

Kohtuasi C-692/23

Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1

Saabumise kuupäev:

17. november 2023

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Gerechtshof Den Haag (Haagi apellatsioonikohus, Madalmaad)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

14. november 2023

Hageja:

AVR-Afvalverwerking BV

Kostjad:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Põhikohtuasja ese

Põhikohtuasjas on tegemist kolme Zuid-Hollandi provintsi (Lõuna-Holland, Madalmaad) omavalitsusüksuse ja ühe teise juriidilise isiku vahel sõlmitud hankelepingutega, mille ese on kõnealuse kolme omavalitsusüksuse kodumajapidamistest pärinevate segaolmejäätmete käitlemine, mille sõlmimiseks jäeti hageja hinnangul õigusvastaselt korraldamata hankemenetlus.

Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus

Käesolev ELTL artikli 267 alusel esitatud eelotsusetaotlus puudutab küsimust, kas direktiivi 2014/24 kohase „tegevuse protsendimäära kriteeriumi“ kohaldatavus, mille tagajärjel ei ole hankemenetluse korraldamine kohustuslik, sõltub kontserni kuuluva kontrollitava juriidilise isiku käibest või kontserni käibest, kuidas tuleb see käive sellisel juhul kindlaks määrata ja – esimesena nimetatud juhul – kas kontrollitava juriidilise isiku käibe kindlaksmääramisel tuleb arvesse võtta ka käivet, mis tekib kolmandatel isikutel, kes on tema käitatava prügila kasutajad.

Eelotsuse küsimused

1. Kas tegevuse protsendimäära kriteeriumi, mis on ette nähtud direktiivi 2014/24 artikli 12 lõike 3 esimese lõigu punktis b koostoimes artikli 12 lõikega 5,

tuleb tõlgendada nii, et

kui selles osutatud tegevuse protsendimäär tehakse kindlaks käibe alusel ja kontrollitav juriidiline isik kuulub kontserni,

tuleb arvesse võtta üksnes kontrollitava juriidilise isiku enda käivet või kõigi kontserni kuuluvate äriühingute – olenemata sellest, kas need on sidusettevõtjad või mitte – käivet, näiteks

(i) konsolideeritud käivet, mille puhul liidetakse asjaomase juriidilise isiku käive teiste kontserni kuuluvate äriühingute käibega, nagu see on ette nähtud direktiivi 2013/34 artiklite 22 ja 24 ülevõtmiseks vastu võetud riigisiseste õigusnormidega, või

(ii) nende ettevõtjate käivet, kellega kontrollitav juriidiline isik moodustab liidu konkurentsioiguses määratletud mõiste „ettevõtja“ tähenduses majandusüksuse?

2. Kas juhul, kui esimesele küsimusele vastatakse nii, et arvesse tuleb võtta ainult kontrollitava juriidilise isiku enda käivet, tuleb selles küsimuses osutatud tegevuse protsendimäära kriteeriumi

tõlgendada nii, et

käivet, mis tekib siis, kui kasutajatest kolmandad isikud ladestavad jäätmeid prügilasse, mida kontrollitav juriidiline isik käitab tema üle kontrolli teostava avaliku sektori hankija ülesandel, tuleb käsitada käibena, mis tuleneb selliste ülesannete täitmisest, mille on sellele juriidilisele isikule andnud kontrolliv avaliku sektori hankija, kui võtta arvesse, et kontrollitav juriidiline isik konkureerib seejuures ka erasektori ettevõtjatega?

Viidatud liidu õigusnormid

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65) artikli 12 lõiked 1, 3 ja 5

Direktiivi 2014/24 põhjendus 1, põhjenduse 5 esimene lause, põhjendus 31 ja põhjenduse 32 esimene lõik

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. juuni 2013. aasta direktiivi 2013/34/EL teatavat liiki ettevõtjate aruandeaasta finantsaruannete, konsolideeritud finantsaruannete ja nendega seotud aruannete kohta ja millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2006/43/EÜ ning tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiivid 78/660/EMÜ ja 83/349/EMÜ (ELT 2013, L 182, lk 19) artiklid 22 ja 24

Viidatud riigisisised õigusnormid

2012. aasta riigihangete seaduse (Aanbestedingswet; edaspidi „riigihangete seadus“) artikli 2:24 lõige 1, artiklid 2:24a ja 2:24b ()

Tsiviilseadustiku (Burgerlijk Wetboek; edaspidi „BW“) artiklid 2:405, 2:406 ja 2:410

Asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

- 1 AVR-Afvalverwerking BV (edaspidi „hageja“) on äriühing, mille tegevusala on jäätmekäitlus.
- 2 Frieslandi provintsi omavalitsusüksused asutasid 1995. aastal ühiselt jäätmekäitlusega tegeleva mittetulundusühingu Afvalsturing Friesland NV (edaspidi „AF“). AF juhib kontserni, kuhu kuuluvad tütarettevõtjad, kes tegutsevad ka muudes valdkondades kui jäätmekäitlus. AF koostab majandusaasta konsolideeritud finantsaruandeid, milles ta konsolideerib enda finantsandmed oma tütarettevõtjate, teiste kontserni kuuluvate äriühingute ja tema kontrolli või tema ühtse juhtimise all olevate muude juriidiliste isikute finantsandmetega.
- 3 Zuid-Hollandi provintsis asuvad Barendrecht, Albrandswaardi ja Ridderkerki omavalitsusüksused (edaspidi „BARi omavalitsusüksused“) asutasid jäätmekäitluse eesmärgil mittetulundusühingu NV BAR-Afvalbeheer (edaspidi „BAR“).
- 4 Kolm teist Zuid-Hollandi provintsi omavalitsusüksust asutasid jäätmekäitluse eesmärgil ja avaliku ruumi haldamiseks mittetulundusühingu NV Irado (edaspidi „Irado“). Irado laseb kodumajapidamistest pärinevaid segaolmejäätmeid alates 2017. aastast käidelda AF-il ja samal aastal sai temast ka AFi osanik.

- 5 Frieslandi provintsi omavalitsusüksuste ülesandel käitab AF ise (seega mitte mõne tema kontserni kuuluva äriühingu kaudu) prügilat, kuhu ladestatakse muid jäätmeid kui kodumajapidamistest pärinevad segaolmejäätmed, sealhulgas tööstusjäätmeid ja pinnase saneerimisel tekkivaid jäätmeid.
- 6 Madalmaades reguleerib prügilate mahutavust kolmas Landelijke Afvalbeheerplan (riigi jäätmekava). Selle kava alusel käitavad Madalmaades prügilaid nii erasektori kui ka avaliku sektori teenuseosutajad.
- 7 Kuni 31. detsembrini 2019 (kaasa arvatud) oli igal BARi omavalitsusüksusel eraldi leping eri jäätmekäitlusettevõtjaga ja nende lepingute alusel käitles hageja nimetatud omavalitsuste kodumajapidamistest pärinevaid segaolmejäätmeid. 2019. aastal otsustasid BARi omavalitsusüksused, et BAR võib omandada osaluse Irados, ja tellisid oma kodumajapidamistest pärinevate segaolmejäätmete kogumise ja käitlemise Iradolt. 13. detsembril 2019 sõlmisid Irado ja AF lepingu, mis muu hulgas hõlmab BARi omavalitsusüksuste kodumajapidamistest pärinevate segaolmejäätmete käitlemist. 20. detsembril 2019 sõlmisid BAR ja Irado teenuste osutamise lepingu BARi omavalitsusüksuste kodumajapidamistest pärinevate segaolmejäätmete käitlemiseks. 31. detsembril 2019 omandas BAR osaluse Irados.
- 8 Hageja esitas Rechtbank Den Haagile (Haagi esimese astme kohus, Madalmaad) nõude tühistada esiteks Irado ja AFi vaheline leping ning teiseks Irado ja BARI vaheline leping, teise võimalusena nõudis ta nende kehtetuks tunnistamist või nende täitmise keelamist, kuna nende lepingute sõlmimiseks oleks tulnud korraldada hankemenetlus.
- 9 Rechtbank Den Haag (Haagi esimese astme kohus) jättis nõude rahuldamata.
- 10 Hageja esitas selle peale apellatsioonkaebuse Gerechtshof Den Haagile (Haagi apellatsioonikohus) ja nõuab kostjatelt kahju hüvitamist.

Põhikohtuasja poolte peamised väited

Õiguslik raamistik

- 11 Euroopa Kohus märkis 18. novembri 1999. aasta otsuses Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562 [edaspidi „kohtuotsus Teckal“], punkt 50) et riigihankeid reguleerivaid eeskirju ei kohaldata, kui avaliku sektori hankija sõlmib lepingu muu isikuga kui ta ise, kelle üle teostab ta kontrolli ja kes sisuliselt tegutseb teda kontrolliva üksuse heaks. Viimasena nimetatud tingimus on tuntud kui „tegevuse protsendimäära kriteerium“.
- 12 Asjaolu, et mõlemad lepingupooled on ise avaliku sektori asutused, ei ole piisav, et välistada riigihankeid reguleerivate eeskirjade kohaldamine. Riigihankeid reguleerivate eeskirjade kohaldamine ei tohiks siiski mõjutada avaliku sektori

asutuste vabadust täita neile antud avalike teenustega seotud ülesandeid, kasutades omaenda ressursse. Teiselt poolt ei või kohaldamisalast välja jääv avaliku sektori asutuste vaheline koostöö moonutada konkurentsi seoses eraettevõtjatega (direktiivi 2014/24 põhjendus 31, vt ka Euroopa Kohtu 11. mai 2006. aasta otsus Carbotermo ja Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308 [edaspidi „kohtuotsus Carbotermo“] punkt 59).

