

## KOHTUJURISTI ETTEPANEK

CHRISTINE STIX-HACKL

esitatud 12. aprillil 2005<sup>1</sup>

### I. Sissejuhatus

akte (edaspidi „direktiivid”), mis on vahepeal asendatud uute direktiividega („normi pakett”):

1. Käesolev eelotsusetaotlus puudutab esmase õiguse tähtsust riigihanke valdkonnas. Erilise tähelepanu all on küsimus, millised kohustused tekivad tellijatel põhivabadustest. See menetlus annab samas võimaluse konkretiseerida Euroopa Kohtu praktikat, eriti kohtuotsust *Telaustria*.<sup>2</sup>

— „klassikalistest” direktiividest nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiv 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord<sup>3</sup> (edaspidi „teenusedirektiiv”), ja

### II. Õiguslik raamistik

#### A. Ühenduse õigus

2. Ühenduse teisesest õigusest riigihanke valdkonnas tuleb mainida alljärgnevaid õigus-

— Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused<sup>4</sup> (edaspidi „sektoridirektiiv”).

<sup>1</sup> — Algkeel: saksa.

<sup>2</sup> — 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-324/98: *Telaustria* ja Telefonadress (EKL 2000, lk I-10745).

<sup>3</sup> — EÜT L 209, lk 1, ELT eriväljaanne 06/01, lk 322, mida on muudetud.

<sup>4</sup> — EÜT L 199, lk 84, ELT eriväljaanne 06/02, lk 194, mida on muudetud.

**B. Siseriiklik õigus**

3. Kohalike omavalitsuste korraldust käsitleva 8. juuni 1990. aasta seaduse nr 142<sup>5</sup> artikli 22 lõige 3 näeb ette, et vallad ja provintsid võivad nende pädevuses olevate avalike teenuste osutamisel kasutada järgmisi punktides a–e loetletud haldamise vorme:

- a) hallatav käitis — kui teenuse väikse mahu või omaduste tõttu ei ole otstarbekas asutust või ettevõtjat moodustada;
- b) kolmandatele isikutele antav kontsessioon — kui selleks on tehnilised, majanduslikud või sotsiaalse iseloomuga põhjused;
- c) eriotstarbelised ettevõtjad — sh mitme majandus- ja ärihuvi teenuse osutamiseks;
- d) asutused — ilma ärihuvita sotsiaalteenuste osutamiseks;

e) aktsiaselts või osatühing, milles enamuse kuulub avalik-õiguslikule isikule ja mille on asutanud avalike teenuste osutamise eest vastutav asutus või milles kuulub kõnealusele asutusele osalus.

**III. Asjaolud, põhikohtuasi ja eelotsuse küsimus**

4. Consorzio Aziende Metano (edaspidi „Coname”) oli sõlminud Comune di Cingia de’ Botti’ga metaangaasi jaotusvõrgu hooldust, haldamist ja järelevalvet käsitleva teenuslepingu ajavahemikuks 1. jaanuarist 1999 kuni 31. detsembrini 2000.

5. Nimetatud vald teatas Conamele 30. detsembri 1999. aasta kirjas, et 21. detsembri 1999. aasta otsusega kiitis vallavolikogu heaks „kokkuleppe Padania Acque SpA-ga gaasi jaotusvõrgu paigaldiste haldamise ja hoolduse kohta”. Sama otsusega kiideti heaks ka Padania Acque SpA (edaspidi „Padania”) ja Comune di Cingia de’ Botti vaheline lepingu projekt.

6. Padania on äriühing, milles enamuse kuulub riigile ja mis tekkis endise Consorzio per l’acqua potabile (joogivee konsortsium)

5 — *GURI* nr 135, 12.6.1990. See seadus on muudetud 18. augusti 2000. aasta seadusandliku dekreeedi nr 267 artiklis. Seda sätet muudeti hiljem 28. detsembri 2001. aasta seaduse nr 448 (2002. aasta legge finanziaria) artikli 35 lõikega 1.

üleandmisega Cremona provintsi valdadele. Peaaegu kõigil selle provintsi valdadel on Padanias osalus, sealhulgas ka Comune di Cingia de' Botti'l, mis omab 0,97% suurust osalust, ning Cremona provintsil.

kui see osalus aktsiakapitalis on selline, et ei võimalda teostada mingit otsest kontrolli äriühingu juhtimise üle, ja kas järelikult tuleb kinnitada, et nagu käesolevas kohtuasjas, kus osalus võrdub 0,97%, ei ole täidetud *in house* majandamise peamised eeldused?"

7. Võttes arvesse äriühingu laadi, anti Padaniale vaidlusaluste teenuste osutamise õigus otsustuskorras seaduse nr 142/1990 artikli 22 lõike 3 punkti e alusel.

#### IV. Vastuvõetavus

9. Käesolev eelotsusetaotlus tekitab mitu küsimust vastuvõetavuse kohta.

8. Coname kaebas Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Bresciana ja nõudis eelkõige valla otsuse tühistamist. T.A.R. on esitanud Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

##### A. EÜ artikkel 81

„Kas EÜ artiklitega 43, 49 ja 81, millega on keelatud vastavalt piirangud, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisevabadust teise liikmesriigi territooriumil ja ühenduse piires teenuste osutamise vabaduse piirangud liikmesriikide kodanike suhtes, samuti äritavad ja ettevõtjate tegevus, mis võivad takistada, piirata või kahjustada konkurentsi Euroopa Liidu piires, on vastuolus gaasiga varustamise avaliku teenuse haldamise andmine munitsipaalosalusega äriühingule otsustuskorras, st ilma pakkumismenetlusest, juhul

10. Eelotsuse küsimuse vastuvõetavuse suhtes tekib kahtlusi EÜ artikli 81 seisukohast.

11. Nagu Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikast tuleneb, peab siseriiklik kohus nimetama täpsed põhjused, miks ta pidas vajalikuks tõstatada ühenduse õiguse tõlgen-

damise küsimus ja esitada eelotsuse küsimused.<sup>6</sup> Nii on Euroopa Kohus otsustanud, et on möödapääsmatu, et siseriiklik kohus selgitaks vähemalt mingil määral nende ühenduse õigusnormide väljatoomise põhjusi, mille tõlgendamist ta taotleb, ning seost, mis tema hinnangul on vastavate ühenduse õigusnormide ja kohtuasjas kohaldatavate siseriiklike õigusnormide vahel.<sup>7</sup>

12. Peale selle on Euroopa Kohus otsustanud, et ta ei ole pädev vastama eelotsuse küsimustele juhul, kui on ilmne, et taotletud ühenduse õigusnormi tõlgendamisel ei ole mingit seost tegelikkuse või põhikohtuasja esemega.<sup>8</sup>

13. Mis puudutab nimetatud kohtupraktikast tulenevaid nõudeid eelotsuse küsimustele, tuleb nentida, et käesolev eelotsusetaotlus piirdub peale EÜ artikli 81 sõnastuse taasesituse tõdemusega, et vaba konkurents on ühenduse õiguse üldpõhimõtte ja et selle riive on suur erand, mis on lubatud ainult teatud tingimustel.

