EUROOPA KOHTU OTSUS (neljas koda)

10. aprill 2008 *

Kohtuasjas C-393/06,

mille ese on EÜ artikli 234 alusel Vergabekontrollsenat des Landes Wieni (Austria) 17. augusti 2006. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 22. septembril 2006, menetluses

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH

versus

Fernwärme Wien GmbH,

EUROOPA KOHUS (neljas koda),

koosseisus: koja esimees K. Lenaerts, kohtunikud G. Arestis, E. Juhász (ettekandja), J. Malenovský ja T. von Danwitz,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

kohtujurist: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
kohtusekretär: ametnik B. Fülöp,

arvestades kirjalikus menetluses ja 11. oktoobri 2007. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

— Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, esindajad: *Rechtsanwalt* S. Sieghartsleitner ja *Rechtsanwalt* M. Pichlmair,

— Fernwärme Wien GmbH, esindaja: *Rechtsanwalt* P. Madl,

— Austria valitsus, esindajad: M. Fruhmann ja C. Mayr,

— Ungari valitsus, esindaja: J. Fazekas,

— Soome valitsus, esindaja: A. Guimaraes-Purokoski,

— Rootsi valitsus, esindaja: A. Falk,

— Euroopa Ühenduste Komisjon, esindaja: X. Lewis, keda abistas *Rechtsanwalt* M. Núñez-Müller,

olles 22. novembri 2007. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsusetaotlus käsitleb 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, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19), ja Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132) sätete tõlgendamist.

2 Taotlus esitati Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (edaspidi „Ing. Aigner") ja Fernwärme Wien GmbH (edaspidi „Fernwärme Wien") vahelises kohtuvaidluses, mis puudutab viimati nimetatu korraldatud hankemenetluse õiguspärasust.

Õiguslik raamistik

Ühenduse õigus

3 Direktiiv 2004/17 kooskõlastab hankemenetlused vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris. See direktiiv tühistab ja vahetab välja sama valdkonda reguleeriva 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).

4 Direktiiviga 2004/17 hõlmatud sektorite erilisust on rõhutatud selle põhjenduses 3, milles on märgitud, et nende sektorite hankemenetluste kooskõlastamine on vajalik tulenevalt nende tegevusvaldkondade turgude suletud iseloomust, kus tegutsevad asjaomased ostjad, mis on tingitud liikmesriikide antud eri- või ainuõigustest, mida rakendatakse kõnealust teenust pakkuvate võrkude varustamise ja käitamise suhtes.

5 Direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punkti a teine lõik ja direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 teine lõik sätestavad, et „telliva asutuse" all peetakse muu hulgas silmas „avalik-õiguslikku isikut" ehk

„[isikut,]

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

— mis on juriidiline isik ja

mida põhiliselt finantseerivad riik, piirkondlikud või kohalikud asutused või muud 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;"

6 Direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punkti b kohaselt

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

[…]

b) *riigi osalusega äriühingud* — [kõik institutsioonid, mille suhtes tellivad asutused võivad omandiõiguse, rahalise osaluse või neid ettevõtjaid reguleerivate eeskirjade alusel otseselt või kaudselt kasutada valitsevat mõju].” [mitteametlik tõlge]

7 Selle direktiivi artikli 2 lõige 2 sätestab:

„Käesolevat direktiivi kohaldatakse ostjate suhtes, kes:

a) on tellivad asutused või riigi osalusega [äriühingud] ja kes tegutsevad ühel artiklites 3–7 viidatud aladest;

b) juhul, kui tegemist ei ole tellivate asutuste või riigi osalusega äriühingutega, tegutsevad ühes või mitmes artiklites 3–7 nimetatud valdkondadest või nende kombinatsioonidest ja kelle tegevuse aluseks on liikmesriigi pädeva asutuse antud eri- või ainuõigused.”

8 Direktiivi 2004/17 artikleis 3–7 on loetletud tegevusvaldkonnad, millele seda direktiivi kohaldatakse. Need on gaas, soojusenergia ja elektrienergia (artikkel 3), vesi (artikkel 4), transporditeenused (artikkel 5), postiteenused (artikkel 6) ning nafta, gaasi, kivisöe ja teiste tahkekütuste leiukohtade uuringud või kaevandamine, sadamad ja lennuväljad (artikkel 7).

