



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PAOLO MENGOTZI
esitatud 23. jaanuaril 2014¹

Kohtuasi C-15/13

**Technische Universität Hamburg-Harburg,
Hochschul-Informationssystem GmbH versus
Datenlotsen Informationssysteme GmbH**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Saksamaa))

Riigihanked — Direktiiv 2004/18/EÜ — Siseteingu sõlmimise tingimused — „Horisontaalsed sisetehtingud” — Hankija ja teine lepingupool, kes on juriidiliselt eraldiseisvad isikud ning kelle vahel puudub kontrollsuhe — Hankija ja lepingupoole üle kolmanda isiku poolt, kes on samuti ametiasutus, teostatav kontroll — „Analoogse kontrolli” tingimuse ulatus — Koostöö avalik-õiguslike üksuste vahel

1. Käesolev eelotsusetaotlus, mille esitas Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, seab Euroopa Kohtu silmitsi riigihangete valdkonna sellise kaasusega, mida varem ei ole ette tulnud ning mis võimaldab tal täpsustada selle kohtupraktika ulatust, mille kohaselt on teatud tingimustel võimalik jätta teatavate hankelepingute puhul kohaldamata riigihankemenetlusi käsitlevad Euroopa eeskirjad.

2. Täpsemalt palutakse Euroopa Kohtul käesolevas kohtuasjas määrata, kas – ja vajaduse korral, millistel tingimustel – võivad nn horisontaalsed sisetehtingud jääda välja direktiivi 2004/18/EÜ² kohaldamisalast ning need võib sõlmida otse, ilma selles direktiivis ette nähtud riigihankemenetlust korraldamata. Mõiste „horisontaalsed sisetehtingud” all mõeldakse lepingu sõlmimist hankija ning lepingupoole vahel, kelle vahel ei ole mingisugust kontrollsuhet, kuid kes on mõlemad allutatud ühe ja sama institutsiooni analoogsele kontrollile – kes on omakorda hankija direktiivi 2004/18 tähenduses – ning kes tegutsevad peamiselt sellise ühise institutsiooni huvides.

3. Küsimus, mille eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtule esitas, on sisuliselt mõeldud selle väljaselgitamiseks, kas ka sellist laadi tehingu puhul on võimalik teha erand riigihankemenetluse korraldamisest nende erandite eeskujul, mis on määratletud Euroopa Kohtu praktikas ja millele eelotsusetaotlus sõnaselgelt viitab.

4. Esimene neist eranditest, mis tuleneb kohtuotsusest Teckal³, seondub nn sisetehtingutega, mille puhul kohtupraktikas on mööndud, et hankijal puudub riigihankemenetluse korraldamise kohustus, kui ta teostab teise lepingupoole üle „analoogset kontrolli” sellega, mida ta teostab oma enda struktuuriüksuste üle, ning see lepingupool tegutseb peamiselt koos teda kontrolliva hankija või

1 — Algkeel: itaalia.

2 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv 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).

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

hankijatega.⁴ Küsimuse üle, kas selline erand on kohaldatav „horisontaalsete sisetehingute” suhtes, käib õigusteerias ulatuslik vaidlus ning Euroopa Kohtul ei ole veel olnud võimalust selle kohta oma arvamust avaldada, sest tal on oma eelnevas ning praeguseks arvukas kohtupraktikas olnud võimalus tegeleda üksnes selliste sisetehingutega, mille puhul hankija ning teise lepingupoole vaheline suhe oli vertikaalne.⁵

5. Teine Euroopa Kohtu praktikas⁶ välja arendatud erand, millele eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab, seondub aga hoopis võimalusega jätta liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamisalast välja sellised hankepingud, mis jäävad nn avalik-õiguslike üksuste vahelise koostöö raamesse.

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

6. Direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punkti a kohaselt on „[r]iigihankepingud [...] 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”. [Mõiste „ostja” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hankija”.]

7. Direktiivi 2004/18 artikkel 7 näeb ette piirmäärad, mille ületamise korral kuuluvad riigihanked selle direktiivi kohaldamisalasse. Põhikohtuasjas tähtsust omavate asjaolude ilmnemise hetkel oli selliseks piirmääraks 193 000 eurot.⁷ Direktiivi 2004/18 artikli 20 kohaselt sõlmitakse „[l]epingud, mille objektiks on II A lisas loetletud teenused, [...] vastavalt artiklitele 23–55”. Direktiivi 2004/18 artikkel 28 näeb ette, et kui erandid välja arvata, kasutatakse hankepingute sõlmimisel avatud või piiratud menetlust. Direktiivi 2004/18 II A lisa hõlmab kategooriat nr 7 „[a]rvutiteenused ja nendega seotud teenused”.

B. Siseriiklik õigus

8. Saksamaa põhiseaduse § 5 lõige 3 sätestab, et „[k]unst ja teadus, uurimine ja õpetus on vabad”.

9. Saksamaa põhiseaduse § 91c lõike 1 kohaselt „[võivad] liit ja liidumaad teha koostööd oma ülesannete täitmiseks vajalike informaatikasüsteemide kavandamiseks, loomiseks ja haldamiseks”.

10. Riigihankeid reguleerivad siseriiklikud eeskirjad on sätestatud Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen’is (konkurentsipiirangutevastane seadus, edaspidi „GWB”), mille §-s 99 on määratletud riigihankepingu mõiste.⁸

4 — Vt näiteks eespool viidatud kohtuotsus Teckal, punkt 50; 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-4137, punkt 33); 19. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-295/05: Asemfo (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) ja 29. novembri 2012. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-182/11 ja C-183/11: Econord, punkt 25.

5 — Vt eelmises joonealuses märkuses viidatud kohtuasjad.

6 — 9. juuni 2009. aasta otsus kohtuasjas C-480/06: komisjon vs. Saksamaa (EKL 2009, lk I-4747, punktid 37, 44 ja 47); 19. detsembri 2012. aasta otsus kohtuasjas C-159/11: Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punktid 34 ja 35, ja 20. juuni 2013. aasta määrus kohtuasjas C-352/12: Consiglio Nazionale degli Ingegneri, punkt 43 jj.

7 — Vt direktiivi 2004/18 artikli 7 punkt b, komisjoni 30. novembri 2009. aasta määrusega (EÜ) nr 1177/2009 (ELT L 314, lk 64) muudetud kujul.

8 — GWB § 99 kohaselt on „riigihankepingud [...] ettevõtja ning hankija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste kohustustega seotud lepingud, mille esemeks on ehitustööd, asjad või teenused, ehitustööde kontsessioonid ja ideekonkursid, mille tulemus on teatava teenuse tellimine”.

11. Hamburgisches Hochschulgesetz (Hamburgi kõrgharidusseadus, edaspidi „HmbHSchG“) näeb ette Freie und Hansestadt Hamburgi (Vaba- ja Hansalinn Hamburg, edaspidi „Hamburgi linn“) avalik-õiguslike kõrgharidusasutuste suhtes kohaldatavad eeskirjad.

12. HmbHSchG § 2 kohaselt: „Hamburgi linna kõrgharidusasutused on iseseisvad avalik-õiguslikud isikud“, kes „reguleerivad oma autonoomse pädevuse teostamist põhimääruse ja põhikirja abil“.

