



## Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
esitatud 27. aprillil 2017<sup>1</sup>

**Kohtuasi C-567/15**

**UAB LitSpecMet**  
*versus*  
**UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas,**  
**menetluses osales:**  
**UAB Plienmetas**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Vilniaus apygardos teismas (Vilniuse ringkonnakohus (Leedu))

Eelotsuse küsimus – Ehitustööde, asjade ja teenuste riigihankelepingud – Direktiiv 2004/18/EÜ – Riigihankelepingud veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris – Direktiiv 2004/17/EÜ – Mõiste „hankija“ – Äriühing, mille kapital kuulub teise riigiasalusega äriühingu kaudu riigile – *In house*-erand

1. Käesolev eelotsusetaotlus annab Euroopa Kohtule võimaluse täiendada oma kohtupraktikat riigihankemenetluste küsimuses. Konkreetselt tuleb taas kord täpsustada mõistet „hankija“ direktiivi 2004/17/EÜ<sup>2</sup> ja direktiivi 2004/18/EÜ<sup>3</sup> tähenduses.

2. Asja arutava kohtu esitatud küsimused tekkisid kohtuvaidluses, mille algatas avatud hankemenetluse vaidlustamiseks väljaspool neid direktiive üks aktsiaselts,<sup>4</sup> milles kuulub 100% osalus Leedu riiklikule raudtee-ettevõtjale<sup>5</sup> (mille hankijastaatuses vaidlust ei ole), kellele esimene nimetatud äriühingutest tarnib teatavaid kaupu ja teenuseid. Tütarettevõtja – vaatamata oma seotusele emaettevõtjaga – ei pea ennast „riigiasutuseks“ riigihankedirektiivide tähenduses, sest ta ei ole üksus, mis on „asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega“.

3. Kohtuvaidluse keskne küsimus oli algselt VLRD olemus, et välja selgitada, kas tema põhitegevusala on *otseselt* selliste üldisest huvist tulenevate vajaduste rahuldamine, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega. Menetluses Euroopa Kohtus vaieldi lisaks, kas müües kaupu või teenuseid üksusele (LG), kes katab seda tüüpi vajadusi, rahuldab ka VLRD *kaudselt* neid vajadusi ja teda võib seega arvata hankijate hulka eespool viidatud direktiivide tähenduses.

1 Algeel: hispaania.

2 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT 2004, L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19).

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

4 UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas (edaspidi „VLRD“).

5 AB Lietuvos Geležinkeliai (edaspidi „LG“).

## I. Õiguslik raamistik

### A. Liidu õigus

#### 1. Direktiiv 2004/17

4. Artiklis 2 on sätestatud:

„1. Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

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

— mis on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega;

— mis on juriidiline isik ja

— mida põhiliselt finantseerivad riik, piirkondlikud või kohalikud asutused või muud avalik-õiguslikud isikud, või mille juhtimist need isikud kontrollivad, või millel on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, millesse riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud nimetavad üle poole liikmetest;

[...]

2. Käesolevat direktiivi kohaldatakse ostjate suhtes, kes:

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

[...]“.

5. Artiklis 5 on sätestatud:

„1. Käesolevat direktiivi rakendatakse tegevustele, mis on seotud niisuguste võrkude pakkumise või käitamisega, mis pakuvad elanikkonnale teenust raudtee-, automaatsüsteemide-, trammi-, trollibussi-, busi- või kaabeltranspordi valdkonnas.

Veoteenuste puhul loetakse, et võrk on olemas siis, kui teenust osutatakse vastavalt liikmesriigi pädeva asutuse kehtestatud tingimustele, nagu näiteks teenindatavaid liine, pakutavat läbilaskevõimet või teenindussagedust käsitlevad tingimused.

2. Käesolevat direktiivi ei kohaldata elanikkonnale bussitransporditeenuseid pakkuvatele ettevõtetele, mis olid direktiivi 93/38/EMÜ<sup>[6]</sup> reguleerimisalast välja jäetud kõnealuse direktiivi artikli 2 lõike 4 põhjal.“

6 Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiv, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT 1993, L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194).

## 2. Direktiiv 2004/18

6. Artikli 1 lõikes 9 on ette nähtud:

„Ostja – riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest organist või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused.

Avalik-õiguslik isik on mis tahes isik:

- a) mis on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega,
- b) mis on juriidiline isik ja
- c) mida põhiliselt rahastab riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslikud isikud või mille juhtimist need isikud kontrollivad või millel on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, mille liikmetest üle poole nimetab riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud.

Teise lõigu punktides a, b ja c nimetatud kriteeriumidele vastavate avalik-õiguslike isikute ja nende isikute kategooriate mittetäielikud nimekirjad on esitatud III lisas. Liikmesriigid teatavad komisjonile regulaarsete ajavahemike tagant kõigist avalik-õiguslike isikute ja nende kategooriate nimekirjades tehtud muudatustest.“

## 3. Direktiiv 2014/24/EL<sup>7</sup>

7. Põhjenduses 10 on sätestatud:

„Euroopa Liidu Kohtu praktikas on korduvalt analüüsitud mõistet „avaliku sektori hankija“ ja eelkõige mõistet „avalik-õiguslik isik“. Selleks et selgitada, et käesoleva direktiivi isikuline kohaldamisala (ratione personae) peaks jääma muutumatuks, on asjakohane järgida määratlust, millest lähtus kohus, ja lisada teatavad kõnealusest kohtupraktikast tulenevad täpsustused, mis on olulised selle mõiste mõistmiseks, kavatsuseta muuta kohtupraktikas täpsustatud mõiste mõistmist. Selleks tuleks selgelt sätestada, et asutust, mis tegutseb tavapära turutingimustes, püüab teenida kasumit ja kannab oma tegevusega seotud kahju, ei tuleks käsitada avalik-õigusliku isikuna, sest üldist huvi pakkuvaid vajadusi, mille rahuldamiseks see isik on loodud või mille rahuldamine on tehtud talle ülesandeks, võib pidada olemuselt tööstuslikuks või äriliseks.

Samamoodi on kohtupraktikas käsitletud asjaomase asutuse rahastamisallikaga seotud asjaolusid ning on muu hulgas selgitatud, et rahastamine „suuremas osas“ osutab suuremale osale kui pool ning et selline rahastamine võib hõlmata kasutajate tehtavaid makseid, mis kehtestatakse, mille suurus arvutatakse ja mis kogutakse vastavalt avaliku õiguse normidele.“

8. Artikli 2 lõike 1 punktis 4 on sätestatud samasugune mõiste „avalik-õiguslik isik“ nagu direktiivi 2004/18 artikli 1 lõikes 9.

<sup>7</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65).

9. Artikli 12 lõikes 1 on sätestatud:

„Riigihankeleping, mille avaliku sektori hankija on sõlminud mõne teise avalik-õigusliku või eraõigusliku juriidilise isikuga, jääb käesoleva direktiivi kohaldamisalast välja, kui on täidetud järgmised tingimused:

- a) avaliku sektori hankija teostab asjaomase juriidilise isiku üle kontrolli, mis sarnaneb kontrolliga, mida ta teostab oma osakondade üle;
- b) üle 80% asjaomase kontrollitava juriidilise isiku tegevusest on selliste ülesannete täitmine, mille talle on andnud kontrolliv avaliku sektori hankija või sama hankija kontrollitav muu juriidiline isik, ning
- c) kontrollitaval juriidilisel isikul puudub otsene erakapitali osalus, välja arvatud kontrolliõiguseta ja mitteblokeerivad erakapitali osaluse vormid, mis on kooskõlas aluslepingutega nõutavad siseriiklike õigusaktidega ja mille puhul ei avaldata kontrollitavale juriidilisele isikule otsustavat mõju.