- 13 Just siin on määrav tegevuse protsendimäära kriteerium. Kõnealune kriteerium on täidetud, kui üle 80% asjaomase kontrollitava juriidilise isiku tegevusest moodustab selliste ülesannete täitmine, mille talle on andnud kontrolliv avaliku sektori hankija või sama hankija kontrollitav muu juriidiline isik (direktiivi 2014/24 põhjendus 33 ja artikli 12 lõige 1). Kui kontrollitav juriidiline isik tegutseb peamiselt avaliku sektori hankija heaks ja igasugune muu tegevus on seega kõrvaline, siis tegelikku konkurentsi enam ei esine (kohtuotsus Carbotermo, punkt 62), muul juhul on konkurents veel olemas.
- 14 Lisaks märkis Euroopa Kohus 8. detsembri 2016. aasta otsuses Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935), et mis tahes erandit hankemenetluse läbiviimise kohustusest tuleb tõlgendada kitsalt (punkt 29). Olukordades, kus avaliku sektori asutusel on võimalik täita tal lasuvaid avaliku huvi ülesandeid omaenda vahenditega, on sisetehingutena sõlmitud lepingutele tehtav erand põhjendatud, kui teine lepingupool on sisuliselt avaliku sektori hankija allüksus (isegi kui ta on õiguslikult avaliku sektori hankijast erinev üksus), ja seega kasutab avaliku sektori hankija „tegelikult enda vahendeid“ (punkt 30). See erand eeldab, et avaliku sektori hankija teostab teise lepingupoole üle kontrolli, mis sarnaneb kontrolliga, mida ta teostab enda allüksuste üle, ja et põhiosa selle üksuse tegevusest toimub teda kontrolliva avaliku sektori hankija heaks (punkt 31).

Poolte väited

- 15 Põhikohtuasja keskmes on küsimus, kas AF täidab tegevuse protsendimäära kriteeriumi.
- 16 Hageja hinnangul tuleb tegevuse protsendimäära kriteeriumi kohaldamisel arvesse võtta konsolideeritud käivet. Lähtuda tuleb nimelt selle kontserni käibest, kuhu kontrollitav juriidiline isik (füüsilistest või juriidilistest isikutest koosneda võib majandusüksus) kuulub, sest ainult nii saab faktilist ja majanduslikku olukorda piisavalt arvesse võtta. Hageja märgib, et AF on oma tütarettevõtjatega majanduslikult ja korralduslikult seotud, millest tulenevalt on *de facto* tegemist üheainsa ettevõtjaga. Kui võtta arvesse üksnes kontrollitava juriidilise isiku käivet, tooks see kaasa põhjendamatu suure hulga erandeid direktiivi 2014/24 kohaldatavusest ja seega väiksema konkurentsi, mis on vastuolus riigihankeid reguleerivate eeskirjade eesmärgiga. Lisaks võib kontrollitav juriidiline isik 80%–20%-suhtest kõrvale hoida, tegutsedes kontsernis, millega seoses moodustab üle 80% tema tegevusest selliste ülesannete täitmine, mille on talle andnud kontrolliv

avaliku sektori hankija, ja lastes ühel või mitmel kontserni kuuluval äriühingul tegutseda vabaturul.

