



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PAOLO MENGOZZI
esitatud 27. veebruaril 2014¹

Kohtuasi C-574/12

Centro Hospitalar de Setúbal, EPE
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
versus
Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Supremo Tribunal Administrativo (Portugal))

Riigihanked — Direktiiv 2004/18/EÜ — Liidu õigusnormidele vastava hankemenetluse korraldamise kohustuse puudumine (nn „in house”-hange ehk sisehange) — „Analoogse kontrolli” nõue — Lepingupool, kes on hankijast õiguslikult eraldiseisev isik ja on vormilt mittetulunduslik organisatsioon — Erahuvide osalus hanke võitnud ettevõtjas — Nõue, et suurem osa üksuse tegevusest toimuks koos hankijatega, kes teostavad „analoogset kontrolli”

1. Kuue eelotsuse küsimusega, mille Portugali Supremo Tribunal Administrativo (kõrgem halduskohus) on käesolevas kohtuasjas esitanud, palutakse Euroopa Kohtul uuesti täpsustada nõuete ulatust, mis peavad olema täidetud, et hankija võiks kasutada nn sisehangete jaoks ette nähtud erandit. Selle erandi kohaselt, mille Euroopa Kohus sõnastas kohtuotsuses Teckal² ja mille kohta on nüüd juba hulgaliselt kohtupraktikat, on hankija vabastatud avaliku hankemenetluse korraldamise kohustusest, kui on täidetud kaks tingimust: tal on üksuse üle, kellega leping sõlmitakse, „analoogne kontroll” sellega, mida ta teostab omaenda allüksuste üle ja see üksus viib suurema osa oma tegevusest läbi koos teda kontrolliva hankija või kontrollivate hankijatega³.

2. Käesolevas kohtuasjas on tekkinud paar uut küsimust, mis võimaldavad Euroopa Kohtul sisehangete erandi („in house”-erandi) kohaldamisala veelgi täpsustada. Esiteks palutakse Euroopa Kohtul määrata kindlaks, milline ulatus on kohtupraktikal, mille kohaselt välistab erahuvid esindatus üksuses, kellega leping sõlmitakse, võimaluse, et hankijal oleks selle üksuse üle analoogne kontroll sellega, mida ta teostab omaenda allüksuste üle.⁴ Täpsemalt tuleb Euroopa Kohtul selgitada, kas piiravat lähenemist, mis on selles kohtupraktikas kasutusele võetud selle suhtes, kui hankelepingu pooleks oleva äriühingu kapitalis on eraosalus, tuleb kasutada ka juhul, kui leping sõlmitaks mittetulundusliku organisatsiooniga, mille liikmete hulgas on hankijate kõrval ka organisatsioone, kes tegutsevad heategevuse eesmärkidel.

1 — Algkeel: itaalia.

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

3 — Vt muu hulgas 11. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-26/03: Stadt Halle ja RPL Lochau (EKL 2005, lk I-1, punkt 49); 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03: Parking Brixen (EKL 2005, lk I-8585, punkt 62); 11. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas C-340/04: Carbotermo ja Consorzio Alisei (EKL 2006, lk I-4134, punkt 33); 19. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-295/05: Asociación Nacional de Empresas Forestales (EKL 2007, lk I-2999, punkt 55); 13. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-324/07: Coditel Brabant (EKL 2008, lk I-8457, punkt 27); 10. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-573/07: Sea (EKL 2009, lk I-8127, punkt 40); 29. novembri 2012. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-182/11 ja C-183/11: Econord (EKL 2012, punkt 25), ja 19. detsembri 2012. aasta otsus kohtuasjas C-159/11: Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt (punkt 32). Selle kohta vt ka minu hiljutine ettepanek kohtuasjas C-15/13: Datenlotsen Informationssysteme.

4 — Vt allpool punktid 25 ja 28.

3. Teiseks palutakse Euroopa Kohtul käesolevas kohtuasjas täpsustada teise „Teckali nõude” piire, st tingimuse piire, mille kohaselt peab hankija lepingupool viima suurema osa oma tegevusest läbi koos teda kontrolliva hankija või kontrollivate hankijatega.

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

4. Direktiivi 2004/18/CE⁵ artikli 1 lõike 2 punktis a on sätestatud, et „riigihankelepingud” on „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.”

B. Siseriiklik õigus

5. Portugali Código dos Contratos Públicos (riigihankeseadustik, edaspidi ka „CCP”),⁶ millega direktiiv 2004/18 Portugali õiguskorda Euroopa Kohtu praktikat arvesse võttes üle võeti, sätestab oma artikli 5 lõikes 2: „Samuti ei ole [riigihankeõigus] kohaldatav lepingute suhtes – sõltumata nende esemest –, mis on sõlmitud hankija ja muu üksuse vahel, kui:

- a) hankija teostab ise või ühiselt teiste hankijatega selle üksuse tegevuse üle analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma allüksuste üle; ja
- b) see üksus tegutseb peamiselt ühe või mitme sellise hankija huvides, kes teostavad selle üksuse üle punktis a nimetatud kontrolliga analoogset kontrolli.”

II. Asjaolud, põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

6. Centro Hospitalar de Setúbal (edaspidi „CHS”), kes on eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses olevas kohtuasjas esimene kassatsioonkaebuse esitaja, on üks Portugali avalik-õiguslik haigla.

7. Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (edaspidi „SUCH”), eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses olevas kohtuasjas teine kassatsioonkaebuse esitaja, on mittetulunduslik organisatsioon, mis asutati 24. novembri 1965. aasta dekreediga nr 46.668 ja millel on oma põhikirj. ⁷ Oma põhikirja artikli 2 kohaselt on SUCH-i eesmärk täita avaliku teenuse ülesannet; SUCH kujutab endast tema liikmete vajaduste iseseisva täitmise instrumenti ja seega on tema eesmärk nende liikmete tõhus toimimine. Lisaks aitab ta tervishoiupoliitikat ellu viia, andes märkimisväärse panuse riikliku tervishoiusüsteemi tõhususe ja finantsilise jätkusuutlikkuse heaks.

5 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (EÜT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132).

6 — Kinnitatud 29. jaanuari 2008. aasta dekreediga nr 18/2008.

7 — SUCH-i põhikirja on aja jooksul mitu korda muudetud. Põhikohtuasja asjaolude toimumise ajal kehtis 2010. aasta oktoobris kinnitatud redaktsioon.