Esimese lõigu punkti a mõistes teostab avaliku sektori hankija juriidilise isiku üle kontrolli, mis sarnaneb kontrolliga, mida ta teostab oma osakondade üle esimese lõigu alapunkti a tähenduses, kui ta avaldab otsustavat mõju kontrollitava juriidilise isiku strateegilistele eesmärkidele ja olulistele otsustele. Sellist kontrolli võib teostada ka muu juriidiline isik, keda ennast kontrollib avaliku sektori hankija samal viisil.“

## **B. Liikmesriigi õigus**

10. Direktiiv 2004/18 on Leedu õigusesse üle võetud Leedu Vabariigi riigihankeseadusega (Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas; edaspidi „riigihankeseadus“).

11. Artiklis 4 on sätestatud:

„1. Hankija on:

- 1) riiklik või kohaliku omavalitsuse asutus;
- 2) avalik- või eraõiguslik juriidiline isik, kes vastab käesoleva artikli lõikes 2 sätestatud tingimustele;
- 3) käesoleva lõike punktis 1 nimetatud asutuste ja/või käesoleva lõike punktis 2 nimetatud avalik- või eraõiguslike juriidiliste isikute ühendus;
- 4) käesoleva seaduse artikli 70 lõike 1 punktides 2–4 nimetatud hankijatest ettevõtjad, kes tegutsevad veevarustus-, energeetika-, transpordi- või postiteenuste sektoris.

2. Avalik- või eraõiguslik juriidiline isik (v.a riik või kohalik omavalitsus), mis on asutatud spetsiaalselt üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega ja mis vastab vähemalt ühele järgmistest tingimustest:

- 1) rohkem kui 50% tema tegevusest rahastatakse riigi- või kohaliku omavalitsuse eelarvest või muudest riigi või kohaliku omavalitsuse vahenditest või muude käesolevas lõikes nimetatud avalik-õiguslike või eraõiguslike juriidiliste isikute vahenditest;
- 2) teda kontrollib (juhhib) riik või kohalik omavalitsus või muu käesolevas lõikes nimetatud avalik-õiguslik või eraõiguslik juriidiline isik;

3) tal on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, mille liikmetest üle poole nimetab riik või kohalik omavalitsus või teised käesolevas lõikes nimetatud avalik-õiguslikud või eraõiguslikud juriidilised isikud.

[...]“.

12. Artikli 10 lõikes 5 on märgitud:

„Käesoleva seaduse sätted ei ole kohaldatavad, kui hankija sõlmib lepingu juriidiliselt eraldiseisva isikuga, kelle üle ta teostab ainuõiguslikult samasugust kontrolli, nagu tal on oma talituste või organite suhtes (või kelle suhtes ta teostab ainuosanikuna riigi või kohaliku omavalitsuse õigusi ja kohustusi), ja kui kontrollitav üksus on teeninud vähemalt 90% oma eelneva majandusaasta (või kui isik on tegutsenud vähem kui üks majandusaasta, siis alates asutamisest) käibest tegevusaladel, mis on vajalikud hankija vajaduste rahuldamiseks või selleks, et hankija saaks oma ülesandeid täita. Hanke võib korraldada ainult käesolevas lõikes ette nähtud tingimustel, kui on saadud luba riigihankeasutuselt [...]“.

## II. Faktilised asjaolud

13. VLRD asutati 2003. aastal pärast riikliku raudtee-ettevõtja LG restruktureerimist selle äriühingu tütarettevõtjana, mille kapital kuulub täielikult LG-le.

14. VLRD põhitegevusala on vedurite ja veeremite tootmine ja hooldamine. Kohtuvaidluses asjassepuutuval ajal moodustasid LG tellimused ligi 90% VLRD käibest.

15. VLRD korraldas 2013. aastal lihtsustatud avatud hanke raudmetallikangide hankimiseks (edaspidi „hankemenetlus“). Tehnilise kirjelduse kohaselt toimus hankemenetlus vastavalt VLRD ajutistele hanke-eeskirjadele.

16. UAB LitSpecMet (edaspidi „LitSpecMet“) tegi hankemenetluses oma pakkumuse ja temaga sõlmiti osaline tarneleping.

17. LitSpecMet nõudis aga hankemenetluse tühistamist ja uue hanke korraldamist vastavalt riigihankeseadusele. Oma nõude põhjenduseks väitis ta esiteks, et VLRD on loodud selleks, et rahuldada LG, see tähendab riigi rahastatud ja avaliku teenuse kohustust täitva ettevõtja vajadusi; ja teiseks, et VLRD poolt emaettevõtjale teenuste osutamise ja müügi tingimused ei vasta tavapärastele konkurentsitingimustele. Sellest kõigest nähtus LitSpecMeti arvates, et VLRD tegutses üldistes huvides ega tegelenud tööstuse ega kaubandusega ja et seega on ta hankija, kellele kehtivad riigihanke-eeskirjad.

18. Vilniaus apygardos teismas (Vilniuse ringkonnakohus, Leedu) jättis LitSpecMeti nõuded rahuldamata 2. juuni 2014. aasta kohtuotsusega, mida Lietuvos apeliacinis teismas (Leedu apellatsioonikohus) oma 25. septembri 2014. aasta kohtuotsusega kinnitas.

19. Mõlemad kohtud olid seisukohal, et avalik- või eraõigusliku isiku riigihankeseaduse artikli 4 lõike 2 alusel hankijaks kvalifitseerimiseks ei piisa sellest, et tõendatakse, et ta on avaliku sektori ettevõtjaga seotud või selle kontrolli all. Lisaks on vaja tõendada, et ta tegutseb üldistes huvides ning ei tegele tööstuse ega kaubanduse alal, mis VLRD puhul nii ei ole, sest ta on kaubandustegevuse alal tegutsemiseks ja kasumi teenimiseks asutatud äriühing, kes kannab ise oma riske.

20. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Leedu kõrgeim kohus) tsiviilkolleegium tühistas oma 27. mai 2015. aasta kohtuotsusega apellatsioonistmes tehtud kohtuotsuse. Tema arvates ei olnud kummaski kohtuastmes õigesti hinnatud VLRD asutamise asjaolusid, tema tegevuse erilist laadi ja tema suhteid emaettevõtjaga.

21. Kohtuasi saadeti tagasi Lietuvos apeliacinis teismasile (Leedu apellatsioonikohus), kes tunnistas 14. juuli 2015. aasta kohtuotsusega Vilniaus apygardos teismasi (Vilniuse ringkonnakohus) 2. juuni 2014. aasta kohtuotsuse kehtetuks ja saatis kohtuasja tagasi sellele kohtule, kes esitab Euroopa Kohtule eelotsusetaotluse.

### III. Esitatud küsimus

22. 9. novembril 2015 registreeritud eelotsuse küsimuse sisu on järgmine:

„Kas direktiivi 2004/18/EÜ artikli 1 lõiget 9 tuleb tõlgendada nii, et äriühingut:

- mille on asutanud hankija, kes tegeleb raudteeveo valdkonnas, nimelt avaliku raudteeinfrastruktuuri haldamise, reisijate- ja kaubaveoga;
- mis osaleb iseseisvalt majandustegevuses, koostab ettevõtlustrateegia, teeb äriühingu tegevusega seotud otsuseid (tooteturg, kliendigrupp jne), osaleb konkurentsiturul Euroopa Liidus ja sellest väljaspool, pakkudes veeremitootmise ja -remondi teenuseid ning osaleb selle tegevusega seotud riigihankemenetlustes, soovides saada tellimusi kolmandatelt isikutelt (mitte ematettevõtjalt);
- mis osutab oma asutajale sisetehingute alusel veeremiremonditeenuseid, mille väärtus moodustab 90% selle äriühingu tegevusest, ja
- mille teenused, mida ta oma asutajale osutab, peavad tagama tema asutaja reisijate- ja kaubaveotegevust;

ei saa lugeda hankijaks?