13. HmbHSchG § 5 „Autonoomia“ kohaselt teostavad kõrgharidusasutused oma autonoomset pädevust sõltumatult ning nende tegevuse õiguspärasust kontrollivad pädevad ametiasutused. Autonoomne pädevus on delegeerimata pädevus.

14. HmbHSchG § 6 reguleerib kõrgharidusasutuste rahastamist ning selle lõikes 2 on määratletud delegeeritud pädevus, mida nimetatud asutused teostavad; sellise delegeeritud pädevuse alla kuulub muu hulgas nende käsutusse antud vahendite haldamine, sealhulgas arvete koostamine, eelarve haldamine ja raamatupidamisarvestuse pidamine, nende käsutusse antud kinnis- ja vallasvara haldamine, töötajate ja nende värbamisega seotud küsimused ning koolitusvõime kindlaksmääramine ja haridusasutusse vastuvõetavate tudengite arvu puudutavad ettepanekud. Sama paragrahvi lõike 3 kohaselt võib nimetatud asutustele delegeerida ka muid pädevusi. Lõpuks näeb selle paragrahvi lõige 4 ette, et pädevad ametiasutused teostavad suuniste ja üldiste juhendite abil nimetatud asutuste üle seoses delegeeritud pädevuse teostamisega „otstarbekuse järelevalvet“⁹.

II. Asjaolud, siseriiklik menetlus ja eelotsuse küsimused

15. Technische Universität Hamburg-Harburg (Hamburgi tehnikaülikool, edaspidi „TUHH“), kes on eelotsusetaotluse esitanud kohtus pooleliolevas kohtuasjas apellant, on Hamburgi linna avalik-õiguslik kõrgharidusasutus. Tegemist on hankijaga direktiivi 2004/18 tähenduses.¹⁰

16. Hochschul Informations System GmbH (edaspidi „HIS“) on samuti TUHH kõrval eelotsusetaotluse esitanud kohtus poolelioleva kohtuasja apellant; tegemist on osaühingu vormis asutatud riigi ja kohaliku omavalitsuse ettevõtjaga, mille osakapital kuulub kolmandiku osas Saksamaa Liitvabariigile ning kahe kolmandiku osas kuueteistkümnemele Saksamaa liidumaale, sealhulgas Hamburgi linnale, kellel on HIS osakapitalis 4,16% suurune osalus. HIS põhikirja artikli 2 kohaselt on tema tegevusala avalik-õiguslike kõrgharidusasutuste ning pädevate ametiasutuste abistamine nende kõrghariduse andmise ülesande ratsionaalse ja majanduslikult tõhusa täitmise eesmärgil; ta teeb seda muu hulgas kõrghariduse haldamise ratsionaliseerimise menetluste väljaarendamise, selliste menetluste kehtestamises ja kohaldamises osalemise ning teabega varustamise ja teabevahetuse korraldamise abil. HIS põhikirja artikli 3 kohaselt toimub HIS kogu tegevus avalikes huvides ning tal puudub tulu teenimise eesmärk.

17. Soovides omandada kõrghariduse haldamiseks informaatikasüsteemi, viis TUHH läbi kahe sellise süsteemi hindamise; ühe neist oli välja arendanud HIS, teise äriühing Datenlotsen Informationssysteme GmbH (edaspidi „Datenlotsen Informationssysteme“). Pärast nende kahe süsteemi võrdlemist otsustas TUHH 7. aprillil 2011 sõlmida HIS-ga lepingu, mille ese on viimase välja arendatud süsteemi installeerimine, sõlmides seega otselepingu, ilma et ta oleks kohaldanud riigihangete tarvis direktiivis 2004/18 ette nähtud riigihankemenetlust.

9 — Euroopa Kohtule esitatud seisukohtadest ilmneb, et Saksa haldusõiguses on „otstarbekuse järelevalve“ põhjalikum õiguspärasuse kontrollist ning see hõlmab ka haldusakti või haldustoiminguga otstarbekust.

10 — Vt direktiivi 2004/18 artikli 1 lõige 9.

18. Pidades nimetatud hankelepingu otse sõlmimist HIS-ga ebaseaduslikuks, vaidlustas Datenlotsen Informationssysteme hankelepingu sõlmimise otsuse riigihangete asjades pädevas esimese astme kohtus Hamburgi linna Vergabekammer bei der Finanzbehörde's, kes kaebuse rahuldab. See kohus asus eeskätt seisukohale, et ei ole täidetud Euroopa Kohtu praktikas sisetehingu sõlmimiseks kehtestatud tingimused, kuna TUHH ja HIS vahel puudub kontrollisuhe.

19. HIS ja TUHH vaidlustasid esimese astme kohtu otsuse eelotsusetaotluse esitanud kohtus.

20. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et Euroopa Kohtul ei ole veel olnud juhust selgitada, kas kohtupraktika, mis näeb sisetehingute puhul ette erandi riigihankealaste õigusnormide kohaldamisest, on kohaldatav ka sellise „horisontaalse sisetehingu” puhul, nagu on kõne all põhikohtuasjas. Ta on siiski seisukohal, et sellise sisetehinguid puudutava erandi mõte ja eesmärk, nagu on välja arendatud Euroopa Kohtu praktikas, näivad lubavat hõlmata sellised tehingud nimetatud erandiga, vabastades seega hankija kohustusest korraldada sellist laadi riigihanke puhul riigihankemenetlus. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib siiski, et kuna kohtupraktika kohaselt tuleb erandeid riigihankemenetluse kohaldamisest tõlgendada kitsalt, peab Euroopa Kohus sedastama, kas horisontaalsed sisetehingud saavad või ei saa kuuluda sellise erandi kohaldamisalasse.

21. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on lisaks seisukohal, et ei ole täidetud selle Euroopa Kohtu praktikas välja arendatud erandi kohaldamise tingimused, mis seondub koostööga avalik-õiguslike üksuste vahel, sest esiteks on HIS asutatud eraõiguse alusel osatühingu vormis ning teiseks ei ole talle otseselt asetatud avaliku teenuse osutamise ülesannet.

22. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib ka seda, et asjakohaste õigusnormide kohaselt on sellistel kõrgharidusasutustel nagu TUHH uurimise ja õpetamise valdkonnas ulatuslik autonoomia ning et sellise autonoomse pädevuse teostamist puudutavas kontrollitakse vaid selle õiguspärasust. Sellegipoolest kuulub tema menetluses oleva kohtuvaidluse esemeks olev leping asjade ja teenuste hanke valdkonda, mille üle pädevatel ametiasutustel on selline kontrollipädevus, mille alusel nad võivad ülikooli võetud otsused isegi tühistada ja muuta. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul on seetõttu kahtlusi seoses sellega, kas kohtuotsusest Teckal tulenevast kohtupraktikast pärinev „analoogse kontrolli” tingimus, mis oleks täidetud asjade ja teenuste hanke valdkonna puhul, ei peaks mitte laienema teise lepingupoole kõigile tegevusvaldkondadele.