9 Kõnesoleva direktiivi artikli 3 lõige 1 sätestab:

„Gaasi ja soojusenergia puhul kehtib käesolev direktiiv järgmistele tegevustele:

a) püsivõrkude pakkumine või käitamine, mille eesmärgiks on pakkuda elanikkonnale gaasi või soojusenergia tootmise, transpordi või jaotamisega seotud teenust, või

b) gaasi või soojusenergia tarnimine sellistesse võrkudesse.”

10 Sama direktiivi artikkel 9 on sõnastatud järgmiselt:

„1. Mitut tegevust hõlmav leping vastab eeskirjadele, mida rakendatakse lepingu peamiseks eesmärgiks oleva tegevuse puhul.

Ent valikut, kas sõlmida üks leping või mitu eraldi lepingut, ei tohi teha eesmärgiga viia leping välja käesoleva direktiivi või direktiivi 2004/18/EÜ, kus see on asjakohane, reguleerimisalast.

2. Kui ühte tegevust, milleks leping on mõeldud, reguleerib käesolev direktiiv ja teist ülalnimetatud direktiiv 2004/18/EÜ ja kui on objektiivselt võimatu kindlaks määrata, milliseks tegevuseks leping on peamiselt mõeldud, siis sõlmitakse leping vastavalt ülalnimetatud direktiivile 2004/18/EÜ.

[…]"

11 Sama direktiivi artikli 20 „Lepingud, mis sõlmitakse muul eesmärgil kui direktiiviga reguleeritud tegevuse teostamiseks või sellise tegevuse teostamiseks kolmandas riigis" lõige 1 näeb ette:

„Käesolevat direktiivi ei kohaldata lepingute suhtes, mille ostjad sõlmivad muu kui artiklites 3–7 kirjeldatud tegevuse eesmärgil, või niisuguseks tegevuseks kolmandas riigis, mille tingimuste hulka ei kuulu ühenduses asuvate võrkude või geograafiliste piirkondade füüsiline kasutamine."

12 Direktiivi 2004/17 artikkel 30 „Tegevuse otsesele konkurentsile avatuse kindlakstegemise menetlus" sätestab:

„1. Lepingutele artiklites 3–7 mainitud tegevuse võimaldamiseks ei kohaldata käesolevat direktiivi, kui liikmesriigis, kus neid täidetakse, on see tegevus otseselt avatud konkurentsile turgudel, millele juurdepääs ei ole piiratud.

2. Küsimus, kas lõike 1 kohaldamisel on tegevus otse avatud konkurentsile, lahendatakse kriteeriumide põhjal, mis vastavad konkurentsi puudutavatele asutamislepingu sätetele nagu asjaomaste kaupade või teenuste omadused, alternatiivsete kaupade või teenuste olemasolu, hinnad ja mitme kõnealuseid kaupu või teenuseid pakkuva tarnija tegelik või võimalik kohalolek turul.

[…]”

13 Direktiivi 2004/18 2. jaotise II peatüki 3. jaos on loetletud hanked, mis on selle reguleerimisalast välja jäetud. Nende hangete hulgas on ka vee-, energeetika-, transpordi- ja postisidesektori hanked. Neid reguleeriv artikkel 12 sätestab:

„Käesolevat direktiivi ei kohaldata hankelepingute suhtes, mis on sõlmitud direktiivi 2004/17/EÜ alusel ühe või mitme kõnealuse direktiivi artiklites 3–7 nimetatud tegevusalaga tegelevate ostjate poolt ja nende tegevuste sooritamiseks, […]

[…]”

14 Osundatud ühenduse õigus on Austria õigusesse üle võetud 2006. aasta riigihangete föderaalseadusega (Bundesvergabegesetz).

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

15 Fernwärme Wien asutati 22. jaanuari 1969. aasta asutamisotsusega, et varustada Viini linna territooriumil elamispindu, avalikke asutusi, kontoreid ja ettevõtjaid kaugküttega. Selleks kasutab ta taastumatute energiaallikate asemel energiat, mis pärineb jäätmetest.

16 Fernwärme Wien, mis on juriidiline isik, kuulub täielikult Viini linnale, kes nimetab ametisse ja vabastab ametist juhatuse ning nõukogu. Lisaks on kohalikul omavalitsusüksusel õigus kontrollida Kontrollamt der Stadt Wieni (Viini kontrollikoda) kaudu selle ettevõtja majandustegevust ja finantsjuhtimist.