Kui Euroopa Liidu Kohus leiab, et eespool kirjeldatud asjaoludel tuleb seda äriühingut pidada hankijaks, kas direktiivi 2004/18/EÜ artikli 1 lõiget 9 tuleb tõlgendada nii, et äriühing kaotab hankija staatuse, kui tema sisetehingute alusel äriühingu asutajast hankijale osutatavate veeremiremonditeenuste väärtus väheneb ja moodustab selle äriühingu tegevuse kogukäibest vähem kui 90% või mitte enam selle põhiosa?“

### IV. Menetlus Euroopa Kohtus ja poolte argumendid

23. Oma kirjalikud seisukohad esitasid LitSpecMet, VLRD, Leedu ja Portugali valitsus ning komisjon, kes koos Saksamaa valitsusega osalesid ka kohtuistungil, mis peeti 9. veebruaril 2017.

24. LitSpecMet on seisukohal, et hooldusteened, mida VLRD osutab, on üldistes huvides, kuna need võimaldavad LG-l tagada tema ülesandeks olevat avalikku teenust, see tähendab hallata raudteeinfrastruktuuri ja tagada reisijatevedu. Tema arvates ei ole see tegevus tööstuslik ega kaubanduslik, sest LG on Leedus ainus sellel alal tegutsev ettevõtja, mis võimaldab tal juhendada mitte ainult majanduslikest põhjustest. Tunnistada, et VLRD jaoks ei kehti riigihanke-eeskirjad, tähendaks, et hankija (LG) võiks nendest kõrvale hoida lihtsalt luues sisetgevusega tegeleva tütarettevõtja (VLRD).

25. Seega on LitSpecMeti arvates VLRD direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 tähenduses hankija, kusjuures ei ole oluline, millise osa protsentuaalselt tema tegevusest moodustavad sisetehingud ematettevõtjaga. Teise võimalusena võiks teda liigitada hankijaks direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punkti a tähenduses, kuna see on käesoleval juhul tegelikult kohaldatav, arvestades LG tegevust ja lähtudes selle direktiivi artiklite 3–7 tõlgendamisest Euroopa Kohtu 10. aprilli 2008. aasta kohtuotsuses



Ing. Aigner.<sup>8</sup>

26. VLRD väidab, et ta ei ole mõeldud konkreetselt üldistes huvides ülesande täitmiseks kõigi kodanike heaks, vaid LG reisijateveo kaubandustegevuse täiendamiseks. Tema arvates ei tähenda see, et ta teeb sisetehinguid LGga – direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 tähenduses hankijaga, et ka tema ise on hankija.

27. Leedu valitsus toob esile 15. jaanuari 1998. aasta kohtuotsuse Mannesmann Anlagenbau Austria jt,<sup>9</sup> milles Euroopa Kohus kasutas tema sõnul „nakkuse teooriat“, leides, et hankijaks tuleb kvalifitseerida ka seda, kes teostab tegevust, mis rahuldab ainult osaliselt üldistest huvidest tulenevaid vajadusi, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega. Leedu valitsus on siiski seisukohal, et „nakkuse teooria“ ei ole kohaldatav vertikaalselt ja äriühingu tegevuse olemus ei sõltu sellest, et tema asutajaks on hankija, kellega ta teeb sisetehinguid.

28. Saksamaa valitsus on seisukohal, et asjaolusid arvestades on piisavalt alust tõlgendada tema poolt väljapakutud funktsionaalsest perspektiivist, et VLRD tegutseb üldistes huvides, sest LG transporditegevuses küll otseselt osalemata täidab ta sellega tihedalt seotud ülesannet, nagu seda on vedurite ehitamine. Mis puutub VLRD tegevuse kaubanduslikku laadi, siis selles suhtes on selle valitsuse arvates määrava tähtsusega see, kas ta tegutseb konkurentsiturul, millega ei ole tema arvates tegu, sest 90% tema tegevusest on tehingud LGga, nii et ta ei kanna tõelist ettevõtlusriski. Lõppkokkuvõttes väidab Saksamaa valitsus, et hankija tütarettevõtja on samuti hankija, kui tema tegevus toimub üldise huvi eesmärgil, mille nimel tegutseb tema emaettevõtja. Lisaks ei ole direktiivi 2014/24 seisukohast (kuigi see direktiiv ei ole *ratione temporis* kohaldatav, võib sellest juhinduda) tütarettevõtja hankija siis, kui tema hanked emaettevõtjalt ei ületa 80%.

29. Portugali valitsus tuletab meelde, et kuigi näib, et VLRD on asutatud üldise huvi eesmärgil, on tema tegevus tööstuslikku ja kaubanduslikku laadi, sest ta kannab täielikult oma tegevuse riske. Vastavalt 16. oktoobri 2003. aasta kohtuotsuses komisjon *vs.* Hispaania<sup>10</sup> sedastatud ja direktiivi 2014/24 põhjenduses 10 sätestatud doktriinile ei tule VLRDd pidada hankijaks.

30. Komisjon märgib, et käesoleval juhul tuleb arvesse võtta ainult direktiivi 2004/18, kuna VLRD tarnib kaupu ja osutab teenuseid Leedu raudtee-ettevõtjale, ning ei oma tähtsust, et viimase (LG) tegevus kuulub direktiivi 2004/17 kohaldamisalasse.

31. Komisjoni arvates ei ole direktiiv 2004/18 VLRD suhtes kohaldatav, sest VLRD ei ole „avalik-õiguslik isik“ selle direktiivi artikli 1 lõike 9 tähenduses, sest ta asutati konkreetselt LG huvides – mis teeb temast nimetatud äriühingu sisetarnija –, mitte üldistes huvides. Tema arvates ei oma tähtsust, et LG tegutseb üldise huvi eesmärgil ja et ta on selleks abiks võtnud VLRD, sest määrav on, et VLRD ainus eesmärk on tegutseda emaettevõtja konkreetsetes huvides.

32. Komisjon seab seega küsimärgi alla, et VLRD on asutatud spetsiaalselt üldistes huvides, ehkki ta kinnitab, et ainult liikmesriigi kohus saab hinnata kõiki kohtuasja asjaolusid ja kinnitada, et VLRD loomise mittetulunduslik eesmärk ei kaalu üles kaubanduskeskkonda, milles ta tegutseb.

<sup>8</sup> Kohtuasi C-393/06, EU:C:2008:213.

<sup>9</sup> Kohtuasi C-44/96, EU:C:1998:4.

<sup>10</sup> Kohtuasi C-283/00, EU:C:2003:544.

## V. Õiguslik hinnang

### A. Sissejuhatavad märkused

33. Nii eelotsusetaotluse esitanud kohtu kui ka enamiku eelotsusemenetluse astunud poolte jaoks on kindel, et käesolevat juhtumit reguleerib direktiiv 2004/18. LitSpecMet pakub siiski välja – ehkki ainult teise võimalusena –, et tegelikult kohaldatav on direktiiv 2004/17 (riigihangete valdkonnas tuntud „valdkondliku direktiivina“).

34. Tegelikult, kuna nii direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punkt a kui ka direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 teine lõik sisaldavad identset mõiste „avalik-õiguslik asutus“<sup>11</sup> määratlust, on võimalik Vilniaus apygardos teismasi (Vilniuse ringkonnakohus) küsimustele vastata, välistamata kohe kummagi direktiivi kohaldatavust.

