

EUROOPA KOHTU OTSUS (teine koda)

10. november 2011 \*

Kohtuasjas C-348/10,

mille ese on ELTL artikli 267 alusel Augstākās tiesas Senātsi (Lāti) 2. juuli 2010. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 9. juulil 2010, menetluses

**Norma-A SIA,**

**Dekom SIA**

*versus*

**Latgales plānošanas reģions,** Ludzas novada dome õigusjärglane,

EUROOPA KOHUS (teine koda),

koosseisus: koja esimees J.N. Cunha Rodrigues (ettekandja), kohtunikud U. Lõhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh ja A. Arabadjiev,

\* Kohtumenetluse keel: läti.

kohtujurist: P. Cruz Villalón,  
kohtusekretär: ametnik C. Strömholm,

arvestades kirjalikus menetluses ja 18. mai 2011. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

- Norma-A SIA, esindajad: *advokāte* L. Krastiņa ja *advokāte* I. Azanda,
  
- Latgales plānošanas reģions, Ludzas novada dome õigusjārglane, esindaja:  
J. Pļuta,
  
- Lāti valitsus, esindajad: M. Borkoveca ja K. Krasovska,
  
- Austria valitsus, esindaja: M. Fruhmann,
  
- Euroopa Komisjon, esindajad: C. Zadra ja A. Sauka,

olles 7. juuli 2011. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

### **otsuse**

- 1 Eelotsusetaotlus puudutab seda, kuidas tõlgendada artikli 1 lõike 3 punkti b Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivis 2004/17/EMÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19), ja artikli 2d lõike 1 punkti b nõukogu 25. veebruari 1992. aasta direktiivis 1992/13/EMÜ veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta (ELT L 76, lk 14; ELT eriväljaanne 06/01, lk 315), muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiviga 2007/66/EÜ (ELT L 335, lk 31) (edaspidi „direktiiv 92/13”).
  
- 2 See taotlus esitati ühelt poolt Norma-A SIA ja Dekom SIA ning teiselt poolt Latgales plānošanas reģionsi, Ludzas novada dome (Ludza maakonna nõukogu (Läti)) õigusjärglase vahelises vaidluses seoses sellega, et Ludzas autotransporta uzņēmums SIA-le anti kontsessioon bussiga ühistransporditeenuste osutamiseks Ludza linnas ja Ludza maakonnas.

## Õiguslik raamistik

### *Liidu õigusnormid*

3. Direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punktid a ja d ning lõike 3 punkti b sätestavad:

„2. a) *Asjade, ehitustööde ja teenuste hankelepingud* – kirjalikud rahaliste huvidega seotud lepingud, mis on sõlmitud ühe või mitme artikli 2 lõikes 2 nimetatud ostja ja ühe või mitme tarnija, töövõtja või teenuseosutaja vahel.

[...]

d) *Teenuste hankelepingud* – lepingud, mis pole ehitustööde ega asjade hankelepingud ja mille eesmärgiks on XVII lisas nimetatud teenuste osutamine.

[...]

3. [...]

- b) *Kontsessiooniteenuste* – samasugust tüüpi leping kui teenuste hankeleping, välja arvatud asjaolu, et tasu teenuste osutamise eest seisneb kas ainult õiguses kasutada [mõiste „kasutamine” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „realiseerimine”] seda teenust või sellises õiguses koos tasuga.”

4 Nimetatud direktiivi artikkel 2 sätestab:

„1. Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

- a) *Tellivad asutused* – riik, piirkondlikud või kohalikud asutused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest asutusest või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused.

[...]

2. Käesolevat direktiivi kohaldatakse tellijate [mõiste „tellija” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hankija”] suhtes, kes:

- a) on tellivad asutused või riigi osalusega ettevõtted ja kes tegutsevad ühel artiklites 3–7 viidatud aladest;

[...]”

5 Direktiivi 2004/17 artikkel 5 sätestab:

„1. Käesolevat direktiivi rakendatakse tegevustele, mis on seotud niisuguste võrkude pakkimise või käitamisega, mis pakuvad elanikkonnale teenust raudtee-, automaat-süsteemide-, trammi-, trollibussi-, bussi- või kaabeltranspordi valdkonnas.

[...]

2. Käesolevat direktiivi ei kohaldata elanikkonnale bussitransporditeenuseid pakkuvatele ettevõtetele, mis olid direktiivi 93/38/EMÜ reguleerimisalast välja jäetud kõnealuse direktiivi artikli 2 lõike 4 põhjal.”

6 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132) artikli 1 lõike 2 punkt a ja lõige 4 sätestavad:

„2. a) *Riigihankelepingud* – ühe või mitme ettevõtja ning ühe või mitme ostja vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, mille objektiks on ehitustööd, toodete tarnimine või teenuste osutamine käesoleva direktiivi tähenduses.