17 Kõrvuti kaugküttetegevusega on Fernwärme Wien hõivatud ka kliimaseadmete projekteerimisega teatud suurusega kinnisvaraprojektide jaoks. Selles tegevuses konkureerib ta teiste ettevõtjatega.

18 Fernwärme Wien kuulutas 1. märtsil 2006 välja hankemenetluse Viinis asuva kontori- ja äripindade kompleksi kliimaseadmete paigaldamiseks, milles märgiti, et ei kohaldata riigihankeid käsitlevaid Austria õigusnorme. Ing. Aigner osales selles menetluses pakkumuse esitamisega. Kuna talle 18. mail 2006 teatati, et tema pakkumus on selles esinevate ebasoodsate tingimuste tõttu tagasi lükatud, vaidlustas ta selle otsuse eelotsusetaotluse esitanud kohtus, kus ta väitis, et kohaldada tuleb riigihankeid reguleerivaid ühenduse õigusnorme.

19 Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et Fernwärme Wieni tegevus kaugküttevõrgu käitamisel kuulub kahtlemata direktiivi 2004/17 kohaldamisalasse. Kliimaseadmeid puudutav tegevus aga selle kohaldamisalasse ei kuulu. Ta küsib seega, kas see tegevus kuulub siiski selle direktiivi sätete kohaldamisalasse *mutatis mutandis* tulenevalt 15. jaanuari 1998. aasta otsuses kohtuasjas C-44/96: Mannesmann Anlagenbau Austria jt (EKL 1998, lk I-73, iseäranis punktid 25 ja 26) sätestatud põhimõtetest, mida erialakirjanduses nimetatakse üldiselt „nakkuse teooriaks". Juhul kui mingi organisatsiooni üks tegevus kuulub riigihankeid reguleerivate direktiivide kohaldamisalasse, kuuluvad tõlgenduse kohaselt, mille eelotsusetaotluse esitanud kohus andis sellele kohtuotsusele, nende direktiivide kohaldamisalasse ka selle organisatsiooni kõik ülejäänud tegevused, sõltumata nende võimalikust tööstuslikust või kaubanduslikust olemusest.

20 Kui eespool viidatud kohtuotsus Mannesmann Anlagenbau Austria jt puudutab vaid tellivaid asutusi ja täpsemalt mõistet „avalik-õiguslik isik" selliselt, et kui organisatsioon tegutseb üldistes huvides ega tegele tööstuse või kaubandusega, siis tuleb teda pidada ühenduse õigusnormide tähenduses „avalik-õiguslikuks isikuks" sõltumata sellest, kas tal on paralleelselt ka muid tegevusi, mis ei ole oma olemuselt niisugused, siis kahtleb eelotsusetaotluse esitanud kohus selles, kas Fernwärme Wien kujutab endast avalik-õiguslikku isikut ehk tellivat asutust direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 tähenduses.

21 Viimaks kahtleb eelotsusetaotluse esitanud kohus selles, kas juhul, kui organisatsioon tegeleb tegevustega, mis ei ole olemuselt tööstuslikud ega kaubanduslikud, ja paralleelselt tegevustega, mis on avatud konkurentsile, on võimalik eristada viimati nimetatud tegevusi ja arvata need välja riigihankeid reguleerivate ühenduse õigusnormide kohaldamisalast, kui neid kahte liiki tegevusi on võimalik teineteisest lahutada ja sellest tulenevalt välistada, et need teineteist majanduslikult mõjutaks. Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab sellega seoses kohtujurist Jacobsi 21. aprilli 2005. aasta ettepanekule kohtuasjas C-174/03: Impresa Portuale di Cagliari, milles

pärast eelotsusetaotluse tagasivõtmist tehti 23. märtsil 2006 registrist kustutamise määrus, kus soovitatakse leevendada eespool viidatud kohtuasja Mannesmann Anlagenbau Austria jt põhimõtet selles suunas.

22 Neil asjaoludel otsustas Vergabekontrollsenat des Landes Wien menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas […] direktiivi 2004/17 […] tuleb tõlgendada nii, et ostja, kes tegutseb selle direktiivi artiklis 3 nimetatud sektorites, kuulub selle direktiivi kohaldamisalasse ka teiste konkurentsi käigus teostatud paralleelsete tegevuste osas?

