamisel viitab sellele, et ehitustööde kontsessioonide suhtes – isegi kui need puudutavad erisektoreid (nagu veevarustus) – kohaldatakse üksnes traditsioonilisi sektoreid reguleerivaid sätteid. [54]

80. Et vältida segadust, mille võivad tekitada mitut tegevust hõlmavad lepingud (nt veevarustusteenus, mis nõuab ehitustööde teostamist), näeb direktiiv 2004/17 ette objektiivse reegli, et tuleb rakendada eeskirju, mis vastavad peamiseks eesmärgiks olevale tegevusele (artikli 9 lõige 1), kooskõlas kohtupraktikaga, mis keelab lepingu liigitamise ehitustööde lepinguks, kui neid töid teostatakse täiendavalt teenustele või asjadele. [55]

81. Sellest tulenevalt on ilmne, et teenuste kontsessioonide suhtes kohaldatakse asutamislepingu sätteid ja aluspõhimõtteid ning ehitustöödega seotud kontsessioonide suhtes

49 – 10. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-360/96: BFI Holding (EKL 1998, lk I-6821) ja eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen

50 – Sellega seoses tuleb märkida, et Acoset'i esindaja rõhutas istungil, et selle riski võttis eraettevõtja.

51 – 18. juuli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-382/05: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2007, lk I-6657, punkt 34) ja 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-437/07: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2008, lk I-153*, punkt 29).

52 – 27. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-234/03: Contse jt (EKL 20052, lk I-9315, punkt 22).

53 – Selles keerulises ülesandes võivad selgust tuua vaated, mida on väljendanud Gimeno Feliú, J. M., La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. *La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, kirj. Thomson Civitas, Madrid, 2006, lk 151–175, ja mis põhinevad eri kategooriate kontseptuaalsel analüüsil.

54 – Kontsessioonide väljajäämist hankelepinguid reguleerivate direktiivide kohaldamisalast analüüsis Euroopa Kohus 30. mai 2002. aasta kohtuasjas C-358/00: Buchhändler-Vereinigung tehtud otsuses (EKL 2002, lk I-4685), kuid 7. detsembri 2000. aasta otsuses kohtuasjas C-324/98: Telaustria ja Telefonadress (EKL 2000, lk I-10745), leidis ta, et need kuuluvad traditsioonilisi sektoreid reguleerivate õigusnormide kohaldamisalasse.

55 – Euroopa Kohtu 19. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-331/92: Gestión Hotelera Internacional (EKL 2004, lk I-1329).

ka direktiivi 2004/18 sätteid, mis on kohaldatavad lepingu väärtusest tulenevalt.

84. Pragmaatilisust, mis on iga õigussüsteemi loogiline püüe, ei sobi teha iga õigusliku analüüsi ainsaks aluseks. Sellise reservatsiooniga jagan komisjoni arvamust, millele lisaks tuleb analüüsida ühenduse nõudeid riigihankelepingutele ja kontsessioonidele, mis vastastikku mõjutades määratlevad konteksti, milles PPPI-sid kasutatakse.

D. *PPPI-de kontrolli parameetrid*

82. Itaalia seadusandliku dekreedi nr 267/2000 artikli 113 lõike 5 punktist b tulenevad kahtlused seisnevad nüüd sisuliselt vaid vajaduses välja selgitada, kas eraõigusliku partneri leidmiseks avaldatud pakkumiskutsele lisaks oli teenuse osutamist puudutavas vaja avaldada eraldiseisev pakkumiskutse. [56] Kui sellele küsimusele vastata, et vaja on korraldada vaid üksainus pakkumine, on vajalik põhjalikumalt analüüsida selle seaduslikkuse õiguslikku alust asutamisvabaduse (EÜ artikkel 43), teenuste osutamise vabaduse (EÜ artikkel 49) ja konkurentsivabaduse (EÜ artikkel 86) seisukohast.

85. Kaks korda pakkumise korraldamine ei sobi hästi kokku PPPI-de aluseks oleva menetlusökonoomia põhimõttega, sest nende loomine hõlmab samas menetluses nii eraõigusliku partneri valimist kui riigihankevõi kontsessiooni sõlmimist segaosalusega kapitaliühinguga.