14. Seega ei vasta eelotsusetaotlus eespool toodud kohtupraktika nõuetele, mis puudutavad ühenduse õiguse sätte tõlgendamise taotluse põhjendamist.

15. Pealegi on väljakujunenud kohtupraktika kohaselt eelotsuse küsimused ainult siis vastuvõetavad, kui eelotsusetaotlus sisaldab piisavalt andmeid põhikohtuasja asjaolude kohta.<sup>9</sup>

16. Sealjuures tuleb eriti rangeid nõudeid järgida konkurentsioiguses, mille hulka kuulub EÜ artiklis 81 sätestatud kartellikeeld.<sup>10</sup>

17. EÜ artikli 81 suhtes ei vasta eelotsusetaotlus ka faktiliste asjaolude esitamise nõuetele. Eelotsusetaotluses puuduvad eelkõige andmed puudutatud ettevõtjate ja toimingute kohta, mis eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates kuuluvad EÜ artikli 81 kohaldamisalasse.

6 — 12. märtsi 2004. aasta määrus kohtuasjas C-54/03: Austroplant-Arzneimittel (kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 11), 25. juuni 1996. aasta määrus kohtuasjas C-101/96: Italia Testa, (EKL 1996, lk I-3081, punkt 6), 30. aprilli 1998. aasta määrus liidetud kohtuasjades C-128/97 ja C-137/97: Testa ja Modesti, EKL 1998, lk I-2181, punkt 15), ja 8. juuli 1998. aasta määrus kohtuasjas C-9/98: Agostini (EKL 1998, lk I-4261, punkt 6).

7 — Eespool 6. joonealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-54/03 (punkt 11); 7. aprilli 1995. aasta määrus kohtuasjas C-167/94: Grau Gomis jt (EKL 1995, lk I-1023, punkt 9), ja 28. juuni 2000. aasta määrus kohtuasjas C-116/00: Laguillaumie (EKL 2000, lk I-4979, punkt 16).

8 — Eespool 6. joonealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-54/03 (punkt 11); 13. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-379/98: PreussenElektra (EKL 2001, lk I-2099, punkt 39), ja 22. jaanuari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-390/99: Canal Satélite Digital (EKL 2002, lk I-607, punkt 19).

9 — 26. jaanuari 1993. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-320/90, C-321/90 ja C-322/90: Telemarsicabruzzo jt (EKL 1993, lk I-393, punkt 6); 19. märtsi 1993. aasta määrus kohtuasjas C-157/92: Banchemo (EKL 1993, lk I-1085, punkt 4); eespool 6. joonealuses märkuses viidatud määrus liidetud kohtuasjades C-128/97 ja C-137/97 (punkt 5), eespool 6. joonealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-9/98 (punkt 4), ja eespool 6. joonealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-54/03 (punkt 10).

10 — 13. aprilli 2000. aasta otsus kohtuasjas C-176/96: Lehtonen ja Castors (EKL 2000, lk I-2681, punkt 22); eespool 9. joonealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-157/92 (punkt 5); eespool 7. joonealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-116/00 (punkt 19); ja 11. veebruari 2004. aasta määrus liidetud kohtuasjades C-438/03, C-439/03, C-509/03 ja C-2/04: Antonio Cannito jt (EKL 2004, lk I-1605, punkt 6).

18. EÜ artikli 81 suhtes ei täida eelotsuse- taotlus niisiis tingimusi, mis on ette nähtud eelotsuse küsimuse vastuvõetavusele.

### B. Põhivabadused

19. Eelotsuse küsimuse vastuvõetavuse probleeme tekib aga ka eespool nimetatud põhivabaduste puhul (EÜ artikkel 43 ja EÜ artikkel 49).

20. Euroopa Kohus on tunnistanud vastuvõetamatuks eelotsusetaotluse, mis pärines samast liikmesriigist ja puudutas samuti kontsessioonide andmist, sest valla tehtud valiku vaidlustanud ettevõtja asukoht oli Itaalias ja ta ei tegutsenud Itaalia turul asutamisevabaduse või teenuste osutamise vabaduse alusel. Euroopa Kohus jõudis järelduseni, et asjaoludel ei olnud seega puutumust selliste tingimustega, mida ühenduse õigus reguleerib isikute ja teenuste vaba liikumise alal. Kui kohtuasja ükski asjaolu ei ületa ühe liikmesriigi piire ja tal seetõttu ei ole puutumust tingimustega, mida ühenduse

õigus reguleerib isikute ja teenuste vaba liikumise alal, ei ole põhivabadused kohaldatavad. Sellisele järeldusele jõudis Euroopa Kohus kohtuasjas R.I.SAN.<sup>11</sup>

21. Euroopa Kohus on eelotsusetaotlusi siiski ka vastuvõetavaks tunnistanud ja neile viidetega esmase õiguse tõlgendamise ja kohaldamise kohta vastanud, ehkki nende sisu oli puhtalt siseriiklik.<sup>12</sup> Riigihangete valdkonnast tuleb nimetada kohtuasja Telaustria,<sup>13</sup> mis puudutas kohtuvaidlust, mille pooled olid ühest ja samast liikmesriigist. Peale selle tuleb nimetada kohtuasja Buchhändler-Vereinigung,<sup>14</sup> milles kohaldati kohtuasjas Telaustria sedastatud põhimõtteid. Ka selles menetluses olid kõik pooled samast liikmesriigist. Sama kehtib kohtuasja ARGE puhul, milles Euroopa Kohus siiski vastas eelotsuse küsimusele põhivabaduse tõlgendamise kohta.<sup>15</sup>

22. Tekib niisiis küsimus, miks Euroopa Kohus otsustas need kolm riigihanget puudutavat eelotsusetaotlust sisuliselt lahen-

11 — 9. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-108/98: R.I.SAN. (EKL 1999, lk I-5219, punkt 21 jj).

12 — Vaata ka 5. märtsi 2002. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-515/99, C-519/99–C-524/99 ja C-526/99–C-540/99: Reisch jt (EKL 2002, lk I-2157, punkt 24 jj), mis aga ei puudutanud riigihanke õigusakte.

13 — Eespool 2. jonealususes märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-324/98.

14 — 30. mai 2002. aasta määrus kohtuasjas C-358/00: Buchhändler-Vereinigung (EKL 2002, lk I-4685).