8. SUCH-i põhikirja artikli 7 lõike 1 kohaselt võivad tema liikmed olla ainult avalikus sektoris ja sotsiaalsektoris tegutsevad üksused, kes osutavad tervishoiuteenust või kelle tegevus on seotud tervise edendamise ja kaitsega. Sama artikli lõike 2 kohaselt peab SUCH tagama, et üldkoosoleku häälteenamus kuuluks tema liikmetele, kes alluvad tervishoiu eest vastutava valitsusliikme juhtimisele, järelevalvele ja kontrollile. Käesoleva kohtuasja asjaolude toimumise ajal oli SUCH-is 88 liiget, sealhulgas CHS, ja 23 eraõiguslikku sotsiaalse solidaarsuse alal tegutsevat organisatsiooni, kes on kõik mittetulunduslikud ja kellest 20 on heategevusorganisatsioonid (Misericórdias).

9. Oma põhikirja artikli 3 kohaselt allub SUCH tervishoiu eest vastutava valitsusliikme juhtimisele, järelevalvele ja kontrollile; sellel valitsusliikmel on pädevus nimetada ametisse juhatuse esimees ja ase-esimees, kinnitada üldkoosoleku otsused selliste laenude võtmise osas, mille netosumma moodustab 75% või rohkem eelmisel majandusaastal kinnitatud omakapitalist; kinnitada üldkoosoleku otsused põhikirja muutmise kohta; ja otsused SUCH-i lõpetamise kohta.

10. Oma põhikirja artikli 5 lõike 3 kohaselt võib SUCH osutada konkurents- ja turutingimustes teenuseid avalik-õiguslikele üksustele, kes ei ole tema liikmed, või eraõiguslikele üksustele eeldusel, et sellega ei tekitata liikmetele kahju ja et see on SUCH-ile endale ja tema liikmetele kasulik kas majanduslikult või tehnilise arengu tõhustamise seisukohast. Sama artikli lõikes 4 on täpsustatud, et SUCH peab tagama, et vähemalt 80% tegevusest toimuks tema liikmete huvides.

11. CHS sõlmis 27. juulil 2011 SUCH-iga lepingu CHS-i patsientide ja töötajate toitlustamise kohta. Leping sõlmiti viieks aastaks pikendamise võimalusega ja see näeb ette 1 295 289 euro suuruse aastasu maksmise, mis teeb lepingu viieaastase kehtivusaja pealt kokku 6 476 445 eurot. CHS sõlmis lepingu esemeks olevate teenuste osutamise kohta SUCH-iga lepingu otse, korraldamata direktiivis 2004/18 ette nähtud hankemenetlust, kuna lepingupoolte arvates kuulus see leping SUCH-i ja tema liikmetest haiglate, sealhulgas CHS-i vaheliste „*in house*”-suhete (sisesuhete) valdkonda.

12. Leides, et CHS-iga sõlmitud lepingu esemeks olevate teenuste otsehangid on õigusvastane, kuna seda tehti avalikku hanget korraldamata, järelikult Portugali ja Euroopa hankealaseid õigusnorme rikkudes, esitas Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (edaspidi: „Eurest”), äriühing, kes osutab samu teenuseid, kui need, mille kohta sõlmiti leping, ning kellel oli CHS-iga sõlmitud toitlustusleping, mis lõppes CHS-i ja SUCH-i vahelise lepingu sõlmimise tagajärjel - Tribunal Administrativo e Fiscal de Almadale kaebuse. Oma kaebuses nõudis Eurest esiteks, et tühistataks CHS-i juhatuse otsus, millega nähti ette tema ja selle haigla vahelise lepingu lõpetamine, ja teiseks, et tühistataks CHS-i ja SUCH-i vaheline leping.

13. See kohus asus seisukohale, et riigihankeseadustiku artikli 5 lõikes 2 ette nähtud erandi kohaldamise tingimuste täitmist ei ole tõendatud ja seega tuleb lepingus ette nähtud teenuste osutamiseks korraldada avalik hankemenetlus. CHS ja SUCH vaidlustasid esimese astme kohtu otsuse Tribunal Central Administrativo do Sul'is, kes jättis nende apellatsioonkaebused 26. aprilli 2012. aasta otsusega rahuldamata. Selle kohtuotsuse peale esitasid nii SUCH kui ka CHS kassatsioonkaebuse Supremo Tribunal Administrativole ehk eelotsusetaotluse esitanud kohtule.

14. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib esmalt, et ei ole vaidlustatud seda, et selline haigla nagu CHS on avalik-õigusliku juriidilise isikuna hankija. Samuti ei ole vaidlust asjaolu üle, et leping, mille ta SUCH-i, endast eraldiseisva isikuga sõlmis, on teenuste riigihankeleping. Lisaks märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et selleks, et niisuguse lepingu saaks sõlmida *in house* otsehanke korras, peavad olema täidetud kaks riigihankeseadustiku artikli 5 lõikes 2 ette nähtud tingimust, mida on korratud eespool punktis 5 ja mis kodifitseerib kohtuotsust Teckal.

15. Mis puutub konkreetsemalt esimesse tingimusse ehk „analoogse kontrolli” olemasolusse, märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et SUCH-i eripärane õiguslik staatus, nimelt see, et tema liikmete hulgas on ka sotsiaalse solidaarsuse alal tegutsevaid eraõiguslikke organisatsioone, tekitab uusi küsimusi, võttes arvesse Euroopa Kohtu praktikat, mille kohaselt välistab eraõigusliku ettevõtja osalus

äriühingus igal juhul sellise kontrolli, isegi kui see on vähemusosalus⁸, eriti kui pidada silmas asjaolu, et selleks, et üksus oleks ettevõtja, ei ole liidu õiguses vaja, et tema eesmärk oleks tulu saamine. Viidates otsusele, millega Portugali Tribunal de Contas (kontrollikoda) ei tunnistanud kõnealust lepingut lubatavaks ja mille põhistust korrati eelotsusetaotluse esitanud kohtus vaidlustatud kohtuotsuses, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus lisaks, kas analoogse kontrolli nõue võib käesolevas asjas käsitletaval juhul olla täidetud, võttes arvesse seda, kui paljud SUCH-i liikmed ei ole avalik-õiguslikud, tema ulatuslikku autonoomiat ja sõltumatust avalikust võimust, tema toimimise, eriti tema juhatuse toimimise konkreetset dünaamikat ning tema suurust ja keerukust.

16. Mis puutub teise sisehangete erandi kohaldamiseks vajalikku tingimusse, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, kas see võib olla täidetud, kui SUCH võib vastavalt oma põhikirja sätetele saada 20% oma käibest, osutades konkurentsi tingimustes teenuseid kolmandatele isikutele, kes ei ole tema liikmed.