86. Täpsemalt öeldes ei saa tõhusus olla vastuolus seaduslikkuse põhimõttega, sest see areneb seaduslikkuse varjus, mistõttu saab väita vaid seda, et ebatõhus haldamine on seadusvastane.

1. Üksainus pakkumine kahe eesmärgiga

83. Komisjon leiab teatises, et „[…] kahekordne pakkumine (esimene PPPI eraõigusliku partneri leidmiseks ja teine riigihankelepingu sõlmimiseks segaosalusega kapitaliühinguga või viimasele kontsessiooni andmiseks) ei ole eriti praktiline […]”.

87. Kui nende piiridest kinni pidada, [57] saavad PPPI-dest usaldusväärsed ratsionaalsuse, põhjendatuse, kooskõlastatuse ja ökonoomi-

56 – Nagu väidab Vittoria omavalitsusjuhtidest ja provintsivanemast koosnev kogu.

57 – Piirid, mis tulenevad õigusest heale haldusele, mille Euroopa Liidu põhiõiguste harta näeb ette kodanike õigustele pühendatud V jaotise artiklis 41, ja millele viitan seoses kaitseõigustest ilmajätmise keeluga liidetud kohtuasjades C-147/06 ja C-148/06: SECAP (milles Euroopa Kohus tegi otsuse 15. mail 2008; EKL 2008, lk I-3565) 27. novembril 2007. aastal tehtud ettepanekus.

lisuse nõudeil põhineva hindamise indikaatorid, mis innustavad kollektiivse heaolu tagamise eest vastutavat asutust, kaugenedes samal ajal oma ülesandest olla pelgalt seaduse „ülekanderihmaks”. [58]

88. Üks lahenduse võtmeist peitub selles, et uue üksuse partneriks võetav ettevõte toimib tegelikkuses töövõtja või kontsessionäärina ja vastutab teenuse osutamise eest, mis on ilmne, sest kõnealuse ettevõtte valiku üks kriteeriume lisaks nendele, mis on seotud selle bürokraatliku panusega äriühingu haldamisse, on selle teenuse osutamisega seotud oskused. [59]

89. Seetõttu toimub töövõtja või kontsessionääri valik kaudselt äripartneri valiku kaudu, mistõttu on tema tegevus olulise tähtsusega. Nende tunnusjoonte täpne määratlemine välistaks PPPI-dega manipuleerimise selleks, et hoida kõrvale uute pakkumismenetluste korraldamisest.

90. See olukord on seotud PPPI-de loomise eesmärgiga, milleks käesolevas asjas on ühendatud veevarustusteenus, nagu kinnitab eelotsuse küsimus, kui viitab „äriühingu ainsale tegevusalale”.

91. Pealegi peab PPPI eesmärk püsima teenuse osutamise aja vältel muutumatuna, [60] kuigi mitte miski ei takista selle arengule või eraõigusliku partneri taiplikkusele vastavaks kohandamist, kui ei muudeta pakkumise põhitingimusi. [61] [62]

92. Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia esitatud informatsiooni kohaselt näib see põhinüanss olevat täidetud, sest pakkumistingimustes oli ette nähtud, et ehitustööde hankeleping, [63] kui seda ei hakka täide viima eraõiguslik partner ise, tuleb sõlmida „seadusega kehtestatud avatud hankemenetluse teel”.

93. Itaalia Vabariigi märkused (punkt 8) osutavad aga *ius variandi* kohaselt sellele, et pakkumistingimustes sisalduv tingimus

58 – Väljend „transmission belt” pärineb juba klassikaks muutunud teosest: Stewart, R. B., *The reformation of American Administrative Law*, Harvard Law Review, kd 88, nr 8, 1975, lk 1675.

59 – Kui võtta arvesse, et kõiki asjaomaseid kriteeriume tuleb hinnata üheainsa menetluse käigus, nõrgeneb Vittoria omavalitsuse väide selle kohta, et eraõigusliku partneri leidmiseks korraldatud hankemenetlus ei saa olla tähtsam kui hankelepingu sõlmimise menetlus, sest nende sisu ja eesmärk on erinevad.

60 – Käesolevas asjas oluline tõik, sest selle puhul on kehtestatud 30 aastane tähtaeg.