15 — 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-94/99: ARGE Gewässerschutz (EKL 2000, lk I-11037), eriti eelotsusetaotluse kolmanda küsimuse osas.

dada, ehkki olukord oli R.I.SAN.-i omaga sarnane. Üks võimalik põhjus võiks olla see, et kohtuasjades Telaustria ja Buchhändler-Vereinigung olid eelotsuse küsimused ise otseselt direktiivide tõlgendamisele suunatud. Erinevalt sellest on käesolevas menetluses eelotsuse küsimus suunatud otseselt esmasele õigusele, eriti kahele põhivabadusele.

23. Sellest võiks järeldada, et eelotsuse küsimuse vastuvõetavuse seisukohalt on oluline, millele see on otseselt suunatud, st kas küsimus puudutab esmast või teisest õigust.<sup>16</sup>

24. Kahel põhjusel võiks eelotsuse küsimus kõnealuste põhivabaduste suhtes käesolevas menetluses olla vastuvõetav: esimene põhjus on protsessuaalne ja teine materiaalne.

25. Protsessuaalsest seisukohast tuleb meelde tuletada, et eelotsusemenetluses on Euroopa Kohtu eesmärk anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule tarvilik vastus. Seetõttu sõnastab Euroopa Kohus teatud juhtudel eelotsuse küsimused isegi ümber. Käesoleval

juhul ei ole see aga võimalik, kuna küsimus on suunatud otseselt esmase õiguse ja mitte direktiivide tõlgendamisele ja siseriiklik kohus on seda kinnitanud Euroopa Kohtu sellekohasele küsimusele saadetud kirjalikus vastuses.

26. Küsimus, kas põhikohtuasjas on tegu kontsessiooniga või hankega ühenduse õiguse tähenduses, võib tegelikult jääda lahtiseks. Euroopa Kohtu jaoks piisab eelotsuse küsimustest, mis annavad „alust tõlgendamissuunistele, mis *võiksid* osutada põhikohtuasja lahendamisel tarvilikuks”.<sup>17</sup> Kas neid ka *tegelikult* kasutatakse põhikohtuasja konkreetsete faktiliste asjaolude puhul, ei tohiks seega olla kriteerium.

27. Materiaalses mõttes tuleb hoiatada kohtuasjas R.I.SAN. valitud lähtekoha dogmatiseerimise eest. Just riigihanke õigusaktides, mis on suunatud siseriiklike turgude avamisele, ei tohi küsimus olla selles, kas konkreetse hanke puhul ja/või sellele järgnevas siseriiklikus järelevalvemenetluses on kõik asjaosalised tellijaga samast liikmesriigist.<sup>18</sup> Selline olukord võiks olla ka märk sellest, et hankemenetlus ei olnud piisavalt avalik ja seega ei saanud ükski välismaine ettevõtja osaleda. See ei kehti ainult riigihankedirek-

16 — Vaata seevastu 5. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-448/98: Guimont (EKL 2000, lk I-10663). Selles kohtuasjas oli eelotsuse küsimus suunatud otseselt esmase õiguse tõlgendamisele.

17 — Eespool 2. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-324/98 (punkt 59); kohtujuristi kursiiv.

18 — Vt nt ka eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuasja C-94/99 asjaolusid.

tiivide, vaid ka vastavate põhivabaduste suhtes. Kaitsta tuleb seega mitte ainult hankemenetluses tegelikult osalevaid ettevõtteid, vaid ka võimalikke pakkujaid. Teistest liikmesriikidest pärit ettevõtjate võimalik puutumus on seega piisav piiriülene asjaolu, mis täidab eelduse põhivabaduste kohaldamiseks.

kodakondsuse alusel mittediskrimineerimise põhimõtte”.<sup>19</sup>

#### *A. Esialgsed märkused kohaldatavate õigusnormide kohta*

28. Need on põhjused, mis räägivad eelotsuse küsimuse vastuvõetavuse poolt selles osas, milles see puudutab EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 49 põhivabadusi.

31. Ehkki eelotsuse küsimus puudutab otseselt esmase õiguse teatud normide tõlgendamist, ei tähenda see siiski iseenesest, et need õigusnormid on tegelikult kohaldatavad.

## V. Põhjendus

29. Eelotsuse küsimuse vastuvõetav osa puudutab põhiliselt EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 49 ulatust, ja nimelt nendest tulenevaid kohustusi ja keelde riigihankemenetluses.

32. Nende kohaldatavus sõltub hoopis sellest, kas põhikohtuasja konkreetnes hankemenetluses on esmase õiguse asjaomaste sätete kohaldamise eeldused täidetud.

30. Seega viitab küsimus olulisele osale põhimõtetest, mis on Euroopa Kohtu sõnul „asutamislepingu põhinormid üldiselt ja eriti

33. Seejuures ei ole määrav, et siseriiklik kohus on nimetanud hankemenetlust *concessione*, sest sellega võidakse viidata ka siseriiklikule õigusele, kus mõiste esineb. Siseriiklik mõiste ei pea aga tingimata ühenduse õiguse omaga ühtima. Isegi kui

<sup>19</sup> — Eespool 2. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-324/98 (punkt 60); leidnud kiinnitust teistsuguses sõnastuses 3. detsembri 2001. aasta otsuses kohtuasjas C-59/00: Vestergaard (EKL 2001, lk I-9505, punkt 20).

siseriiklik kohus pidas silmas kontsessiooni ühenduse õiguse tähenduses, ei tähenda see veel, et selline kvalifikatsioon põhikohtuasjas on tegelikult õige.

mist, näiteks tehnilist hooldust. Juhul kui on tegu segahankega, mille esemeks on nii kaubad kui ka teenused, on teenusedirektiivi artikli 2 kohaselt kriteeriumiks hanke erinevate osade väärtus.

34. Isegi kui teisese õiguse kohaldamise tingimused oleksid täidetud, jääks siiski veel ebaselgeks, millise direktiivi kohaldamisalasse antud asjaolud kuuluvad. Nimelt tuleb märkida, et põhikohtuasja asjaolud ei ole Euroopa Kohtule kõigis olulistes üksikasjades teada.