35. Teiseks tuleb märkida, et kuigi kohtutoimikus ei ole vaidlusaluse hanke maksumust märgitud, kinnitas VLRD esindaja kohtuistungil, et see oli kokku 600 000 või 700 000 eurot, ületades seega selle valdkonna liidu õigusnormide kohaldamise piirmäära. Seda küsimust kontrollida on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne.<sup>12</sup>

36. Kolmandaks ja viimaseks tuleb Euroopa Kohtu vastus vältimatult anda selle teabe põhjal, mille on eelotsusetaotluse esitanud kohus talle VLRD faktiliste asjaolude kohta andnud. On siiski võimalik, et see teave ei lange täielikult kokku teabega, mida vastavalt Lietuvos Aukščiausiasis Teismasi (Leedu kõrgeim kohus) 27. mai 2015. aasta kohtuotsuses antud hinnangule peaks esimese astme kohus kontrollima pärast seda, kui kohtuasi talle tagasi saadeti.<sup>13</sup>

### B. Esimene eelotsuse küsimus

#### *1. Otseselt (või kaudselt) selliste üldistest huvidest tulenevate vajaduste rahuldamine, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega*

37. Poolte vahel ei ole vaidlust selles, et VLRD vastab kahele kolmest vajalikust tingimusest selleks, et teda saaks liigitada „avalik-õiguslikuks isikuks“ (ja seega „hankijaks“) vastavalt direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punktile a ja direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 teisele lõigule.

38. Nendest kolmest tingimusest, mis on nõutavad kumulatiivselt,<sup>14</sup> vastab VLRD nimelt teisele ja kolmandale: ta on omaette juriidiline isik ja vaieldamatult osaleb teine avalik-õiguslik isik (LG) tema rahastamises, kontrollib tema juhtimist või osaleb tema haldus-, juhtimis- või järelevalveorganite koosseisus.

39. Üksmeelt ei ole aga nõude osas, et VLRD on „asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega“.

11 Kohtuotsus, 10.4.2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punkt 35).

12 Kohtuotsus, 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ jt (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 43).

13 Nii rõhutab seda Leedu valitsus oma kirjalike seisukohtade punktis 7 *in fine*, kinnitades, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu toimikust ei nähtu selgelt, kas see kohus on kaalunud „olulisi asjaolusid“, millele Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Leedu kõrgeim kohus) tema tähelepanu juhtis, kui ta kohtuasja uuesti otsustamiseks kohtutele tagasi saatis.

14 Muu hulgas kohtuotsus, 12.9.2013, IVD (C-526/11, EU:C:2013:543, punkt 19).



40. Pooled analüüsisid oma kirjalikes seisukohtades, kas VLRD ise tegutseb üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega, ning valdav oli nende arvamus, kes leidsid, et see nii ei ole. Kohtuistungil laiendati Euroopa Kohtu palvel arutelu küsimusele, kas VLRD täidab kaudselt seda tüüpi vajadusi, kuna ta tarnib kaupu või osutab teenuseid avalik-õiguslikule isikule, kes – nagu LG – neid vajadusi rahuldab. Poolte seisukohad selles küsimuses langevad sisuliselt kokku seisukohtadega, millel nad olid selles suhtes, kas VLRD tegevus võib olla üldistes huvides.

41. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu antud teabe põhjal on LG riigi äriühing, kes käitab raudteetranspordivõrku. Nagu ma juba märkisin, ei ole kahtlust, et ta on direktiivi 2004/17 tähenduses hankija.<sup>15</sup> VLRD omakorda tegeleb vedurite ja veeremite tootmise ja hooldamisega, see tähendab täidab ülesannet, mis on küll raudteetranspordiga tihedalt seotud, kuid ei ole „niisuguste võrkude pakkumi[n]e või käitami[ne], mis paku[b] elanikkonnale teenust raudtee[...]transpordi valdkonnas“, mis on tegevus, millega piirdub direktiivi 2004/17 artikli 5 lõige 1.

42. LitSpecMet väidab, et igal juhul täidab VLRD olulist ülesannet Leedu raudteetranspordivõrgu „pakkumiseks või käitamiseks“, nii et ta tegutseb samades üldistes huvides, mida teenib LG. Tema arvates ei saa jätta arvesse võtmata asjaolu, et direktiivi 2001/14/EÜ<sup>16</sup> artikli 5 lõike 1 imperatiivse nõude kohaselt on raudtee-ettevõtjatel õigus niinimetatud „minimaalset teenustepaketti kasutada ning teenindusseadmetele raudteed mööda juurde pääseda“, mida on kirjeldatud sama direktiivi II lisas, mille punkti 2 alapunktis h on nimetatud „hooldust ja muid tehnilisi vahendeid“. Sellest järeldub, et „turul tegelike alternatiivsete valikuvõimaluste puudumisel“ on VLRD „kohustatud osutama [...] LG-le veeremi hooldamise teenuseid, ilma igasuguste äriliste kaalutlusteta“.<sup>17</sup>

43. Ma ei jaga seda viimast LitSpecMeti väidet, sest direktiiv 2001/14 ei hõlma hooldusteenuseid „juurdepääsupaketi“ alal, vaid ainult teenindusseadmeid, millega neid teenuseid osutatakse. Seega, kui VLRD tegutseb vahetult ja otseselt mingites üldistes huvides, siis ei ole need huvid, milles tegutsetakse selle direktiivi artiklis 5 konkreetselt ette nähtud tegevusega.

44. Analüüsis tuleb seega keskenduda direktiivi 2004/18 tõlgendamisele, et välja selgitada, kas VLRD rahuldab ehitustööde, asjade ja teenuste riigihankelepingutele omaseid üldistest huvidest tulenevaid vajadusi (mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega).

45. Argumentatsioonis oleks loogiline kõigepealt kindlaks teha, kas käesoleval juhul tegutsetakse üldistes huvides; teiseks selgitada, juhul kui vastus on jaatav, kas tegevuse kaubanduslik või tööstuslik laad kaalub üles selle muu olemuse.

46. Selles suhtes ei ole pelgalt veeremi tootmine ja remont raudteesektoris minu arvates tegevus, mis on tihedalt seotud riigi institutsioonilise toimimisega,<sup>18</sup> ühiskondliku heaolu tingimuste edendamise ja arendamisega, mille tagamise eest vastutab riik,<sup>19</sup> või muude analoogsete eesmärkidega.

47. Mõistagi võiks väita, nagu Saksamaa valitsus, et kuna VLRD tarnib oma emettevõtjale kaupu või osutab talle teenuseid, mis võimaldavad viimasel tema vajadusi rahuldada – mis on seevastu üldistes huvides –, siis tegutseb ka tema kaudselt samades üldistes huvides, mida teenib LG.

15 LG on loetletud hankijana komisjoni 9. detsembri 2008. aasta otsuse 2008/963/EÜ (millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivide 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ lisasid seoses ostjate loeteludega) (ELT 2008, L 349, lk 1) IV lisas (Raudteeteeninduse sektori ostjad). Samas lisas on nimepidi nimetatud loetletud „Muud üksused kooskõlas Leedu Vabariigi riigihankeseaduse (Žin., 1996, nr 84-2000; 2006, nr 4-102) artikli 70 lõigetes 1 ja 2 sätestatud nõuetega ning tegutsevad raudteeteeninduse sektoris kooskõlas Leedu Vabariigi raudteetranspordi eeskirjadega (Žin., 2004, nr 72-2489)“.