[...]

4. Teenuste kontsessioon – sama liiki leping kui teenuste riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada [realiseerida] või see õigus koos tasuga. [...]” [täpsustatud tõlge]

7 Direktiivi 92/13 artikli 1 lõige 1 sätestab:

„Käesolevat direktiivi kohaldatakse [...] 2004/17[...] osutatud lepingute suhtes, välja arvatud juhul, kui selliste lepingute kohta kehtib erand vastavalt kõnealuse direktiivi artikli 5 lõikele 2, artiklitele 18–26, artiklitele 29 ja 30 või artiklile 62.

[...]”

8 Direktiivi 92/13 artikli 2d lõige 1 sätestab:

„1. Liikmesriigid tagavad, et tellijast [hankijast] sõltumatu läbivaatamisasutus tunnistab lepingu tühiseks või lepingu tühisus tuleneb sellise läbivaatamisasutuse otsusest järgmistel juhtudel:

[...]

- b) kui on rikutud käesoleva direktiivi artikli 1 lõiget 5, artikli 2 lõiget 3 või artikli 2a lõiget 2 ja see on jätnud läbivaatamist taotleva pakkuja ilma võimalusest kasutada lepingueelseid õiguskaitsevahendeid, kui rikkumine on toimunud koos direktiivi 2004/17[...] rikkumisega, kui selline rikkumine on mõjutanud läbivaatamist taotleva pakkuja väljavaateid lepingu sõlmimiseks;

[...]” [täpsustatud tõlge]

- 9 Direktiivi 92/13 artikli 2f lõike 1 punkti b kohaselt:

„1. Liikmesriigid võivad ette näha, et artikli 2d lõike 1 kohane läbivaatamistaotlus tuleb esitada:

[...]

b) igal juhul enne vähemalt kuue kuu möödumist alates lepingu sõlmimisele järgnevast päevast.”

- 10 Direktiivi 2007/66, millega lisati käesoleva kohtuotsuse punktides 7–9 viidatud sätted direktiivi 92/13, artikli 3 lõikes 1 on sätestatud:

„Liikmesriigid jõustavad käesoleva direktiivi järgimiseks vajalikud õigusnormid 20. detsembriks 2009. [...]”

### *Siseriiklik õigus*

- 11 Vastavalt 1. oktoobril 2009 jõustunud avaliku ja erasektori koostöö seaduse (Publikās un privātās partnerības likums, *Latvijas Vēstnesis*, 2009, nr 107, lk 4093) artikli 1



lõikele 7 on teenuste kontsessioonileping leping, mille kohaselt erasektori partner osutab avaliku sektori partneri nõudmisel riigihankelepingute seaduse (Publisko iepirkumu likums) 2. lisa loetletud teenuseid ning saab tasuks või tasu põhikomponendina nende teenuste osutamise eest õiguse kõnealuseid teenuseid realiseerida, aga samal ajal kannab ta ka teenuste realiseerimise riski või olulise osa sellest riskist.

- 12 Seaduse artikli 1 lõike 8 alusel tähendab ehitise või teenuse realiseerimise õigus õigust saada ehitise või teenuse lõppkasutajatelt tasu või saada avaliku sektori partnerilt tasu, mille suurus sõltub lõppkasutajate nõudlusest, või ka saada nii tasu lõppkasutajatelt kui ka tasu avaliku sektori partnerilt.
- 13 Vastavalt artikli 1 lõikele 9 esinevad ehitise või teenuste realiseerimisega seotud riskid (majanduslikud riskid) siis, kui erasektori partneri tulu sõltub kasutajate nõudlusest ehitise kasutamise või teenuste järele (nõudlusega seotud risk), ja/või sellest, kas kasutajatele pakutud teenus on kooskõlas kontsessioonilepingus kinnitatud nõudmisega (kättesaadavusega seotud risk), või siis, kui tulu sõltub nii nõudlusega seotud riskist kui ka kättesaadavusega seotud riskist.
- 14 Ühistransporditeenuste seaduse (sabiedriskā transporta pakalpojumu likums, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, nr 106, lk 3682) artikli 6 lõige 3 sätetab eelkõige, et ühistransporditeenuseid korraldatakse vastavalt nõudlusele nende teenuste järele, võttes arvesse võrkude raames transpordi vajalikku sagedust ja regulaarsust, teenuste ulatust ja kvaliteeti, transpordi majanduslikku elujõulisust ja määrates kindlaks reisijateveo korraldamise viisi.

15 Seaduse artikli 10 lõige 1 sätestab, et teenuseosutaja kahjum ja nende teenuste osutamise seotud kulud hüvitatakse vastavalt nimetatud seaduse artiklites 11 ja 12 sätestatule.