2. Juhul kui see peaks kehtima üksnes tellivate asutuste suhtes: kas sellist ettevõtjat nagu [Fernwärme Wien] tuleb pidada avalik-õiguslikuks isikuks direktiivi 2004/17 või […] direktiivi 2004/18 […] tähenduses, kui ta tegeleb ilma tegeliku konkurentsita teatud piirkonna kaugküttega varustamisega, või tuleb aluseks võtta kodumajapidamiste küttega seotud turg, mis hõlmab ka selliseid energiaallikaid nagu gaas, nafta, kivisüsi jne?

3. Kas sellise äriühingu konkurentsi käigus teostatud tegevus, kes tegutseb ka mittetööstuslikul või -kaubanduslikul alal, kuulub direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse, kui selliste tõhusate meetmetega nagu eraldi bilanss ja raamatupidamine saab ära hoida konkurentsi käigus teostatavate tegevuste ristfinantseerimist?”

Eelotsuse küsimused

Esimene küsimus

23 Selle küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas ostja direktiivi 2004/17 tähenduses, kes tegutseb ühes selle direktiivi artikleis 3–7 nimetatud sektoreist, on kohustatud kohaldama selles direktiivis sätestatud menetlusi riigihankelepingute sõlmimiseks ka tegevuste puhul, millega see ostja samal ajal tegeleb konkurentsile avatud tingimustes sektorites, mida eespool nimetatud sätted ei hõlma.

24 Sellele küsimusele vastamiseks tuleb märkida, et direktiiv 2004/17 ja direktiiv 2004/18 erinevad teineteisest nii isikute poolest, keda need direktiivid puudutavad, kui ka nende direktiivide olemuse ja kohaldamisala poolest.

25 Organisatsioonide kohta, kellele nende direktiividega kehtestatud korda kohaldatakse, tuleb esiteks märkida, et erinevalt direktiivist 2004/18, mida tulenevalt artikli 1 lõike 9 esimesest lõigust kohaldatakse „[tellivatele asutustele]", nimetatakse direktiivis 2004/17 silmas peetud organisatsioone selle artiklis 2 „ostjateks." Sama artikli 2 lõike 2 punktidest a ja b selgub, et seda direktiivi ei kohaldata mitte üksnes ostjatele, kes on „tellivad asutused", vaid ka nendele, kes on „riigi osalusega äriühingud" või äriühingud, „kelle tegevuse aluseks on liikmesriigi pädeva asutuse antud eri- või ainuõigused", kui kõik need ostjad tegutsevad ühel artiklites 3–7 viidatud aladest.

26 Teiseks tuleneb direktiivi 2004/17 artiklitest 2–7, et selle direktiiviga toimunud kooskõlastamine ei kata kõiki majandustegevuse valdkondi, vaid puudutab üksnes konkreetselt määratletud sektoreid, mida kinnitab lisaks ka tõsiasi, et üldiselt nimetatakse seda direktiivi „sektoripõhiseks direktiiviks". Seevastu direktiivi 2004/18 kohaldamisala hõlmab peaaegu kõiki majanduselu sektoreid, õigustades seega tema tavanimetust „ülddirektiiv".

27 Neil asjaoludel tuleb tõdeda, et direktiivi 2004/18 üldine kohaldamisala ja direktiivi 2004/17 kitsam kohaldamisala nõuavad, et viimase direktiivi sätteid tuleb tõlgendada kitsalt.

28 Ka piirid nende kahe direktiivi kohaldamisalade vahel on märgistatud sõnaselgete sätetega. Direktiivi 2004/17 artikli 20 lõige 1 sätestab, et seda direktiivi ei kohaldata lepingute suhtes, mille ostjad sõlmivad muu kui artiklites 3–7 kirjeldatud tegevuse eesmärgil. Sellele sättele vastab direktiivis 2004/18 artikli 12 esimene lõik, mis näeb ette, et seda direktiivi ei kohaldata hankelepingute suhtes, mis on sõlmitud direktiivi 2004/17 alusel ühe või mitme kõnealuse direktiivi artiklites 3–7 nimetatud tegevusalaga tegelevate tellivate asutuste poolt ja nende tegevuste sooritamiseks.

29 Direktiivi 2004/17 kohaldamisala on seega rangelt piiritletud, mis ei võimalda selles kehtestatud menetlusi kasutada väljaspool seda kohaldamisala.

30 Järelikult ei võimalda mainitud sätted mingil moel rakendada direktiivi 2004/17 puhul „nakkuse teooriaks" nimetatud lähenemist, mis arendati välja eespool viidatud

kohtuotsuse Mannesmann Anlagenbau Austria jt põhjal. Selle otsuse langetas Euroopa Kohus seoses nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiviga 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163), ehk valdkonnas, mis praegu kuulub direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse.