37. Kuigi kohtutoimikust ei nähtu, et põhikohtuasjas oleks tegu sellise segahankega, ei ole see kõnealuse liikmesriigi praktikast lähtudes välistatud, nagu nähtub ka ühest Euroopa Kohtu otsusest eelotsusetaotluse kohta.<sup>21</sup>

35. Kuna vallad on omavalitsusüksustena avalik-õiguslikud tellijad nii klassikaliste riigihankedirektiivide kui ka sektoridirektiivi tähenduses, tuleks välja selgitada hanke eesmärk. Sellest eesmärgist sõltub, millist direktiivi tuleb kohaldada.<sup>20</sup>

38. Nagu nähtub kohtuasjast RLSAN., ei saa Euroopa Kohus kontrollida eelotsusetaotluse esitanud kohtu andmete õigsust, mille kohaselt põhikohtuasi ei puuduta riiklike teenuslepingute sõlmimist.<sup>22</sup>

36. Isegi kui on selge, et sektoridirektiivi — mis on teiste direktiivide suhtes eridirektiiv — ei saa kohaldada, ei ole ikkagi kindel, millist klassikalist riigihankedirektiivi peaks kohaldama. Selleks on oluline teada, mis on hanke ese — kas see puudutab kaupade, näiteks energia, tarnet või teenuste osuta-

39. Isegi kui teatud hange täidab põhimõteteliselts kõik eeldused ühe direktiivi kohaldamiseks, võib konkreetne hankemenetlus siiski moodustada erandi sellest direktiivist. Käsitletavas kohtuasjas võib peale direktiivides käsitletud otseste erandite, nagu näiteks sektoridirektiivi artiklis 13, kuuluda kohaldamisele ka mõni Euroopa Kohtu sedastatud

20 — Vt selle kohta 10. aprilli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-20/01 ja C-28/01: komisjon v. Saksamaa (EKL 2003, lk I-3609), ja 18. novembri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-126/03: komisjon v. Saksamaa (EKL 2004, lk I-11197).

21 — 14. novembri 2002. aasta määrus kohtuasjas C-310/01: Comune di Udine (kohtulahendite kogumikus ei avaldata).

22 — Eespool 11. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-108/98 (punkt 20).



kirjutamata erand, nagu näiteks kohtuotsuses Stadt Halle<sup>23</sup> kirjeldatud Teckali<sup>24</sup> erand niinimetatud kvaasi-sisehangete (*quasi in house*) puhul. Juhul kui nii oleks, tuleks taas kohaldada esmast õigust.

EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 49 põhivabadustest, puudutab põhimõttelist küsimust, kas põhivabadused sätestavad vaid liikmesriikide tegevust piiravaid keelde või sisaldavad nad ka positiivseid kohustusi, ja kui, siis milliseid.

40. See võiks olla ka põhjus, miks siseriiklik kohus palub eelotsuse küsimuses ainult esmase õiguse tõlgendamist.

43. Mõningad põhivabadustest tulenevad keelud on kvalifitseeritavad selgelt piirangu-tena, ja need on muu hulgas olnud ka Euroopa Kohtu arvukate menetluste esemeks. Riigihankemenetlusega seondvalt võib näiteks viidata kaupade vaba liikumise põhimõttest tulenevale keelule, mille kohaselt „avalik-õiguslik tellija ei tohi hankelepingus seada tingimust, et hanke läbiviimiseks tuleb kasutada teatud marki materjali, jättes lisamata „või samaväärset”<sup>25</sup>.

41. Juhul kui tõepoolest ükski direktiiv ei ole kohaldatav, võib käesoleva asja lahendamiseks olla otsustav tähtsus põhivabadustel, mis panevad liikmesriikidele võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse kohustused teistest liikmesriikidest pärit ettevõtjate suhtes.

## B. Põhivabadused ja positiivsed kohustused

42. Käesolev menetlus, milles soovitakse teada, millised tellijate kohustused tulenevad

44. Nimetatud kohtuasja asjaolud ja nende käsitus Euroopa Kohtus näitavad aga väga selgelt, et millegi tegemise keeldu, näiteks hoiduda teatud tingimuse kasutamisest, võib mõista ka kohustusena, näiteks kasutada teatud tingimust.

23 — 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle (EKL 2005, lk I-1).

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

25 — Eespool 19. joonealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-59/00 (punkt 24).

45. Kui seda kohaldada käesoleva eelotsuse taotluse aluseks oleva põhikohtuasja asjaoludele, võib seda vähemalt kahel erineval viisil mõista. Ühest küljest võiks uurida, kas põhivabadused — piirangute kaudu tõlgendatult — sisaldavad keeldu korraldada riigihanget läbirääkimistega menetluse teel või pakkumismenetlust korraldamata. Teisest küljest võiks uurida, kas need sisaldavad avalikkuse teatud määral kaasamise või avalikustamise kohustust. Sõltuvalt sellest, kas lähtepunktiks võetakse tegevusetus või tegevus, jõutakse seega positiivse kohustuse ni või mitte.

46. Kuid veel teiselgi põhjusel on tingimata vajalik eelotsuse küsimusele vastamisel seoses käesoleva juhtumi asjaoludega käsitleda positiivse kohustuse probleemistikku.

47. Käesolevat olukorda võib nimelt vaadelda ka niinimetatud kaitseõiguse seisukohast. Tellija või kontsessiooni andja käitumist võib vaadelda ka teise isiku õiguste riivena, nimelt sekkumisena ettevõtja õigusesse osaleda riigihankes või esitada pakkumine. Liikmesriigid, kaasa arvatud avalikõiguslikud tellijad ja kontsessiooni andjad, peavad selle ühenduse õigusest tuleneva õiguse tagama.

48. Täielikkuse huvides olgu mainitud, et käesolevat olukorda võiks analüüsida ka

seisukohast, kas ta tekitab asjaomase omavalitsusüksuse kaitsekohustuse või tagamise kohustuse. Vaidlust ei ole igatahes selles, et liikmesriik — ja sellena tuleb käsitleda ka kõnealust valda — on kohustatud tagama põhivabadused, käesoleval juhul ettevõtjate ehk võimalike pakkujate põhivabadused.

49. Euroopa Kohtu praktika õiguste vastastikuse tunnustamise teemal annab olulise lähtepunkti küsimuses, kas põhivabadused sisaldavad üldse *positiivseid kohustusi* ja milline sisu sellistel kohustustel on.

50. Sellest kohtupraktikast võib isegi tulendada liikmesriikide kohustuse sätestada kindel menetlus ja seda ka kasutada. Aktiivse tegutsemise kohustus lasub seadusandjal, haldusametustel ja kohtuvõimul. Põhivabadustest tulenevad ülesanded puudutavad eriti menetluse sisu, näiteks kohustust läbi viia teatud kontrolli. Protseduurilises mõttes täpsustatakse sellist kontrolli veelgi, nähes ette kontrolli eesmärgi ja meetodi, nimelt teatud dokumentide võrdlemise. Peale selle

tuleb otsused põhjendada ja neid peab saama õiguslikult kontrollida.<sup>26</sup>

51. Need ülesanded on ülekantavad samuti hankeõigusesse, milles on ka käesoleval juhul küsimus teatud menetlusõiguslike põhimõtete järgimises. Seega võib senisest kohtupraktikast õiguste vastastikuse tunnustamise teemal järeldada, et põhivabadustest tuleneb liikmesriikide jaoks kindlasti ka teatud menetluslikke kohustusi.