16 Sama seaduse artikli 11 lõikes 1 on märgitud järgmist:

„[...] transpordiettevõtjale hüvitatakse ühistransporditeenuste osutamisega seotud kahjum:

1) piirkondlikku linnadevahelisse võrku ja kohalikku piirkondlikku võrku kuuluvate liinide puhul täies mahus selleks riigieelarves ette nähtud vahenditest;

1<sup>1</sup>) kohaliku tähtsusega piirkondlikku transpordivõrku kuuluvate liinide puhul selleks riigieelarves ette nähtud vahenditest;

1<sup>2</sup>) kohaliku tähtsusega piirkondlikku transpordivõrku kuuluvate liinide puhul kohalikest eelarvetest seoses ühistransporditeenuste tellimuse osaga, mis ületab teenuste tagamiseks riigieelarves ette nähtud vahendite piirmäära;

[...]”

17 Ühistransporditeenuste seaduse artiklis 12 on sätestatud:

„1. Kui riik kehtestab ühistransporditeenustele minimaalsed kvaliteedinõuded, mida tulunduslikult tegutsev transpordiettevõtja ei pea täitma ja mille täitmine tekitab lisakulusid, on transpordiettevõtjal õigus saada riigilt kõikide nimetatud kulude eest hüvitist.

2. Avaliku tellimuse raames ühistransporditeenuseid osutavad transpordiettevõtjad saavad hüvitist lõikes 1 nimetatud kulude eest, kui miinimumkvaliteedinõuded on kehtestatud pärast ühistransporditeenuse osutamise alustamist.

3. Ministrite nõukogu kehtestab eeskirjad, mis reguleerivad lõikes 1 mainitud kulude määramist, arvutamist ja hüvitamist, kohalikele omavalitsusüksustele riigieelarvest nende kulude katmiseks dotatsiooni määramist ning nende vahendite kasutamise seaduspärasuse ja kooskõla kontrolli.”

18 Ministrite nõukogu 2. oktoobri 2007. aasta dekreet nr 672 ühistransporditeenuse osutamisel tekkinud kahjumi ja kulude hüvitamise ning ühistransporditeenuse tariifide kehtestamise kohta (sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība; *Latvijas Vēstnesis*, 2007, nr 175, lk 3751), mis kehtis kuni 20. novembrini 2009, ja ministrite nõukogu 26. oktoobri 2009. aasta dekreet nr 1226 (*Latvijas Vēstnesis*, 2009, nr 183, lk 4169, edaspidi „dekreet nr 2009/1226”), mis

asendas alates 21. novembrist 2009 esimesena mainitud dekreeidi, tuginevad mõlemad ühistransporditeenuste seadusele.

19 Dekreeidi nr 2009/1226 artikkel 2 näeb ette:

„[...] transpordiettevõtjale hüvitatakse järgmine ühistransporditeenuste lepingu täitmisega seotud kahjum:

2. 1) ühistransporditeenuste lepingu täitmisega seotud vältimatud kulud, mis ületavad saadud tulusid;

2. 2) tellija kehtestatud tariifide kohaldamise tõttu tekkinud kulud;

2. 3) tellija poolt teatud reisijate kategooriatele transpordihinnaalanduse kohaldamisest tekkinud kulud.”

20 Kõnealuse dekreeidi artikkel 3 sätestab, et transpordiettevõtjal on õigus taotleda, et talle hüvitataks tellija poolt või õigusnormiga pärast ühistransporditeenuste osutamise alustamist kehtestatud miinimumkvaliteedinõuete täitmisel tekkinud kulud, kui nende täitmine tekitab täiendavaid kulusid.

- 21 Dekreedi nr 2009/1226 artikkel 38 sätestab, et tellija määrab kindlaks kahjumi ulatuse, mis transpordiettevõtjale hüvitatakse, tuginedes sama dekreeedi punktis 32.2 osutatud aruandele ja dekreeedi punktides 32.3 ja 32.4 osutatud andmetele, võttes arvesse ka asjaolu, kas ta oli tariifid (sõidupiletid) kindlaks määranud või mitte.
- 22 Vastavalt dekreeedi artiklile 39 määrab tellija tegeliku kahjumi kindlaks ühistransporditeenuste lepingu täitmisel saadud kogutulude alusel, jättes välja ühistransporditeenuste osutamisel tekkinud põhjendatud kulud. Sama dekreeedi mõistes on tulud pileтите ja kuupiletite müügi tulu ning ühistransporditeenuste osutamise lepingu täitmisel saadud samalaadsed tulud.
- 23 Dekreeedi nr 2009/1226 artikkel 40 näeb ette, et tellija määrab kindlaks kahjumi hüvitiseks makstava summa, liites sellele summale artiklis 39 määratletud kasumi. See kasumisumma määratakse kindlaks, korrutades tulud kasumiprotsendiga, mis arvutatakse, liites võrdlusaasta 12 kuu keskmisele pankadevahelisele turuintressimäärale (EURIBOR) 2,5 %.
- 24 Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et vastavalt selle dekreeedi artiklile 49 ei või kahjumi hüvitise summa ületada tegelikku väljaarvutatud kahjumit, kui transpordiettevõtja on kohaldanud tellija kehtestatud tariife (transpordi hind).
- 25 Sama dekreeedi artiklis 50 on märgitud, et kui ühistransporditeenuste osutamise õiguse leping sõlmitakse vastavalt riigihankelepingute seadusele, kehtestatakse hüvitise summa lepingus kindlaks määratud ühistransporditeenuse hinna ja tegelikult saadud tulude vahe alusel.