61 – Euroopa Kohus leidis 29. aprilli 2004. aasta otsuses kohtuasjas C-496/99 P: komisjon *vs.* CAS Succhi di Frutta (EKL 2004, lk I-3801, punkt 116), et kui hanketeates või pakkumistingimustes oleks esinenud põhitingimus, oleks see võimaldanud pakkujatel esitada sisuliselt teistsuguse pakkumise.

62 – Ilma et see piiraks direktiivi 2004/18/EÜ artiklites 31 ja 61 ning direktiivi 2004/17/EÜ artikli 40 lõike 3 punktides f ja g sisalduvate erandite kohaldamist, eeldab igasugune lepingu põhitingimuste muutmine, mida ei ole pakkumistingimustes ette nähtud, uue hankemenetluse korraldamist, nagu on märgitud 5. oktoobri 2000. aasta otsuses kohtuasjas C-337/98: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2000, lk I-8377, punkt 50).

63 – Algselt mainitud 15. detsembri 2003. aasta omavalitsusjuhtide kogus heaks kiidetud kolme aasta tegevuskavas.

vihjab võimalusele, et osa avalik-õiguslikule partnerile kuuluvast kapitalist võidakse müüa börsil.

94. Lepingu osas võib selle täideviimise ajal lubada teatavaid muudatusi, mis ei puuduta põhipunkte, kuigi läbipaistvuse huvides ja selleks et mitte muuta lepingu täitmise peamist olemust, on selleks vajalik sõnaselget luba. [64]

95. Itaalia valitsus hoiatas kirjalikes märkustes selle eest, et sõltumata sellest, kas mainitud börsitehing muudab tingimuste ühtsust, viiks selline kapitali üleminek ühingu lõppemiseni, sest selle põhikiri näeb ette „avaliku sektori enamusosaluse", mistõttu ühingu ebaseaduslikku olukorda asetamise asemel see pigem lõpetaks selle. *Avvocato dello Stato* täpsustas kohtuistungil seda seisukohta, viidates „muudele alternatiivsetele kontrollimeetoditele", mis ei põhine kapitaliomandil, millega ma olen nõus, kui eraõigusliku sektori enamusosalus ei kahjusta ühingus avaliku sektori keskset rolli, mis tuleneb kas sellest, et avalikule sektorile kuulub enamus ühingu kapitalist, või vähemalt tema vaieldamatust mõjust veevarustusteenusega seotud strateegiliste otsuste üle. [65]

64 – Eespool viidatud Euroopa Kohtu otsus komisjon *vs.* CAS Succhi di Frutta.

65 – Igal juhul ei tohi unustada, et segaosalusega äriühingu põhikiri viitab „avaliku sektori enamusosalusele", mistõttu kuidas ka ei üritata hoida äriühingut elus olukorras, kus avaliku sektori osalus on langenud alla 50%, on üks selle äriühingu tekkeks vajalik põhieeldus kadunud.

2. Segaosalusega äriühing ja *in house*-teenused – kaks vastandlikku tegelikkust

96. Enamustes käesolevas eelotsusemenetluses esitatud märkustest osutavad olukordadele, kus tegutsetakse omavahenditest, kuigi see tõlgendus jaguneb kaheks, sest mõned väidavad, et need ei vasta planeeritud *servizio idrico integrato* teenustele, teised märgivad neid erinevuste väljatoomiseks võrreldes PPPI-dega.

97. Leian, et pakkumismenetlus on õigustatud *in house*-teenuste korral ja ka mõnede PPPI-de puhul, mis läbipaistvuse põhimõtet järgides täidavad ka võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise nõudeid.

98. Kohtupraktikas on välistatud EÜ artiklite 12, 43 ja 49 ning nendes väljendatud üldpõhimõtete kohaldamine juhul, kui kontsessiooni andev avaliku võimu organ teostab kontsessionääri suhtes samasugust kontrolli kui oma struktuuriüksuste üle ning kui see üksus tegutseb põhiliselt teda kontrolliva ametiasutuse või ametiasutuste huvides. [66]

66 – 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal (EKL 1999, lk I-8121, punkt 50); eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 62, ja 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-324/07: Coditel Brabant SA (EKL 2008, lk I-8457, punkt 26).