16 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2001. aasta direktiiv raudteefrakstruktuuri läbilaskevõimsuse jaotamise, raudteefrakstruktuuri kasutustasude kehtestamise ja ohutustunnistuste andmise kohta (EÜT 2001, L 75, lk 34; ELT eriväljaanne 07/05, lk 404).

17 LitSpecMeti kirjalikud seisukohad, punkt 33.

18 Kohtuotsus, 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau Austria jt (C-44/96, EU:C:1998:4, punkt 24).

19 Seda tüüpi vajaduste loetelu on Euroopa Kohtu kohtupraktikas väga pikk. See hõlmab näiteks vajadusi alates keskkonnahoidlikul meetodil küttega varustamisest (kohtuotsus, 10.4.2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punkt 39) kuni teatud territooriumil erettevõtete asutamise toetamiseni (kohtuotsus, 22.5.2003, Korhonen jt, C-18/01, EU:C:2003:300, punkt 48).

48. Sellel probleemikäsitlusel tekivad aga teatavad raskused, vähemasti üldisest vaatepunktist.

49. Nimelt, kui üldjuhul ei ole lihtne kindlaks määrata, millal toimub majandustegevus üldistes huvides (mis on juba iseenesest mitmemõtteline või mitmetähenduslik väljend), siis on veelgi raskem täpsustada, mil määral muudab põhimõtteliselt eraõigusliku ja olemuselt kaubandustegevuse seos otseselt üldistes huvides toimuva tegevusega esimese neist olemuselt teiseks tegevuseks. Selle samastamise tagajärjed ei ole kaugeltki mitte tähtsusetud: nagu märkis kohtuistungil Leedu valitsus, muutuks erasektori ettevõtja – võib-olla ise seda teadvustamata – hankijale vajaliku kaastöötajana ettevõtjaks, kes tegutseb üldistes huvides.

50. Avalik-õigusliku ja eraõigusliku majandustegevuse kui terviku omavaheline seotus ja vastastikune sõltuvus on praeguses turumajanduses nii märkimisväärne, et kui tunnistada, et ka eraõiguslik tegevus, mis on üldistes huvides tegutsemise jaoks *mingil määral* vajalik, kuulub mõistesse „üldistest huvidest tulenevate vajaduste rahuldamine“, siis oleks raske selle mõiste laienemisele üldse piiri panna. Lisaks tekiks tungivaltlahendamist vajav probleem piiritleda, mil *määral* oleks see vajalikkuse seos igal konkreetsel juhul oluline.

51. Seega, isegi kui oletada, et VLRD tegevus toimub üldistes huvides, ei piisaks sellest järeldamiseks, et VLRD on „avalik-õiguslik isik“ direktiivi 2004/18 tähenduses. Põhjuseks on, et ei piisa sellest, et tegevus toimub üldistes huvides, vaid see tegevus ei tohi olla tööstuslik ega kaubanduslik. Ja vastavalt Euroopa Kohtu kohtupraktikale on selle tegevuse selliselt kvalifitseerimiseks vaja, et niisugune tegutsemine toimuks muudel kui turupõhimõtte tingimustel.

52. Euroopa Kohus kinnitas 22. mai 2003. aasta kohtuotsuses Korhonen jt nimelt, et on oluline „vältida ohtu, et lepingu sõlmimisel eelistavad hankijad oma riigi pakkujaid või taotlejaid, ja välistada võimalus, et riigi, piirkondliku või kohaliku omavalitsuse rahastatav või kontrollitav organ või muu avalik-õiguslik organ võib lähtuda mittemajanduslikest kaalutlustest“.<sup>20</sup>

53. Niisuguste eelduste järgi võib asutus, kes soovib hallata seda tüüpi vajadusi (mida ei tohi segi ajada vajadustega, mida ei saaks rahuldada eraõiguslikud ettevõtjad),<sup>21</sup> kergesti sattuda sellesse ohtu, kui ta toimib väljaspool turutingimusi, see tähendab väljaspool vaba konkurentsi. Seevastu, kui ta toimib teiste konkurentide konkurentsivõime all,<sup>22</sup> on tal sellesse ohtu sattuda raskem, sest toimimine muudel kui majanduslikel ajenditel tõrjuks ta pikapeale turult välja.

54. Teisisõnu on küsimuse lahendamiseks määrav mitte niivõrd see, et rahuldatav vajadus on üldistes huvides, kui just see, millistes tingimustes seda kavatsetakse rahuldada. Seega tuleb väljendit ettevõtjast, kes rahuldab vajadusi „üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega“, tõlgendada paratamatult kontrollida, millistel tingimustel nende vajaduste rahuldamist taotleatakse.

55. Kordan seega, et riigihankedirektiivide mõtte kohaselt on oluline see, et oleks tagatud turu konkurents ja kaitse selle loomuliku toimimise häirimise või moonutamise vastu ettevõtjate poolt, kes tegutsevad väljaspool vabakaubanduse põhimõtteid. Seepärast ei ole määrav mitte enam see, kas VLRD tegutseb LG-le kaupu tarnides ja teenuseid osutades iseenesest üldistes huvides, või kas ta teeb seda kaudselt, vaid küsimus, kas ta toimib kummalgi juhul samadel tingimustel, mis on tema võimalikel eraõiguslikel konkurentidel, see tähendab ilma stiimuliteta anda kodumaistele tootjatele õigustamatuid eeliseid.

20 Kohtuasi C-18/01, EU:C:2003:300, punkt 52, milles on osundatud konkreetselt kohtuotsuseid, 3.10.2000, University of Cambridge (C-380/98 EU:C:2000:529, punkt 17); 12.12.2002, Universale-Bau jt (C-470/99 EU:C:2002:746, punkt 52) ja 27.2.2003, Adolf Truley (C-373/00 EU:C:2003:110, punkt 4). Vt samas liinis kohtuotsus, 13.12.2007, Bayerischer Rundfunk jt (C-337/06, EU:C:2007:786, punkt 36).

21 Kohtuotsus, 10.4.2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punkt 40).

22 Kohtuotsuses, 22.5.2003, Korhonen jt (C-18/01 EU:C:2003:300, punkt 49), on sedastatud „niisuguse konkurentsi olemasolu võib olla näitajaks, et üldistes huvides vajadus on tööstuslikku või kaubanduslikku laadi“.

56. Selleks tuleb arvesse võtta, nagu märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, paljusid õiguslikke ja faktilisi asjaolusid, millest on Euroopa Kohus näiteks nimetanud kontrollitava asutuse loomise asjaolusid<sup>23</sup> ja niisuguseid tegureid, nagu asjaomase tegevuse „põhieesmärk ei ole teenida kasumit, ettevõtja ei kannu oma tegevuse riske ja tegevust võidakse rahastada avalikest vahenditest“.<sup>24</sup>

57. Minu arvates on ainult asja arutaval kohtul võimalik hinnata, kas kõiki faktilisi ja õiguslikke asjaolusid arvestades tegutseb VLRD üldistes huvides ega tegele tööstuse või kaubandusega. Kuigi eelotsuse küsimuse sisust võib järeldada,<sup>25</sup> et Vilniaus apygardos teismas (Vilniuse ringkonnakohus) näib otsustavat oma algse põhiseisukoha kasuks, mida apellatsioonikohus kinnitas, kuid mida Leedu kõrgeim kohus ei jaga, on kindel, et eelotsusetaotluses on tegelikult esitatud ainult pooltevaheline vaidlus ja kohtuvaidluses seni tehtud kolme kohtuotsuse arutluskäik, kuid see ei sisalda otseselt vaidluse „asjassepuutuvate asjaolude“<sup>26</sup> analüüsi, mis võimaldaks anda lõplikku vastust.