17. Esitatud kaalutlustest lähtudes leidis eelotsusetaotluse esitanud kohus 6. novembri 2012. aasta kohtumääruses, et tema menetluses oleva kohtuasja kohtulik arutamine tuleb peatada, et esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas ühenduse sisehankekäsitlusega on kooskõlas see, kui avalik-õiguslik haigla sõlmib mittetulundusliku organisatsiooniga, mille liige ta on ja mille eesmärk on täita tervishoiu valdkonnas avaliku teenuse ülesannet eesmärgiga tõsta oma liikmete efektiivsust ja tõhusust, ilma seaduses selleks ette nähtud hankemenetluseta lepingu haiglas tema pädevusse kuuluva toitlustusteenuse osutamiseks, kandes niiviisi sellele organisatsioonile üle enda vastutuse selle ülesande täitmisel, olukorras, kus mainitud organisatsiooni põhikirja kohaselt võivad tema liikmeteks lisaks avaliku sektori üksustele olla ka sotsiaalsektori üksused, ning arvestades, et lepingu sõlmimise hetkel olid 88-st liikmest 23 mittetulunduslikud sotsiaalse solidaarsuse alal tegutsevad eraõiguslikud sotsiaalsektori organisatsioonid, kellest mõned olid heategevusorganisatsioonid?
2. Kas võib järeldada, et teine lepingupool allub oma avalik-õiguslike liikmete otsustele selliselt, et viimased teostavad üksi või ühiselt analoogset kontrolli nagu oma allüksuste üle, kui see lepingupool peab oma põhikirja kohaselt tagama, et häälteenamus kuuluks tema liikmetele, kes alluvad tervishoiu eest vastutava valitsusliikme juhtimisele, järelevalvele ja kontrollile, ning kui tema juhatuse koosneb samuti enamuses avalik-õiguslikest liikmetest?
3. Kas ühenduse sisehankekäsitlust arvestades võib „analoogse kontrolli” nõuet pidada täidetuks, kui põhikirja kohaselt allub teine lepingupool tervishoiu eest vastutava valitsusliikme kontrollile, kelle pädevuses on nimetada ametisse juhatuse esimees ja ase-esimees, kinnitada üldkoosoleku otsused selliste laenuvõtmete osas, mille netosumma moodustab 75% või rohkem eelmisel majandusaastal kinnitatud omakapitalist, kinnitada üldkoosoleku otsused põhikirja muutmise kohta, lepingupoole lõpetamise ja varade jagamise kohta lõpetamise korral?
4. Kas asjaolu, et teine lepingupool on suur ja keerukas organisatsioon, mis tegutseb kogu Portugali territooriumil ja mille liikmete hulgas on enamik Serviço Nacional de Saúde osakondi ja institutsioone – sealhulgas enamik riigi haiglatest –, mille hinnanguline käive on 90 miljonit eurot, mille äritegevus hõlmab erinevaid ja keerukaid valdkondi, mille tegevusnäitajad on väga muljetavaldavad ja kus töötab rohkem kui 3300 töötajat ning mis osaleb kahes ettevõtjate ühenduses ja äriühingus, võimaldab tema suhet oma avalik-õiguslike liikmetega pidada pelgalt sisetehinguks või „in house”-suhteks?

8 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punktid 49 ja 50.

5. Kas asjaolu, et teine lepingupool võib põhikirja kohaselt osutada konkurentsi tingimustes teenuseid sama liikmesriigi või välismaistele avalik-õiguslikele üksustele, kes ei ole tema liikmed, või eraõiguslikele üksustele (i) eeldusel, et sellega ei tekitata liikmetele kahju ja et see on neile ning teisele lepingupoolele kasulik kas majanduslikult või tehnilise arengu tõhustamise seisukohast, ja (ii) eeldusel, et nende teenuste osutamise arvestuslik maht ei ületa 20% eelmisel majandusaastal kinnitatud kogukäibest, võimaldab pidada täidetuks sisehankeid puudutavat nõuet, eelkõige seoses CCP artikli 5 lõike 2 punktist b tuleneva „tegevuse peamise eesmärgi” nõudega?
6. Juhul, kui vastus ühele eelnevale küsimusele ei ole iseenesest piisav, et järeldada, kas CCP artikli 5 lõike 2 nõuded on täidetud või mitte, siis kas nende vastuste hindamine tervikuna võimaldab ühenduse sisehankekäsitlust arvestades järeldada, et [käsitleval juhul] on sellise hankega tegemist?”

III. Menetlus Euroopa Kohtus

18. Eelotsusetaotlus saabus Euroopa Kohtu kantseleisse 7. detsembril 2012. Oma kirjalikud seisukohad esitasid CHS, SUCH, Eurest, Portugali ja Hispaania valitsus ning komisjon, kes kõik osalesid kohtuistungil, mis toimus 21. novembril 2013.

IV. Õiguslik analüüs

19. Esmalt tuleb märkida, et eelotsusetaotlusest selgub – ning seda ei ole vaidlustatud –, et CHS ja SUCH vahel sõlmitud leping kujutab endast avalikku hanget ning sellisena reguleerib seda põhimõtteliselt Euroopa riigihankeõigus, konkreetselt direktiivi 2004/18 sätteid.⁹

20. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses oleva kohtuasja vaidlusküsimus, mille kohta käivad kõik eelotsuse küsimused, mille see kohus on Euroopa Kohtule esitanud, puudutab hoopis seda, kas niisuguse hankelepingu suhtes saab kohaldada nn sisehangete erandit.

A. Esimene eelotsuse küsimus

21. Oma esimese eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult sisuliselt teada, kas erandit direktiivi 2004/18 sätete kohaldatavusest, mis tuleneb tema sisehankeid puudutavast kohtupraktikast, saab kohaldada ka siis, kui üksus, kellega leping sõlmitakse, on mittetulunduslik organisatsioon, kelle eesmärk on täita avaliku teenuse ülesannet ja kelle põhikiri lubab lisaks avaliku sektori üksustele liikmeks olla ka sotsiaalsektori üksustel, ja kui lepingu sõlmimise kuupäeval ei ole osa – kuigi vähemus – selle organisatsiooni liikmetest tegevad mitte avalikus sektoris, vaid tegemist on sotsiaalsektori organisatsioonidega, kes tegelevad mittetulundusliku tegevusega, eeskätt heategevusega.