26 Dekreedi nr 2009/1226 artiklis 57 on sätestatud:

„[...] ühistransporditeenuste lepingu lõpetamise korral:

- 1) tagastab transpordiettevõtja tellijale ülemäära makstud vahendid, kui kahjumi hüvitise maht ületab ühistransporditeenuse osutamise ajal välja arvatud tegeliku hüvitise summa, ja tellija määrab kõnealused vahendid teiste transpordiettevõtjate kahjumi hüvitamiseks;
- 2) maksab tellija kahjumi eest hüvitist, kui kahjumi hüvitisemäär on ühistransporditeenuse osutamise ajal välja arvatud tegeliku hüvitise summast väiksem.”

### **Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused**

27 Ludzas rajona padome (Ludza maakonnanõukogu) avaldas 17. juunil 2009 hanke-teate Ludza linnas ja Ludza maakonnas bussiga ühistransporditeenuste osutamiseks avatud hankemenetluse korraldamise kohta. Põhikohtuasjas kaebuse esitajad tegid oma pakkumuse 6. augustil 2009.

28 Edukaks pakkujaks tunnistati 31. augustil 2009 äriühing Ludzas autotransporta uzņēmums SIA ja seetõttu otsustas Ludzas novada dome 2. septembril 2009 sõlmida kõnealuse äriühinguga ühistransporditeenuste kontsessioonilepingu.

- 29 Põhikohtuasjas kaebuse esitajad esitasid Administratīvā rajona tiesale (esimese astme halduskohus) viidatud Ludzas novada dome 2. septembri 2009. aasta otsuse peale tühistamishagi ja taotlesid otsuse täitmise peatamist. Viidatud kohus rahuldab selle taotluse 16. oktoobri 2009. aasta otsusega, mida kinnitas Administratīvā apgabaltiesa (apellatsioonikohus) 14. detsembri 2009. aasta otsus.
- 30 Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et kehtivad siseriiklikud normid annavad põhikohtuasjas kaebuse esitajatele õiguse vaidlustada Ludzas novada dome 2. septembri 2009. aasta otsuse riigihangete üle järelevalvet teostavas ametis ja et see vaidlustamine oleks takistanud hankijal sõlmida hankeleping enne, kui see amet on otsuse teinud.
- 31 Ludzas rajona padome ja Ludzas autotransporta uzņēmums SIA sõlmisid 9. oktoobril 2009 „kontsessioonilepingu” kõnealuste transporditeenuste osutamiseks.
- 32 Põhikohtuasjas kaebuse esitajad pöördusid niisiis Administratīvā rajona tiesa poole nõudega selle lepingu tühisuse tunnistamiseks. Kaebus jäeti 3. detsembril 2009 rahuldamata põhjendusega, et viidatud leping on sõlmitud eraõiguse arusel ja et seega ei kuulunud nimetatud kaebuse lahendamine halduskohtu pädevusse.
- 33 Administratīvā apgabaltiesa tühistas 11. mail 2010 esimese astme kohtuotsuse, jättes samas vastuvõetamatusse tõttu tühisuse tunnistamise kaebuse läbi vaatamata, kuna leping oli sõlmitud enne direktiivi 2007/66 ülevõtmise tähtaja lõppu ja seega ei olnud põhikohtuasjas kaebuse esitajatel subjektiivset õigust pöörduda sellise kaebusega kohtute poole.

34 Kaebuse esitajad esitasid eelotsusetaotluse esitanud kohtule 21. mail 2010 kassatsioonkaebuse Administratīva apgabaltiesa otsuse peale. Nad väidavad eelkõige, et direktiiv 2007/66 annab neile subjektiivse õiguse taotleda vaidlustatud lepingu tühistamist, see subjektiivne õigus tuleneb viidatud direktiivist, mis annab kolmandatele isikutele õiguse taotleda, et riigiorganite või kohalike omavalitsuste sõlmitud hankelepingud tunnistatakse tühiseks.