52. EÜ artikkel 10 on põhivabaduste kõrval teine esmase õiguse allikas, mis sätestab menetluslikke ülesandeid. Selle esimene lõige sisaldab selget kõikidele liikmesriikidele adresseeritud tegutsemise kohustust („Liikmesriigid võtavad kõik vajalikud üld- või erimeetmed [...]”). Sellest üldisest ja väga põhimõttelisest eskirjast võib välja lugeda vähemalt kohustuse korraldada menetlusi, seega ka hankemenetlusi, sellisel viisil, et liikmesriigid täidavad ühenduse õigusest tulenevaid materiaalseid kohustusi.

53. Ühenduse õigusest ja käesolevas menetluses niisiis põhivabadustest tulenevate kohustuste ulatuses peavad liikmesriigid,

kaasa arvatud vallad, ka hangete või kontsessioonide puhul vastavalt tegutsema, näiteks järgima teatavaid tähtaegu või täitma teatud avalikustamise kohustusi.

54. EÜ artikliga 10 on pealegi seotud sellest artiklist arendatud ühenduse õiguse võrdvääruse ja tõhususe põhimõtted, mis seavad teatud piirid liikmesriikide menetlusõigusele, sealhulgas ka riigihankemenetlusõigusele. Need nõuded ei puuduta ainult õiguskaitset, vaid juba sellele eelnevat faasi, nimelt hankemenetluse läbiviimist. Sealjuures tuleb aga iga juhtumit „kontrollida lähtudes selle õigusnormi rollist kogu menetluses, menetluse kulgemisest ja menetluse erisustest”.<sup>27</sup>

55. Need esmase õiguse nõuded, mis täiendavad liikmesriikide põhivabadustest tulenevaid kohustusi, on tähtsad just väljaspool riigihankedirektiivide kohaldamisala.

56. Lõpuks tuleb viidata veel õiguse üldpõhimõtetele, millest tuleneb ka nõudeid siseriikliku menetlusõiguse jaoks ja mis

26 — 7. mai 1991. aasta otsus kohtuasjas C-340/89: Vlassopoulou (EKL 1991, lk I-2357, punkt 16 jj).

27 — 10. aprilli 2003. aasta otsus kohtuasjas C-276/01: Steffensen (EKL 2003, lk I-3735, punkt 66), ja 27. veebruari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-327/00: Santex (EKL 2003, lk I-1877, punkt 56).

võivad samuti hankemenetluses olulised olla. See puudutab eriti üldist võrdsuse põhimõtet (võrdse kohtlemise põhimõtet), mis on laiem kui kodakondsuse tõttu diskrimineerimise keeld.

seks. See võib puudutada mitte ainult EÜ asutamislepingus otseselt käsitletud õigustusi nagu näiteks avalik julgeolek või rahvatervis<sup>28</sup>, vaid ka üldist huvi Cassis de Dijoni kohtupraktika mõttes.

### *C. Põhivabadustest tulenevad kohustused riigihankemenetluses*

#### 1. Põhivabaduste piiratud kohaldamisala

57. Isegi kui asuda seisukohale, et põhivabadusi kohaldatakse põhimõtteliselt hanke tellijatele ja kontsessiooni andjatele, ei tähenda see veel mingil juhul, et iga hankemenetlus allub seega põhivabadustele.

59. Ka komisjon on ühes oma teatises<sup>29</sup> tunnistanud selliste õigustavate põhjenduste põhimõttelist kohaldatavust kontsessioonide andmisel. Enesestmõistetavalt peavad ka hankemenetluses olema täidetud eeldused õigustavate põhjenduste kohaldamiseks, mida siin lähemalt ei kirjeldata, nagu näiteks siseriikliku meetme proportsionaalsus.

60. Nendele põhivabadustega seotud õigustavatele põhjendustele lisanduvad ka asutamislepingus sõnaselgelt sätestatud erandid. Ka neid saab kohaldada kontsessioonide andmisel, mille tulemusena ei ole põhivabadustest tulenevad nõuded kontsessiooni andjale siduvad.

61. Eriti tuleb arvesse võtta erinevaid sise- või välisjulgeoleku aspekte puudutavaid õigusnorme, millele viidati ka kohtuistungil. Näiteks lubab EÜ artikli 296 lõike 1 punkt b

58. Näiteks ei ole välistatud, et hanke tellija või kontsessiooni andja tugineb õigustatult ühele paljudest põhjendustest, mis annavad õiguse põhivabaduste kohaldamata jätmisele.

28 — Asutamislepingu ja teenuste osutamise vabaduse osas on asjakohased EÜ artikkel 45 ja EÜ artikkel 55.

29 — Komisjoni tõlgendusteatis kontsessioonide kohta ühenduse õiguses (EÜT 2000, C 121, punkt 3.1).

liikmesriikidel võtta kasutusele meetmeid, mis on nende oluliste julgeolekuhuvide kaitseks vajalikud. Riigihankemenetluses puudutab see teatud kaitseotstarbeliste toodete hankimist. See sektor ei ole küll kontsessioonide andmiseks eriti sobiv, kuid vähemalt ühenduse õiguse seisukohast ei oleks see välistatud.

62. EÜ artikkel 297 lubab liikmesriikidel teatud kriisisituatsioonides võtta kasutusele teatud meetmed. See säte on põhimõtteliselt ka riigihangete puhul kohaldatav.

63. EÜ artiklist 298 tuleneb aga, et liikmesriikide volitused eespool nimetatud kahe normi kohaldamisel ei ole piiramatud ja need alluvad eelkõige komisjoni ja Euroopa Kohtu kontrollile.

64. Lõpuks tuleb viidata veel ühele esmase õiguse normile, mis ei ole küll kehtestatud põhivabaduste tarvis, kuid mille toimel võib siiski põhivabadustest erandeid teha. EÜ artikli 86 lõige 2 sätestab nimelt, et ettevõtjad „alluvad käesoleva lepingu eeskirjadele” st ka põhivabadustele „niivõrd, kui võrd nimetatud eeskirjade kohaldamine juriidiliselt ega faktiliselt ei takista nendele määratud eriüles-

annete täitmist”. Sellele lisandub tingimus, et kaubanduse arengut ei tohi kahjustada rohkem kui teatud määral. Selle normi adreassaadid on — erinevalt EÜ artiklist 10, mille adreassaadid on liikmesriigid — ainult ettevõtjad, ja neistki ainult sellised, mis osutavad teatud teenuseid või mis on fiskaalmonopolid. Seetõttu on see norm kohaldatav ainult selliste kontsessiooni andjatele, kes kvalifitseeruvad seda laadi ettevõtjatena.