23. Neist kaalutlustest lähtudes otsustas eelotsusetaotluse esitanud kohus 6. novembri 2012. aasta kohtumäärusega poolelioleva kohtumenetluse peatada ning esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas [direktiivi 2004/18] artikli 1 lõike 2 punkti a kohaseks riigihankelepinguks tuleb pidada ka sellist lepingut, mille puhul hankija ei teosta teise lepingupoole üle oma struktuuriüksuste üle teostatava kontrolliga analoogset kontrolli, vaid nii hankija kui ka tema lepingupoole üle teostab kontrolli üks ja seesama asutus, kes omakorda on hankija direktiivi 2004/18 tähenduses, ning hankija ja tema lepingupool tegutsevad peamiselt selle asutuse huvides (horisontaalne sisetehing)?

Kui esimesele küsimusele tuleb vastata jaatavalt,

2. kas oma struktuuriüksuste üle teostatava kontrolliga analoogne kontroll peab hõlmama lepingupoole kogu tegevust või piisab sellest, kui see piirdub tema riigihankealase tegevusega?”

III. Menetlus Euroopa Kohtus

24. Eelotsusetaotlus saabus Euroopa Kohtu kantseleisse 10. jaanuaril 2013. Kirjalikud seisukohad esitasid TUHH, HIS, Datenlotsen Informationssysteme GmbH, Tšehhi, Itaalia, Hispaania ja Ungari valitsus ning Euroopa Komisjon. 21. novembril 2013 toimunud kohtuistungil esitasid oma seisukohad suuliselt TUHH, HIS, Datenlotsen Informationssysteme GmbH, Hispaania valitsus ja komisjon.

IV. Õiguslik analüüs

A. Esimene eelotsuseküsimus

25. Oma esimese eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada saada, kas horisontaalne sisetehing – st lepingu sõlmimine hankija ja lepingupoole vahel, kelle vahel ei ole mingisugust kontrollisuhet, kuid kes on mõlemad allutatud ühe ja sama institutsiooni kontrollile, kes on omakorda hankija direktiivi 2004/18 tähenduses ning kelle huvides nad peamiselt tegutsevad – kujutab endast riigihanget direktiivi 2004/18 tähenduses ning selle suhtes tuleb seega kohaldada nimetatud direktiivis ette nähtud riigihankemenetlust.

26. Kõigepealt tuleb märkida, et direktiivi 2004/18 kohaldamisel riigihanke suhtes kehtib tingimus, et hanke eeldatav maksumus peab küündima kõnealuse direktiivi artikli 7 punktis b kehtestatud piirmäärani, võttes aluseks nende tööde, kaupade ja teenuste turuväärtuse, mida asjaomane riigihange puudutab. Vastasel juhul kohaldatakse EL toimimise lepingu alusnorme ja üldpõhimõtteid.¹¹ Eelotsusetaotlusest aga selgub, et vaidlusaluse lepingu maksumust hinnatakse vähemalt 840 000 eurole; selline maksumus ületab selgelt piirmäära¹², mistõttu asjaomane leping kuulub direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse.

27. Vastavalt direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 2 punktile a tuleb ettevõtja ja hankija sõlmitud rahaliste kohustustega seotud lepinguid, mille objektiks on selle direktiivi II A lisas viidatud teenuste osutamine, käsitada riigihankelepingtona.¹³

28. Euroopa Kohtule esitatud toimikus sisalduvast teabest järeldub esiteks, et põhikohtumenetluses kõne all olev otseleping sõlmiti hankija TUHH ja ettevõtja HIS vahel, ning teiseks, et põhikohtumenetluses kõne all oleva lepingu esemeks olevad teenused on hõlmatud direktiivi 2004/18 II A lisa kategooria nr 7 kohase mõistega „[a]rvutiteenused ja nendega seotud teenused”.

29. Selles osas tuleb märkida, et kohtupraktika kohaselt on riigihanke mõistega seoses tähtsusetu see, et lepingupoole peamine eesmärk ei ole tulu teenimine,¹⁴ nagu see on HIS puhul vastavalt selle põhikirja artiklile 3¹⁵. Lisaks sellele, mis puudutab kõnealuse lepingu seotust rahaliste kohustustega, tuleb märkida, et kohtupraktika kohaselt ei saa leping jääda hõlmamata riigihanke mõistega üksnes seetõttu, et lepingus ette nähtud tasu piirneb kokkulepitud teenuse osutamise käigus tekkivate kulude

11 — Esitatud küsimusele antavat vastust ei mõjuta siiski asjaolu, et põhikohtuasjas käsitlusel olev leping võib kuuluda kas direktiivi 2004/18 või EL toimimise lepingu alusnormide ja üldpõhimõtete kohaldamisalasse. Nimelt kehtivad Euroopa Kohtu praktikas selle hindamiseks kehtestatud kriteeriumid, kas hankemenetluse eelnev läbiviimine on kohustuslik või mitte, nii kõnealuse direktiivi kui ka EL toimimise lepingu nimetatud normide ja põhimõtete tõlgendamisel. Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punktid 23 ja 24.

12 — Vt eespool punkt 7.

13 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punkt 25.

14 — Vt selle kohta 23. detsembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-305/08: CoNISMa (EKL 2009, lk I-12129, punktid 30 ja 45) ning eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punkt 26.

15 — Vt eespool punkt 16.

hüvitamisega.¹⁶ Seetõttu ei ole isegi juhul, kui põhikohtumenetluses kõne all olev leping ei näe ette turuhinna tasumist HIS poolt TUHH-le osutatavate arvutiteenuste osutamise eest (selle peab välja selgitama eelotsusetaotluse esitanud kohus), see asjaolu kõnealuse lepingu riigihankena määratlemist puudutavas otsustava tähtsusega.¹⁷

30. Eelnevaid kaalutlusi arvestades ning ilma et see mõjutaks eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevusse kuuluvaid vajalikke tuvastusi, olen seega seisukohal, et põhikohtumenetluses vaidluse all oleva lepingul on sellisele riigihanketele omased tunnused, mille kui sellise suhtes tuleb põhimõtteliselt kohaldada direktiivis 2004/18 ette nähtud riigihankemenetlust.

31. Nagu märgitud eespool punktides 4 ja 5, tuleneb Euroopa Kohtu praktikast siiski, et on olemas kaks riigihankelepingute kategooriat, mis jäävad liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamisalast välja¹⁸ ning mille puhul on hankija seega vabastatud kohustusest korraldada selline riigihankemenetlus, nagu on ette nähtud direktiivis 2004/18.

32. Tegemist on eeskätt esiteks riigihangetega, mis jäävad nn sisetehingute erandi alla, ning teiseks riigihangetega, mis jäävad avalik-õiguslike üksuste vaheliste koostöölepingute tarvis ette nähtud erandi alla. Kuivõrd eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab oma taotluses määruuses mõlemale Euroopa Kohtu praktikas välja arendatud erandile (mille üle toimus kohtuistungil pealegi vaidlus), pean vajalikuks analüüsida mõlemat.

