

KOHTUJURISTI ETTEPANEK

CHRISTINE STIX-HACKL

esitatud 23. septembril 2004¹

I. Sissejuhatus

1. Käesolevas eelotsuse taotlemise menetluses käsitletakse peamiselt kahte riiklike teenuslepingute sõlmimist puudutavat õiguslikku probleemi: õiguslikku kaitset otsehanke puhul, st vormikohase pakkumismenetluse mitteläbiviimisel ja eeldusi erandi tegemiseks nn seotud ettevõtjaga lepingute sõlmimisel (sisechange). Viimane küsimus seondub kohtuasja Teckal² tõlgendamisega.

II. Õiguslik raamistik

2. Eelotsuse küsimused puudutavad kahe direktiivi tõlgendamist: esiteks nõukogu 21. detsembril 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldami-

sega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta³ (edaspidi „direktiiv 89/665”) ja teiseks nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord⁴ (edaspidi „direktiiv 92/50”).

3. Direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 kehtiv sõnastus on järgmine:

„Liikmesriigid võtavad seoses direktiivide 71/305/EMÜ, 77/62/EMÜ ja 92/50/EMÜ reguleerimisalasse kuuluvate riigihankelepingute sõlmimise menetlustega vajalikud meetmed tagamaks, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas järgmiste artiklitega ja eelkõige artikli 2 lõikega 7 põhjusel, et kõnealused otsused on vastuolus riigihankeid reguleeriva ühenduse õigusega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.”

1 — Algkeel: saksa.

2 — Euroopa Kohtu 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal (EKL 1999, lk I-8121).

3 — EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246, muudetud nõukogu 18. juuni 1992 direktiivi 92/50/EMÜ artikliga 41, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322), eelotsuse taotluse esitanud kohtu sõnakasutuses RMKR.

4 — EÜT L 209, lk 1, korduvalt muudetud, eelotsuse taotluse esitanud kohtu sõnakasutuses DKR.

4. Väljavõte direktiivi 92/50 artikli 1 punktist a kõlab järgmiselt:
- b) mitme tellija loodud ühissettevõtte sõlmib artikli 2 lõikes 2 määratletud tegevusega seoses ühe kõnealuse tellijaga või ettevõtjaga, kes on seotud ühega nimetatud tellijatest,

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

- a) riiklikud teenuslepingud — teenuseosutaja ja tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud ...”
- tingimusel et vähemalt 80% selle ettevõtja eelneva kolme aasta jooksul ühenduses osutatud teenuste keskmisest käibest saadud teenuste osutamisest temaga seotud ettevõtjale.

5. Põhikohtuasjas viidati muu hulgas ka nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivile 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevärustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused⁵. Selle direktiivi artikli 13 lõikes 1 on sätestatud:

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

III. Asjaolud ja kohtueelne menetlus

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

- a) tellija sõlmib sidusettevõtjaga;
6. 2001. aasta kevadel hakkas Halle linn planeerima selliste jäätmete (taaskasutusele või kõrvaldamisele) eelneva töötlemise, taaskasutuse ja kõrvaldamise korraldamist, mida linn peab seadusest tulenevalt ise organiseerima. Nende jäätmete ja selliste, mille eelnevat töötlemist, taaskasutust ja kõrvaldamist linn ise korraldama ei pea, jäätmekäit-

⁵ — EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194, korduvalt muudetud.

luse korraldusõigus kavatseti anda omavalitsusüksuse kontrolli all olevale jäätmekäitlejale. 12. detsembri 2001. aasta otsusega tegi Halle linn Lochau termilise jäätmekäitluskoha (edaspidi LTJKK) projekti ehitusliku läbiviimise ning lubade taotlemise ülesandeks osaühingule RPL Recyclingpark Lochau GmbH (edaspidi RPL). Ühtlasi otsustas Halle linn ilma eelneva vormikohase pakkumismenetluseeta alustada läbirääkimisi RPL-iga Halle linna jäätmekäitluslepingu sõlmimiseks kehtivusega alates 1. juunist 2005. Olemasolevas lepingu eelnõus sisalduv lepingu maht ületaks olulisel määral sarnaste teenuslepingute mahu. Lisaks sellele on Halle linnal plaanis sõlmida kahe ümbruskonnas asuva omavalitsusüksusega kokkulepe, et need naabruses asuvad kohaliku omavalitsuse üksused loovutaksid Halle linnale jäätmekäitluse ja -korraldusõiguse, mis tagaks jäätmekäitluskohale piisava koormuse. Seega toimuks nende omavalitsusüksuste jäätmete käitlus samuti RPL LTJKK-s. Halle linn on seisukohal, et tegemist on sisehankega, mille puhul ei ole pakkumismenetlust vaja välja kuulutada.

7. RPL on alates 1996. aastast osaühingu vormis tegutsev avalik-õiguslik holdingettevõtte. 75,1% RPL-i osalusest kuulub Stadtwerke Halle GmbH-le, mille ainosanik on Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, milles omakorda on 100% osalus Halle linnal, ja ülejäänud 24,9% kuulub erakätes osaühingule RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH.

Praegune osaluse jaotus lepiti põhikirjas kokku alles 2001. aasta lõpus seoses kavatsetava jäätmekäitlusülesannete loovutamiseiga alates 1. juunist 2005. Osaühingu RPL tegevusala on põhikirja kohaselt jäätmekäitlus, eriti biolagunevate jäätmete komposteerimine, ehituse, lammutuse ja tööstuste segajäätmete sortimine ja segu koostamine, puhastusmuda töötlemine ja taaskasutus, pinnasesse imuva vee, hoidlates tekkiva ja bioloogilise gaasi taaskasutus ning jäätmete termiline töötlemine.

8. Põhikirja kohaselt võetakse osanike otsused vastu lihthäälteenamusega ja teatud otsuste puhul, s.h osaühingu mõlema tegevjuhi ametisse nimetamisel, kvalifitseeritud häälteenamusega, st 75% poolthäältega. Ettevõtte tegevjuhid peavad osanikele igakuiselt esitama aruande vastavalt Stadtwerke Halle GmbH sisemistele aruandluse reeglitele. Üksikute tehingute ja meetmete puhul, sh käitluslepingu sõlmimisel ja muutmisel, investeeringute tegemisel, laenude võtmisel teatud summast alates, on vajalik osanike koosoleku nõusolek. Käesoleval ajal on RPL-i tehniline juhtimine ning ärijuhtimine lepinguga ülesandeks tehtud kolmandale ettevõt-

tele. Järelevalvenõukogu kontrollifunktsioone teostab Stadtwerke Halle GmbH järelevalvenõukogu. Seoses majandusaasta aruandlusega kuulub Halle linnale põhikirja kohaselt audiitorkontrolli ja Halle linna arveldusametilt otse kõigi andmete saamise õigus.