35 Neil asjaoludel otsustas Augstākās tiesas Senāts menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas [...] direktiivi 2004/17[...] artikli 1 lõike 3 punkti b tuleb tõlgendada nii, et avalike teenuste kontsessioonina tuleb käsitada lepingut, millega edukale pakkujale antakse õigus osutada bussiga ühistransporditeenuseid, juhul kui osa tasust seisneb ühistransporditeenuste käitamise õiguses, aga samal ajal hüvitab hankija teenuseosutajale teenuste osutamise tagajärjel tekkinud kahjumi, ning kui pealegi piiravad selle teenuse osutamist reguleerivad avaliku õiguse sätted ja lepingusätted teenuse osutamisega seotud riski?

2. Kas juhul, kui vastus esimesele küsimusele on eitav, on [...] direktiivi 92/13[...] artikli 2d lõike 1 punkt b Lätis alates 21. detsembrist 2009 vahetult kohaldatav?

3. Kas juhul, kui vastus teisele küsimusele on jaatav, tuleb direktiivi 92/13[...] artikli 2d lõike 1 punkti b tõlgendada nii, et see on kohaldatav enne direktiivi 2007/66[...] siseriiklikku õigusesse ülevõtmise tähtaja möödumist sõlmitud riigihankelepingute suhtes?”



## Eelotsuse küsimused

### *Esimene küsimus*

- 36 Kõigepealt tuleb märkida, et vastavalt direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 2 punktile a kohaldatakse seda hankijatele, kes on selle direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti a tähenduses „tellivad asutused”, kelle hulgas on ka „piirkondlikud või kohalikud asutused” ja kes „tegutsevad ühel [viidatud direktiivi] artiklites 3–7 viidatud aladest”.
- 37 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates kuulub põhikohtuasi direktiivi 2004/17 alla, kuna kõnealune hankija tegutseb bussitranspordi valdkonnas selle direktiivi artikli 5 lõike 1 tähenduses.
- 38 Seevastu leiab Läti valitsus, et nimetatud hankija ei pakkunud ise elanikele ühistransporditeenuseid, mistõttu on põhikohtuasjas kohaldatav direktiiv 2004/18.
- 39 Sellega seoses piisab, kui märkida, et direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punktis a ja lõikes 4 on määratletud „riigihankelepingud” ja „teenuste kontsessioon” sisuliselt analoogselt nende vastavate määratlustega, mis on esitatud direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punktis a ja lõike 3 punktis b. Nimetatud sarnasuse tõttu tuleb eespool viidatud kahe direktiivi kohaldamisalasse kuuluvate mõistete „teenuste riigihankeleping” ja „teenuste kontsessioon” tõlgendamisel lähtuda samadest kaalutlustest (10. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-206/08: Eurawasser, EKL 2009, lk I-8377, punktid 42 ja 43). Seega saab direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punkti a ja lõike 3 punkti b

tõlgenduse vahetult üle kanda direktiivi 2004/18 vastavatele sätetele, nagu tunnistab ka Läti valitsus.

- 40 Küsimust, kas mõni tehing tuleb liigitada teenuste kontsessiooniks või teenuste riigihankeks, tuleb hinnata ainult liidu õigust silmas pidades (vt eelkõige 10. märtsi 2011. aasta otsus kohtuasjas C-274/09: Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, EKL 2011, lk I-1335, punkt 23 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 41 Teenuste riigihanke mõistest, mis on määratletud direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punktides a ja d, ja teenuste kontsessiooni mõistest, mis on määratletud lõikes 3, ilmneb, et teenuste riigihankelepingu ja teenuste kontsessiooni erinevus seisneb teenuste osutamise eest saadavas tasus. Teenuste riigihankelepinguga kaasneb tasu, mida hankija maksab otse teenuseosutajale, samas kui teenuste kontsessiooni puhul seisneb tasu teenuste osutamise eest vaid õiguses realiseerida seda teenust või sellises õiguses koos tasuga (vt selle kohta eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Eurawasser, punkt 51).
- 42 Teenuseid puudutava lepingu puhul vastab asjaolu, et edukale pakkujale ei maksa otseselt tasu hankija, vaid tal on õigus võtta kolmandatelt isikutelt tasu, direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 3 punktis b sätestatud tasu nõuetele (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Eurawasser, punkt 57).
- 43 Olukord on selline siis, kui – nagu põhikohtuasjaski – bussiga ühistransporditeenuste osutajale antakse õigus realiseerida teenuseid, mille eest vastutasu maksavad nende teenuste kasutajad vastavalt kehtestatud tariifile.