1. Sisetehingute erandi kohaldatavus horisontaalsete sisetehingute suhtes

33. Nagu eespool rõhutatud, näeb kohtuotsusest Teckal¹⁹ alguse saanud väljakujunenud kohtupraktika ette, et hankija võib olla vabastatud kohustusest korraldada riigihankemenetlus juhul, kui on täidetud kaks kumulatiivset tingimust: esiteks peab hankija teostama lepingupoole üle analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab omaenda struktuuriüksuste üle, ning teiseks peab lepingupool tegutsema peamiselt koos teda kontrolliva hankija või teda kontrollivate hankijatega.²⁰

34. Seoses nimetatud tingimustest esimesega tuleb meenutada, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on „analoogse kontrolliga” tegu siis, kui asjaomane lepingupool allub sellisele kontrollile, mis võimaldab hankijal mõjutada tema otsuseid. Tegemist peab olema võimalusega avaldada otsustavat mõju nii selle üksuse strateegilistele eesmärkidele kui ka olulistele otsustele. Teisisõnu peab hankijal olema võimalik teostada sellise üksuse üle struktureaalset ja funktsionaalset kontrolli. Euroopa Kohus nõuab lisaks, et selline kontroll peab olema tegelik.²¹

35. Kohtupraktika kohaselt võivad ametiasutused neile ühiselt kuuluva üksuse abi kasutamisel teostada tema üle „analoogset kontrolli” ka ühiselt, ilma et oleks vältimatult vajalik, et seda kontrolli teostaks igaüks neist individuaalselt.²²

16 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punkt 29.

17 — Vt selle kohta kohtujurist Trstenjaki poolt eespool viidatud kohtuasjas Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt 23. mail 2013 esitatud ettepaneku punktides 30–34 esitatud kaalutlused.

18 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punkt 31, ja eespool viidatud kohtumäärus Consiglio Nazionale degli Ingegneri, punkt 40.

19 — Eespool viidatud kohtuotsus.

20 — Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

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

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

36. Aga kuivõrd üks kohtupraktikas sisetehingute jaoks välja arendatud erandi kohaldamise kumulatiivsetest tingimustest on kontrollsuhte olemasolu hankija ja lepingupool vahel, on selge, et sellist erandit ei saa sellisena kohaldada horisontaalsete sisetehingute puhul, mille määratlusest endast tuleneb, et nimetatud subjektide vahel puudub otsene kontrollsuhe.²³ Sellest järeldub seega, et õiguse praeguse seisu juures tuleb nende tehingute suhtes põhimõtteliselt kohaldada direktiivis 2004/18 ette nähtud riigihankemenetlust.

37. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on siiski seisukohal, et sellise „sisetehingute erandi” eesmärk, nagu on Euroopa Kohtu praktikas välja arendatud vertikaalsete sisetehingute tarvis, näib lubavat arvata nimetatud erandi kohaldamisalasse ka horisontaalsed sisetehingud. See oleks siiski võimalik ainult laiendades kõnealuse erandi ulatust nii, et selle alla kuuluksid ka tehingud, mille puhul vaatamata sellele, et nii hankija kui ka lepingupool on allutatud ühe teise ametiasutuse analoogsele kontrollile, ei ole ikkagi täidetud kohtupraktikas ette nähtud esimene tingimus, sest kahe lepingupool vahel puudub otsene kontrollsuhe. Leian, et selles osas on vaja esitada mõningad kaalutlused.

38. Esiteks tuleb meenutada, et Euroopa Kohus on korranud, et liidu riigihankealaste õigusnormide peamine eesmärk on teenuste vaba liikumine ning võimalikult suur konkurentsile avatus kõigis liikmesriikides.²⁴ Selline eesmärk tähendab, et mis tahes hankija on kohustatud kohaldama liidu riigihankealaste õigusnorme, kui on täidetud neis seatud eeldused, mistõttu mis tahes erandit sellisest kohustusest tuleb tõlgendada kitsalt.²⁵ Sellest tuleneb, et liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamisest tehtava erandi kohaldamisala laiendamise küsimusele tuleb läheneda suure ettevaatusega.

39. Teiseks tuleb ikkagi meenutada ka asjaolu, et Euroopa Kohus on möönnud, et hankijast ametiasutusel on lubatud täita tal lasuvaid avaliku huvi ülesandeid omaenda administratiivsete, tehniliste või muud laadi vahenditega, ilma et ta oleks kohustatud kasutama selliste asutuseväliste üksuste abi, mis ei ole tema enda struktuuriüksused.²⁶

40. Ja just nimelt sellele eeldusele tuginedes tunnistas Euroopa Kohus sisetehingute puhul erandi olemasolu riigihankemenetluse kohaldamisest. Nimelt, kui ametiasutus täidab tal lasuvaid avaliku huvi ülesandeid üksuse abil, mis kujutab endast omavahendit, ei ole tegemist hankijast juriidiliselt eraldiseisva üksusega sõlmitud rahaliste kohustustega seotud lepinguga ning seega ei ole täidetud liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamise eeldused.²⁷

41. Kohtupraktika tähelepanelikust uurimisest järeldub lisaks,²⁸ et sisetehingute tarvis kehtestatud erandi põhjus peitub just nimelt asjaolus, et kuivõrd lepingupool ei ole sellist autonoomiat, mis takistaks hankijal teostada tema üle analoogset kontrolli sellega, mida viimane teostab oma enda struktuuriüksuste üle, siis ei saa kahe subjekti vahel olla lepingulist suhet selle mõiste kitsas tähenduses, sest tegemist ei ole „kahe sellise autonoomse tahte ühtimisega, mis esindavad eraldiseisvaid õigushuve”.²⁹

23 — Vt eespool punktid 2 ja 25.

24 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus CoNISMa, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika.

25 — Vt muu hulgas eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punktid 44 ja 46, eespool viidatud kohtuotsus Parking Brixen, punkt 63, ning 6. aprilli 2009. aasta otsus kohtuasjas C-410/04: ANAV (EKL 2009, lk I-3303, punkt 26).

26 — Vt muu hulgas eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 48, eespool viidatud kohtuotsus Coditel Brabant, punkt 48, eespool viidatud kohtuotsus komisjon vs. Saksamaa, punkt 45, ja eespool viidatud kohtuotsus Sea, punkt 57.

27 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Stadt Halle ja RPL Lochau, punkt 48.

28 — Vt selle kohta kohtujurist Cruz Villalóni kohtupraktika analüüs eespool viidatud kohtuasjas Econord 19. juulil 2012 esitatud ettepaneku punktis 38 jj.

29 — Vt kohtujurist Cosmasi poolt eespool viidatud kohtuasjas Teckal 1. juulil 1999 esitatud ettepanek, punkt 64, ja kohtujurist Cruz Villalóni poolt eespool viidatud kohtuasjas Econord esitatud eespool viidatud ettepanek, punkt 43. Vt ka eespool viidatud kohtuotsuse Teckal punktid 49 ja 50 koostoimes.