58. Seepärast ei peaks Euroopa Kohus vahest minema kaugemale, kui üksnes märkima eelotsusetaotluse esitanud kohtule, et see peaks muude tegurite hulgas lisaks sellele, kas VLRD-le kehtivad turutingimused,<sup>27</sup> pöörama erilist tähelepanu tema võimalikule valdavalt riiklikule rahastamisele, tulunduslikkusele ja oma juhtimisest tingitud riskide (ja kahjumi) kandmisele – aspektid, mille kohta see kohus lähemaid andmeid ei esitanud ja millest ei saa selle äriühingu tegevuse laadi üle otsustamisel mööda minna.

59. Kohtutoimikus esitatud ja kohtuistungil teatatud andmetest nähtub siiski, et peamine osa (asjaomasel ajal 90%) VLRD tegevusest toimub sellistel majanduslikel tingimustel, mida iseloomustab LG-le raudteeveeremite pakkumise monopol, see tähendab turuvälistes tingimustes. LG varustab ennast raudteematerjaliga, mida tarnib talle tema tütarettevõtja, kasutamata riigihankemehhanisme, mis suurendaksid konkurentsivõimet VLRD-le. Viimane saab seega lähtuda muudest kui turukriteeriumidest, teades täie kindlusega (ehk riskivabalt), et tal ei ole vaja teha rohkemat selleks, et täita tellimusi, mille LG talle igal juhul tagab.

## **2. Üldisest huvist tulenevate vajaduste, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega, rahuldamine sisehankes**

60. Eespool märgitust võiks järeldada, et VLRDd võib liigitada hankijaks eespool öeldud tähenduses. Esitatud küsimust võib käsitleda aga ka teisest aspektist. Jättes hetkel kõrvale VLRD ja LG tegevuse laadi, tuleb tähelepanu pöörata nende kahe äriühingu seosele, et välja selgitada, kas esimene neist on teise instrumentaalne organ (või omavahend), millele võib kohaldada niinimetatud *in house*-erandit. Teen seega ettepaneku analüüsida sisulist küsimust *tegevuse aspekti asemel korralduslikust aspektist*.

61. Vilniaus apygardos teismasi (Vilniuse ringkonnakohus) eelotsusetaotlus sisaldab kahte sellest aspektist olulist punkti. Esimene on punkt 23, kus on märgitud, et „umbes 90% tütarettevõtja [VLRD] tuludest tuleb emaaettevõtjalt [LG] nende kahe juriidilise isiku vaheliste tehingute alusel“, millest järeldub, et „vastustaja [VLRD] ja selle äriühingu [LG] tegevus, kelle kontrolli all ta on, on tihedalt seotud“.

23 Vt muu hulgas kohtuotsus, 16.10.2003, komisjon vs. Hispaania (C-283/00, EU:C:2003:544, punkt 81).

24 Vt taas kohtuotsus, 22.5.2003, Korhonen jt (C-18/01, EU:C:2003:300, punkt 59).

25 Eelotsusetaotluse esitanud kohus rõhutab oma küsimuse teises taandes, et VLRD „osaleb iseseisvalt majandustegevuses, koostab ettevõtlusstrateegia, teeb äriühingu tegevusega seotud otsuseid [...], osaleb konkurentsiturul Euroopa Liidus ja sellest väljaspool, [...] ning osaleb selle tegevusega seotud hankemenetlustes, soovides saada tellimusi kolmandatelt isikutelt (mitte emaaettevõtjalt)“ (kohtujuristi kursiiv).

26 Vt selle kohta Leedu valitsuse seisukohad, mida ma nimetasin 13. joonealuses märkuses.

27 Eelotsusetaotluse punktis 24, kus kirjeldatakse „Faktilisi asjaolusid ja menetlust“, on kinnitatud, et „LG ja VLRD sisesuhted ei näita mitte üksnes [...] tihedaid majandussidemeid nende ettevõtete vahel, vaid võib-olla ka asjaolu, et VLRD ei tegutse sisuliselt vabaturu tingimustes“ (kohtujuristi kursiiv).

62. See asjaolu oli määrav selleks, et Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Leedu kõrgeim kohus) apellatsioonistmes tehtud kohtuotsuse tühistaks. Eelotsusetaotluse sama punkti kohaselt sellest piisas, et mitte jätta „põhjendamatu [...] kõrvale [LitSpecMet] väidet, et VLRD asutamisel, mis toimus pärast [LG], reorganiseerimist, ei loodud tegelikult kvalitatiivselt uusi õiguslikke ja majanduslikke suhteid kahe eri ettevõtja vahel, vaid pigem oli tegemist viimati nimetatud äriühingu tegevuse korralduse muutmisega“<sup>28</sup>).

63. Teine eelotsusetaotluse punkt, mis tuleks välja tuua, on punkt 25, kus on sedastatud, et VLRD „sõlmis [LGga] aastatel 2011–2014 keskmiselt 15 sisetehingut aastas“; eelotsusetaotluses on lisatud, et neid tehinguid ei liigitata „Euroopa Kohtu praktika kohaselt [...] riigihankelepinguteks“.<sup>29</sup>

64. Eelotsusetaotluse viited *in house*-lepingute korrale ei jäänud eelotsusemenetluse poolte märkamatuks. Konkreetselt komisjon asus seisukohale,<sup>30</sup> et VLRD on LG sisetarnija ja et järelikult ei kohaldata nende vahel kokku lepitud tehingutele riigihankemenetlusi, vaid et need kuuluvad niinimetatud *in house*-erandi alla.<sup>31</sup>

65. Ka Leedu valitsus viitas oma kirjalikes seisukohtades *in house*-korrale,<sup>32</sup> tuginedes sõnaselgelt direktiivi 2014/24 artikli 12 lõikele 1.<sup>33</sup> Saksamaa valitsus omakorda viitas oma suulistes seisukohtades samuti sellele korrale.

66. Lõpuks kohtuistungil vastas VLRD esindaja menetluses, kui talt küsiti vaidlusaluse hanke esemeks olevate kaupade otstarbe kohta, et kaubad on mõeldud materjali valmistamiseks, mille tarnimist oli LG temalt tellinud nende *in house*-suhetes.

67. Nagu on korranud Euroopa Kohus, on *in house*-erand „õigustatud juhul, kui hankijaks olev ametiasutus saab avalike huvidega seotud ülesandeid täita omaenda administratiivsete, tehniliste või muude vahenditega, ilma et ta oleks kohustatud pöörduma selliste üksuste poole, kes ei ole tema alluvuses; seda erandit võib laiendada olukordadele, milles teine lepingupool on hankijast eraldiseisev juriidiline üksus, kuid viimane teostab teise lepingupoole üle analoogset kontrolli nagu oma üksuste üle ja kui põhiosa selle üksuse tegevusest toimub koos hankija või hankijatega, kellele ta kuulub“, nii et nendel juhtudel võib mõelda, et „hankija on kasutanud oma vahendeid“.<sup>34</sup>

68. Seega tuleb nõustuda, et kuigi VLRD loomine LG instrumentaalse organina andis tulemuseks formaalselt eraldiseisva isiku (nad on nimelt kaks juriidiliselt erinevat äriühingut), näib, et funktsionaalselt kestis edasi varasem olukord. Selle äriühinguga püüti lõpuks Leedu riikliku raudtee-ettevõtja tegevus ümber korraldada.<sup>35</sup>

28 Kohtujuristi kursiiv.

29 Eelotsusetaotluses on seejärel viidatud mitmele Euroopa Kohtu kohtuotsusele, milles on kohaldatud *in house*-erandit: kohtuotsused, 18.11.1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), ja 11.1.2005, Stadt Halle ja RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).