65. Käesoleva eelotsusetaotluse puhul tuleks niisiis kontrollida, kas kontsessiooni andja kuulub mõnesse erikategooria ettevõtjate ringi ja kas hanke teostamise viis oli vajalik selleks, et ta võiks majanduslikult vastuvõetavatel tingimustel täita üldist huvi puudutavaid ülesandeid.<sup>30</sup> Seejuures on ka võimalik, et vastav liikmesriik tugineb EÜ artiklile 86, et õigustada õiguste üleandmist ettevõtjale.<sup>31</sup>

66. Lõpetuseks tuleb käsitleda menetluses mainitud kohtupraktikat kohtuasjades Teccal<sup>32</sup> ja Stadt Halle<sup>33</sup> ning sektoridirektiivi artiklis 13 sätestatud erandit teatud õiguste andmisel sidusettevõtjatele.

30 — 25. oktoobri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-475/99: Ambulanz Glöckner (EKL 2001, lk I-8089, punkt 57), ja 19. mai 1993. aasta otsus kohtuasjas C-320/91: Corbeau (EKL 1993, lk I-2533, punkt 16).

31 — 23. oktoobri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-157/94: komisjon v. Madalmaad (EKL 1997, lk I-5699, punkt 32).

32 — Eespool 24. joonealusel märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-107/98.

33 — Eespool 23. joonealusel märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-26/03.

67. Nimetatud kohtupraktika ja direktiivi sätted lubavad täpselt kindlaksmääratud tingimustel klassikalisi riigihankedirektiive või sektoridirektiivi mitte kohaldada. Hangete suhtes, mis kuuluvad selliste erandite hulka, ei kohaldata niisiis teisese õiguse riigihankealaseid sätteid. Seega kohaldatakse automaatselt esmast õigust, kaasa arvatud käesolevas menetluses käsitletavaid põhivabadusi.

68. Viidatud kohtupraktika ega ka sektoridirektiivi otsesed sätted ei luba jätta esmast õigust kohaldamata. Nii kaugeleulatuvaks erandiks ühenduse õigusest ei anna alust esmane õigus ega ka kohtupraktika. Juhul kui põhikohtuasjas käsitletud hankele tuleb kohaldada esmast õigust, ei teki enam küsimust viidatud kohtupraktika ja sektoridirektiivi sätete tähtsuse kohta, kuna siis on tegu erandiga teisese õiguse kohaldamisest.

2. Esmase õiguse sisene liigitus või ühtne riigihankekord?

69. Isegi kui on kindel, et esmast õigust, näiteks põhivabadusi, kohaldatakse teatud hanke puhul, tuleb järgmisena välja selgitada,

millised konkreetset kohustused lasuvad tellijal või kontsessiooni andjal. Küsimus on niisiis põhivabadustest tuleneva võimaliku riigihankekorra kindlakstegemises.

70. Seejuures on kõigepealt küsitav, kas põhivabadustest tuleneb üldse kord, liiatigi veel ühtne kord, st kas kõigile hangetele, millele kohaldatakse põhiõigusi, kohaldatakse ka samu kohustusi. Kõrgel üldistamise tasemel võib see nii ollagi. Nii peavad näiteks tellijad ja kontsessiooni andjad, keda vaadeldakse liikmesriikide osana, järgima diskrimineerimiskeeldu ning asutamisevabaduse ja teenuste osutamise vabaduse teatud piiranguid.

71. Juba ainuüksi asjaolu, et põhivabadustest ei tulene ligilähedaltki nii konkreetseid kohustusi nagu direktiividest, räägib aga selle vastu, et kõigile hangetele peaks kohaldama samu menetlusnorme, näiteks avalikustamise sama viisi ja sisu.

72. Õigusselguse ja õiguskindluse huvides oleks nii tellijate, kontsessiooni andjate kui ka ettevõtjate kui võimalike pakkujate seisukohast otstarbekas, kui oleks olemas esmast õigusest tulenev riigihanke kord või vähemalt mõned sellised korrad: nii võiks

vältida praktikas vahel esinevaid probleeme, mis tekivad sellest, et kontsessiooni andmise menetluses muutub kontsessiooni andmine alles läbirääkimiste käigus riigihankeks.<sup>34</sup>

Halle tulenevas kohtupraktikas ning sektori-direktiivi artiklis 13 lubatud erandeid selles mõttes, et selliste erandite alla kuuluvate hangete suhtes kehtib lihtsustatud kord. Selle vastu, et kasutada neid erandeid analoogia alusel piiritlemiskriteeriumina, räägib asjaolu, et esimeses õiguses puudub ühtne riigihanke kord, millest saaks kõrvale kalduda.

73. Teisalt on hangete puhul aga otstarbekas, et osapooltel oleks ka teatud tegevusvabadus. Seetõttu näevad juba direktiivid ette rea alternatiivseid võimalusi. Seda enam peab seesama kehtima esimeses õiguses.

76. Asjakohane oleks seetõttu kasutada kriteeriume, mida näevad ette ka direktiivid riigihangete kategooriate määratlemisel.

74. Probleem on erinevate hangete kategooriate määramises, millest igaühe suhtes kehtib kindel kord. Asutamislepingu sõnastusest ega ka põhivabadusi puudutavast kohtupraktikast, eriti hangete alal, ei tulene kriteeriume erinevate hangete juhtumite (kategooriate) piiritlemiseks. Juba proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt oleks siin teatud liigitamine vajalik.

77. Oluline lähtekoht on esiteks hanke hinnanguline väärtus.<sup>35</sup> Sellele lisandub hanke ese, ehk kas on tegu teenuste, tarnete või ehitusega. Teenuste siseselt võiks eristamine toimuda täpsema sisu järgi, nii nagu direktiivid eristavad erandlikke, mitteprioriteetseid ja prioriteetseid teenuseid. Peale selle peaks hindama hanke keerukust, st kas tegu on pigem standardtoodete või komplekssete infrastruktuuriprojektidega, mille tehnilisi, õiguslikke või rahalisi tingimusi ei saagi hankemenetluse alguses määrata.

75. Oleks küll mõeldav kasutada ka selles kontekstis kohtuasjadest Teckal ja Stadt

34 — Roheline raamat avaliku ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal, KOM (2004) 327 lõplik, punkt 34 jj.

35 — Ühenduse seadusandja oli seisukohal, et direktiivides sätestatud menetlused ei sobi väikese väärtusega hangete puhul; eespool 19. jõealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-59/00, punkt 19).

78. Direktiividest tuleneva kategooriasse jaotamise alus on riigihangete valdkonna üldine põhimõte, et mõned hanked puudutavad siseturgu rohkem kui teised, mis pakuvad huvi suuremale arvule ettevõtjatele, sealhulgas ka ettevõtjatele teistest liikmesriikidest. See aspekt peaks just põhivabaduste kohaldamisel oluline olema, kuna nende puhul kaasneb piiriülene tegur.