42. Kuid olen arvamisel, et kui horisontaalne sisetehing asetub sellisel hankijal lasuvate avaliku huvi ülesannete täitmise konteksti, kes täidab need ülesanded kahe üksuse abil, kelle üle ta teostab analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma enda struktuuriüksuste üle, võib sellise „sisetehingute erandi” põhjus olla põhimõtteliselt ülekantav. Nimelt: vastavalt eespool punktis 39 nimetatud kohtupraktikale, kui ametiasutus kasutab oma avaliku huvi ülesannete täitmiseks omavahendeid, ei tohi ta olla kohustatud kasutama selliste asutuseväliste üksuste abi, mis ei ole tema enda struktuuriüksused. See kehtib minu arvates ka juhul, kui selliseks omavahendiks on kaks üksust, kelle üle selline ametiasutus teostab kontrolli, ning selliste ülesannete täitmiseks, kui lepingu sõlmimine nende üksuste vahel osutub vajalikuks. Ka sellisel juhul võiksid seega teatud tingimustel puududa eeldused liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamiseks.

43. Tuleb siiski meenutada, et nagu märgitud eespool punktides 40 ja 41, seisneb sisetehingute erandi kohaldamist õigustav põhjus asjaolus, et kõnealuse lepingu sõlmimine ei ole mitte ametiasutuse struktuuriüksuste autonoomse tahte väljenduse tagajärg, vaid üheainsa tahte väljendus. Selles osas on aga selge, et horisontaalse sisetehingu puhul on hankija ja lepingupoole vaheline suhe palju nõrgem sellest, mis esineb vertikaalse sisetehingu puhul. Tegemist ei ole nimelt mitte otsese kontrollisuhtega, vaid üksnes kaudse seosega, mille ulatus sõltub sellest, millised on nende kahe üksuse ja nende ühise kontrolliasutuse omavahelised vastavad suhted.

44. Kuid sellises kontekstis saab tingimus, mille kohaselt leping peab olema üheainsa tahte avaldus, minu arvates olla täidetud ainult juhul, kui lepingu sõlminud kahte üksust kontrollib üks ja sama ametiasutus *üksinda*. Ainult sellisel juhul saab minu arvates asuda seisukohale, et lepingu sõlmimine on ametiasutuse üheainsa tahteavalduse väljendus, kusjuures see ametiasutus soovib selle lepinguga täita tal lasuvaid avaliku huvi ülesandeid omavahenditega. Nimelt, kui lepingu sõlmivad üksus, kelle üle teostavad kontrolli mitu ametiasutust koos, ja üks teine, esimese üksuse üle kontrolli teostavatest ametiasutustest ühe poolt kontrollitav üksus (ükskõik, kas viimast kontrollib üks ametiasutus üksinda või mitu ametiasutust koos), on raske asuda seisukohale, et leping on üheainsa tahte väljendus.

45. Selles kontekstis olen seega seisukohal, et horisontaalsete sisetehingute puhul on erandi tegemine liidu õigusnormide kohaldamisest lubatud ainult siis, kui organ, kes teostab analoogset kontrolli kahe subjekti, st hankija ja tema lepingupoole üle, ei ole mitte ainult üks ja sama ametiasutus, vaid lisaks teostab nende kahe subjekti üle kontrolli üksinda. Seega olen seisukohal, et tuleb välistada võimalus laiendada sisetehingute erandit sellistele horisontaalsetele sisetehingutele, mille sõlmivad subjektid, kelle üle ametiasutus teostab kohtupraktikas määratletud analoogset kontrolli koos teiste hankijatega.

46. Selline piirav lähenemisviis seoses analoogse kontrolli laadiga, mida kontrolliv ametiasutus peab tingimata teostama kahe riigihankelepingu sõlminud subjekti üle, selleks et horisontaalsete sisetehingute suhtes oleks kohaldatav erand liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamisest, näib mulle esiteks olevat kooskõlas sisetehingute erandi kehtestamise põhjusega ning Euroopa Kohtu väljendatud vajadusega – mida on nimetatud ka eespool punktis 38 – tõlgendada sellist erandit kitsalt ja teiseks ka vastavat käesolevas kohtuasjas seisukohad esitanud eri poolte esitatud nõudele mitte laiendada erandeid riigihanke korra mõistlikkuse piire ületades; vastasel juhul jäetaks olulised majandussektorid välja riigihangete korra kohaldamisalast ning konkurentsile avatuse eesmärgi alt,³⁰ mille saavutamist selle korraga taotletakse, nagu on märgitud eespool punktis 38.³¹

30 — Vt selle kohta ka eespool viidatud kohtuotsus Carbotermo ja Consorzio Alisei, punktid 58 ja 59.

31 — Muuseas tuleb märkida, et analoogset lahendust näib järgivat Euroopa Parlamendi ja nõukogu riigihangetealase direktiivi ettepaneku – mis on praegu arutamisel nõukogus – viimane versioon (nõukogu dokument nr 11745/13, vt eeskätt selle ettepaneku artikli 11 lõige 2).

47. Põhikohtuasja puudutavas osas tuleneb Euroopa Kohtule esitatud toimikus sisalduvast teabest, et võib olla nii, et Hamburgi linn teostab HIS üle analoogset kontrolli koos teiste liidumaade ja liitvabariigiga; seda ei ole lisaks vaidlustanud ükski menetlusse astuja.³² Seetõttu, isegi eeldusel, et Hamburgi linn teostab TUHH üle analoogset kontrolli üksinda (selle peab igal juhul tuvastama eelotsusetaotluse esitanud kohus, arvestades ka tema poolt Euroopa Kohtule esitatud teisele eelotsuse küsimusele antud vastust), ei oleks horisontaalsete sisetehingute erand, nagu see on piiritletud eelnevates punktides, ikkagi kohaldatav.

48. Kokkuvõttes tuleneb eespool toodud kaalutlustest, et – ilma et see mõjutaks eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevusse kuuluvaid tuvastusi – selline leping, nagu see, mis on kõne all põhikohtuasjas, kujutab endast riigihankelepingut direktiivi 2004/18 tähenduses, kuivõrd tegemist on hankija ja ettevõtja vahel kirjalikult sõlmitud lepinguga, mille ese on teenuste osutamine viidatud direktiivi tähenduses. Sellisena kuulub leping põhimõtteliselt nimetatud direktiivis ette nähtud riigihankemenetluste kohaldamisalasse. Olenemata sellest, kas ühelt poolt Hamburgi linna ja teiselt poolt TUHH ja HIS vahel on „analoogse kontrolli” suhe, ei saa sellise riigihanke puhul kohaldada erandit riigihankemenetluse kohaldamisest kohtuotsuse Teckal kohtupraktika alusel, sest hankija, st TUHH ja lepingupoolest ettevõtja, st HIS vahel ei ole mingisugust kontrollisuhet. Minu arvates ei ole tegemist ka sellise horisontaalse sisetehingu alla kuuluva lepinguga, mille puhul oleks võimalik teha erand riigihankemenetluse kohaldamisest seetõttu, et tegemist on tehinguga, mille eesmärk on avaliku huvi ülesannete täitmine selle ametiasutuse poolt, kes teostab kontrolli kahe subjekti üle, kes lepingu sõlmivad, kuivõrd – nagu ma eespool punktides 44–46 juba märkisin – selline võimalus peab minu arvates piirduma juhtudega, mil kontrolliv ametiasutus teostab analoogset kontrolli kahe lepingupoole üle üksinda, millega aga eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses oleva kohtuasja puhul kohe kindlasti tegu ei ole.