30 Tema kirjalikud seisukohad, punktid 21 ja 22.

31 Seda kinnitavad tema sõnul Kanapinskas, V., Plytnikas, Z. ja Tvaronavičienė, A. andmed, „In-house procurement exception: Threat for sustainable procedure of public procurement?“, *Journal of Security and Sustainability Issues* [(http://dx.doi.org/10.9770/jssi.2014.4.2(4)], mille järgi sõlmiti 2011. aastal kõigist LG *in house*-korras sõlmitud lepingutest 39,2% VLRDga; 2013. aastal oli see osakaal 74%.

32 Punktid 31–36.

33 Direktiiv 2014/24, eriti selle artikli 12 lõige 1, mis on inspireeritud Euroopa Kohtu kohtupraktikast selles küsimuses (millest see siiski kaldub mõnes olulises aspektis kõrvale), ei ole põhikohtuasjas *ratione temporis* kohaldatav.

34 Kohtuotsus, 8.5.2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, punkt 25 ja seal viidatud kohtupraktika). Uuematest kohtuotsustest, 8.12.2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, punkt 30).

35 Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab ka ise, et VLRD loodi LG tegevuse reorganiseerimiseks (eelotsusetaotluse punkt 26).



69. Nende kahe üksuse funktsioonide arvestamine annab „*in house*-erandile“ selle lõpliku tähenduse.<sup>36</sup> Selle erandi tunnistamine koos sellele omase vabastusega riigihankedirektiivide kohaldamisest on üks riigiasutuste korralduslik valikuvõimalus, kes tellivad oma instrumentaalsetelt organitelt (kui nad teostavad nende suhtes samasugust kontrolli nagu omaenda talituste suhtes) teatavaid teenuseid, pöördumata ehitustööde, asjade või teenuste hankimiseks turule.

70. *In house*-korra alusel ei sõlmi hankija lepingut funktsionaalselt eraldiseisva isikuga, vaid tegelikult iseendaga, arvestades tema seost vormiliselt erineva üksusega. Tegelikult ei saa rääkida lepingu sõlmimisest, vaid lihtsalt korraldusest või tellimusest, mille täitmisest teine „pool“ ei saa keelduda, millises sõnastuses neid kumbagi ka ei väljendataks.

71. Kuna tõeliselt erineva isikuga suhet ei ole, siis on õigustatud, et hankija ei ole kohustatud järgima riigihankemenetlusi, kui ta kasutab oma ülesannete täitmiseks omavahendeid, see tähendab, kui ta kasutab ettevõtjaid, kes lisaks sellele, et nad on eraldiseisvad juriidilised isikud, on temaga *materiaalselt* segunenud. Hankemenetlustel on mõtet ainult kahe erineva ja iseseisva üksuse vahel, sest nendega luuakse just nimelt nende kahe vahel (sünallagmaatiline) õigussuhe, mis on tingimata vajalik tasulise lepingu sõlmimiseks<sup>37</sup> võrdsetel alustel, mitte sõltuvuses või hierarhilises alluvuses.

72. Seega on Euroopa Kohtu praktikas kehtestatud rangetes piirides loogiline, et majandussuhetele hankija ja talle alluva üksuse vahel, kes tegutseb üksnes hankija teenistuses oleva vahendina ja on samasuguse kontrolli all, mis on hankijal oma (ülejäanud) talituste üle, ei kohaldata direktiivides reguleeritud formaalseid hankemenetlusi. Samuti ei oleks loogiline muuta hankemenetlust isiku toimimise sisekorralduse vahendiks, kohaldades seda juhtudele, kus isik otsustab kasutada ainult omavahendeid.

73. Lähtudes seega materiaalse samasuse põhimõttest, mis on *in house*-erandi aluseks, leian, et kui seda erandit võis eelotsusetaotluses sätestatud tingimustel kohaldada LG ja VLRD vahel kooskõlastatud tehingutele, siis seepärast, et mõlemad äriühingud vastavad kohtupraktika kriteeriumidele, millele ma enne viitasin (mis on nüüd *selgelt sätestatud* direktiivi 2014/24 artikli 12 lõikes 1), mis tuleb lõppkokkuvõttes välja selgitada eelotsusetaotluse esitanud kohtul.

74. Komisjon väidab, et asjaolu, et VLRD on LG sisetarnija, ei muuda teda iseenesest hankijaks, ehkki ta ei põhjenda seda väidet eriti.<sup>38</sup> Võiks nimelt üldiselt mõnda, et *in house* alluvad üksused on direktiivide 2004/18 ja 2004/17 tähenduses „avalik-õiguslikud isikud“ ainult siis, kui nad ise vastavad neile kolmele kumulatiivsele tingimusele, mida ma enne nimetasin.

75. Sellele väitele tuleb aga kohe lisada nüanss, eristades instrumentaalsete organite „kõrvaltegevust“ ja „põhitegevust“, mis õigustab *in house*-erandit. Leian, et esimese suhtes<sup>39</sup> ei ole probleeme komisjoni seisukohaga nõustumisega, sest selle tegevuse suhtes tegutseb ettevõtja turul ja võib võrdsetel alustel konkureerida ülejäanud konkureerivate ettevõtjatega.

76. Nii ei ole see minu arvates aga siis, kui tegu on alluva ettevõtja „peamiste“ ülesannetega, mille on talle usaldanud või määranud hankija *in house*-korras. Kui see ettevõtja (siin VLRD) peab nende täitmiseks omakorda hankima kolmandate isikute kaupu, teenuseid või tarneid niisuguses koguses, mis ületab ühtlustatud hankemäära, on riigihankedirektiivid kohaldatavad.

36 Vt üldiselt Sánchez Graells, A., *Public procurement and the competition rules*, 2. tr, Hart, Oxford, 2015, lk 265–272.

37 Tasulisust kui direktiiviga 2004/18 reguleeritud lepinguid eristavat joont nimetas Euroopa Kohus 8. septembri 2016. aasta kohtuotsuses Politano (C-225/15 EU:C:2016:645, punktid 29–31).

38 Komisjoni kirjalikud seisukohad, punkt 23.

39 Euroopa Kohus tuletas kohtuotsuses, 11.5.2006, Cabotermo ja Consorzio Alisei (C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308) meelde, mida ta oli juba väljendanud kohtuotsuses, 18.11.1999, Teckal (C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562), nimelt, et alluv isik tegutseb tingimata „põhiliselt teda kontrolliva omavalitsuse huvides“ (punkt 59), kinnitades, et see tegevus peab olema „põhimõtteliselt allutatud sellele omavalitsusele ja kogu muu tegevus [peab olema] tähtsusetu“ (punkt 63, originaalis kursiivita). Direktiivi 2014/24 artikli 12 lõikes 1 kehtestati (vaideldamatult) „põhilise“ ja „tähtsusetu“ piirmääradeks vastavalt 80% ja 20%.

77. Erinev tõlgendus tähendaks lisaks järjepidevuse puudumisele võimalikku seaduserikkumist. Esimest seepärast, et see ei oleks kooskõlas nende kahe isiku materiaalse *samasusega*, mida nimetati nende tegevuse nende vastastikustes suhetes hankemenetlustest väljajätmise ajal. Teist seepärast, et see soodustaks kergesti liidu riigihankemenetlusi käsitlevate õigusnormide kohaldamisest kõrvalehoidmist.

78. LG ja VLRD omavaheline suhe juba iseenesest võimaldab teha asjaomast erandit liidu õigusnormide kohaldamisest nende *sisetehingutele*, mida loetakse mittelepingulisteks. Kui lisaks vabastada VLRD nende samade õigusnormide kohaldamisest tehingutele, mis on formaalselt *välised*, mille kohta ta sõlmib lepinguid kolmandate isikutega, kuid mis tegelikult on osa binoomi LG/VLRD käibest, võib *in house*-erand omandada aimamatud mõõtmed.