22. See küsimus puudutab esimest kahest Teckali nõudest, st seda, et hankijal oleks teise lepingupoole üle „analoogne kontroll” sellega, mida ta teostab omaenda allüksuste üle.¹⁰ Seega tasub esmalt lühidalt meenutada „analoogne kontrolli” nõude ulatust, nagu seda on kohtupraktikas piiritletud.

9 — Ei ole nimelt vaidlust, et eelotsusetaotluse esitanud kohtus käsitletava hankelepingu väärtus, mis on nimetatud eespool punktis 11, ületab selgelt selle direktiivi artikli 7 punkti b muudetud redaktsioonis sätestatud piirmäära.

10 — Vt eespool punkt 1.

23. Selle kohta on Euroopa Kohus sedastanud, et „analoogse kontrolliga” on tegemist siis, kui hankija kontroll kõnealuse äriühingu üle on selline, mis võimaldab tal mõjutada selle äriühingu otsuseid. Tegemist peab olema võimalusega avaldada otsustavat mõju nii selle üksuse strateegiliste eesmärkidele kui ka olulistele otsustele. Teisisõnu peab hankijal olema võimalik teostada selle äriühingu üle struktuurilist ja funktsionaalset kontrolli. Euroopa Kohus nõuab ka, et see kontroll oleks tegelik.¹¹

24. Lisaks võivad avaliku võimu organid neile ühiselt kuuluva üksuse abi kasutamisel teostada väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tema üle „analoogset kontrolli” ka ühiselt, ilma et oleks vältimatult vajalik, et seda kontrolli teostaks igaüks neist individuaalselt.¹²

25. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt välistab asjaolu, et eraõiguslikul ettevõtjal on kas või vähemusosalus äriühingu kapitalis, milles on osalus ka asjaomasel hankijal, siiski igal juhul, et sel hankijal saaks kõnealuse äriühingu üle olla analoogne kontroll sellega, mida ta teostab oma allüksuste üle.¹³

26. Sellegipoolest tuleb selles suhtes, mis puudutab konkreetselt Euroopa Kohtule esitatud eelotsuse küsimust, ennekõike märkida, et asjaolu, et lepingupooleks oleva üksuse õiguslik vorm on eraõiguslik, näiteks eraõiguslik ühing, ei saa iseenesest kuidagi välistada sisehangete erandi kohaldamist¹⁴. Euroopa Kohus on tegelikult juba mitu korda tunnistanud selle erandi kohaldatavust juhul, kui teise lepingupoole vorm on eraõiguslik, näiteks aktsiaselts.¹⁵

27. Mis puutub asjaolusse, et üksusel, kellega leping otse sõlmitakse, ei ole eesmärgiks tulu teenimine, ei puutu see sisehangete erandi kohaldamisel asjasse. Selle erandi kohaldamise põhjus peitub just nimelt hankija ja teise lepingupoole sisesuhtes, mille tõttu ei ole tegemist kahe sellise autonoomse tahte ühtimisega, mis esindavad eraldiseisvaid õigushuve.¹⁶ Seega ei ole erandi kohaldamine sõltumatu mitte ainult teise lepingupoole õiguslikust vormist, vaid ka asjaolust, kas selle lepingupoole eesmärk on tulu teenimine või mitte. Lisaks nähtub kohtupraktikast, et asjaolu, et isik, täpsemalt ühing on mittetulunduslik, ei välista seda, et ta tegeleb majandustegevusega, ja seega ei saa jätta seda isikut liidu riigihankenormide kohaldamisalast välja.¹⁷

28. Mis puutub sellesse, et teise lepingupoole liikmed ei tegutse ainult avalikus, vaid ka sotsiaalsektoris, tuleb meenutada, et nagu eespool punktides 2 ja 25 mainitud, on Euroopa Kohus oma väljakujunenud kohtupraktikas sedastanud, et eraettevõtja osalus, sh vähemusosalus äriühingu kapitalis, milles on osalus ka sisetehingut sõlmida soovival hankijal, välistab võimaluse, et sel hankijal saaks kõnealuse äriühingu üle olla analoogne kontroll sellega, mida ta teostab oma allüksuste üle.

29. Nagu pealegi märkis ka eelotsusetaotluse esitanud kohus ise, on võimalus, et hankijal on teise lepingupoole üle analoogne kontroll, välistatud juhul, kui viimases on esindatud erahuvid mõne *ettevõtja* osaluse kujul *äriühingu kapitalis*.

11 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Econord, punkt 27 ja seal viidatud kohtupraktika.

12 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Econord, punkt 28 ja seal viidatud kohtupraktika.

13 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 49; 10. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-29/04: komisjon vs. Austria (EKL 2005, lk I-9706, punkt 46); 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-410/04: ANAV (EKL 2006, lk I-3303, punkt 31); 8. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-337/05: komisjon vs. Itaalia (EKL 2008, lk I-2173, punkt 38); eespool viidatud kohtuotsus Coditel Brabant, punkt 30; eespool viidatud kohtuotsus Sea, punkt 46; 15. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-196/08: Acoset (EKL 2009, lk I-9919, punkt 53), ja 22. detsembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-215/09: Mehiläinen ja Terveystalo Healthcare (EKL 2010, lk I-13749, punkt 32).

14 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Sea, punkt 41. Selle kohta ka vt kohtujurist Stix-Hackli ettepanek eespool viidatud kohtuasjas Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 63.

15 — Lisaks eelmises joonealuses märkuses viidatud kohtuotsusele Sea vt muu hulgas ka eespool viidatud kohtuotsus ANAV (näiteks punkt 33) ja eespool viidatud kohtuotsus Econord (näiteks punktid 29 ja 32).

16 — Selle kohta vt põhjalikumalt minu hiljutine ettepanek kohtuasjas Datenlotsen Informationssysteme, punkt 41, kus on hulgaliselt viiteid kohtupraktikale.

17 — Vt 29. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-119/06: komisjon vs. Itaalia (EKL I-0168, punktid 37 ja 41) ning 23. detsembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-305/08: CoNISMa (EKL 2009, lk I-12129, punkt 45).

30. SUCH-i juhtum on siiski tavalisest olukorrast erinev, kuna esiteks ei ole SUCH äriühing ja seega ei ole tal kapitali ja teiseks ei ole sotsiaalolude parandamisega tegelevad eraõiguslikud liikmed, kes ei kuulu tema avalik-õiguslike liikmete hulka, tingimata kitsas tähenduses ettevõtjad.