31 Järelikult kuuluvad direktiivi 2004/17 kohaldamisalasse, nagu väidavad õigustatult eelkõige Austria, Ungari ja Soome valitsus ning Euroopa Ühenduste Komisjon, üksnes need hanked, mida organisatsioon, kes on „ostja" selle direktiivi tähenduses, korraldab seoses selle direktiivi artiklites 3–7 nimetatud tegevustega ja nende tegevuste sooritamiseks.

32 Lisaks on see järeldus kooskõlas ka Euroopa Kohtu 16. juuni 2005. aasta otsusega liidetud kohtuasjades C-462/03 ja C-463/03: Strabag ja Kostmann (EKL 2005, lk I-5397, punkt 37). Euroopa Kohus sedastas selles otsuses, et kui hange ei puuduta mõnda sektoripõhises direktiivis reguleeritud tegevust, siis reguleerivad seda direktiivid, mis olenevalt juhust käsitlevad ehitustööde, teenus- või tarnelepinguid.

33 Eelnevaid kaalutlusi arvestades tuleb esimesele küsimusele vastata, et ostja direktiivi 2004/17 tähenduses on kohustatud kohaldama selles direktiivis sätestatud menetlust üksnes nende riigihankelepingute sõlmimiseks, mis puudutavad tegevusi, millega see ostja tegeleb ühes või mitmes selle direktiivi artikleis 3–7 nimetatud sektoreist.

Teine küsimus

34 Teise küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus saada teada, kas niisugust organisatsiooni nagu Fernwärme Wien tuleb pidada avalik-õiguslikuks isikuks direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 tähenduses.

35 Selle kohta tuleb meelde tuletada, et nagu nähtub käesoleva kohtuotsuse punktist 5, on direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punkti a teises lõigus ja direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 teises lõigus antud mõistele „avalik-õiguslik isik" ühesugune määratlus.

36 Neist sätteist selgub, et „avalik-õigusliku isiku" all mõistetakse organisatsiooni, mis esiteks on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse või kaubandusega, teiseks on juriidiline isik ja kolmandaks on organisatsioon, mida põhiliselt finantseerib riik, piirkondlikud või kohalikud asutused või muud 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. Euroopa Kohtu praktika kohaselt on tegemist kolme kumulatiivse tingimusega (1. veebruari 2001. aasta otsus kohtuasjas C-237/99: komisjon *vs.* Prantsusmaa, EKL 2001, lk I-939, punkt 40 ja seal viidatud kohtupraktika).

37 Lähtuvalt ühenduse riigihankealaste direktiivide eesmärgist välistada muu hulgas võimalus, et riigi rahastatav või riigi kontrolli all olev organisatsioon, kohalikud omavalitsusüksused või teised avalik-õiguslikud asutused laseks ennast juhtida muudel kui majanduslikel kaalutlustel, tuleb mõistet „avalik-õiguslik isik" lisaks tõlgendada funktsionaalselt (vt selle kohta 13. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-337/06: Bayerischer Rundfunk, EKL 2007, lk I-0000, punktid 36 ja 37 ja viidatud kohtupraktika).

38 Käesolevas asjas on kindel, et siinse kohtuotsuse punktis 36 viidatud õigusaktides kehtestatud kaks viimast tingimust on täidetud, kuna Fernwärme Wien on juriidiline isik ning kogu osalus selles organisatsioonis kuulub Viini linnale, kes kontrollib ka tema majandustegevust ja finantsjuhtimist. Järelikult tuleb uurida, kas see organisatsioon on asutatud üldistes huvides kas ta tegeleb tööstuse või kaubandusega.

39 Mis puudutab esiteks kõnesoleva organisatsiooni asutamist ja selle rahuldatavate huvide olemust, siis tuleb tõdeda, et nagu nähtub Euroopa Kohtule saadetud toimikust, asutati Fernwärme Wien konkreetse eesmärgiga varustada Viini linna territooriumil elamispindu, avalikke asutusi, kontoreid ja ettevõtjaid küttega, milleks kasutatakse jäätmete põletamisel saadavat energiat. Euroopa Kohtu istungil märgiti, et praegu teenindab see küttesüsteem ligikaudu 250 000 majapidamist, arvukaid kontoreid ja tööstusrajatisi ning praktiliselt kõiki avalikke asutusi. Linnastu kütmise tagamine keskkonnahoidlikul meetodil kujutab endast kaheldamatult üldisi huve teenivat eesmärki. Järelikult ei ole võimalik kahelda selles, et Fernwärme Wien asutati üldistes huvides.