10. Selle otsuse peale esitasid kaebuse Oberlandesgericht Naumburgile nii Halle linn kui ka RPL.

IV. Eelotsuse küsimused

9. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (edaspidi TREA) esitas Halle linnale 21. detsembri 2001. aasta ja 20. jaanuari 2002. aasta kirjadega protesti, mille kohaselt sisehanke eeldused puuduvad ja Halle linna kavatsus hakata 1. juunist 2005 tellima jäätmekäitlusteenuseid ilma vormikohase riigihanke pakkumismenetlusega on seepärast riigihankeõigusega vastuolus. Halle linn kinnitas nii 7. veebruari 2002. aasta kirjaga kui ka 19. veebruaril 2002 toimunud vestluses, et tema seisukoht pakkumismenetluse korraldamise küsimuses ei ole muutunud. TREA palus 21. veebruaril 2001 sisse antud kirjaliku kaebusega Regierungspräsidium Halle riigihankeosakonnalt algatada järelkontrollimenetlus, et kohustada Halle linna läbi viima avalik pakkumine. Halle linnavalitsuse riigihankeosakond kohustas 27. mai 2002. aasta otsusega Halle linna nimetatud teenuseid — „Halle linna jäätmekäitluse korraldamist 1. juunist 2005” — läbi viima konkurentsi tingimustes ning läbipaistvas pakkumismenetluses, mis vastaks siseriiklikule seadusandlusele.

11. Oberlandesgericht Naumburg peatas kaebuse menetlemise ja esitas Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 esimene lause nõuab liikmesriikidelt töhusa ja võimalikult kiire järelkontrolli võimaluse tagamist tellija sellise otsuse läbivaatamiseks, mille kohaselt riigihankelepingut ei sõlmita direktiivi sätetega kooskõlas olevas avalikus pakkumismenetluses?
2. Kas direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 esimene lause nõuab liikmesriikidelt tellija otsuste töhusa ja võimalikult kiire järelkontrolli võimaluse tagamist ka enne vormikohase pakkumismenetluse algust, eelkõige otsuste puhul, millega lahendatakse eelkõige küsimusi, näiteks kas

teatud teenuslepingud kuuluvad direktiivi 89/665 isikulisse või materiaalsesse rakendusalasasse või on riigihankeõiguse kohaldamine erandkorras välistatud?

lepingupartnerit saab riikliku tellija või siis tema osalusega äriühingute tegevuse juurde kuuluvaks arvata (edaspidi „avaliku riigihanketa sisetehing”), siis tahaks kohus teada, kas pelgalt asjaolu, et lepingupartneri osanik on (erakätes olev) ettevõtja, välistab sellise lepingu kvalifitseerimise avaliku riigihanketa sisetehinguks?

3. Juhul, kui eelotsuse küsimusele 1 on vastus jaatav ja küsimusele 2 on vastus eitav: kas liikmesriik täidab oma kohustust tagada tellija otsuse tõhus ja võimalikult kiire järelkontrolli võimalus, kui riigihankelepingut ei sõlmita direktiivi sätetega kooskõlas olevas avalikus pakkumismenetluses, ka sellisel juhul, kui järelkontrollimenetluse algatamise tingimuseks on jõudmine pakkumismenetluse teatud kindlasse formaalsesse staadiumisse, nt kolmanda isikuga lepingu sõlmimiseks suuliste või kirjalike läbirääkimiste alustamine?
4. Kui esiteks lähtuda sellest, et riiklik tellija, nt kohalik omavalitsus, kavatses sõlmida temast formaalselt eraldiseisva ettevõtjaga (edaspidi „lepingupartner”) kirjaliku rahaliste huvidega seotud lepingu teenuste osutamiseks, millele kohaldatakse direktiivi 92/50, ja teiseks lähtuda sellest, et taoline leping ei ole riiklik teenusleping direktiivi 92/50 artikli 1 punkti a mõttes juhul, kui
 - a) Kui lähtuda äriühingu üle teostatava kontrolli intensiivsuse ja korralduse aspektist, siis kas riigi osalusega äriühingu kuulumiseks riikliku tellija või tema osalusega äriühingu tegevuse juurde piisab riikliku tellija valitsevast mõjust järgmiste õigusaktide mõttes: nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarus-
5. Kui vastus eelotsuse küsimusele 4 on eitav: millistel eeldustel saab lepingupartnerit, kelle üks osanikke on eraõiguslik isik, pidada riikliku tellijaga seotud ettevõtjaks (edaspidi „riigi osalusega äriühing”)? Selle kohta veel:

tus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT L 199, 1993, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194), artikli 1 punkti 2 ja artikli 13 lõike 1 mõttes, muudetud 1994. aasta ühinemisaktiga (EÜT C 241, 29.8.1994, lk 228) ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiviga 98/4/EÜ (EÜT L 101, 16.2.1998, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 91) (edaspidi „sektoridirektiiv“)?

- b) Kas riigi osalusega äriühingu eraõiguslikust isikust kaasosaniku õiguslikult võimalik mõju lepingupartneri strateegilistele eesmärkidele ja/või äriühingu juhtimisel tehtavatele üksikotsustele välistab lepingupartneri olemise riikliku tellijaga seotud ettevõtjaks?

- d) Kui lähtuda tegevuse suunatusest peamiselt riiklikule tellijale, kas riigi osalusega äriühingu kuulumiseks riikliku tellija või tema osalusega äriühingute tegevuse juurde piisab sellest, et selle äriühingu viimase kolme aasta keskmine käive ühenduses on vähemalt 80% ulatuses saadud teenuste osutamisest riiklikule tellijale või riikliku tellijaga seotud või tema juurde kuuluvatele ettevõtetele (või juhul, kui riigi osalusega äriühing ei ole veel kolm aastat tegutsenud, siis võib oodata, et tema käive täidaks selle 80% reegli)?”

V. Õiguskaitset puudutavate eelotsuse küsimuste kohta (esimene kuni kolmas eelotsuse küsimus)

A. Vastuvõetavuse kohta

- c) Kui lähtuda äriühingu üle teostatava kontrolli intensiivsuse ja korralduse aspektist, kas riigi osalusega äriühingu kuulumiseks riikliku tellija või tema osalusega äriühingute tegevuse juurde piisab riikliku tellija ulatuslikust otsustusõigusest vaid lepingute sõlmimisel ning teenuste osutamisel, mis puudutab konkreetse hanke läbiviimist?

12. Õiguskaitset puudutavate eelotsuse küsimuste juures tuleks alustuseks kontrollida, kas ja mil määral on need eelotsuse küsimused vastuvõetavad.

13. Euroopa Kohus on põhimõtteliselt kohustatud eelotsusetaotlusele vastama, v.a juhul, kui Euroopa Kohus peaks ilmselgelt otsustama väljamõeldud õigusvaidluse üle või andma arvamuse liiga üldiste või hüpoteetiliste küsimuste kohta või kui taotletud ühenduse õiguse tõlgendamisel puudub seos tegelikkuse või vaidluse esemega või kui Euroopa Kohtul puuduvad faktilised või õiguslikud andmed, mis on esitatud küsimuste eesmärgipäraseks vastamiseks vajalikud⁶.