99. Sellise äriühingu haldustegevus, mille kapital ei kuulu üksnes avaliku sektori omandisse, jääb määratluse poolest *in house*-mudelist välja, sest eraettevõtja osalemine välistab sellise riigiasutuse poolse „analoogse kontrolli”. [67]

100. Kuigi olen teadlik sellest, et puuduvad täpsed reeglid sellist kontrolli võimaldavate protsentide kindlaks määramiseks, oleks väga vaja, et Euroopa Kohus täpsustaks oma seisukohta selle suhtes.

101. Ühest küljest on mõnes kohtuotsuses leitud, et asjaolu, et tellijast avaliku võimu organ omab kogu eduka pakkumise esitanud äriühingu kapitali, võib, aga ei pruugi näidata, et tellija teostab asjaomase äriühingu suhtes samasugust kontrolli kui oma üksuste üle. [68]

102. *A contrario sensu* erasektori osalemine välistab asutusesiseste tellimuste teooria, nagu tuleneb eespool viidatud kohtuotsustest Stadt Halle ja Coname, mille puhul välistab isegi erasektori vähemusosalus sellise kontrolli.

103. Teisest küljest muutub see kohtuotsus segaseks, kui Euroopa Kohus väidab kohtuotsusele Asemfo viidates, et „teatud asjaoludel saab avaliku võimu organi teostatava kontrolli tingimus olla täidetud ka juhul, kui sellele asutusele ei kuulu enam kui 0,25% riigi osalusega äriühingu kapitalist”. [69]

104. Nagu Ragusa provintsi omavalitsusjuhtidest ja provintsivanemast koosneva kogu soovitatud partnerluses pidi eraõiguslik ettevõtja uue äriühingu kapitaliosadest märkima 49%, [70] ei anna nii kõrge osalusprotsent veel tegevusel *in house*-iseloomu, sest siseriiklikus kohtus tuleks tõendada, et avaliku sektori partneri mõju on sedavõrd suur, et ta suudab tagasi lükata eraõigusliku partneri soove seoses üksuse strateegiliste eesmärkidega. [71]

3. Õiguslik lahutamine

105. Välistanud vaidlusaluse segaosalusega äriühingu *in house*-iseloomu, tuleb veel välja selgitada, kas selle tekkelugu tähendab, et veevarustusteenuse riigihankemenetluse korraldamata jätmine on seaduslik.

67 – Nagu tuleneb Euroopa Kohtu 11. jaanuari 2005. aasta otsusest kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle ja RPL Lochau (EKL 2005, lk I-1, punkt 49) ja 21. juuli 2005. aasta otsusest kohtuasjas C-231/03: Coname (EKL 2005, lk I-7287, punkt 26).

68 – 11. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas C-340/04: Carbotermo ja Consorcio Alisei (EKL 2006, lk I-4137, punkt 37) ja 19. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-295/05: Asemfo (EKL 2007, lk I-2999, punkt 57).

69 – Eespool viidatud kohtuotsus Coditel, punkt 53, mis osutab kohtuotsuse Asfemo punktidele 56–61, millest siiski ei tulene kõnealune osalusprotsent.

70 – Acoseti märkuste punkt II.7 ja Itaalia valitsuse märkuste punkt 5.

71 – Eespool viidatud kohtuotsused Parking Brixen ning Carbotermo ja Consorcio Alisei.

106. Soovimata lammutada „avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse” õiguskategooriat, leian, et selle eri elemendid tuleb lahutada.

107. Mitte miski ei keela piirkondlikel avalikõiguslikel asutustel asutada juriidiline isik ja teostada selle põhikirja koostamisega seotud toiminguid, märkida kapitali ja astuda partnerlusse sellega, keda iganes nad sobivaks peavad.

108. Samuti ei saa midagi ette heita hanketeatele, mille abil soovitakse sellesse äriühingusse kaasata erasektorit, kes on valmis pakkuma selle ühingu tegevuse jaoks vajalikku rahalist toetust.

109. Hankemenetluse täielik puudumine teenuste puhul ei ole kooskõlas EÜ artiklitega 43 ja 49 ning võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtetega; see kahjustab *„servizio idrico integrato”*t”, kuid vasturohi selle olukorra parandamiseks peitub eraõigusliku partneri valiku kriteeriumides.

110. Kandidaadid peavad tõendama oma isiklikku ja majanduslikku sobivust saada aktsionäriks, kuid pakkumises väljatoodud tehniline kvalifikatsioon ning majanduslikud ja muud eelised peavad hinnatavate kriteeriumide seas olema kesksel kohal.