40 Tähtsust ei ole siinkohal asjaolul, et samu vajadusi rahuldavad või võiksid rahuldada ka eraõiguslikud ettevõtjad. Oluline on üksnes see, et tegemist on vajadustega, mida riik või territoriaalne omavalitsusüksus on üldistest huvidest tulenevatel põhjustel otsustanud ise rahuldada või mille suhtes nad soovivad säilitada valitsevat mõju (vt selle kohta 10. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-360/96: BFI Holding, EKL 1998, lk I-6821, punktid 44, 47, 51 ja 53 ning 10. mai 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-223/99 ja C-260/99: Agorà ja Excelsior, EKL 2001, lk I-3605, punktid 37, 38 ja 41).

41 Selle tuvastamiseks, kas kõnesolev organisatsioon tegeleb tööstuse või kaubandusega, tuleb teiseks arvesse võtta kõiki asjakohaseid faktilisi ja õiguslikke andmeid, nagu selle organisatsiooni asutamise asjaolud ja tingimused, milles ta tegutseb. Siinkohal tuleb eelkõige kindlaks teha, kas kõnesolev organisatsioon tegutseb avatud konkurentsi tingimustes (vt 22. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-18/01: Korhonen jt, EKL 2003, lk I-5321, punktid 48 ja 49 ja viidatud kohtupraktika).

42 Käesoleva kohtuotsuse punktis 39 on juba märgitud, et Fernwärme Wien asutati konkreetse eesmärgiga tagada Viini linna territooriumil küttega varustatus. On selge,

et selle organisatsiooni asutamisel ei olnud esikohal kasumi teenimise huvid. Kuigi ei ole välistatud, et niisuguse tegevusega võib kaasneda kasum, mida jaotatakse dividendidena selle organisatsiooni osanikele, ei ole kasumi taotlemine selle organisatsiooni peamine eemärk (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Korhonen jt, punkt 54).

43 Mis puudutab asjakohast majanduskeskkonda ehk teisisõnu asjaomast turgu, mida tuleb arvesse võtta kontrollimaks, kas kõnesolev organisatsioon tegutseb avatud konkurentsi tingimustes või mitte, siis tuleb mõiste „avalik-õiguslik isik" funktsionaalse tõlgendamise vajadust arvestades lähtuda, nagu pakub ka kohtujurist oma ettepaneku punktides 53 ja 54, sektorist, mille jaoks Fernwärme Wien asutati ehk jäätmete põletamisest saadava energia kasutamise teel kaugkütte pakkumise sektorist.

44 Eelotsusetaotlusest selgub, et Fernwärme Wienil on selles sektoris sisuliselt monopoolne seisund, kuna kaks ülejäänud selles tegutsevat äriühingut ei ole väga suured ega saa seetõttu kujutada endast tegelikke konkurente. Lisaks on see sektor märkimisväärselt sõltumatu, kuna kaugkütet on väga keeruline asendada muu energiaga, sest see nõuab olulisi ümberehitustöid. Viini linn peab seda küttesüsteemi erakordselt tähtsaks muu hulgas ka keskkonnakaalutlustel. Lisaks ei lubaks ta avaliku arvamuse surve tõttu selle kaotamist ka siis, kui see tegutseks kahjumiga.

45 Arvestades eelotsusetaotluse esitanud kohtu edastatud teavet ja kohtujuristi seisukohta tema ettepaneku punktis 57, osutub Fernwärme Wien praegu ainsaks ettevõtjaks, kes rahuldab kõnesolevas sektoris niisuguseid üldistest huvidest tulenevaid vajadusi, mistõttu võib ta lasta ennast hankelepingute sõlmimisel juhtida muudel kui majanduslikel kaalutlustel.

46 Eespool viidatud kohtuotsustes BFI Holding (punkt 49) ning Agorà ja Excelsior (punkt 38) tõstis Euroopa Kohus esile, et arenenud konkurentsi olemasolu võib anda tunnistust tõsiasjast, et tegemist ei ole üldistest huvidest lähtuva vajadusega, mis ei ole olemuslikult seotud tööstuse või kaubandusega. Põhikohtuasjas käsitletavate asjaolude kohta nähtub eelotsusetaotlusest selgelt, et see arenenud konkurentsi tingimus ei ole sugugi täidetud.