31. Esimese eelotsuse küsimuse keskne probleem on niisiis see: kas sellises olukorras nagu SUCH-i oma tuleb kohaldada kohtupraktikas väljakujunenud põhimõtet, mille kohaselt erahuvide esindatus teises lepingupoole välistab võimaluse, et hankijal saaks selle üle olla analoogne kontroll sellele, mida ta teostab oma allüksuste üle, mis järelikult välistab omakorda võimaluse, et selle üksusega saab sisehangete erandit kohaldades lepingu otse sõlmida.

32. Seoses sellega meenutan esmalt, et Euroopa Kohus on mitu korda korranud, et riigihankeid käsitlevate ühenduse sätete põhieesmärk on kauba ja teenuste vaba liikumine ning võimalikult avatud konkurents kõikides liikmesriikides¹⁸. See eesmärk paneb kõikidele hankijatele kohustuse kohaldada liidu riigihankesätteid, kui neis ettenähtud tingimused on täidetud, millest tuleneb, et igasuguseid erandeid sellest kohustusest tuleb tõlgendada *kitsalt*¹⁹.

33. Sellest vaatenurgast märgin, et kohtupraktika kohaselt on see, et otsehanget õigustav sisesuhe on teise lepingupoole kapitalis esindatud erahuvide korral välistatud, kahekordselt mõttekas. Nagu Euroopa Kohus on märkinud, esiteks reguleerivad hankijast avaliku võimu organi ja tema osakondade vahelisi suhteid avaliku huvi eesmärkidest lähtuvad kaalutlused ja nõuded, samas kui erakapitali paigutamisel ettevõttesse lähtutakse hoopis erahuvidest ja järgitakse teistsuguseid eesmärke.²⁰

34. Teiseks on Euroopa Kohus ka märkinud, et riigihanke andmine segaosalusega ettevõtjale ilma hanketeadet avaldamata kahjustab vaba ja ausa konkurentsi eesmärki ning huvitatud isikute võrdse kohtlemise põhimõtet, eriti kuna selline menetlus annab kõnealuse ettevõtja kapitalis osalevale eraettevõtjale eelise tema konkurentide ees.²¹

35. Ma olen seisukohal, et mõlemat Euroopa Kohtu kaalutlust, mis puudutavad eraettevõtja osaluse kohta äriühingu kapitalis, saab sellises olukorras, nagu on kohtutoimikus olevate dokumentide põhjal otsustades SUCH-i olukord, kohaldada.

36. Esiteks ei piirdu tõlgendus, mille kohaselt erahuvides tegutsedes lähtutakse teistsugustest kaalutlustest kui avalikes huvides tegutsedes, minu arvates ainult juhuga, kus ühingusse on paigutatud erakapitali. On nimelt väljaspool kahtlust, et selliste isikute nagu sotsiaalse solidaarsuse edendamise alal tegutsevate eraõiguslike üksuste osalus üksuses, kellega hankelepings sõlmitakse, järgib eraõiguslike isikute loogikat ja vastab erahuvidele, näiteks heategevuslikele huvidele, mille eesmärgid võivad küll olla kiiduväärsed, kuid ei lange tingimata kokku avalike huvidega. Kuigi selliseid eesmärke saab mõnikord *in abstracto* käsitada üldhuvieesmärkidena, on neil siiski erahuvidele omaseid jooni, näiteks usuline²² või seltsieluline taust, mis võivad küll avalikke huvisid täiendada, kuid ei ole siiski sama asi.

37. Teiseks, kuna ei ole välistatud, et sellised mittetulunduslikud organisatsioonid nagu SUCH-i liikmetest heategevusühingud võivad osaleda majandustegevuses, konkureerides teiste ettevõtjatega, ning osaleda hangetes,²³ võib sisehangete erandi alusel otse lepingu sõlmimine pakkuda neile ettevõtjatele konkurentide ees eelist samamoodi nagu äriühingute puhul.

18 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus CoNISM, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika, ning eespool viidatud kohtuotsus Carbotermo ja Consorzio Alisei, punkt 58.

19 — Vt muu hulgas eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punktid 44 ja 46, ning eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 63, samuti eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punkt 26. Selle kohta vt ka minu hiljutine ettepanek kohtuasjas Datenlotsen Informationssysteme, punkt 38.

20 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 50, ja eespool viidatud kohtuotsus komisjon vs. Austria, punkt 47.

21 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 51.

22 — Mis tundub olevat nii ka SUCH-i liikmetest „Misericórdias” puhul – mida tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtul küll kontrollida.

23 — Eespool viidatud kohtuotsus C-119/06: komisjon vs. Itaalia, punktid 37 ja 41, ning eespool viidatud kohtuotsus CoNISM, punkt 45.

38. Eeltoodud kaalutluste põhjal tuleb vähemalt praegu kehtivast õigusest lähtudes²⁴ minu arvates välistada võimalus, et hankijal võiks olla oma allüksuste üle teostatava kontrolliga analoogne kontroll sellise mittetulundusliku organisatsiooni üle, mille liikmete hulgas on kas või vähemuses isikuid, kes ei ole avalik-õiguslikud, kelle vorm on eraõiguslik ja kes esindavad heategevuslike või solidaarsuse huvides tegutsevate mittetulunduslike organisatsioonidena erahuve. Järelikult tuleb minu arvates välistada võimalus, et hankija saab sellise üksusega sisehangete erandi alusel lepingu otse sõlmida. Asjassepuutuvaid asjaolusid tuleb seejärel muidugi kontrollida liikmesriigi kohtul.

39. Sellegipoolest tuleb minu arvates silmas pidada veel paari kaalutlust.

40. Asjaolu, et kui erahuve esindavatel üksustel – isegi kui nende eesmärk ei ole tulu teenimine – on üksuses kas või vähemusosalus, siis takistab see praegu kehtiva õiguse kohaselt sisesuhte tekkimist ühe või mitme hankija ja sellise üksuse vahel, ei tähenda esiteks kuidagi, et solidaarsuse alal tegutsevate, vabatahtlike või heategevuslike üksuste laadi ja eesmärgi ei saaks ka hankeõiguse kontekstis arvesse võtta. Seoses sellega ei saa ma jätta märkimata, et esiteks tunnustab ELL artikkel 2 solidaarsust kui üht väärtustest, mis valitsevad Euroopa ühiskonnamuudelis, ning seega aitavad neid väärtusi järgivad üksused aktiivselt aluslepingute vaimus Euroopa ühiskonda üles ehitada.²⁵ Teiseks ning kooskõlas selle tähelepanekuga tuleb nentida, et sotsiaalsed ja solidaarsuskaalutlused ei ole hankeõigusnormidele võõrad, nagu võib näiteks järeldada direktiivi 2004/18 artiklist 26, kus on sätestatud, et lepingu täitmise tingimused võivad olla seotud sotsiaalprobleemidega.²⁶