14. Käesoleva asja materjalidest nähtub, et kavatsetav riigihange — põhikohtuasja ese — on jõudnud teatud staadiumisse, nimelt on olemas juba lepingu eelnõu. Sellest järeldub, et eelotsuse küsimused on vastuvõetavad ainult sellisel määral, mil nad aitavad kaasa konkreetse õigusvaidluse lahendamisele antud asjaolude puhul. Kuigi eelotsuse küsimused on suunatud olulistele õiguskaitset puudutavatele probleemidele, ei ole sellised üldised arutlused menetlusest tulenevatel põhjustel vastuvõetavad. Nimelt ei käsitlen need küsimused seda asjaolude ja probleemide kogumit, mida peab lahendama eelotsusetaotluse esitanud kohus. Ka ei täpsusta

eelotsusetaotluse esitanud kohus, millised on tema kaalutluste põhjused ning miks sellise asjaolude ja probleemide kogumi puhul on nende küsimuste käsitlemine Euroopa Kohtu poolt siseriikliku kohtu ees oleva õigusvaidluse lahendamiseks hädavajalik.

15. Kuna eelotsuse küsimustest ei selgu, miks on sellise asjaolude ja probleemide kogumi puhul Euroopa Kohtu vastus põhiasja lahendamiseks hädavajalik, tuleb neid küsimusi käsitleda hüpoteetilistena ja sellest tulenevalt vastuvõetamatutena⁷.

16. Sellisel määral, mil eelotsuse küsimustes on taotletud üldiste õiguslike küsimuste selgitamist, on nad samuti vastuvõetamatud. Sama kehtib ka kolmandas eelotsuse küsimuses käsitletud teema — siseriikliku õiguse kooskõla ühenduse õigusega — kohta. Need piirangud välja arvatud, on muud õiguskaitset puudutavad eelotsuse küsimused, st põhikohtumenetluses käsitletav asjaolude ja probleemide kogum, vastuvõetavad. Kuna esimese kolme eelotsuse küsimuse sisu ja suunitlus, st tellija tegevuse järelkontroll, on sarnased, on soovitatav neid kontrollida ning neile vastata koos.

6 — Riigihankepingute sõlmimise menetluse kohta vt 16. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-421/01: Traunfellner (EKL 2003, lk I-11941, punkt 37) ja 4. detsembril 2003. aasta otsus kohtuasjas C-448/01: EVN ja Wienstrom (EKL 2003, lk I-14527, punkt 76).

Vt lisaks järgmised otsused: 16. detsembril 1981. aasta otsus kohtuasjas 244/80: Foglia (EKL 1981, lk 3045, punkt 18); 15. detsembril 1995. aasta otsus kohtuasjas C-415/93: Bosman (EKL 1995, lk I-4921, punkt 61); 16. jaanuaril 1997. aasta otsus kohtuasjas C-134/95: USSL No 47 di Biella (EKL 1997, lk I-195, punkt 12) ja 7. jaanuaril 2003. aasta otsus kohtuasjas C-306/99: BIAO (EKL 2003, I-1, punkt 89).

7 — Otsused kohtuasjas C-421/01 (eespool 6. joonealuses märkuses viidatud, punkt 38 jj) ja kohtuasjas C-448/01 (eespool 6. joonealuses märkuses viidatud, punkt 83); vt ka 18. märtsi 2004. aasta otsus kohtuasjas C-314/01: Siemens (EKL 2004, lk I-2549, punkt 36).

B. Sisu analüüs

17. Peamiselt käsitlevad riikliku tellija teatud otsuste suhtes õiguskaitse võimaldamise kohta esitatud eelotsuse küsimused probleemi, millisest hetkest enne tegelikku riigihanke lepingu sõlmimist tuleb tagada direktiivis 89/665 ettenähtud võimalus siseriiklike instantside poolt läbiviidavaks järelkontrolliks. Sisuliselt on tegemist selle hetke määratlemisega, millal on riigihankemenetlus saavutanud õiguskaitse tagamiseks vajaliku konkreetsuse.

18. Esiteks tuleb lähtuda põhimõttest, et vastavalt Euroopa Kohtu praktikale tuleb mõistet „otsused” direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 mõttes ning mõistet „otsused” järelkontrollitavate aktidena sama direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti b mõttes, st riikliku tellija aktid, mille kohta saab esitada kaebuse, tõlgendada laialt.

19. Euroopa Kohtu kohtupraktika kohaselt ei sisalda direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 1 otsuste „sisu ja laadi kohta piiranguid”⁸.

8 — 28. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-81/98: Alcatel Austria jt (EKL 1999, lk I-7671, punkt 35); 18. juuni 2002. aasta otsus kohtuasjas C-92/00: HI (EKL 2002, lk I-5553, punkt 49) ja 19. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-315/01: Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH [GAT]/Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG [ÖSAG] (EKL 2003, lk I-6351, punkt 52).

20. Teiseks on liikmesriigid vastavalt direktiivi 89/665 artikli 1 lõikele 3 kohustatud tagama, et selles direktiivis ettenähtud järelkontrollimenetluse saab algatada „vähemalt” see isik, kellel oli või on huvi kindla riikliku tellimuse vastu ja kellel on tekkinud või võib tekkida kahju riiklikele teenuslepinguid reguleeriva ühenduse õiguse või siseriiklikku õigusesse üle võetud ühenduse õiguse sätete väidetava rikkumise tõttu.

21. Käesolevas menetluses tekib küsimus, kas laialt tõlgendatava otsuse mõiste alla kuuluvad ka need otsused, mis on vastu võetud enne avaliku pakkumismenetluse algatamist. Seega on need otsused, mida tehakse lihtsalt kaalutlemise ning avaliku pakkumismenetluse algatamise või mittealgatamise vahepeal.

22. Tulenevalt direktiivi 89/665 eesmärgist, milleks on efektiivse õiguskaitse tagamine — sellisena on see ka artikli 1 lõikes 1 sõnaselgelt sätestatud —, peaksid ka enne avaliku pakkumismenetluse algatamist tehtud otsused kuuluma laialt tõlgendatava otsuse mõiste alla.

23. Avaliku pakkumismenetluse mitteamalgatamise otsus on järelkontrollitavuse osas võrreldav avaliku pakkumismenetluse lõpetamise otsusega.

24. Avaliku pakkumismenetluse lõpetamise otsused kuuluvad riikliku tellija järelkontrollitavate aktide alla. Avaliku pakkumismenetluse tühistamise otsuse puhul on Euroopa Kohus seda ka sõnaselgelt rõhutanud: „Kogu pürgimine direktiivi 89/665 abil saavutatava eesmärgi poole oleks asjata, kui riiklikud tellijad võiksid riikliku teenuslepingu sõlmimiseks välja kuulutatud avaliku pakkumismenetluse tühistada, ilma et see alluks kohtulikule järelkontrollile, millega peaks igakülselt tagatama riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide ja nende aluseks olevate põhimõtete järgimine”⁹.

25. Kuigi otsus avaliku pakkumismenetluse mitteamalgatamise kohta riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide mõttes ei lange erinevalt algatatud avaliku pakkumismenetluse tühistamisest avaliku pakkumismenetluse raamidesse, ei välista direktiiv 89/665 sellist võimalust.

9 — Otsus kohtuasjas C-92/00 (eespool 8. joonealuses märkuses viidatud, punkt 53).