2. Koostöö avalik-õiguslike üksuste vahel

49. Eelotsusetaotluse esitanud kohus kaalub ka võimalust, et põhikohtuasjas kõne all olev riigihange võib kuuluda teise riigihankemenetluste kohaldamise suhtes kohtupraktikas välja arendatud erandi alla, st eespool punktis 5 nimetatud erandi alla, mis on ette nähtud avalik-õiguslike üksuste koostöö tarvis.

50. Kohtupraktika kohaselt on sellise erandi kohaldamise eelduseks viie kumulatiivse nõude täitmine, mis peavad olema kõik täidetud selleks, et asjaomane leping võiks jääda liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamisalast välja.³³ Euroopa Kohus on asunud seisukohale, et riigihankemenetluste kohaldamisalast võivad välja jääda lepingud, mis esiteks näevad ette avalik-õiguslike üksuste vahel koostöö ja mis teiseks on suunatud selliste avalik-õiguslike üksuste ühise avaliku teenuse ülesande täitmisele. Kolmandaks peavad sellised lepingud olema sõlmitud ainuüksi avalik-õiguslike üksuste vahel, ilma et neis osaleks eraõiguslik pool. Neljandaks ei tohi ühtegi eraõiguslikku teenuseosutajat seada tema konkurentidega võrreldes eelisolukorda ning lõpuks, viiendaks, peab avalik-õiguslike üksuste lepinguline koostöö juhinduma ainuüksi avaliku huvi eesmärkide taotlemisega seotud kaalutlustest ja nõuetest.³⁴

51. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on küll tuvastada, kas käesoleval konkreetset juhul on kõik nimetatud kriteeriumid täidetud. Aga Euroopa Kohus võib siiski liikmesriigi kohtule anda kõik liidu õigusega seotud tõlgendusjuhised, mis võivad olla liikmesriigi kohtule otsuse tegemisel tarvilikud.³⁵

32 — Eeskätt komisjon vaidlustab kontrollisuhete olemasolu Hamburgi linna ja HIS vahel, sest esimene ei ole pidevalt esindatud HIS järelevalvenõukogus. Eelotsusetaotlusele antava vastusega arvestades ei ole seisukohavõtt selles küsimuses siiski vajalik.

33 — Eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punkt 36 ja seal viidatud kohtupraktika, ja eespool viidatud kohtumäärus Consiglio Nazionale degli Ingegneri, punkt 45.

34 — Eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punktid 34 ja 35 ning seal viidatud kohtupraktika, ja eespool viidatud kohtumäärus Consiglio Nazionale degli Ingegneri, punktid 43 ja 44.

35 — Vt 26. septembri 2013. aasta otsus kohtuasjas C-418/11: Texdata Software, punkt 55 ja seal viidatud kohtupraktika.

52. Eeskätt väljendab eelotsusetaotluse esitanud kohus kahest aspektist kahtlust seoses sellega, kas avalik-õiguslike üksuste vahelise koostöö tarvis ette nähtud erand on käesoleva kohtuasja suhtes kohaldatav.

53. Esiteks välistab eelotsusetaotluse esitanud kohus sellise erandi kohaldatavuse seetõttu, et HIS näol on tegemist eraõiguse alusel asutatud osahinguga. Eelotsusetaotluse selline seisukoht tõstatab küsimuse kõnealuse erandi isikulise kohaldamisala kohta.

54. Selles osas tuleb märkida, et eespool viidatud kohtuotsuses komisjon *vs.* Saksamaa, mis oli esimene kohtuasi, kus sellise erandi olemasolu tunnistati, kasutas Euroopa Kohus nende isikute määramiseks, kes võivad koostööd teha, väljendit „ametiasutused”³⁶, vaatamata sellele, et tookord oli asjaomane koostööleping sõlmitud Hamburgi linna ja nelja sellega piirneva Landkreise vahel.³⁷ Asjaolu, et Euroopa Kohus kasutas seda mõistet, viitas sellele, et erand ei ole piiratud ainult kohalike omavalitsusüksuste vahelise koostööga.³⁸ Hiljem kasutas Euroopa Kohus eespool viidatud kohtuotsuses Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt „avalik-õiguslike üksuste” vahelise koostöö mõistet.³⁹

55. Terminoloogiaküsimusest sõltumata olen siiski seisukohal, et selles osas tuleb pooldada funktsionaalset, mitte formaalset lähenemisviisi.⁴⁰ Sellest vaatepunktist olen seisukohal, et koostöös osaleva isiku eraõiguslik vorm ei ole iseenesest takistuseks kõnealuse erandi kohaldamisel, kui on siiski tuvastatud, et sellele vaatamata kuulub see isik tegelikult avalikku sektorisse;⁴¹ see näib mulle olevat selgelt nii sellise HIS moodi äriühingu puhul, mille osakapital kuulub täies ulatuses avalikule sektorile.

56. Minu arvates ei nõua eespool punktis 50 nimetatud kohtupraktikas välja arendatud tingimustest kolmas seda, et koostöös kokku leppivad üksused oleksid formaalselt avalik-õiguslikud isikud, vaid nõuab pigem, et neil üksustel ei oleks absoluutselt mingisuguseid erahuve. Selles osas võib lisada, et erahuvide osalemine peab olema välistatud kogu põhikohtuasjas kõne all oleva lepingu kehtimise ajal. Nimelt, kui eraõiguse alusel asutatud hankija kapitalis võiksid osalust omada ka eraõiguslikud aktsionärid, tähendaks see riigihankelepingu sõlmimist segaosalusega äriühinguga ilma hankemenetlust korraldamata; see oleks vastuolus liidu õigusega taotletavate eesmärkidega.⁴²

57. Teiseks on eelotsusetaotluse esitanud kohus seisukohal, et kohtupraktikas ette nähtud teine tingimus, st see, et koostöö peab olema suunatud kahele avalik-õiguslikule üksusele ühise avaliku teenuse ülesande täitmisele, ei ole käesolevas kohtuasjas täidetud, sest vaatamata sellele, et HIS põhikirja artiklid 2 ja 3 näevad ette, et selle tegevusala on kõrgharidusasutuste abistamine ning et seetõttu taotleb see üksus avaliku huvi eesmarke, ei saa tema sellist ülesannet siiski samastada tõelise avaliku teenuse ülesandega, mis oleks talle antud.

36 — Vt selle otsuse punktid 34, 44, 45 ja 47.

37 — Landkreiseid ehk maakonnad on Saksamaa haldusüksused, kuhu kuulub mitu samas geograafilises piirkonnas asuvat kohalikku omavalitsusüksust.

38 — Vt kohtujurist Trstenjaki eespool viidatud ettepanek kohtuasjas Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punkt 69.

39 — Vt selle otsuse punktid 34 ja 35.