41. Teiseks tuleb märkida, et pelgalt tõsiasi, et lepingupoolest mittetulundusliku organisatsiooni põhikiri näeb ette, et selles organisatsioonis võib avalikku sektorisse kuuluvate üksuste kõrval olla osalus ka sotsiaalsektori üksustel, ei välista iseenesest sisesuhte võimalust juhul, kui lepingu sõlmimise ajal kuuluvad sellesse organisatsiooni ainult avaliku võimu organid. Tegelikult ei oleks õiguskindluse põhimõttega kooskõlas pidada lubatavaks, et ka põhikirjas ette nähtud pelk võimalus, et organisatsioonis võib osalus olla eraõiguslikel isikutel, võiks lõpmatuseni lahtiseks jätta hinnangu, kas hankelepingu pooleks oleva äriühingu kapital kuulub ainult avalik-õiguslikele isikutele või mitte. Sellest järeldub, et kui lepingu sõlmimise ajal on asjassepuutuva organisatsiooni liikmed ainult avaliku võimu organid, võib eraõiguslike isikute osaluse võimalust arvesse võtta ainult siis, kui sel hetkel on lähitulevikus oodata sellise võimaluse konkreetset realiseerumist. Asjaolu, et eraõiguslikel isikutel on teoreetiliselt võimalus selles äriühingus osalust omandada, ei ole seega piisav, et järeldada, et ametiasutuse poolt teostatava analoogse kontrolliga seonduv tingimus ei ole täidetud.²⁷

42. Seevastu juhul, kui leping sõlmitaks ilma hankemenetlust korraldamata organisatsiooniga, mille kõik liikmed on avaliku võimu organid, ning kui selle hankelepingu kehtivuse ajal lubataks selles organisatsioonis osalust omandada eraõiguslikel isikutel, on tegemist niisuguse muudatusega hankelepingu põhitingimustes, mis tooks kaasa hankemenetluse korraldamise vajaduse.²⁸

24 — Seoses sellega tuleb märkida, et Euroopa Parlamendi ja nõukogu riigihankedirektiivi ettepaneku viimane versioon (nõukogu dokument nr 11745/13), mis on praegu arutamisel nõukogus ja millele komisjon kohtuistungil viitas, seab sisehangete tingimuseks, et selle juriidilise isiku kapitalis, kelle üle hankijal on analoogne kontroll, ei oleks otsest erasektori osalust, välja arvatud kontrollita ja vetoõiguseta osaluse erandi puhul, mida nõuavad liikmesriikide sätted ja mis ei võimalda otsustavat mõju sellise juriidilise isiku üle. Pole välistatud, et juhul, kui selline säte peaks uue direktiivi lõplikku versiooni alles jääma, võib see mõnel konkreetsel juhul anda tulemuseks teistsuguse tõlgenduse kui see, mis põhineb praegu kehtival õigusel.

25 — Sellest vaatenurgast võib näiteks märkida, et Euroopa Kohus on tunnustanud liikmesriikide kaalutlusruumi just sotsiaalkindlustus- ja -abisüsteemide korraldamisel, mõõndes nende õigust kaasata sellesse süsteemi eraettevõtjaid, ainult tingimusel, et nende eesmärk ei oleks tulu teenimine. Vt 17. juuni 1997. aasta otsus kohtuasjas C-70/95: Sodmare jt Regione Lombardia (EKL 1997, lk I-3395, punkt 32).

26 — Vt selle kohta ka sama direktiivi põhjendus 46.

27 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Sea, punktid 49, 50 ja 51.

28 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Sea, punkt 53.

43. Kõigist eeltoodud kaalutlustest lähtuvalt on minu arvates vaja esimesele eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusele vastata, et liidu hankeõigusnormide kohaldatavusest tehtavat erandit, mis on ette nähtud sisetehingute puhuks, ei saa kohaldada, kui isik, kellega hankija kavatses avalikku hankemenetlust korraldamata otse lepingu sõlmida, on eraõiguslik üksus, mille liikmete hulgas on erahuve esindavaid isikuid, isegi kui nad on vähemuses.

B. Teine ja kolmas eelotsuse küsimus

44. Teise ja kolmanda eelotsuse küsimusega, mida tuleb minu arvates käsitleda koos, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas hankijal on lepingupoole üle „analoogne kontroll”, kui tolle põhikirjas on sätteid, mis annavad põhikirjajärgsetes organites erilise pädevuse avaliku võimu organitest liikmetele või pädevale valitsusliikmele.

45. Täpsemalt soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus oma teise küsimusega Euroopa Kohtult sisuliselt teada, kas avalik-õiguslikel liikmetel on teise lepingupoole üle üksi või ühiselt analoogne kontroll sellega, mida ta teostab oma allüksuste üle, kui see lepingupool peab põhikirja kohaselt tagama, et hääleteenamus kuuluks tema liikmetele, kes alluvad tervishoiu eest vastutava valitsusliikme juhtimisele, järelevalvele ja kontrollile, ning kui tema juhatus koosneb samuti enamuses avalik-õiguslikest liikmetest.

46. Kolmanda eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas analoogse kontrolliga on tegemist, kui põhikirja kohaselt allub teine lepingupool tervishoiu eest vastutava valitsusliikme järelevalvele ning too valitsusliige nimetab ametisse juhatuse esimehe, ase-esimehe ja kinnitab teatavad üldkoosoleku otsused, st SUCH-i põhikirja artiklis 3 nimetatud otsused²⁹.

47. Esimese eelotsuse küsimuse vastusest selgub aga, et kui teises lepingupooles on osalus erahuvide esindajatel, isegi kui see on vähemusosalus, on välistatud, et hankijal saaks olla selle lepingupoole üle analoogne kontroll sellele, mida ta teostab omaenda allüksuste üle. Minu arvates tuleneb sellest järeldusest, mis kajastab punktis 32 nimetatud kohtupraktikale vastavat kitsast tõlgendust, loogiliselt, et kui teises lepingupooles on osalus erahuve esindavatel üksustel, ei saa seda parandada selle lepingupoole põhikirja sätetega, mis annavad avalik-õiguslikele liikmetele või pädevale valitsusliikmele erilise kontrolli- või järelevalvepädevuse. Järelikult tuleb minu arvates nii kolmandale kui ka neljandale eelotsuse küsimusele eitavalt vastata.