26. Vastavalt Euroopa Kohtu praktikale ei kuulu õiguskaitses pakkuva direktiivi 89/665 alla mitte ainult riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide materiaalõiguslike rikkumiste kontroll. Nii tuleb direktiivi 89/665 artikli 1 lõiget 1 kohaldada „kõigile riiklike teenuslepinguid sõlmivatele asutustele ..., mida reguleerivad ühenduse õiguse sätted avalik-õiguslike hankelepingute sõlmimise kohta”¹⁰, ilma et Euroopa Kohus piirduks riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide sätetega.

27. Liikmesriigid ei ole kohustatud võimaldama järelkontrollimenetlust igale isikule, kes tahab sõlmida teatud riiklikku hankelepingut. Enamgi veel, liikmesriikidel on lisaks õigus nõuda, et sellisele isikule oleks väidetava õigusrikkumisega tekitatud või tekkimas kahju¹¹. Vastavalt sellele võivad liikmesriigid eeldada, et isiku osalus avalikus pakkumismenetluses näitab tema huvi pakutava hankelepingu vastu ning alles siis on tal võimalik tõendada väidetavast õigusele mittevastavast riikliku hankelepingu sõlmimisest tekkivat kahju.

10 — Nii eelkõige 23. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-57/01: Makedoniko Metro ja Michaniki (EKL 2003, lk I-1091, punkt 68). Vt lisaks otsuseid kohtuasjas C-92/00 (eespool 8. joonealuses märkuses viidatud, punkt 37) ja kohtuasjas C-315/01 (eespool 8. joonealuses märkuses viidatud, punkt 52).

11 — 12. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-230/02: Grossmann Air Service (EKL 2004, lk I-1829, punkt 25 jj) ja 19. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-249/01: Hacker-müller (EKL 2003, lk I-6319, punkt 18).

28. Siiski on Euroopa Kohus juba otsustanud, et juhul kui äriühing ei ole oma pakkumist saanud esitada põhjusel, et pakkumiskutse dokumentides või lepingu eelnõus sisalduvate kohustuste nimekirjas olid väidetavalt sellised diskrimineerivad ja piiravad lisatingimused, mis ei oleks võimaldanud äriühingul kogutellimust täita, on äriühingul õigus algatada nende täpsustuste suhtes järelkontrollimenetlus veel enne avaliku pakkumismenetluse lõppu¹².

29. Samamoodi nagu äriühingul peab olema võimalik avaliku pakkumismenetluse lõppu ära ootamata algatada järelkontrollimenetlus otse rikkumiste suhtes¹³, peaks äriühingul olema võimalik lasta kontrollida avaliku pakkumisega seotud otsuseid, ilma et peaks avaliku pakkumismenetluse lõppu ära ootama. Sest käesoleva juhtumiga sarnastele juhtumitele on iseloomulik, et riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide mõttes avalikku pakkumismenetlust ei toimugi. Samas ei saa aga äriühingult nõuda, et ta teeks pakkumise riikliku tellimuse saamiseks, kui avalikku pakkumismenetlust ei olegi veel algatatud.

30. Õiguskaitset pakkuvate direktiivide kohaldamiseks ja seega ka järelkontrollimenetluse algatamiseks ei ole otsustav see, kas materiaaalõiguslikes riigihankeid käsitlevates ühenduse direktiivides ettenähtud avalik pakkumismenetlus ka tegelikult läbi viidi. Õiguskaitset pakkuvate direktiivide kehtivusala ei sõltu materiaaalõiguslike riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide, nt direktiivi 93/38 tegelikust kohaldamisest, vaid sellest, kas see direktiiv oleks või on kohaldatav, st kas kontrollitav toiming kuulub nende direktiivide kehtivusalasse.

31. Nendest kaalutlustest järeldub, et direktiivi 89/665 alusel on järelkontrollitavad ka mõned enne avalikku pakkumismenetlust tehtavad toimingud. Ometi on ka sellisel võimalusel piirid.

32. Kõikide riikliku tellija toimingute järelkontrollile allutamise vastu on asjaolu, et avaliku pakkumismenetluse eel tehtavad toimingud ei erine mitte ainult liikmesriigiti, vaid need sõltuvad ka tellimuse eesmärgist.

33. Järgnevalt tuleks meenutada Euroopa Kohtu poolt välja töötatud kriteeriumit õiguskaitse tagamisel, mille kohaselt „on direktiivi 89/665 eesmärk tugevdada siseriik-

12 — Otsus kohtuasjas C-230/02 (eespool 11. joonealuses märkuses viidatud, punkt 28).

13 — Otsus kohtuasjas C-230/02 (eespool 11. joonealuses märkuses viidatud, punkt 29 jj).

likul ja ühenduse tasandil olemasolevaid mehhanisme riigihangete valdkonnas väljaantud ühenduse direktiivide elluviimiseks, eriti siis, kui *nende rikkumisi on veel võimalik kõrvaldada*¹⁴.

34. Ka üks teine Euroopa Kohtu otsus, mis käsitles riikliku tellija teatud otsuste järelkontrolli piiramist siseriiklikus õiguses, kinnitab, et iga riikliku tellija toiming ei ole allutatud järelkontrollile. Selle kohtuotsuse põhiküsimuseks oli, kas tagati sobiv õiguskaitse. Euroopa Kohus leidis, et tagatud õiguskaitse oli sobiv, kuigi siseriikliku õiguse kohaselt sai vaidlustada ainult selles asjas midagi otseselt või kaudselt otsustavaid menetlustoiminguid, mis muutsid võimaluks menetluse jätkamise või enda kaitsmise, või mis tekitasid korvamatut kahju õigustatud huvidele¹⁵.

35. Seega, kui kooskõlas direktiiviga 89/665 on lubatud välistada mõne pärast avaliku pakkumismenetluse algatamist tehtava toimingu järelkontroll, siis peab loomulikult

olema võimalik välistada ka mõne enne avaliku pakkumismenetluse algatamist tehtud toimingu järelkontroll.

36. Lõpetuseks tuleb veel meenutada, et riigihankeid käsitlevad ühenduse direktiivid piirduvad avaliku pakkumismenetluse kooskõlastamisega, st ainult ühtlustamisega, ega reguleeri avalikule pakkumismenetlusele eelnevaid faase.

37. Niisiis tuleb meeles pidada, et direktiiv 89/665 ei taga siiski kõikehõlmavat ennetavat õiguskaitset.

38. Järelkontrollitavate toimingute väljaselgitamisel on otsustav materiaalne õigus, st see, kas ettevõtjal on riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide kohaselt õigus nõuda mingi toimingu tegemist või selle tegemisest hoidumist.

39. Põhimõtteliselt on sellisel juhul võimalik ka õigus nõuda keelustamist. See nõue võib olla suunatud sellele, et riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide rakendusalasasse kuuluval asutusel keelata ära direktiivide

14 — Otsus kohtuasjas C-81/98 (eespool 8. joonealuses märkuses viidatud, punkt 33) (kohtujuristi kursiv); vt 11. augusti 1995. aasta otsus kohtuasjas C-433/93: komisjon v. Saksamaa (EKL 1995, lk I-2303, punkt 23).