111. Tegelikult teatises avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste kohta hoiatatakse, et „asjaoluga, et eraettevõtja ja hankija teevad segaosalusega äriühingu raames koostööd, ei saa põhjendada lepingut sõlmiva organi poolset hankelepinguid ja kontsessioone käsitlevate sätete eiramist kontsessiooni sõlmimisel kõnealuse eraettevõtja või segaosalusega äriühinguga”.

112. Seetõttu sõltub PPPI-de sisuline kehtivus õiglusest ja eelnevast teavitamisest selliselt, et kõigil pakkujatel – nii ilmsetel kui varjatutel – peaks olema juurdepääs piisavale teabele tellija projekti kohta asutada segaosalusega äriühing, kellega sõlmida riigihankeleping või kontsessioon.

113. Riigihankelepingutega seotud teavitamise nõue tuleneb direktiivi 2004/17 artiklist 41 ja sellele järgnevatest ning direktiivi 2004/18 artiklitest 35, 36 ja 58; avalike teenuste kontsessiooniga seoses on kohtupraktikas [72] kehtestatud, et teavitamine aitab tagada läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja

72 – Eespool viidatud kohtuotsused Telaustria ja Telefonadress (punktid 60–62) ning Coname (punktid 16–19).

kodakondsuse alusel mittediskrimineerimise põhimõtete järgimise. [73]

114. Euroopa Kohus on leidnud, et EÜ artiklid 43 ja 49 kajastavad võrdse kohtlemise põhimõtet [74] ja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeldu. [75]

115. Seoses konkurentsiga soovitan ma kohtuasjas Ing. Aigner tehtud ettepanekus tungivalt parandada nende lühinägelikkust, kes jätavad hankelepinguid reguleerivale ühenduse õigusele üksnes hankemenetluste koordineerija rolli, sest tegelikult on sel palju olulisem ülesanne: arendada selles sektoris tõhusat konkurentsi Euroopa integratsiooni põhivabaduste teostamise huvides. [76]

116. Kuigi selle seisukoha puhul käsitletakse hankelepingute sõlmimist, [77] tuleb avalike teenuste kontsessioonide valdkonnas pidurdada ka konkurentsi moonutamist, sest need põhinevad samadel asutamislepingu põhimõtetel, kuigi liikmesriikide käsitluste bukett „kontsessiooni", „üldist huvi pakkuvate avalike teenuste", „eriõiguste" ja „ainuõiguste" kohta varjutab nende seost EÜ artiklitega 81, 82 ja 86. [78]

## 4. Otsene järeldus

117. Näib, et esitatud eelotsuse küsimusele tuleb vastata jaatavalt, võttes arvesse halduse

73 – Kõigil pakkujatel peavad olenemata nende kodakondsusest olema võrdsed võimalused, nagu leidis Euroopa Kohus eespool viidatud kohtuotsuses komisjon *vs.* Belgia, punktid 33 ja 54.

74 – 5. detsembri 1989. aasta otsus kohtuasjas C-3/88: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 1989, lk 4035, punkt 8).

75 – 8. oktoobri 1980. aasta otsus kohtuasjas 810/79: Überschär (EKL 1980, lk 2747, punkt 16).

76 – Nagu tuleneb direktiivi 2004/18 põhjendusest 2 ja direktiivi 2004/17 põhjendusest 9, samuti nt Euroopa Kohtu 22. juuni 1989. aasta otsusest kohtuasjas 103/88: Fratelli Costanzo (EKL 1989, lk 1839, punkt 18 *in fine*); eespool viidatud kohtuotsusest BFI Holding, punkt 41; 3. oktoobri 2000. aasta otsusest kohtuasjas C-380/98: University of Cambridge (EKL 2000, lk I-8035, punkt 16); 1. veebruari 2001. aasta otsusest kohtuasjas C-237/99: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2001, lk I-939, punkt 41); eespool viidatud kohtuotsusest Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 44, ja eespool viidatud kohtuotsusest Carbotermo ja Consorcio Alisei, punkt 58.

77 – Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, I kd, kirj. Civitas, Madrid, 1998, lk 40, rahustab olukorda, selgitades, et asi ei ole selles, nagu Euroopale ei meeldiks avalikud teenused, vaid ta tahab neid lihtsalt sobitada konkurentsi keskkonda, millega kaasneb uus väljakutse, kuid mitte nende kaotamine.