48. Märgin peale selle muu hulgas, et asjaolu, et teine lepingupool allub pädeva valitsusliikme otsesele³⁰ või kaudsele³¹ juhtimisele, ei tähenda tingimata, et hankijal oleks teise lepingupoole üle üksi või ühiselt analoogne kontroll sellele, mida ta teostab omaenda allüksuste üle.

49. On tõsi, et kontrollipädevust teise lepingupoole põhikirjajärgsete otsustusorganite üle võib mõne juhu konkreetsel asjaoludel käsitada ühe tegurina, mis võimaldavad seda pädevust omavale hankijale analoogset kontrolli sellele, mida ta teostab omaenda allüksuste üle³². *In abstracto* on ka tõsi, et pole välistatud, et konkreetse juhu asjaoludel³³ võib avaliku võimu organitele – kes kontrollivad hankijaid, kes omakorda kontrollivad teist lepingupoolt – antud kontrolli- ja järelevalvepädevus aidata selle lepingupoole autonoomiat piirata, nii et võib tunnistada, et neil hankijatel on tema üle analoogne kontroll.

29 — Vt eespool punkt 9.

30 — Nagu kolmandas eelotsuse küsimuses kõne all oleva põhikirjasätte, st SUCH-i põhikirja artikli 3 puhul.

31 — Nagu teises eelotsuse küsimuses kõne all oleva põhikirjasätte, st SUCH-i põhikirja artikli 7 lõike 2 puhul.

32 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Sea, punkt 89; vt selle kohta ka eespool viidatud kohtuotsus Coditel Brabant, punkt 34; aga vt ka eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 69.

33 — Mis puhul ei ole teises lepingupooles siiski erahuvide osalust.

50. Neist kaalutlustest hoolimata on vaja tuvastada, et analoogne kontroll on just hankijatel, kes peavad seda teostama isiku üle, kellega nad tahavad otse lepingu sõlmida, mitte pädeva valitsusliikme kaudu riigil kui sellisel.

51. Eeltoodud kaalutustest lähtuvalt leian, et teisele ja kolmandale eelotsuse küsimusele tuleb vastata nii, et kui erahuvidega liikmetel on üksuses kas või vähemusosalus, ei saa selle üksuse põhikirja sätteid, mis annavad ülejäänud avalik-õiguslikele liikmetele või pädevale valitsusliikmele erilise kontrolli- või juhtimispädevuse, kujutada endast analoogset kontrolli selle üksuse üle, mis õigustaks sisehangete erandi kohaldamist.

C. Neljas eelotsuse küsimus

52. Oma neljanda eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult sisuliselt teada, kas asjaolu, et teine lepingupool on keerukas ja suur organisatsioon, mis tegutseb kogu liikmesriigi territooriumil, võimaldab pidada selle isiku suhet oma avalik-õiguslike liikmetega sisesuhteks, mis õigustaks temaga lepingu sõlmimist otse.

53. Ka see eelotsuse küsimus nagu kolm eelmistki puudutab esimest „Teckali nõuet” ehk „analoogse kontrolli” olemasolu. Eespool punktis 23 meenutasin ma seda, kuidas kohtupraktikas on kindlaks määratud selle nõude ulatus, st struktuuriline, funktsionaalne ja tegelik kontroll. Eespool punktis 27 meenutasin ma aga, kuidas kohtupraktika kohaselt põhineb sisehangete erand teise lepingupoole autonoomia puudumisel.

54. Neist eeldustest järeldeb aga, et üksuse suurus ja keeruline struktuur ei ole iseenesest tegurid, mis võimaldaks selgelt kindlaks teha, et ametiasutusel on üksuse üle tööpoolest struktuuriline ja funktsionaalne kontroll, ning seega pidada nendevahelist suhet „analoogseks kontrolliks” kohtupraktika tähenduses.

55. See ei tähenda siiski, et need tegurid oleks analoogse kontrolli kindlakstegemisel täiesti asjassepuutumatud. Üksuse suurus ja keeruline struktuur võivad minu arvates nimelt olla tegurid, mis võivad kõiki konkreetse juhu asjaolusid tervikuna hinnates aidata jõuda järeldusele, et sellise üksuse autonoomia on nii suur, et välistab analoogse kontrolli. Seega tuleb neljandale eelotsuse küsimusele minu arvates vastata nii.

D. Viies eelotsuse küsimus

56. Oma viienda eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult sisuliselt teada, kas sisehangete erandit võib kohaldada, kui teine lepingupool võib põhikirja kohaselt osutada konkurentsi tingimustes teenuseid avalik-õiguslikele üksustele, kes ei ole tema liikmed, või eraõiguslikele üksustele eeldusel, et esiteks ei tekitata sellega liikmetele kahju ja see on neile ning teisele lepingupoolele endale kasulik ja et teiseks ei ületa nende teenuste osutamise maht 20% eelmisel majandusaastal kinnitatud kogukäibest.

57. Kui kõik neli esimest eelotsuse küsimust puudutasid esimest Teckali nõuet ehk „analoogse kontrolli” olemasolu, puudutab viies eelotsuse küsimus seevastu teist sisehangete erandi kohaldamiseks vajalikku nõuet, nimelt tingimust, mille kohaselt peab teine lepingupool viima suurema osa oma tegevusest läbi koos teda kontrolliva hankija või kontrollivate hankijatega.

58. Seoses sellega tuleb meenutada, et Euroopa Kohus on täpsustanud, et selle teise tingimuse eesmärk on eeskätt tagada, et riigihankeõigus oleks kohaldatav juhul, kui üks ettevõtte, mis on ühe või mitme kohaliku omavalitsuse kontrolli all, tegutseb aktiivselt turul ja konkureerib seetõttu tõenäoliselt teiste ettevõtetega. Euroopa Kohus märkis nimelt, et ettevõtja tegevusvabadus ei ole tingimata piiratud

lihtsalt asjaolu tõttu, et tema otsuste tegemist kontrollib teda omav omavalitsus, kui ta saab siiski teostada suurt osa oma majandustegevusest koos teiste ettevõtjatega.³⁴

59. Samuti täpsustas Euroopa Kohus, et kõnealune üksus tegutseb põhiliselt koos teda omava(te) ametiasutus(t)ega ainult siis, kui ta osutab *põhiliselt* ja *põhimõtteliselt* teenuseid ainult kõnealus(t)ele ametiasutus(t)ele ja seega on kogu tema muu tegevus kõigest *vähese tähtsusega*³⁵. Juhul, kui ühe üksuse üle on oma allüksuste üle teostatava kontrolliga analoogne kontroll mitmel ametiasutusel, on arvessevõetav tegevus see, mida selline üksus teostab koos kõigi nende hankijatega.³⁶

60. Lisaks sellele asus Euroopa Kohus kohtuotsuses Asociación Nacional de Empresas Forestales³⁷ seisukohale, et see tingimus on täidetud juhul, kui teine lepingupool tegutseb teda ligikaudu 90% ulatuses kontrollivate omavalitsusüksuste ja avalik-õiguslike isikute huvides; oma otsuse tegemiseks vajalikud faktilised asjaolud peab välja selgitama eelotsusetaotluse esitanud kohus ise³⁸.