- 44 Kuigi tasustamisviis on üks oluline teenuste kontsessiooni kvalifitseerimistunnus, ilmneb kohtupraktikast veel, et teenuste kontsessioon eeldab, et kontsessioonäär võtab enda kanda teenuse osutamisega seonduva riski. Kui teenuseosutajale ei lähe kõnealuse teenuse osutamisega üle ühtegi seonduvat riski, on asjaomane tehing teenuste riigihankeleping (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punkt 26).
- 45 Seega tuleb veel kontrollida, kas teenuseosutaja võtab enda kanda teenuse osutamisega seonduva riski. Isegi kui see risk võib algselt olla väga väike, on teenuste kontsessiooni olemasolu tuvastamiseks igal juhul vaja, et hankija on kontsessioonäärile täielikult või vähemalt suures osas üle kandnud riski, mis tekib tal teenuse realiseerimisega (vt selle kohta eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punkt 29).
- 46 Nimelt on tavaline, et äririsk võib olla piiratud teatud tegevusvaldkondades, eelkõige sellistes avalikku huvi puudutavates sektorites nagu põhikohtuasjas käsitletud, mis on õigusnormidega reguleeritud. Ühelt poolt hõlbustavad avalik-õiguslikud normid, millele on allutatud teenuste majanduslik realiseerimine ja rahastamine, järelevalvet selle teenuse realiseerimise üle ja leevendavad nende tegurite mõju, mis võivad kahjustada läbipaistvust ja moonutada konkurentsi. Teiselt poolt peab hankijatel olema lubatud heas usus tegutsedes tagada teenuste osutamine kontsessiooni teel juhul, kui nad peavad seda parimaks asjaomase avaliku teenuste tagamise viisiks, ja seda ka siis, kui teenuse realiseerimisega seotud risk on väga väike (eespool viidatud kohtuotsus Eurawasser, punktid 72–74).
- 47 Kuna kõnealustel juhtudel ei ole hankijal mingit mõju teenuse korraldusele kohaldatavatele avalik-õiguslikele õigusnormidele, ei ole tal võimalik luua ja seega ka kanda üle riskifaktoreid, mis on nende õigusnormidega välistatud. Pealegi ei oleks mõistlik

nõuda kontsessiooni andvalt ametiasutuselt konkurentsitingimuste loomist ja asjaomases valdkonnas kohaldatavate õigusnormide tõttu selles sektoris juba olevast äririskist kõrgema riski tekitamist (vt eespool viidatud kohtuotsus Eurawasser, punktid 75 ja 76).

- 48 Teenuste realiseerimisega seotud riski tuleb mõista kui turul esinevate ettenägematuste riski (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Eurawasser, punkt 67), mida võib eelkõige pidada riskiks, mis tuleneb teiste ettevõtjate tekitatud konkurentsist, sellest, et teenuste pakkumine ja nõudlus ei ole tasakaalus, osutatud teenuste eest tasuma kohustatud isikute maksejõuetusest; riskiks, et sissetulekud ei kata teenuse osutamise kulusid, või teenuse osutamata jätmise korral tekkinud kahju eest vastutamise seotud riskiks (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punkt 37).
- 49 Seevastu teenuse halva korraldamise või ettevõtja valimisel tehtud hindamisveaga seotud riskid ei oma tähtsust lepingu liigitamisel riigihankelepinguks või teenuste kontsessioonilepinguks, sest sellised riskid on vältimatud mõlema lepingu puhul, olgu see siis riigihankeleping või teenuste kontsessioonileping (eespool viidatud Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punkt 38).
- 50 Kuigi vastavalt eespool käesoleva kohtuotsuse punktis 45 märgitule võib realiseerimisega seotud majanduslik risk olla algul väga väike teenuse korraldamist puudutavate avalik-õiguslike õigusnormide tõttu, on teenuste kontsessiooni olemasolu tuvastamiseks igal juhul vaja, et hankija on kontsessioonäärile täielikult või vähemalt suures osas üle kandnud riski, mis tekib tal teenuse realiseerimisega.