15 — 15. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-214/00: komisjon v. Hispaania (EKL 2003, lk I-4667, punkt 77 jj).

rakendusallasse kuuluva hankelepingu sõlmimine ilma direktiivides ettenähtud avaliku pakkumismenetluse läbiviimiseta. Sellega tagatakse õiguskaitsele paralleelsus hankelepingu sõlmimise keeluga.

40. Üks võimalik kriteerium enne avaliku pakkumismenetluse algatamist tehtud toimingute, mille suhtes peaks võimaldama järelkontrolli, määratlemiseks on seega nende toimingute mõju järelkontrolli taotlevale ettevõtjale. Niisiis on tegemist vaidlustamise pädevuse eeldusega (hagejana esinemise õigusega).

41. Käesolevas menetluses on aga küsimuse all vaid toimingute vaidlustamise eeldused.

42. Käesolevas eelotsusetaotluse menetluses tuleb lisaks järgida piirangut, mis on seda laadi menetluste jaoks ette nähtud Euroopa Kohtu menetlusõiguses. Nii ei saa ka selle eelotsuse taotlemise menetluses olla eesmärk vaidlustatavate toimingute üldine määratlemine, vaid anda siseriiklikule kohtunikule kasulik vastus, mis võimaldaks tal lahendada arutlusel oleva õigusvaidluse.

43. Niisiis ei ole käesoleva menetluse esemeks mitte üldiste kriteeriumite väljatöötamine, et otsustada millal on riiklike tellijate toimingud vaidlustatavad, vaid ainult kriteeriumite leidmine, mis aitaks konkreetses põhikohtuasjas otsustada toimingute vaidlustatavuse.

44. Selles kontekstis piisab sellest, kui teada, et direktiivi 89/665 kohaldamisalasse ei kuulu sisemised kaalutlused, nagu vajaduste hindamine, pakkumismenetluse tingimuste väljatöötamine või lihtsalt turu-uuringute tegemine. Samuti ei kuulu direktiivi kohaldamisalasse tellija sisemised õiguslikud kaalutlused, kas tegemist on riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide alla kuuluva hankega või mitte.

45. Küsimus, kas järelkontrollitava toimingu tuleks kvalifitseerida ka teise ettevõtjaga läbirääkimiste alustamise otsust või ainult juba alustatud lepingu sõlmimise läbirääkimisi, võib käesolevas asjas jääda vastuseta. Nimelt on see küsimus hüpoteetiline, arvestades seda, et põhikohtumenetluse ja seega ka käesoleva eelotsusetaotluse menetluse esemeks on teistsugune asjaolude kogum, milles tellija toimingud on jõudnud sellisesse faasi, et olemas on juba lepingueel nõu.

46. Sellisel juhul on tellija juba lepingut sõlmimas. Kõnealune olukord vastab seega teisele, riigihangete puhul sageli esinevale olukorrale, nimelt hetkele enne pakkumise

vastuvõtmist. Sest vastavalt siseriiklikule õigusele võib pakkumise vastuvõtmine eelne hankelepingu sõlmimisele või on hankelepingu sõlmimine võrdsustatud pakkumisega, tähendades pakkumise kutse vastuvõtmist.

47. Tõhusa õiguskaitse huvides ei tohi eristada olukorda, kus avalik pakkumismenetlus algatati, praegusest olukorrast, mille puhul avalikku pakkumismenetlust ei algatatudki.

48. Niisiis on vastus esimesele kolmele eelotsuse küsimusele selline, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et teatud kindlatel tingimustel peavad liikmesriigid tagama ka tellija teatud otsuste tõhusa ja võimalikult kiire järelkontrolli võimaluse; tellija järelkontrollitavate otsuste hulka võivad kuuluda ka pakkumismenetluse-eelsed otsused tellida teenuseid ilma riigihanke pakkumismenetlust läbi viimata.

VI. Seotud ettevõtjaga sõlmitavate hankelepingute kohta (neljas ja viies eelotsuse küsimus)

49. Kaks viimast eelotsuse küsimust käsitlevad nn seotud ettevõtjaga sõlmitavate hankelepingute (sisehangete) eeldusi. Seejuures ei ole küsimus mitte n-ö otseselt seotud ettevõtjaga hankelepingu sõlmimises, vaid nagu Austria valitsus õigusega esile toob, riiklikust tellijast eraldiseisva ettevõtjaga, kes on iseseisev juriidiline isik. Kui see ettevõtja ei oleks iseseisev juriidiline isik, ei saaks temaga lepingut sõlmida. Seega ei saaks ta ka teostada hanget riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide mõttes.

50. Käesoleva menetluse põhiküsimuseks on mõiste „hankeleping” tõlgendamine, mis on üheks eelduseks riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide kohaldamiseks. Seejuures tuleb lähtuda Euroopa Kohtu otsusest kohtuasjas Teckal, milles Euroopa Kohus otsustas, et teatud hanked ei kuulu riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide kohaldamisalasse.

51. Selle otsuse kohaselt ei kohaldata riigihankeid käsitlevaid ühenduse direktiive juhul, „kui kohalikul omavalitsusüksusel on

kõnealuse isiku *üle samasugune kontroll nagu oma osakondade üle* ja selle isiku *tegevus* on samaaegselt suunatud *peamiselt* sellele kohalikule omavalitsüksusele või üksustele, kellel on selles juriidilises isikus osalus”¹⁶.

52. Seega tõi Euroopa Kohus välja kaks eeldust, mille puhul hankele ei kohaldata riigihankeid käsitlevaid ühenduse direktiive, st Euroopa Kohus kitsendas teleoloogilise tõlgenduse kaudu „hankelepingu” mõistet.

53. Tuleb rõhutada, et Euroopa Kohus nimetab riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide mittekohaldamist otsesõnu erandiks. Seega tuleb nende suhtes rakendada põhimõtet, mille kohaselt erandeid tuleb kitsalt tõlgendada. Ühtlasi järgitakse seda üldise eeldusena järgnevalt mõlemaid eeldusi käsitledes.

54. Lisaks tuleb rõhutada, et hanked ettevõtjatele, kes on ka ise riiklikud tellijad, nt teatud tüürettevõtted — välja arvatud kohtuasjas Teckal tehtud erand ning teised erandid, nagu nt direktiivi 92/50 artiklis 6 sätestatud erandid — kuuluvad üldjuhul

hankelepingu mõiste alla. Niisiis on riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide kohaldamine reegliks.¹⁷

55. Veel tuleks meelde tuletada sisehangete päritolu ja ühtlasi ka kohtuasjas Teckal tehtud erandit, nimelt organisatsioonisiseste tehingute, st seotud ettevõtjaga tehtavate tehingute ja nendega võrdsustatud olukordade erikohtlemist.

56. Antud kontekstis tuleks järgida ka riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide eesmärke, nimelt riigihangete avamist ühenduse konkurentsile ning vaba konkurentsi tagamist.

57. Kõik eelnimetatud on kohtuasjas Teckal tehtud erandi tõlgendamisel tähtsust omavad asjaolud.

58. Üldiselt tuleks üksteisest eristada kolme erinevat seotud ettevõtjaga tehtavat tehingut: hankelepingud riikliku tellija või tema allasutatute 100% osalusega äriühingutega, hankelepingud mitmele asutusele kuuluvate äri-

16 — Otsus kohtuasjas C-107/98 (eespool 2. jonealuses märkuses viidatud, punkt 50) (kohtujuristi kursiiv).