40 — Pealegi analoogselt Euroopa Kohtu lähenemisviisiga seoses mõiste „hankija” ja „avalik-õiguslik isik” määratlusega direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 teise taande tähenduses. Vt selle kohta 13. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-337/06: Bayerischer Rundfunk jt (EKL 2007, lk I-11173, punkt 37) ja 10. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-393/06: Ing. Aigner (EKL 2008, lk I-2339, punkt 37).

41 — Selles osas märgin muu seas, et kohtupraktika kohaselt ei kujuta asjaolu, et üksus on asutatud eraõiguslikus vormis, endast midagi sellist, mis välistaks sellise üksuse määramise avalikku sektorisse kuuluvana ja seega hankijana (vt Euroopa Kohtu 15. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-214/00: komisjon *vs.* Hispaania, EKL 2003, lk I-4667, punkt 55, ja 16. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-283/00: komisjon *vs.* Hispaania, EKL 2003, lk I-11679, punkt 74, nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ (millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord; EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163) kohta, mille artikli 1 punktis b oli määratletud mõiste „avalik-õiguslik isik” samamoodi nagu direktiivis 2004/18). Tuleb pigem kontrollida (ja seda peab tegema eelotsusetaotluse esitanud kohus), kas asjaomase kohtupraktikaga arvestades vastab selline isik direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 teises lõigus ette nähtud kolmele kumulatiivsele tingimusele või mitte, samas kui täiesti tähtsusetu on sel puhul see, millises juriidilises vormis asjaomane isik on asutatud (vt eespool viidatud otsus kohtuasjas C-214/00: komisjon *vs.* Hispaania, punkt 54).

42 — Vt analoogia alusel eespool viidatud kohtuotsus ANAV, punkt 30.

58. Ma ei ole nõus seisukohaga, mille näib olevat võtnud eelotsusetaotluse esitanud kohus ning mille kohaselt selleks, et avaliku teenuse ülesannet saaks pidada koostöös osalevatele avalik-õiguslikele üksustele ühiseks, on tingimata vaja, et sellise ülesande *täitmine* on igale sellisele üksusele omane.

59. Nimelt, isegi kui on vajalik, et koostöö oleks suunatud *ühise* avaliku ülesande täitmisele, ning seetõttu ei piisa sellest, kui kõnealuse avaliku ülesande täitmise seadusest tulenev kohustus lasub ainult ühel asjaomasel avalik-õiguslikul üksusel, samas kui teine üksus piirdub selle ülesande täitmisel üksnes abistaja rolliga, võttes riigihanke korras sellise teise üksuse ülesande elluviimise enda peale,⁴³ olen siiski seisukohal, et ühise avaliku teenuse ülesande täitmisele suunatud koostööga võib olla tegemist ka siis, kui asjaomaste avalik-õiguslike üksuste avaliku teenuse ülesanded on üksteist *eriliselt täiendavad* ning koostöö ese ongi just nimelt sellised üksteist eriliselt täiendavad ülesanded. Täiendavuse mõiste ei saa siiski olla võtmeks, mis teeb võimalikuks koostöö alusel kohaldatava erandi kohaldamise mis tahes liiki seost omava tegevuse suhtes. Nimelt ei piisa minu arvates lihtsast täiendavusest avaliku teenuse ülesannete vahel. Vaja on, et selline täiendavus oleks eriline selles mõttes, et see peab olema kõigi asjaomaste avalik-õiguslike üksuste puhul konkreetselt seotud koostöö esemeks oleva ülesandega, näiteks on see minu meelest nii haridus- ja uurimistöö ülesandega põhikohtuasjas.

60. Selles osas tuleneb kohtutoimikus sisalduvast teabest, et HIS (äriühing, mille kogu kapital kuulub avalikule sektorile) konkreetne ülesanne on kõrgharidusasutuste abistamine nende kõrghariduse andmise ülesande ratsionaalse ja majanduslikult tõhusa täitmise eesmärgil. Selline ülesanne näib mulle aga olevat eriliselt täiendavas suhtes haridus- ja uurimistöö ülesandega, mida täitavad ülikoolid, mistõttu on kõigi ülejäänud tingimuste täidetuse korral mõeldav, et tegemist on koostööga, mis jääb kohtupraktikas välja arendatud avalik-õiguslike üksuste vahelise koostöö erandi alla. Lisan selles osas, et minu arvates ei ole analüüsi raames sugugi tähtsusetu asjaolu, et kõnealuse ülesande täitmine on Saksamaa põhiseaduse andja tahte väljendus, kes nägi põhiseaduse § 91c lõikes 1 ette koostöövormid liitvabariigi ja liidumaade vahel oma ülesannete täitmiseks vajalike informaatikasüsteemide loomiseks ja haldamiseks.

61. Olles analüüsinud kahtlusi, mida eelotsusetaotluse esitanud kohus väljendas, on nüüd vaja tegeleda komisjoni tõstatatud küsimusega. Nimetatud institutsioon väitis nimelt kohtuistungil, et kõnealuse erandi kohaldamine käesolevas kohtuasjas on välistatud, sest avaliku teenuse ülesandega seotud tegevust puudutavat avalik-õiguslike üksuste vahelist koostööd ei saa teha lepingu raames, mis näeb teenuste osutamise ette eest tasu.

62. Märgin selles osas sissejuhatuseks, et Euroopa Kohus on eespool viidatud kohtuotsuses komisjon *vs.* Saksamaa juba sedastanud, et liidu õigus ei kohusta ametiasutusi kuidagi kasutama mingit konkreetset juriidilist vormi nende avaliku teenuse ülesannete ühiselt täitmiseks.⁴⁴ Nimetatud juhul toimus Hamburgi linna ja Landreisede vaheline koostöö pealegi just nimelt lepingulises vormis.

63. Siiski on vaja märkida ka seda, et nimetatud kohtuotsuses tõi Euroopa Kohus esile asjaolu, et kõne all olnud teenuste osutamine, st jäätmekäitlus, tingis tasu maksmise üksnes jäätmekäitlusrajatise haldajale, kes oli Hamburgi linna lepingupool, samas kui asjaomaste ametiasutuste vahel lepingu alusel ette nähtud tegelik koostöö, st Hamburgi linna ja Landkreisede heakorrasteenuste alane koostöö, ei tinginud nende ametiasutuste vahel finantsarveldust.⁴⁵

64. Ma siiski kahtlen selles, kas kõnealuse erandi kohaldamiseks sellise lepingu suhtes, millega nähakse ette koostöö, on vajalik, et see leping ei tingi finantsarveldust asjaomaste avalik-õiguslike üksuste vahel.

43 — Vt selle kohta kohtujurist Trstenjaki eespool viidatud ettepanek kohtuasjas *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt*, punkt 75.

44 — Vt see eespool viidatud kohtuotsus, punkt 47.

45 — Vt eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa, punkt 43.