78 – Need aspektid on kokkuvõtlikult esitanud Neergaard, U., „The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional Law", *The new EU public procurement Directives,* toimetanud Ruth Nielsen & Steen Treumer, Djøf Publishing, 2005, lk 149–181.

tõhusust, mis on oluline kriteerium, kui ei eirata ühenduse õigusest tulenevaid tagatisi.

118. Asutamislepingu põhivabadused nõuavad, et läbipaistvust ja diskrimineerimise keeldu järgitaks juba pakkumise ajal, mis korraldatakse äriühingu eraõigusliku partneri leidmiseks, kelle eesmärk vaatamata mõnedele ebaolulistele muudatustele on seotud teenuse haldamisega, mis ametlikult usaldatakse segaosalusega äriühingu pädevusse, kuid kus teenuse teostuse eest vastutab eraettevõtja.

119. Eraõigusliku partneri valimise kriteeriumid ei tohi põhineda üksnes tema osalusel kapitalis, vaid ka tema kogemustel ja konkreetsete teenuste osutamisega seotud pakkumise omadustel.

120. Eelotsusetaotluse esitanud Sitsiilia kohus peab hindama seda, kas Euroopa Ühenduste Teatajas avaldatud teade on piisav, et tagada vaba konkurents ning teenuste osutamise ja asutamisvabadus ning samuti võimalike asjaomaste isikute huvid.

121. Vältimaks konkurentide ees põhjendamata eeliste andmist eraõiguslikule partnerile,[79] tuleb uurida, kas tema valimine oli kooskõlas direktiivides 2004/17 ja 2004/18 ettenähtud hankemenetlusega, kui PPPI-mudeli taha peituvad teenuste hankelepingu või ehitustööde kontsessiooni tingimused.

122. Otsuse langetamiseks peab eelotsusetaotluse esitanud kohus välja selgitama, kas Ragusa PPPI taga on hankeleping või kontsessioon ning kas eespool esitatut arvesse võttes on tegemist ehitustööde või avalike teenustega – nii saab määratleda kohustusliku õigusliku korra, mida eeldab nõuetekohane pakkumismenetlus ja ammendav teavitamine.

79 – Usaldusväärsed juhised leiab teatisest, mis soovitab seda, et hanketeade või pakkumistingimused sisaldaksid hankelepingut või kontsessiooni, mis selleks asutatava segaosalusega äriühinguga sõlmitakse, ning viimase põhikirja. Teatis soovitab lisada ka teabe aktsionäride kokkulepete, tellija ja eraõigusliku partneri lepingulise suhte ning viimase ja segaosalusega äriühingu lepingulise suhte kohta, samuti teabe hankelepingu või kontsessiooni uuendamise või muutmise ning lisaülesannete võtmise võimaluste kohta.

## VII. Ettepanek

123. Eelnevate kaalutluste alusel teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia esitatud eelotsuse küsimusele järgmiselt:

EÜ artiklitega 43, 49 ja 86, Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiviga 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiviga 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, ei ole vastuolus hankemenetlust korraldamata niisuguse teatud tööde eelnevat teostamist puudutava avaliku teenuse hankelepingu sõlmimine segaosalusega äriühinguga, mis on spetsiaalselt asutatud asjaomase teenuse osutamiseks, kui on täidetud järgmised tingimused:

– tegevusala peab kogu äriühingu kestuse ajal jääma samaks ja olema tema ainus tegevusala;

– eraõiguslik partner valitakse avatud hankemenetluses pärast kontrollimist, kas ta vastab osutatava teenusega seonduvatele finants- ja tehnilistele ning kutsealale esitavatele nõuetele ja haldusnõuetele; samuti tuleb kontrollida tema pakkumuse tingimusi osutatava teenusega arvestades;

– osalust omav eraettevõtja vastutab tööstuspartnerina teenuse või ehitustööde teostamise eest, ja

– kõnealune hankemenetlus on kooskõlas ühenduse õiguses kontsessioonidele kehtestatud konkurentsivabaduse, läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega ning vajaduse korral avalikust hankelepingust teavitamisele ja selle sõlmimisele kehtivatele normidega.