47 Tuleb lisada, et kui kõnesolev organisatsioon jätkab nende üldisest huvidest lähtuvate vajaduste rahuldamist, mida ta on konkreetselt kohustatud tegema, siis ei ole tähtsust tõsiasjal, et lisaks oma üldistest huvidest tulenevale ülesandele tegeleb ta ka mingite muude kasumit taotlevate tegevustega. Samuti ei ole selle organisatsiooni avalik-õiguslikuks isikuks pidamisel oluline, millist osa etendavad tema tegevusalade kogumis tulundustegevused (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused Mannesmann Anlagenbau Austria jt, punkt 25; 27. veebruari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-373/00: Adolf Truley, EKL 2003, lk I-1931, punkt 56, ja eespool viidatud kohtuotsus Korhonen jt, punktid 57 ja 58).

48 Eelnevaid kaalutlusi arvestades tuleb teisele küsimusele vastata, et niisugust organisatsiooni nagu Fernwärme Wien tuleb pidada avalik-õiguslikuks isikuks direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punkti a teise lõigu ja direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 teise lõigu tähenduses.

Kolmas küsimus

49 Kolmanda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas kõigile hangetele, mida korraldab direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 tähenduses

avalik-õiguslik isik, tuleb kohaldada üht neist direktiividest, kui tõhusate meetmetega on võimalik eraldada tegevused, mida see organisatsioon teostab eesmärgiga täita oma ülesannet rahuldada üldisest huvist lähtuvaid vajadusi, tegevustest, mida ta teostab konkurentsi tingimustes, ja selle eraldamisega välistatakse nende kaht liiki tegevuste ristfinantseerimine.

50 Tuleb meelde tuletada, et selle küsimuse aluseks olevaid probleeme lahkas Euroopa Kohus esimest korda kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus Mannesmann Anlagenbau Austria jt ning mis käsitles ehitustööde riigihankeid reguleeriva direktiivi 93/37 tõlgendamist. Euroopa Kohus jõudis kohtuasja punktis 35 järeldusele, et kõigile hangetele, mida korraldab telliva asutusena käsitletav organisatsioon, tuleb sõltumata nende olemusest kohaldada selle direktiivi sätteid.

51 Euroopa Kohus kordas seda seisukohta seoses teenuste riigihangetega eespool viidatud kohtuotsustes BFI Holding (punktid 55 ja 56) ning Korhonen jt (punktid 57 ja 58) ning seoses asjade riigihangetega eespool viidatud kohtuotsuses Adolf Truley (punkt 56). Sama seisukoht kehtib ka direktiivi 2004/18 puhul, mille näol on tegemist kodifikatsiooniga kõigist eelnevaist riigihankeid reguleerivaist direktiividest, mille see välja vahetas (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Bayerischer Rundfunk jt, punkt 30).

52 See järeldus on kohaldatav ka organisatsioonidele, kes kasutavad raamatupidamissüsteemi, mille eesmärk on eraldada tegevused, mida see organisatsioon teostab eesmärgiga täita oma ülesannet rahuldada üldisest huvist lähtuvaid vajadusi, tegevustest, mida ta teostab konkurentsi tingimustes.

53 Nagu rõhutab kohtujurist oma ettepaneku punktides 64 ja 65, on põhjust tõsiselt kahelda selles, kas ka tegelikult on võimalik eraldada niisuguse organisatsiooni

erinevaid tegevusi, kes moodustab ühtse juriidilise isiku, kellel on ühtne vararežiim ja kelle juhtimise ja majandamise kohta võetakse ühiseid otsuseid, ja seda isegi siis, kui jätta tähelepanuta mitmed praktilist laadi takistused, mis on seotud asjaomase organisatsiooni erinevate tegevusharude absoluutse eristatuse kontrolliga (*ex ante* või *ex post*) ja vaidlusaluse tegevuse kuulumisega ühte või teise tegevusharusse.

54 Seega tuleb kõikidel riigihankemenetluste rakendamist reguleerivate õiguskindluse, läbipaistvuse ja ootuspärasuse kaalutlustel jääda käesoleva kohtuotsuse punktides 50 ja 51 osundatud Euroopa Kohtu praktika juurde.

55 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimus puudutab aga nii direktiivi 2004/17 kui ka direktiivi 2004/18, nagu selgub käesoleva kohtuotsuse punktist 49.