81. Lõpuks peab tähelepanu pöörama ka riigihankemenetlusele kohaldatavale tõhususe põhimõttele. Selle põhimõtte järgi tuleb arvesse võtta kogu menetlust, menetluse kulgu ja menetluse erisusi.<sup>36</sup>

### 3. Esmasest õigusest tulenevad nõuded

79. Peale selle võiks kategooriate piiritlemise eesmärgil, st teatud hanke liigitamisel teatud kategooriasse ja seega ka sellele laieneva korra kindlaksmääramisel, võtta arvesse nagu direktiivides ka teatud asjaolusid, nagu ainuõigused või kiireloomulisus. Niimoodi võiksid teatud hanked, mis kuuluvad põhivabaduste kohaldamisalasse, olla isegi täielikult vabastatud hanketeate avaldamisest.

82. Lähtepunktina saab sedastada, et esmase õiguse raames ei tule igatahes sama hankekorra kasutada nagu direktiivide kohaldamisalal. Sellise kõikehõlmava ülevõtmise vastu võib tuua eelkõige kaks põhjust.

80. Äärmuslikult moodustaks kõikidele hangetele laienev kord — mis hõlmab mitut kategooriat, millest igähe jaoks kehtib kindel kord — lõpuks aga direktiivide eeskujul esmase õiguse hankekorra või täpsemalt mitu hankekorra. Käesolevas eelotsusetaotluses käsitletav läbipaistvus on aga ainult üks reguleerimisobjekt paljudest.

83. Esiteks kehtestatakse seega ka väljaspool direktiivide kohaldamisala kord, mis reguleerib ainult direktiivide kohaldamisalasse kuuluvaid hankesid — ja nimelt ilma esmases õiguses ette nähtud õigusloomeprotsessita. See kujutaks endast ühenduse õigusloomeprotsessist kõrvalehoidmist. Teiseks jäetakse kohaldamata ka direktiivid ise, mis kehtestavad täpsemad eeskirjad ainult teatud hangetele.

36 — Eespool 27. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-276/01 (punkt 66); ja — eriti hankeõiguse osas — eespool 27. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-327/00 (punkt 56).



84. Ei tohi aga unustada, et põhivabadustest tulenevad kohustused kehtivad põhimõtteliselt riigihangete kõikidele aspektidele, st esiteks materiaalsele küljele, nagu näiteks teenuse eseme kirjeldusele (näiteks tehniliste spetsifikatsioonide või kontsessiooni tähtjaga abil), sobivuskriteeriumidele (eelkõige kvalifikatsioonile) ja otsusele, mille puhul tuleb eriti järgida õiguste vastastikuse tunnustamise põhimõtet. Teiseks kehtivad need nõuded ka protsessuaalses aspektis, st menetlusele kitsamas tähenduses, nagu näiteks menetluse liigi valikule — mis hõlmab ka hanketeate avaldamise — ja tähtaegadele (näiteks osalemistaotluse või pakkumise esitamiseks).

kindlaksmääratud nõudeid tuleb järgida ja kõigi pakkujate suhtes võrdselt kohaldada.

87. Kuna käesolevas eelotsusetaotluses on aga kõne all ainult nõutav läbipaistvus, on alljärgnevad selgitused toodud vaid selle aspekti kohta.

#### a) Läbipaistvus

85. Käesolevas menetluses käsitletava läbipaistvuse nõude kõrval võib nimetada veel sellega seonduvat võrdse kohtlemise põhimõtet<sup>37</sup>, konkurentsipõhimõtet ja proportsionaalsuse põhimõtet, mis kehtivad ka esmase õiguse kohaldamisalas.

88. Kõigepealt tuleb sedastada, et läbipaistvus hõlmab direktiivide kohaselt enamat kui ainult konkreetse hankemenetluse avalikustamisega seotud aspekti. Viimaste hulka kuuluvad erinevad teadete liigid, näiteks kutse pakkumismenetluses osalemiseks või hanketeade, st kutse pakkumiste tegemiseks.

86. Võrdse kohtlemise põhimõttest võib näiteks järeldada, et kontsessiooni saajate valik peab toimuma objektiivsel alusel. See tähendab ka, et hankemenetluse alguses

89. Peale selle sätestavad direktiivid ka teisi avalikustamiskohustusi, nagu näiteks sõlmitud lepingu teatavakstegemine. Samuti näevad direktiivid ette sisemise arvestuse pidamise kohustust, näiteks kirjaliku aruande

37 — 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-275/98: Unitron Scandinavia ja 3-S (EKL 1999, lk I-8291, punkt 31, ja eespool 2. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-324/98 (punkt 61).

koostamise või teatud dokumentide säilitamise kohustust.<sup>38</sup> Need kohustused saab ülevõtta ka esmasesse õigusesse.

alas, et läbipaistvus peab tagama moonutamata konkurentsi ja kaasa aitama siseriiklike turgude avamisele.

90. Läbipaistvuse põhimõtte tähendab aga peale selle ka ühte juhtpõhimõtet kogu hankemenetluse jaoks. See hõlmab näiteks tellijate otsuste arusaadavust ja üldiselt objektiivset hoiakut hankemenetluse ajal.

91. Käesolevas menetluses palutakse Euroopa Kohtul konkretiseerida oma praktikat avalikustamiskohustuse kohta. Kohtuotsuses Telaustria otsustati põhimõtteliselt, et „tellijal tuleb tagada *vastav avalikustamise tase* kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab teenuste turule avatud konkurentsi ning samuti hankemenetluse erapooletuse kontrolli”.<sup>39</sup>

93. Hankelepingu sõlmimise „vastav avalikustamise tase” puudutab kõigepealt küsimust, kas avalikustamine on üldse kohustuslik. Ei ole välistatud, et võib esineda ka juhtumeid, kus läbirääkimistega menetlus, st hankemenetlus ilma eelneva hanketeateta, on lubatav. See, mida lubavad direktiivid, peab seda enam olema lubatav esmase õiguse kohaldamisalas. Selleks et mitte hägustada direktiivide ja esmase õiguse vahelist erinevust, oleks ülemäärane lubada hanketeateta hankemenetlusi ainult direktiivides sätestatud tingimustel, st neis ammendavalt loetletud alustel. Samuti oleks ülemäärane seada sellise menetluse lubatavus sõltuvusse sellest, et kõigi võimalike pakkujatega võetakse ühendust. Juhul kui tellija või kontsessiooni andja seda siiski teeb, peaks igatahes olema läbipaistvus tagatud.<sup>40</sup>

92. „Vastava avalikustamise taseme” väljaselgitamise lähtepunkt on tõlgendatava läbipaistvuse nõude eesmärk. Nagu direktiivide puhul, kehtib ka esmase õiguse kohaldamis-

94. Seevastu tuleb muidugi takistada tellijate või kontsessiooni andjate poolt oma vabaduse kuritarvitamist. Niisiis võiks põhimõtteliselt lähtuda esmasest õigusest tulenevast

38 — Vaata selle kohta teenusedirektiivi artikkel 12 ja sektoridirektiivi artikkel 41.