61. Mis puutub aga eriti põhikirjasättesse, mille kohaselt kõnealune lepingupool võib osutada kolmandatele isikutele konkurentsi alusel teenuseid ainult tingimusel, et sellega ei tekitata liikmetele kahju ja et see on neile kasulik, olen sellegipoolest seisukohal, et kuivõrd see säte piirab selle lepingupoole tegutsemist vaba konkurentsi tingimustes, ei saa see takistada teise Teckali tingimuse kohaldamist.

62. Olulisem tundub seevastu olevat küsimus, kas see tingimus on täidetud, kui teine lepingupool saab 20% oma aastasest kogukäibest, osutades teenuseid avalik-õiguslikele üksustele, kes ei ole tema liikmed, ja eraõiguslikele üksustele, st kolmandatele isikutele. Selle kohta arvan, et nagu eespool punktis 32 nimetatud kohtupraktika nõuab, tuleb kõnealust erandit tõlgendada kitsalt. Sellest seisukohast leian, et olukorras, kus teine lepingupool osutab 20% ulatuses teenuseid vaba konkurentsi tingimustes ning kellegi teise huvides kui temas osalust omavad ametiasutused, ei saa järeldada, et ta osutaks teenuseid *põhiliselt* ja *põhimõtteliselt* ainult teda kontrollivatele ametiasutustele ja seega oleks kogu tema muu tegevus kõigest *vähese tähtsusega*, nagu nõuab eespool punktis 59 nimetatud kohtupraktika. Tegevust, mis hõlmab viiendiku ühe isiku tegevusest, ei saa minu arvates juba kvantitatiivselt määratleda kui *vähetähtsat*.

63. Seega olen seisukohal, et praegu kehtiva õiguse kohaselt³⁹ tuleb viiendale eelotsuse küsimusele vastata, et sisehangete erandit ei või kohaldada, kui teine lepingupool võib oma põhikirja kohaselt osutada konkurentsi tingimustes teenuseid avalik-õiguslikele üksustele, kes ei ole tema liikmed, või eraõiguslikele üksustele, kuni nende teenuste osutamise arvestuslik maht ei ületa 20% eelmisel majandusaastal kinnitatud kogukäibest.

34 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Carbotermo ja Consorzio Alisei, punktid 60 ja 61.

35 — *Ibid.*, punktid 62 ja 63 (kohtujuristi kursiiv).

36 — *Ibid.*, punktid 70 ja 71.

37 — Eespool viidatud kohtuotsus C-295/05.

38 — *Ibid.*, punkt 63.

39 — Tuleb nimelt märkida, et eespool punktis 24 viidatud parlamendi ja nõukogu riigihankedirektiivi ettepaneku viimases versioonis on sõnaselgelt ette nähtud, et sisehangete erandit kohaldatakse tingimusel, et üle 80% teise lepingupoole tegevusest toimub teda kontrolliva(te) hankija(te) alluvuses (vt artikli 11 lõike 1 punkt b). Sellest on ilmne, et kui see direktiiv peaks sellise piirmäära kinnitama, kajastaks see seadusandja soovi, mis muudab tulevikus kehtivat õiguslikku raamistikku. See ei mängi minu arvates siiski praegu kehtiva õiguse tõlgendamisel mingit rolli.

E. Kuues eelotsuse küsimus

64. Kuuendale eelotsusetaotluse esitanud kohtu eelotsuse küsimusele tuleb selle kohtu palvel vastata ainult siis, kui ühestki eelmiste küsimuste vastusest eraldi võttes ei piisa selle kindlakstegemiseks, kas sisehangete erandi kohaldamiseks ette nähtud tingimused on täidetud või mitte. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib niisiis, kas nende vastuste hindamine tervikuna võimaldab järeldada, et see erand on tema menetluses oleval juhul kohaldatav.

65. Esimesele viiele eelotsuse küsimusele antud vastuseid arvesse võttes olen ma seisukohal, et kui Euroopa Kohus peaks kasutama minu soovitatud lähenemisviisi, ei ole tal vaja sellele küsimusele vastata. Neist vastustest, eriti esimese ja viimase eelotsuse küsimuse vastustest, nähtub tegelikult, et sellisel juhul, nagu on eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses, ei saa seda erandit praegu kehtivate õigusnormide kohaselt⁴⁰ kohaldada, olenemata sellest, kuidas neid vastuseid peaks tervikuna hinnatama. Seega teen Euroopa Kohtule ettepaneku jätta sellele eelotsuse küsimusele vastamata.

V. Ettepanek

66. Esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Supremo Tribunal Administrativo eelotsuse küsimustele järgmiselt:

Liidu hankeõigusnormide kohaldatavusest tehtavat erandit, mis on ette nähtud sisehangete puhuks, ei saa kohaldada, kui isik, kellega hankija kavatses avalikku hankemenetlust korraldamata otse lepingu sõlmida, on eraõiguslik üksus, mille liikmete hulgas on erahuve esindavaid isikuid, isegi kui nad on vähemuses. Sel juhul ei saa teise lepingupoole põhikirja sätteid, mis annavad ülejäänud avalik-õiguslikele liikmetele või pädevale valitsusliikmele erilise kontrolli- või juhtimispädevuse, kujutada endast analoogset kontrolli selle isiku üle, mis õigustaks sisehangete erandi kohaldamist.

Üksuse suurus ja keeruline struktuur võivad olla tegurid, mis võivad kõiki konkreetse juhu asjaolusid tervikuna hinnates aidata jõuda järeldusele, et sellise üksuse autonoomia on nii suur, et välistab analoogse kontrolli.

Sisehangete erandit ei või kohaldada, kui teine lepingupool võib oma põhikirja kohaselt osutada konkurentsi tingimustes teenuseid avalik-õiguslikele üksustele, kes ei ole tema liikmed, või eraõiguslikele üksustele, kuni nende teenuste osutamise arvestuslik maht ei ületa 20% eelmisel majandusaastal kinnitatud kogukäibest.

40 — Vt eespool 24. ja 38. joonealune märkus.