- 51 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu poolt antud teabe kohaselt näevad põhikohtuasjas kohaldatavad õigusnormid seevastu ette, et hankija hüvitab teenuseosutajale teenuse realiseerimisel tekkinud kahju, ja seda teenust reguleerivate kehtivate avalik-õiguslike õigusnormide ja lepingusätete tõttu ei võta teenuseosutaja pealegi „suurt osa teenuse realiseerimisega seotud riskist” enda kanda.
- 52 Sellega seoses toob eelotsusetaotluse esitanud kohus esile eelkõige asjaolu, et lepingu klauslid näevad ette, et hankija hüvitab võimaluse korral riigieelarvest selleks ette nähtud vahenditest ühistransporditeenuse osutamisega seotud ja sellest tingitud kahjumi ja sellega seotud kulud, jättes välja transpordiettevõtja enda ühistransporditeenuste osutamisest saadavad tulud.
- 53 Lisaks hüvitatakse vastavalt dekreedid nr 2009/1226 artiklitele 2 ja 3 transpordiettevõtjale lepingu täitmisega seotud kahjum, mis puudutab ühistransporditeenuste lepingu täitmisega seotud vältimatuid kulusid, mis ületavad saadud tulusid; hankija kehtestatud tariifide kohaldamise tõttu tekkinud kulusid; hankija poolt teatud reisijate kategooriatele transpordihinnaalanduse kohaldamisest tekkinud kulusid; ja pärast teenuste osutamise alustamist kehtestatud miinimumkvaliteedinõuete täitmisel tekkinud kulusid, kui nende täitmine tekitab täiendavaid kulusid, mis ületavad eelnevalt kehtestatud kvaliteedinõuetega seotud kulude summa.
- 54 Sellele tuleb lisada, et dekreedid nr 2009/1226 artikkel 40 näeb ette, et pakkujale makstakse tulude summa, mis määratakse kindlaks, korrutades tulud kasumiprotsendiga, mis arvutatakse, liites võrdlusaasta 12 kuu keskmisele pankadevahelisele turuintressimäärale 2,5 %.

- 55 Neid lepinguklausleid ja siseriiklikke sätteid arvestades ei saa järeldada, et pakkuja kannab suure osa turul esinevate ettenägematustega seotud riskist. Seetõttu tuleb taoline tehing määratleda „teenuste hankelepinguna” direktiivi 2004/17 artikli 1 lõike 2 punkti d tähenduses, mitte aga „teenuste kontsessioonina” sama direktiivi artikli 1 lõike 3 punkti b tähenduses.
- 56 Euroopa Kohtus toimunud istungil olid pooled siiski vastandlikel arvamustel seoses riski ulatusega, mida pakkuja konkreetselt kannab. Nii väidavad Läti valitsus ja põhikohtuasja vastustaja – erinevalt põhikohtuasjas kaebuse esitajatest ja Euroopa Komisjonist –, et erinevad tegurid, nagu võimaliku kahjumi katmiseks määratud avalike vahendite vähenemine; teatud liiki kulude ja selle kahjumi hüvitamata jätmine, mis on seotud eelkõige marsruutide ja liinide muutmise; või kasutajate nõudlust puudutav ebakindlus suurendavad riski sellel määral, et tegelikult kannab pakkuja suure osa sellest riskist, eriti kuna leping on sõlmitud kaheksaks aastaks. Seetõttu on nende arvates tegu teenuste kontsessiooniga.
- 57 Euroopa Kohtu ülesanne ei ole põhikohtuasja toimingute konkreetne kvalifitseerimine, niisugune kvalifikatsioon jääb siseriikliku kohtu ainupädevusse. Euroopa Kohtu ülesanne piirdub sellega, et anda siseriiklikule kohtule selline liidu õiguse tõlgendus, mis on talle lahendamiseks esitatud vaidluses otsuse tegemisel vajalik (vt eelkõige 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen, EKL 2005, lk I-8585, punkt 32).
- 58 Ainult siseriiklik kohus võib esiteks tõlgendada oma siseriikliku õiguse sätteid ja teiseks hinnata riski osa, mida edukas pakkuja nende õigusnormide ja käsitletud lepingu sätete alusel konkreetselt kannab. Sellegipoolest viib vaidlusaluse tehingu analüüs

eelotsusetaotluses esitatud õigusnormide ja lepingu sätete alusel esmapilgul järelduseni, et see tehing kujutab endast teenuste hankelepingut.

- 59 Eelnevaid kaalutlusi silmas pidades tuleb esimesele küsimusele vastata, et direktiivi 2004/17 tuleb tõlgendada nii, et selle direktiivi artikli 1 lõike 2 punkti d tähenduses on „teenuste hankeleping” leping, millega edukas pakkuja ei kannaks selle teenuse osutamist reguleerivate avaliku õiguse normide ja lepingusätete alusel suur osa riskist, mis tellijal tekib. Siseriiklik kohus peab hindama, kas põhikohtuasjas käsitletud tehing tuleb liigitada teenuste kontsessiooniks või teenuste hankelepinguks, võttes arvesse selle tehingu kõiki tunnuseid.