17 — 7. detsembri 2000. aasta otsused kohtuasjas C-94/99: ARGE Gewässerschutz (EKL 2000, I-11037, punkt 40) ja kohtuasjas C-107/98 (eespool 2. jonealuses märkuses viidatud, punkt 50).

ühingutega (äriühingud, milles on osalus mitmel riiklikul tellijal) ning hankelepingud segaosalusega äriühingutega (äriühingud, milles osalevad ka eraõiguslikud isikud).

A. *Esimene kriteerium: samasugune kontroll nagu oma osakondade üle*

59. Põhikohtuasjas käsitletakse Halle linna, st kohaliku omavalitsuse, kes on kindlalt riiklik tellija riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide mõttes, kavandatavat hankelepingu sõlmimist ühe n-õ lapselapselapsiga. Kuigi Halle linnal on tütaretevõttes ning sellel omakorda oma tütaretevõttes 100% osalus, on tütaretevõtte tütaretevõttel oma tütaretevõttes ainult 75,1% osalus. Viimatinimetatus kuuluvad ülejäänud osad täiesti eraõiguslikule juriidilisele isikule.

60. Käesolevas menetluses on niisiis tege- mist segaosalusega äriühinguga, milles on (kaudne) enamusosalus riiklikul tellijal ning milles osaleb ka eraõiguslik ettevõtja.

61. Protsessuaalsetel põhjustel käsitletakse järgnevalt ainult sellist asjaolude kogumit, mis esines põhikohtuasjas. Põhikohtuasja konkreetsetele asjaoludele kohaldamine jääb aga siseriikliku kohtuniku ülesandeks¹⁸.

62. Esimene erandi kohaldamise ja seega ka riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide mittekohaldamise eeldus on seotud riikliku tellija kontrolli viisiga selle ettevõtja üle, kellega hankeleping peaks sõlmítama. Euroopa Kohus nõuab, et riiklikul tellijal oleks selle ettevõtja üle „samasugune kontroll nagu oma osakondade üle”.

63. Euroopa Kohus lähtub seega kriteeriumist, mis tuleneb avalikust õigusest. Kuna aga selle kriteeriumi sisu — nagu ka hankelepingu ning riikliku tellija mõisteid — tuleb mõista mitte formaalselt, vaid funktsionaalselt, siis ei takista see erandi ülekandmist riikliku tellija suhtele eraõigusliku juriidilise isikuga, nagu *in casu* on osatühing. Viitamine oma osakonnale tuleneb algsest osakondade ümberstruktureerimisest iseseisvateks asutusteks.

64. Erandi teistele asjaolude kogumitele ülekantavuse kasuks räägib ka see, et kohtuasjas Teckal tehtud otsuse menetluskeel-

18 — Vt Euroopa Kohtu 14. novembri 2002. aasta määrus kohtuasjas C-310/01: Comune di Udine jt, kohtulahendite kogumikus ei avaldata.

sest ehk itaaliakeelsest versioonist nähtub, et Euroopa Kohus peab vajalikuks ainult analoogse („analogo”), st võrreldava, mitte identse kontrolli olemasolu.¹⁹

65. Enamusosalusega osaniku õigusliku seisundi hindamisel lähtutakse esiteks siseriikliku õiguse vastavatest sätetest, käesolevas asjas niisiis osahingu äriõiguslikust regulatsioonist. Teiseks tuleb hindamisel lähtuda nendest regulatsioonidest, mis osanike omavahelisi suhteid täpsemalt kujundavad, reeglina siis osahingu asutamislepingust. See tähendab, et ei ole küllaldane käsitleda seda kriteeriumit kontrollile allutatud ettevõtja valitud õigusliku vormi, nt abstraktselt ainult juriidilise isiku liigi järgi.

66. Seega on siseriiklikel, enamasti seadustes sätestatud normidel, ainult piiratud tähtsus. See puudutab regulatsiooni, mis määrab kindlaks tingimused, millal millised õigused vähemusosalusega osanikel on. Peamiselt on küsimus regulatsioonis, mille kohaselt osanike teatud kontrolli- ja keelustamisõigused sõltuvad nende osa suuruselt, nt 10%, 25% või enam kui 50%.

67. Sellise regulatsiooni alusel saab pigem oletada, millised õigused kuuluvad vähemusosalusega osanikule. Otsustavaks saavad siiski igal üksikjuhtumil konkreetsed, vähemusosalusega osanikule antud õigused. Antud kontekstis on sellistest kõige tähtsam nn kontrollileping, mis annab teatud osanikule — sõltumatult tema osalusest — seaduses sätestatud miinimumist suuremad õigused.

68. Kuna kontroll ei sõltu mitte siseriiklikust regulatsioonist seadustes, vaid pigem konkreetsel üksikjuhtumil esinevast olukorrast, siis ei saa siin olla ainuotsustavaks riikliku tellija või vastupidi eraõiguslikust juriidilisest isikust vähemusosalusega osaniku osaluse suurus.

69. Sellest tuleneb, et kindel osalusprotsent pigem takistab asjakohase lahenduseni jõudmist, sest ta ei võimalda konkreetsel üksikjuhtumil esineva situatsiooni arvestamist ja välistab kategooriliselt protsendikriteeriumile mittevastavatel juhtudel kontrollikriteeriumi rakendamise.

70. Kuna ka need ettevõtted, milles osaleb eraõiguslikust juriidilisest isikust vähemusosalusega osanik, võivad olla vastavuses kontrollikriteeriumiga, siis tuleb sellest järeldada, et kohtuasjas Teckal tehtud erand ei kehti

19 — Vt vastupidist ettepanekut kohtujurist Léger'lt, kes 15. juuni 2000. aasta kohtuasja C-93/99 (eespool 17. joonealuses märkuses viidatud, punkt 66) nõuab isegi, et riiklik tellija peaks olema „identne asutustega, kes kontrollivad ettevõtjat, kellele ta kannab üle erinevate teenuste teostamise”.

mitte ainult riikliku tellija või tema allasutuste 100% osalusega äriühingutele, vaid ka segaosalusega äriühingutele (milles osaleb ka eraõiguslik juriidiline isik). Eraõiguslike juriidiliste isikute osalus äriühingus ei avalda niisiis kahjulikku mõju.

71. Siinkohal tuleks meelde tuletada kohtujurist Léger' arutlusi, kes pidas kohtuasjas Teckal tehtud erandi tegemist võimalikuks isegi ainult 50,5% osaluse juures²⁰.

72. Euroopa Kohtu poolt väljaarendatud kontrollikriteeriumi rakendamiseks on siiski vaja äriõiguslikus mõttes valitsevast mõjust rohkemat, nagu on nõutud riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide artikleid 1 silmas pidades, selleks et käsitada teatud asutusi riiklike tellijatena. Sama vähe aitab kontrollikriteeriumi määratlemiseks direktiivi 93/38 artikli 1 punktis 3 koosmõjus artikliga 13 ettenähtud valitsev mõju. Esiteks on siin tegemist nn sektorite jaoks määratud regulatsiooniga, millele käesolevas asjas kohaldatavas direktiivis puudub vaste, ning teiseks on see erandit kehtestav säte, mida tuleb üldjuhul tõlgendada kitsendavalt.