65. Märkin aga selles osas, et eespool viidatud kohtuotsuses Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, kus Euroopa Kohus kordas täpsemalt ning süstemaatiliselt eespool viidatud varasema kohtuotsuse komisjon *vs.* Saksamaa alusel viit kumulatiivset tingimust, mis peavad olema täidetud, et asjaomase lepingu suhtes saaks kohaldada erandit liidu riigihankealaste õigusnormide kohaldamisest, ei viidanud ta ühelegi sellist laadi kriteeriumile. Järeldan sellisest vaikimisest, et Euroopa Kohtul ei olnud kavatsust näha selles asjas erandi kohaldamist võimaldava kriteeriumina ette seda, et koostööd tegevate üksuste vahel puudub mis tahes finantsarveldus.

66. Olen siiski seisukohal, et sellist laadi erandi mõttele on omane, et tasu, mida üks üksus peab teisele üksusele nende koostöö raames teatud teenuse osutamise eest maksma, ei saa olla võrdväärne turuhinnaga, vaid peab põhinema teenuse osutamiseks tegelikult tehtud kulutustel ning kantud kuludel, mistõttu mul on kahtlusi seoses sellega, kas nimetatud nõudega on kooskõlas see, kui nähakse ette teenuse osutamise seonduvate kulude katmine kindlasummaliste maksete abil.

67. Igal juhul on eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevuses teha selles osas vajalikud tuvastatused ning selgitada välja, kas kõik teised avalik-õiguslike üksuste vahelise koostöö tarvis kehtestatud erandi kohaldamiseks kohtupraktikas ette nähtud nõuded on täidetud.

B. Teine eelotsuse küsimus

68. Teise eelotsuse küsimusega, mis esitati Euroopa Kohtule juhuks, kui esimene küsimus saab jaatava vastuse, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada saada, kas kohtuotsusest Teckal tuleneva kohtupraktika kohaselt nõutav analoogne kontroll peab hõlmama lepingupoole kogu tegevust või on piisav, kui see kontroll piirdub hanke valdkonnaga.

69. Märkin sissejuhatuseks, et esimese eelotsuse küsimuse analüüsi raames esitatud kaalutlusi arvestades – kui Euroopa Kohus peaks järgima minu välja pakutud lähenemisviisi – ei ole sellele küsimusele vastamine vajalik, sest sisetehingute erandi kohaldamine on igal juhul välistatud eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses oleva kohtuasja puhul. Seega esitan alljärgnevad kaalutlused teise eelotsuse küsimuse kohta üksnes ammendavuse huvides.

70. Tuletasin eespool punktis 34 juba meelde kohtupraktikas piiritletud analoogse kontrolli peamisi tunnuseid. Eespool, punktides 39–41 tuletasin aga meelde põhjust, miks nähti ette sisetehingute erand; see selgitab ka analoogse kontrolli nõude enda mõtet.

71. Nendest kaalutlustest ning eeskätt sellest, et kontroll peab olema struktureaalne ja funktsionaalne, tuleneb minu meelest, et põhimõtteliselt peab selline kontroll hõlmama kogu lepingupoole tegevust ning ei saa olla piiratud üksnes riigihangete valdkonnaga. Nn siseüksus peab nimelt sisuliselt toimima nagu ametiasutuse allasutus ning ametiasutus peab avaldama otsustavat mõju kontrollitava subjekti strateegilistele eesmärkidele ja olulistele otsustele.⁴⁶

72. Tuleb siiski meenutada, et Euroopa Kohtul on juba olnud juhust selgitada, et ehkki kohtupraktika kohaselt peab hankija poolt lepingupoole üle teostatav kontroll olema analoogne sellega, mida see ametiasutus teostab omaenda struktuuriüksuste üle, ei ole kohtupraktika kohaselt siiski vaja, et lepingupoole üle teostatav kontroll oleks igast aspektist identne sellega, mida teostatakse ametiasutuse enda struktuuriüksuste üle.⁴⁷

⁴⁶ — Vt 21. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika ja eespool viidatud kohtuotsus Sea, punkt 65.

⁴⁷ — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Coditel Brabant, punkt 46.

73. Selles osas on põhjust märkida, et ülikoolidele haridus- ja uurimistöö valdkonnas omane autonoomia on õpetamis- ja uurimisvabaduse väljendus; seda põhimõtet ei väljenda mitte ainult Saksamaa põhiseaduse § 5 lõige 3 konstitutsiooni tasemel, vaid ka Euroopa Liidu põhiõiguste harta, mis näeb artiklis 13 ette, et teadusuuringuid ei piirata ja akadeemilist vabadust austatakse. Sellest vaatepunktist olen seega seisukohal, et selleks, et selliste üksuste suhtes nagu ülikoolid oleks võimalik kohaldada sisetehingute erandit, ei saa nõuda, et nende üle teostatakse kontrolli, mis hõlmab ka haridus- ja uurimistööd, sest ülikoolide autonoomia nende tegevuste osas on selliste liikmesriikide õiguskordadele ühiste põhiseaduslike väärtuste väljendus, mis on talletatud ka hartas.

74. Lisaks võib selles osas märkida ka seda, et Euroopa Kohtul on juba olnud juhust käsitleda oma kohtupraktika raames ülikoolide erilist olukorda riigihankealaste õigusnormide kohaldamisel.⁴⁸

75. Eelnevast tuleneb, et kui Euroopa Kohus peaks vajalikuks vastata ka eelotsusetaotluse esitanud kohtu teisele eelotsuse küsimusele, peaks vastus olema minu arvates, et analoogne kontroll peab hõlmama lepingupoole kogu tegevust, välja arvatud ülikoolidele omane haridus- ja uurimistööga seotud autonoomse pädevuse alla kuuluv tegevus.

V. Ettepanek

76. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburgi esitatud esimesele eelotsuse küsimustele järgmiselt:

Leping, mille ese on selliste teenuste osutamine, millega seoses isik, kellele neid teenuseid osutatakse – kes on hankija direktiivi 2004/18 tähenduses –, ei teosta teenuseid osutava isiku üle analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab omaenda struktuuriüksuste üle, vaid mõlema üle teostab kontrolli hoopis üks ja sama institutsioon, keda on võimalik määratleda hankijana nimetatud direktiivi tähenduses, ja mille puhul nii teenuste saaja kui ka teenuseid osutav isik tegutsevad peamiselt neid kontrolliva institutsiooni huvides, kujutab endast riigihankelepingut, kui tegemist on hankija – kellele teenuseid osutatakse – ja teenuseid osutava ettevõtja vahel kirjalikult sõlmitud lepinguga ning kui nimetatud lepingu esemeks on selline sooritus, mida saab määratleda teenuste osutamisenä nimetatud direktiivi tähenduses.

Sellise lepingu suhtes on võimalik kohaldada erandit liidu riigihankealastes õigusnormides ette nähtud hankemenetluse kohaldamisest üksnes siis, kui kontrolliv ametiasutus teostab analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma enda struktuuriüksuste üle, üksinda nii teenuseid saava isiku kui ka neid osutava isiku üle ning mõlemad tegutsevad peamiselt sellise kontrolliva ametiasutuse huvides, või juhul, kui nimetatud lepingu puhul on täidetud kõik avalik-õiguslike üksuste vahelise koostöö erandi kohaldamiseks ette nähtud nõuded.

48 — Vt eespool viidatud kohtuotsus ConISMa, punktid 48, 49 ja 51, ning eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce jt, punkt 27.