- 17 Kostjad on seisukohal, et arvutades selle tegevuse protsendimäära, mille raames täidab AF ülesandeid, mille on talle andnud kontrolliv avaliku sektori hankija (edaspidi „ülesannete täitmisest tekkinud käive“), tuleb lähtuda AFi enda saadud käibest, kuna direktiivi 2014/24 artikli 12 lõike 3 esimese lõigu punkt b viitab *juriidilise isiku* tegevusele ja direktiivi artikli 12 lõike 5 kohaselt võib kasutada ka muud sobivat alternatiivset tegevusepõhist elementi, näiteks kulusid, mis on asjaomasel *juriidilisel isikul* asjaomaste teenustega seoses tekkinud; kõnealune käive moodustab rohkem kui 80%, millest tulenevalt ei ole riigihankeid reguleerivad eeskirjad kohaldatavad. Kui aluseks võetaks konsolideeritud käive, siis kaasataks ka teiste juriidiliste isikute käive, mis tähendaks tegevuse protsendimäära kriteeriumi *contra legem* kohaldamist. Lõpuks on kostjad seisukohal, et juhul kui lähtuda tuleb muust käibest kui kontrollitava juriidilise isiku käive, ei ole konsolideeritud käive sobiv lähtepunkt, kuna konsolideerimiseeskirjad on liiga tehnilised ja liiga keerulised ning lisaks on neist palju erandeid.
- 18 Teise eelotsuse küsimuse kohta märgib hageja, et kõnealusesse prügilasse ei saa ladestada kodumajapidamistest pärinevaid segaolmejäätmeid ja et AF konkureerib selles prügilas erasektori teenuseosutajatega, mistõttu ei saa tema käivet, mis on tekkinud seoses selle prügilaga, ülesannete täitmisest tekkinud käibena arvesse võtta.
- 19 Kostjad väidavad, et provints võib anda vabastuse kodumajapidamistest pärinevate jäätmete käitlemisel tekkivate jääkide ladestamiseks, ja viitavad kohtuotsusele Carbotermo, milles Euroopa Kohus märkis, et prügilates tekkinud käive tuleb ülesannete täitmisest tekkinud käibena kõne alla ka siis, kui see tekib ettevõtjatel. Viidatud kohtuotsuse kohaselt võib tegevus, mida teeb kontrollitav juriidiline isik teda hankelepingu sõlmimise otsuste alusel kontrollitava üksuse või kontrollivate üksuste heaks, kasuks tulla nii kontrollivale avaliku sektori hankijale endale kui ka kasutajatest kolmandatele isikutele. Kui kasutajatest kolmandad isikud maksavad selle eest tasu, nagu see on käesoleval juhul, tuleb seda käivet ülesannete täitmisest tekkinud käibena arvesse võtta.

Eelotsusetaotluse põhjenduste lühikokkuvõte

- 20 Kuna poolte seisukohad faktiliste asjaolude kohta on lahknevad ja eespool viidatud kohtupraktika ei ole käesoleva kohtuasja lahendamisel asjakohane, ei ole eelotsusetaotluse esitanud kohtule tegevuse protsendimäära kriteeriumi kohaldamise osas selge, kas käibe kindlaksmääramisel tuleb lähtuda üksnes AFi käibest või kontserni käibest ja kuidas tuleb viimati nimetatud juhul kontserni käive kindlaks määrata. Käibe kindlaksmääramine on otsustava tähtsusega vastamisel küsimusele, kas riigihankeid reguleerivad eeskirjad on kohaldatavad või mitte ja milline otsus tuleb põhikohtuasjas seega teha.

- 21 Kui arvesse tuleb võtta üksnes AFi käivet, siis tekib küsimus, kas käivet, mis tekkis AF-il seoses prügilaga, tuleb pidada ülesannete täitmisest tekkinud käibeks; see küsimus on otsustav vastamisel järgmisele küsimusele, kas tegevuse protsendimäära kriteerium on täidetud, ja on seega määrav põhikohtuasjas otsuse tegemiseks. Kohtuotsusest Carbotermo nähtub, et kolmandate isikute tekitatud käivet võib pidada ülesannete täitmisest tekkinud käibeks. Seda seetõttu, et kontrollitava ettevõtja jaoks on määrav hankelepingu sõlmimise otsuste alusel saavutatud käive, sealhulgas selliste otsuste täitmisel koos kasutajatega tekkinud käive. Arvesse tuleb nimelt võtta kogu tegevust, mida ettevõtja kui lepingupool hankelepingu alusel teeb, ilma et seejuures oleks oluline kasusaaja isik – olgu selleks siis avaliku sektori hankija ise või teenuste kasutaja. Ei ole oluline, kes maksab asjaomasele ettevõtjale tasu, kas avaliku sektori hankija, kes on tema osanik, või teenuste kasutajatest kolmandad isikud (kohtuotsus Carbotermo, punktid 65–67). Seevastu hageja väidab, et AF kui kontrollitav juriidiline isik konkureerib prügilä käitamisel erasektori teenuseosutajatega, mistõttu ei ole 100% kindel, kas tema käivet, mis on seotud prügilaga, saab pidada ülesannete täitmisest tekkinud käibeks. Seepärast peab eelotsusetaotluse esitanud kohus vajalikuks esitada ka teine eelotsuse küsimus.

TÖÖDOKUMENT