73. Ei ühenduse seadusandja ega Euroopa Kohus pole direktiivides või siis kohtuasjas Teckal viidanud otseselt riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide sätetele.

74. Seega ei saa siinkohal nõutavat kontrolli intensiivsuse taset üle võtta riigihankeid käsitlevate ühenduse direktiivide vastavatest sätetest ning samuti väljub see oma erandliku iseloomu tõttu teiste erandeid sätestatavate regulatsioonide nõutud piiridest.

75. Eelotsusetaotluse menetluses on siseriikliku kohtuniku ülesandeks esiteks tõlgendada siseriiklikke õigusnorme ja teiseks, kohaldada neid ja teisi õigusnorme konkreetsetele asjaoludele. Seega on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesandeks uurida, millised õigused on „vanavanaemal”, st Halle linnal oma „tütretütretütreté” RPL-i üle.

76. Kontrollikriteeriumi kohaldamisel peab siseriiklik kohtunik lähtuma võimalikust kontrollipädevusest. See, kas ja kuidas kontrolli tegelikult teostatakse või oletused enamusosalusega osaniku poolt oma osa kasutamise suhtes, st kas ta teeks ka otsuseid vähemusalusega osaniku arvamusel vastaselt, ei saa kriteeriumi rakendamisel juba õiguskindluse põhimõttest tulenevalt tähtsad olla. Sellest lähtuvalt on ka enamusosalusega osaniku võimalike lojaalsuskohustuste tähtsus suhteline, eriti kui lähtuda samas ka vähemusalusega osaniku lojaalsuskohustustest, millele osundab Halle linn.

20 — Kohtujurist Léger' ettepanek kohtuasjas C-94/99 (eespool 19. joonealuses märkuses viidatud, otsusele eespool 17. joonealuses märkuses viidatud, punkt 60).

77. Kui rääkida kontrolli esemest, siis ei näinud Euroopa Kohus kohtuasjas Teckal tehtud erandis kontrollitava asutuse teatud otsuste suhtes ette mingeid piiranguid. Niisiis ei piisa üldiselt riigihankeotsuste või siis koguni konkreetse riigihankeotsuse kontrollist.

78. Lähtudes kriteeriumi „samasugune kontroll nagu oma osakondade üle” määratlusest ja eesmärgist, on siiski nõutav ulatuslik kontrollivõimalus. See ei tohi piirduda kontrollivõimalusega strateegiliste turuotsuste üle, vaid peab hõlmama ka tegevjuhtide üksikotsustuste kontrolli. Eelotsusetaotluse menetluses puudub aga vajadus käsitleda selle probleemi üksikasju lähemalt, sest põhikohtuasja õigusvaidluse lahendamiseks ei ole see vajalik.

B. Teine kriteerium: tegevuse suunatus peamiselt äriühingus osalevale kohalikule omavalitsusüksusele

79. Kohtuasjas Teckal tehtud erandi kohaldamise teine eeldus on seotud kontrollitava juriidilise isiku tegevusega. Vastava lõigu sõnastuse kohaselt saab erandit kohaldada ainult siis, kui selle juriidilise isiku „tegevus on suunatud peamiselt sellele kohaliku omavalitsuse üksusele või üksustele, kellel on temas osalus”.

80. Seda kriteeriumit võib üldistada sellisel määral, et esiteks ei pea osalus olema mitte ainult otsestel osanikel, vaid kõne alla võivad tulla ka, nagu *in casu* „vanavanaema”, niisiis kaudsed osanikud, ning teiseks ka muud isikud peale kohalike omavalitsusüksuste.

81. Niisiis on kohtuasjas Teckal püstitatud kriteerium suunatud teatud minimaalsele osale kontrolliva juriidilise isiku kogutegevusest. Seega on küsimus tegevuse ulatuse ning laiemas mõttes osanikule suunatud tegevuse ulatuse väljaselgitamises.

82. Antud kontekstis tuleb ka märkida, et kuigi osaniku mõistet ei tuleks tõlgendada liiga kitsalt, ei tohi sellest järeldada, et see sisaldab ka kolmandatele isikutele suunatud tegevusi, mida osanik muudu peaks ise tegema. Praktikast puudutab see eelkõige elamistingimuste eest hoolitsemist ja siin omakorda valdu (kommune), kellel on kohustus osutada teatud isikutele teatud teenuseid. See üldine küsimus ei ole eelotsusetaotluse menetluse küsimuseks, sest eelotsusetaotluse esitanud kohus ei vaja tema käes oleva õigusvaidluse lahendamiseks vastust sellele küsimusele.

83. Tuleb veel täpsustada, et oluline on tegelik tegevus ning mitte seaduse või äriühingu põhikirja järgi võimalikud tegevused või hoopis tegevused, milleks kontrollitav juriidiline isik on kohustatud.

84. Nüüd on keskne küsimus, millisest määraast alates on saavutatud kohtuasjas Teckal erandi tegemiseks vajalik protsent. Selle kohta on olemas erinevaid arvamusi. Need arvamused ulatuvad rohkem kui 50%, „nimetamisväärsust ulatusest“, „täiesti domineerivast“, „peaaegu ainult“ kuni selleni, et tegevus on „ainult“ suunatud kohalikule omavalitsusüksusele.

85. Seejuures lähtutakse arvamustes mitte ainult positiivsest määratlusest, selles mõttes, et piiritleda tuleks osanikule suunatud tegevuse ulatus, vaid ka negatiivsest määratlusest. Negatiivse määratluse puhul tuleks lähtuda sellest, kui suur osa tegevusest on suunatud teistele isikutele lisaks sellele osanikule suunatud tegevusele. Viimatinimetatud seisukohal on oma esitatud ettepanekus ka kohtujurist Léger, kellele osundavad mitmed osalised. Vastavalt tema seisukohale „on direktiiv kohaldatav, kui selle juriidilise isiku tegevus on peamiselt suunatud *teistele* majanduselus osalejatele või teistele juriidilistele isikutele kui need, kellest moodustub riiklik tellija”²¹. Kuna aga kohtuasjas Teckal erandi tegemisel on lähtutud positiivsest määratlusest, siis järgnevalt rohkem negatiivset määratlust ei käsitleta.

86. Kohtujurist Léger' esitatud ettepanekus osundatud lõigus on aga väljendatud üht teist olulist aspekti, mida tuleks tegevuse suunatuse protsendi määramisel arvestada.

87. Nii on küsimus selles, kas kohtuasjas Teckal tehtud erandi kohaselt on lubatud ainult kvantitatiivne käsitlusviis või võib arutluse kaasata siiski ka kvalitatiivseid asjaolusid. Viimase kasuks räägivad erandi mõte ja selle tegemisel kasutatud sõnastus, milles ei sisaldu vihjet sellele, kuidas tegevust tuleks hinnata. Ka otsuse Teckal vastava lõigu autentne sõnastus, st itaaliakeelne versioon, ei välista täiendavat või alternatiivset kvalitatiivset käsitlusviisi („la parte più importante della propria attività”).