### *Teine ja kolmas küsimus*

- 60 Nende küsimustega, mida tuleb analüüsida koos, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas olukorras, kui põhikohtuasjas käsitletud leping tuleb lugeda „teenuste hankelepinguks” direktiivi 2004/17 tähenduses, tuleb direktiivi 92/13 artikli 2d lõike 1 punkti b, mida sama direktiivi artikli 1 alusel kohaldatakse direktiivis 2004/17 käsitletud hankelepingutele, kohaldada sellisele lepingule, ehkki kõnealune leping sõlmiti enne, kui möödus tähtaeg, et võtta üle direktiiv 2007/66, millega lisati direktiivi 92/13 artikli 2d lõike 1 punkt b; ja kas jaatava vastuse korral on viimati nimetatud säte vahetult kohaldatav.
- 61 Juhul kui vastavalt Läti valitsuse väidetele on kohaldatav direktiiv 2004/18 – mille peab aga kindlaks määrama siseriiklik kohus –, tuleb märkida, et direktiivi 2007/66 artikkel 1 lisas nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike

tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246) (muudetud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiviga 92/50/EMÜ (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322)) direktiivi 92/13 artiklitega 2d ja 2f identsed sätted, nii et viimati nimetatute tõlgendust on võimalik vahetult üle kanda muudetud direktiivi 89/667 vastavate sätetele.

- 62 Vastavalt direktiivi 92/13 artikli 2d lõike 1 punktile b tagavad liikmesriigid, et hankijast sõltumatu läbivaatamisasutus tunnistab lepingu tühiseks või lepingu tühisus tuleneb sellise läbivaatamisasutuse otsusest eelkõige siis, kui selle direktiivi artikli 2 lõike 3 alusel lepiti kokku, et hankijast sõltumatu esimese astme asutus vaatab lepingu sõlmimisotsuse läbi, või kui kokkulepe sõlmiti sama direktiivi artikli 2a lõikes 2 sätestatud ooteaega järgimata.
- 63 Ilma et oleks vaja analüüsida küsimust, kas pärast direktiivi 2007/66 ülevõtmise tähtaja lõppu võib isik tugineda direktiivi 92/13 artikli 2d lõike 1 punktile b siseriiklikku kohtusse sellise hankija vastu pöördudes, nagu põhikohtuasja vastustaja, siis piisab, kui märkida, et see säte ei ole mingil juhul kohaldatav sellistele hankelepingutele, mis sarnaselt põhikohtuasjaga sõlmiti enne seda, kui 20. detsembril 2009 lõppes direktiivi 2007/66 ülevõtmise tähtaeg, kui seda direktiivi ei olnud enne selle tähtaja lõppu üle võetud.
- 64 Vaidlust ei ole selles, et vaidlusalune otsus lepingu sõlmimise kohta tehti 2. septembril 2009 ja et vaidlustatud leping sõlmiti 9. oktoobril 2009.



- 65 Asjaolu, et vastavalt direktiivi 92/13 artikli 2f lõike 1 punktile b võivad liikmesriigid ette näha, et selle direktiivi artikli 2d lõike 1 kohane läbivaatamistaotlus tuleb esitada igal juhul enne „vähemalt kuue kuu möödumist alates lepingu sõlmimisele järgnevast päevast”, ei võimalda järeldada, et hankelepingud, mis sarnaselt põhikohtuasjaga sõlmiti kuue kuu jooksul enne direktiivi 2007/66 ülevõtmise tähtaja lõppu, võiksid kuuluda viidatud artikli 2d lõike 1 punkti b kohaldamisalasse.
- 66 Kuna direktiivis 2007/66 puudub mis tahes märges viidatud sätte tagasiulatuva jõu kohta, siis oleks õiguskindluse põhimõttega vastuolus kohaldada seda sätet hankelepingutele, mis sõlmiti enne nimetatud direktiivi ülevõtmise tähtaja lõppu.
- 67 Eelnevaid kaalutlusi silmas pidades tuleb teisele ja kolmandale küsimusele vastata, et direktiivi 92/13 artikli 2d lõike 1 punkt b ei ole kohaldatav riigihankelepingutele, mis on sõlmitud enne direktiivi 2007/66 ülevõtmistähtaja lõppu.

## Kohtukulud

- 68 Kuna põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus pooleli oleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse siseriiklik kohus. Euroopa Kohtule märkuste esitamisega seotud kulused, välja arvatud poolte kohtukulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (teine koda) otsustab:

- 1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, tuleb tõlgendada nii, et direktiivi artikli 1 lõike 2 punkti d tähenduses on „teenuste hankeleping” leping, millega edukas pakkuja ei kanna selle teenuse osutamist reguleerivate avaliku õiguse normide ja lepingusätete alusel suurt osa riskist, mis tellijal tekib. Siseriiklik kohus peab hindama, kas põhikohtuasjas käsitletud tehing tuleb liigitada teenuste kontsessiooniks või teenuste hankelepinguks, võttes arvesse selle tehingu kõiki tunnusjooni.**
- 2. Nõukogu 25. veebruari 1992. aasta direktiivi 92/13/EMÜ veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta (muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. aasta direktiiviga 2007/66/EÜ) artikli 2d lõike 1 punkt b ei ole kohaldatav riigihankelepingutele, mis on sõlmitud enne direktiivi 2007/66 ülevõtmistähtaja lõppu.**

Allkirjad