56 Selle kohta tuleb märkida, et teisele eelotsuse küsimusele vastamisel on sedastatud, et niisugust organisatsiooni nagu Fernwärme Wien tuleb pidada avalik-õiguslikuks isikuks direktiivide 2004/17 ja 2004/18 tähenduses. Peale selle sedastas Euroopa Kohus esimesele eelotsuse küsimusele vastamisel, et ostja direktiivi 2004/17 tähenduses on kohustatud kohaldama selles direktiivis sätestatud menetlust üksnes nende riigihankelepingute sõlmimiseks, mis puudutavad tegevusi, millega see ostja tegeleb ühes või mitmes selle direktiivi artikleis 3–7 nimetatud sektoreist.

57 Tuleb täpsustada, et vastavalt Euroopa Kohtu praktikale kuuluvad direktiivi 2004/17 kohaldamisalasse hanked, mis viiakse läbi seoses mõne selle direktiivi artikleis 3–7 sõnaselgelt nimetatud tegevusega, samuti hanked, mis isegi juhul, kui nad on olemuselt teistsugused ja kuuluksid üldjuhul direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse, aitavad

kaasa direktiivis 2004/17 loetletud tegevuste elluviimisele (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Strabag ja Kostmann, punktid 41 ja 42).

58 Järelikult kuuluvad niisuguse organisatsiooni nagu Fernwärme Wien korraldatud hanked direktiivis 2004/17 ette nähtud menetluste kohaldamisalasse, kui nad on seotud selle organisatsiooni mõne tegevusega, mida on nimetatud selle direktiivi artikleis 3–7. Kõik ülejäänud hanked, mida see organisatsioon korraldab seoses muude tegevustega, kuuluvad direktiivis 2004/18 ette nähtud menetluste kohaldamisalasse.

59 Kolmandale küsimusele tuleb seega vastata, et hangete puhul, mida korraldab direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 tähenduses avalik-õiguslik isik ja mis puudutavad tegevusi, millega see ostja tegeleb ühes või mitmes direktiivi 2004/17 artikleis 3–7 nimetatud sektoreist, tuleb kohaldada selles direktiivis ette nähtud menetlusi. Kõik ülejäänud hanked, mida see organisatsioon korraldab seoses muude tegevustega, kuuluvad direktiivis 2004/18 ette nähtud menetluste kohaldamisalasse. Mõlemad direktiivid on kohaldatavad sõltumata sellest, kas käsitletakse tegevusi, mida asjaomane organisatsioon viib ellu üldistest huvidest tulenevate vajaduste rahuldamiseks, või tegevusi, millega ta tegeleb vaba konkurentsi tingimustes, ja seda ka siis, kui raamatupidamises on selle organisatsiooni erinevad tegevusharud teineteisest eraldatud, et vältida nende ristfinantseerimist.

Kohtukulud

60 Kuna 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 (neljas koda) otsustab:

1. **Ostja 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, tähenduses on kohustatud kohaldama selles direktiivis sätestatud menetlust üksnes nende riigihankelepingute sõlmimiseks, mis puudutavad tegevusi, millega see ostja tegeleb ühes või mitmes selle direktiivi artikleis 3–7 nimetatud sektoreist.**

2. **Niisugust organisatsiooni nagu Fernwärme Wien GmbH tuleb pidada avalik-õiguslikuks isikuks direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punkti a teise lõigu ja Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artikli 1 lõike 9 teise lõigu tähenduses.**

3. **Hangete puhul, mida korraldab direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 tähenduses avalik-õiguslik isik ja mis puudutavad tegevusi, millega see ostja tegeleb ühes või mitmes direktiivi 2004/17 artikleis 3–7 nimetatud sektoreist, tuleb kohaldada selles direktiivis ette nähtud menetlusi. Kõik ülejäänud hanked, mida see organisatsioon korraldab seoses muude tegevustega, kuuluvad direktiivis 2004/18 ette nähtud menetluste kohaldamisalasse. Mõlemad direktiivid on kohaldatavad sõltumata sellest, kas käsitletakse tegevusi, mida asjaomane organisatsioon viib ellu üldistest huvidest tulenevate vajaduste rahuldamiseks, või tegevusi, millega ta tegeleb vaba konkurentsi tingimustes, ja seda ka siis, kui raamatupidamises on selle organisatsiooni erinevad tegevusharud teineteisest eraldatud, et vältida nende ristfinantseerimist.**

Allkirjad