39 — Eespool 2. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-324/98 (punkt 62); kohtujuristi kursiiv.

40 — Seda eeldab kohtujurist N. Fennelly kohtuasjas Telaustria esitatud ettepanekus (punkt 43) põhikohtuasja suhtes juhul, kui pakkujad ei asu kõik või valdavas enamuses samas riigis nagu tellija.

avalikustamise kohustusest, millest on mitu erandit. Seepärast peaks tellija või kontsessiooni andja igal konkreetsel juhul põhjendama, miks ta kaldub kõrvale avalikustamise reeglist.

95. Kuid isegi kui lähtuda põhimõttelisest avalikustamise kohustusest, jäävad paljud üksikasjad lahtisteks.

96. Nii näiteks tekib avalikustamise vahendi küsimus. Ühest küljest puudutab see geograafilise ulatuse aspekti, st avalikustamist kohalikul, regionaalsel, siseriiklikul või Euroopa tasemel. Teisest küljest on see vahendi küsimus. Klassikaliste trükimeediate kõrval nagu ametlikud teatajad, päevalehed või vastava majandussektori väljaanded, tuleb kõne alla ka elektrooniline kanal nagu Internet. Teatud juhul võidakse isegi kasutada sellist arhailist kommunikatsioonivahendit nagu plakat.<sup>41</sup>

97. Avalikustamise viis on aga vaid üks asja tahk. Selle kõrval on tellija või kontsessiooni andja jaoks tähtis teada, milliseid ettekirjutusi teate minimaalse sisu kohta teevad talle põhivabadused. Üldiselt kehtib põhimõte, et tuleb anda niipalju informatsiooni, kui ettevõtte vajavad selleks, et langetada otsus

hankemenetlusel osalemiseks või pakkumise tegemiseks. Põhivabadustest ei saa aga mingil juhul tuletada nii palju ja kõigile juhtudele kehtivaid üksikasju — nagu näevad ette direktiivid —, mis tervikuna oleksid avalikustamise juhtnöörid. Põhimõtteliselt kehtib seetõttu ka hanketeate miinimumsisu kohta, et põhivabadustest ei tulene kõikidel juhtudel kohustust avaldada kõiki neid andmeid, mida näevad ette teisese õiguse avalikustamise juhtnöörid.

98. Nii teate laadi kui ka sisu orientiir on aga eespool nimetatud kriteeriumid, millest lähtudes saab esmases õiguses eristada hangete kategooriaid ja sellest tulenevat liigitust.

99. Arvestades asjaolu, et kohtutoimikust, eriti eelotsusetaotlusest, ei nähtu vajalikke üksikasju, et määratleda põhikohtuasja jaoks sobivat avalikustamise taset, ja lähtudes põhimõttest, et EÜ artikli 234 kohaselt ei ole Euroopa Kohtu ülesanne kohaldada

41 — Seda peab komisjon lubatavaks ka eespool 29. joonealuses märkuses viidatud teatises.

ühenduse õiguse sätteid konkreetsetele faktilistele asjaoludele, jääb siseriikliku kohtu otsustada, kas põhikohtuasjas on läbipaistvuse nõuded täidetud.<sup>42</sup>

100. Sealjuures peab siseriiklik kohus turuanalüüsi põhjal kindlaks tegema, millistele ettevõtjatele on kavandatud hange huvipakkuv, võttes arvesse võimalikku konkurentsi, kusjuures otsustav tähtsus on hanke väärtusel ja esemel.

b) Erand teatud kvaasi-sisehangete (*quasi in house*) puhul

101. Nagu juba selgitatud, ei saa teisesele õigusele tuginevast erandist kohtuotsuses Teckal ja Stadt Halle ega sektoridirektiivi artiklis 13 sätestatud erandist tuletada esmase õiguse, st ka kõnealuste põhivabaduste, kohaldamata jätmist.

42 — Sellise lahenduse kohta vaata eespool 2. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-324/98 (punkt 63).

102. Juhul kui põhikohtuasjas käsitletav hange on tööpoolest kvalifitseeritav teenusekontsessioonina ega kuulu seetõttu direktiivide kohaldamisalasse, ei ole vaja vastata küsimusele, kas direktiive ei kohaldata sellele hankele mõne teise asjaolu tõttu, näiteks kohtupraktikast või sektoridirektiivist tuleneva erandi alusel. Esmast õigust kohaldatakse siis muul põhjusel.

103. Pealegi ei ole eelotsusetaotluse raames EÜ artikli 234 kohaselt Euroopa Kohtu ülesanne kohaldada ühenduse õiguse sätteid konkreetsetele faktilistele asjaoludele. Seda on Euroopa Kohus just riigihanke kohtuasjades korduvalt rõhutanud.<sup>43</sup> Pigem on siseriikliku kohtu ülesanne kontrollida, kas põhikohtuasjas on täidetud Euroopa Kohtu sedastatud kriteeriumid või sektoridirektiivi nõuded. Selleks tuleks aga kõigepealt välja selgitada, kas mõni direktiiv on üldse kohaldatav.

104. Juhul kui tegu on teenusekontsessiooniga ja järelikult ei ole direktiivid kohaldatavad, ei või igal juhul kohaldada kumbagi kvaasi-sisehanke (*quasi in house*) erandit.

43 — Vt selle kohta eespool 2. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas C-324/98 (punkt 63), 22. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-18/01: Korhonen (EKL 2003, lk I-5321); 4. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-448/01: EVN AG ja Wienstrom (EKL 2003, lk I-14527), ja eespool 21. joonealuses märkuses viidatud määrus kohtuasjas C-310/01.

## VI. Ettepanek

105. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsuse küsimusele järgmiselt:

EÜ artikleid 43 ja 49 tuleb tõlgendada nii, et neis kehtestatakse põhimõtteliselt läbipaistvuse kohustus. Kõigil juhtudel ei ole EÜ artiklitega 43 ja 49 vastuolus hanked, mille puhul ei korraldata pakkumismenetlust, st hanked ilma hanketeateta või pakkumiskutseta. Selleks et hinnata, kas hange pakkumismenetlust korraldamata on lubatav sellises hankemenetluses nagu käsitletakse põhikohtuasjas, peab siseriiklik kohus turuanalüüsi põhjal kindlaks tegema, millistele ettevõtjatele on kavandatud hange huvipakkuv, võttes arvesse võimalikku konkurentsi, kusjuures otsustav tähtsus on hanke väärtusel ja esemel.