88. Kohtuasjas Teckal tehtud erand ei sisalda viidet tegevuse suunatuse ulatuse arvestamise meetodile. Seega ei ole iseeneestmõistetav, et oluline on ainuüksi käibe protsent.

89. Niisiis tuleb siseriiklikul kohtunikul „tegevuse peamine suunatus” välja selgitada kvantitatiivseid ja kvalitatiivseid asjaolusid arvestades. Lisaks võiks arvestamisel rolli mängida ka kontrollitava juriidilise isiku turupositsioon, st eriti konkurentsituatsioon võimalike konkurentide suhtes.

21 — Kohtujurist Léger' ettepanek kohtuasjas C-94/99 (eespool 19. joonealuses märkuses viidatud, otsusele eespool 17. joonealuses märkuses viidatud, punkt 93) (kohtujuristi kursiiv).

90. Seoses mitmete osaliste poolt osundatud kohtujurist Léger' esitatud ettepanekus käsitletud kohtuasja Teckal erandis tehtud teise eeldusega tuleb veel meenutada, et autentne on kohtujuristi poolt originaalkeeleks valitud keeles tehtud ettepanek.

91. Sellest põhimõttest lähtudes nähtub kohtujurist Léger' esitatud ettepanekust, et esiteks on tema seisukoht rajatud sellele, et osutatavad teenused on „quasi-exclusivité” (peaaegu erandita), kusjuures saksakeelses sõnastuses on see tõlgitud „sämtliche Dienstleistungen” (kõik teenused)²². Teiseks toetub ta kohtuasjas Teckal tehtud erandi menetluskeelsele ehk itaaliakeelsele redaktsioonile ning kasutab väljendit „en grande partie” (suures osas), mida saksakeelses sõnastuses antakse edasi väljendiga „im Wesentlichen” (peamiselt)²³ või siis „la plus grande partie de leur activité” (tema tegevuse suurimas osas — „den grössten Teil ihrer Tätigkeit”)²⁴.

92. Mitmed osalised tegid ettepaneku, et suurema konkreetsuse saavutamiseks võiks peamise tegevuse kriteeriumit tõlgendada selle õigusakti mõttes, mis kehtib hankelepingute sõlmimise kohta juriidiliste isikutega, kes on riikliku tellijaga seotud ettevõtted. Tegemist on direktiivi 93/38 artiklis 13 sätestatud 80% kriteeriumiga. Selle kriteeriumi kasutamist on põhjendatud tema „objektiivsusega” või „asjakohasusega”.

22 — Kohtujurist Léger' ettepanek kohtuasjas C-94/99 (eespool 19. joonealuses märkuses viidatud, otsusele eespool 17. joonealuses märkuses viidatud, punkt 74).

23 — Kohtujurist Léger' ettepanek kohtuasjas C-94/99 (eespool 19. joonealuses märkuses viidatud, otsusele eespool 17. joonealuses märkuses viidatud, punkt 81).

24 — Kohtujurist Léger' ettepanek kohtuasjas C-94/99 (eespool 19. joonealuses märkuses viidatud, otsusele eespool 17. joonealuses märkuses viidatud, punkt 83).

93. Selle kohta tuleks märkida, et ka mõni teine kindlaksmääratud protsendimäär võiks olla objektiivne ja asjakohane. Aga just kindlaksmääratud protsendimäär jääkus võib olla ka takistuseks sobiva lahenduse leidmisel. Lisaks sellele ei võimalda see arvestada kvalitatiivsete elementidega.

94. 80% kriteeriumi ülekandmise vastu on eelkõige asjaolu, et tegemist on teatud kindlate sektorite kohta kehtiva direktiivi erandnormiga. Vastavalt ühenduse seadusandja tahtele piirdub selles direktiivis tehtud hindamine ainult selle direktiiviga. Kuigi põhimõte võib olla praktiliselt rakendatav ka väljaspool sektoreid, on siinkohal siiski otsustav see, et käesolevas asjas kohaldatavas direktiivis puudub selline regulatsioon.

95. Direktiivi 93/38 artikli 13 kasutamise vastu on veel üks põhjus. Selle artikli lõige 2 kohustab tellijat andma komisjonile tema nõudmisel teatud andmeid. See säte toimib menetlusõigusliku tasakaalustusena artiklis 13 sätestatud erandile. Kohtuasjas Teckal erandi tegemisel on Euroopa Kohus aga läinud teist teed. Selles piirdus ta kahe materiaalse sisuga eelduse määramisega. Neid eeldusi tuleb tõlgendada rangelt just võrreldava menetlusõigusliku regulatsiooni puudumise tõttu.

VII. Ettepanek

96. Esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Direktiivi 89/665/EMÜ artikli 1 lõiget 1 tuleb tõlgendada selliselt, et liikmesriigid peavad tagama tellija teatud otsuste, mida tehakse väljaspool riigihankemenetlust, kuid mis siiski on seotud tellimuse andmisega, tõhusa ja võimalikult kiire järelkontrolli võimaluse; nende otsuste hulka võivad kuuluda ka otsused selle kohta, et esitada teatud tellimus ilma riigihankemenetlust läbi viimata.
2. Nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, tuleb tõlgendada selliselt, et ainult eraõigusliku juriidilise isiku ühinguõiguslik osalus riikliku tellija ühes lepingupartneris, milles see riiklik tellija osaleb otseselt või kaudselt, ei välista selle direktiivi kohaldamist.
3. See, kas arvestada, et eraõigusliku juriidilise isiku osalusega lepingupartner (edaspidi „riigi osalusega äriühing”) on seotud avaliku halduse, st riikliku tellijaga seotud ettevõttega, oleneb konkreetsest suhtest, kusjuures osaluse suurus ei ole ainuotsustav.

Seotud olemise arvestamiseks ei piisa:

- riigi osalusega äriühingu valitsemisest riikliku tellija poolt nõukogu 14. juuni 1993 aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused, artikli 1 punkti 2 ja artikli 13 lõike 1 mõttes;
 - ainult ulatuslikust otsustusõigusest nii üldiselt riigihanke otsuste kui ka konkreetset tellimust puudutavate riigihanke otsuste kohta.
4. Selleks, et pidada riigi osalusega äriühingut seotuks riikliku tellijaga „tema tegevuse peamiselt riiklikule tellijale suunatuse” aspekti mõttes ei tule, vastupidiselt direktiivi 93/38/EMÜ artikli 13 mõttele, lähtuda sellest, kas vähemalt 80% selle ettevõtja keskmisest käibest ühenduse territooriumil on viimasel kolmel aastal saadud teenuste osutamisest riiklikule tellijale, või riikliku tellijaga seotud või tema juurde kuuluvatele ettevõtjatele, või — kui segaosalusega ettevõtjal ei ole veel täitunud kolmas tegevusaasta — selle 80% reegli täitmise prognoosist.

Siseriiklik kohtunik peab juurdearvamiseks lähtuma tegelikest tegevustest ning seejuures eriti arvestama nii kvantitatiivseid kui ka kvalitatiivseid asjaolusid.