79. Teisisõnu võib hankija kasutada instrumentaalseid organeid juba nimetatud piirmäärade ulatuses, et tellida neilt teatavaid töid, mille jaoks tuleks põhimõtteliselt korraldada riigihanget, kuid mis on hankest vabastatud. See erand ei ole iseenesest juriidilisest aspektist vaieldav, arvestades Euroopa Kohtu kohtupraktikat (ja nüüd direktiivi 2014/24 artikli 12 lõiget 1). Aga kui nendel instrumentaalsel kandjal omakorda puuduvad vahendid ise hankija tellimusi täita ja nad on sunnitud nende täitmiseks kasutama kolmandate isikute abi, siis muutuvad *in house*-erandit õigustavad põhjused ebaselgeks ja ilmneb, et tegelikult on tegu varjatud kujul riigi(all)hankega, milles hankija ostab vahendaja (instrumentaalne organ) kaudu kaupu ja teenuseid kolmandatelt isikutelt, järgimata direktiive, mis peaksid nende hankimist reguleerima.

80. Nii oleks see käesoleval juhul. LG tehingud, mis oleks siis, kui VLRDd ei oleks olemas, tulnud paratamatult teha vastavuses riigihanke õigusnormidega (kui riiklik äriühing oleks teinud neid otse), jääksid selle korra alt välja põhjendusega, et need on omistatavad teisele äriühingule, mis on aga esimesega materiaalselt nii tihedalt seotud, et need mõlemad võivad oma vastastikustes tehingutes kuuluda *in house*-erandi alla.<sup>40</sup>

81. Kui seos LG ja VLRD vahel on niisugust laadi, et nende kahe vahel sõlmitud tehingute suhtes on õigustatud *in house*-erand, siis minu arvates ei saa väliste tehingute puhul, mis on tingimata vajalikud nende ülesannete täitmiseks, mille on LG usaldanud VLRD-le, hankedirektiividest kõrvale hoida (alati kui need tehingud ületavad vastava koguselise taseme). Vastasel korral piisaks lihtsalt LG tegevuse *ümberkorraldamisest* VLRD loomisega selleks, et LG saaks oma hankija staatuse tagajärgi vältida.

82. Seega arvan, et ei ole tingimata vajalik kindlaks määrata, kas VLRD on avalik-õiguslik isik, kuna ta rahuldab ise vajadusi, mis tulenevad üldisest huvist, mis ei ole seotud tööstuse ega kaubandusega, sest tuleb järeldada, et ta teeb seda sel määral, et ta moodustab funktsionaalselt ühe terviku äriühinguga (LG), mis katab seda tüüpi vajadusi ja mille jaoks ta tegutseb *in house*-korras.

83. Konkreetse direktiivi kohta, millele peaksid vastama VLRD sõlmitud lepingud, tuleb meelde tuletada, et „direktiivi 2004/17 kohaldamisalasse [kuuluvad] hanked, mis viiakse läbi seoses mõne selle direktiivi artiklis 3–7 sõnaselgelt nimetatud tegevusega, samuti hanked, mis isegi juhul, kui nad on olemuselt teistsugused ja kuuluksid üldjuhul direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse, aitavad kaasa direktiivis 2004/17 loetletud tegevuste elluviimisele“.<sup>41</sup> Seejärel tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtul, kes seda küsimust Euroopa Kohtule ei esitanud, kindlaks teha, milline direktiiv on kohaldatav, olenevalt põhikohtuasjas arutatava lepingu esemest.

40 Vt *in house*-korras allhankimise kui vaba konkurentsi tagatistest kõrvalehoidumise viisi riskide kohta Hispaania riikliku konkrentsikomisjoni (Comisión Nacional de la Competencia) aruanne *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, lk 30–57 ([https://www.cnmcc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes\\_y\\_Estudios\\_Sectoriales/2013/2014\\_MediosPropios\\_Inf\\_sectorial.PDF](https://www.cnmcc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/2014_MediosPropios_Inf_sectorial.PDF)).

41 Kohtuotsus, 10.4.2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punkt 57).



84. Kokkuvõttes teen ettepaneku vastata Vilniaus apygardos teismasi (Vilniuse ringkonnakohus) esimesele küsimusele, et direktiivi 2004/17 artikli 2 lõike 1 punkti a ja direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 teist lõiku tuleb tõlgendada nii, et äriühingule, kelle materiaalse ja funktsionaalse seose tõttu hankijaga on nende sisetehingute puhul õigustatud *in house*-erand, kohaldatakse neid direktiive, kui ta sõlmib talle hankija esitatud tellimuse täitmiseks ehitustööde, asjade või teenuste lepinguid.

### C. Teine eelotsuse küsimus

85. Kui Euroopa Kohus otsustab vastata eelmisele küsimusele jaatavalt, nagu ma välja pakun, soovib Vilniaus apygardos teismas (Vilniuse ringkonnakohus) teada, kas äriühing nagu VLRD kaotab hankijastaatuse, kui tema poolt sisetehingute kaudu LG-le osutatud teenuste väärtus väheneb sel määral, et see on tema tegevuse kogukäibest alla 90% või ei ole selle põhiline osa.

86. Küsimus on puhtalt hüpoteetiline (ja seetõttu vastuvõetamatu), sest põhikohtuasjas ei arutata mitte tulevast olukorda, vaid olukorda ajal, kui VLRD avaldas raudmetallkangide hanke teate (2013). Põhikohtuasi on nimelt algatatud ainult selle konkreetse hankemenetluse tühistamiseks, mida LitSpecMet vaidlustab.

87. Hetk, millest tuleb vaidluse lahendamiseks lähtuda, on algus, nagu nähtub Euroopa Kohtu kohtupraktikast. Selle kohaselt nõuab õiguskindluse põhimõte, et ühenduse õigusnormid oleksid selged ja ootuspäraselt kohaldatavad neile, keda need puudutavad;<sup>42</sup> sellest nõudest tuleneb samamoodi nagu pakkujate huvide kaitse nõuetest, et kui asutus, kes on hankija, algatab hankemenetluse, on riigihankedirektiivid tema suhtes kohaldatavad kuni asjaomase menetluse lõpuni.<sup>43</sup>

88. Nagu ma märkisin, on küsimuse, kas riigihankedirektiivid olid VLRD suhtes kohaldatavad, lahendamiseks oluline see, et selle 2013. aasta hanke esemeks olid kolmandate isikute kaubad, millega täideti tellimust, mille oli talle andnud LG nende *in house*-suhete raames.

89. On loogiline, kui aastaid hiljem see eeltingimus kaob ja põhjusel, mida nimetab eelotsusetaotluse esitanud kohus („põhiline“ osa VLRD tegevusest ei ole enam LG teenistuses),<sup>44</sup> või muul analoogsel põhjusel VLRD kaotab LG instrumentaalse organi staatuse, et tegutseda vabal turul, tuleks kaaluda uusi asjaolusid ja järelikult lahendada küsimus nende põhjal.

90. Selles võimalikus tulevikus oleks kohaldatav juba direktiiv 2014/24, mille kriteeriumide ja nõuete kohaselt tuleks kindlaks määrata, kas VLRDd saab ka siis kvalifitseerida hankijaks.

42 Vt muu hulgas kohtuotsus, 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau Austria jt (C-44/96, EU:C:1998:4, punkt 34).

43 Kohtuotsus, 3.10.2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 43).

44 Kindel on siiski, et kohtuistungil esitatud andmete järgi oli 85% VLRD tarnete saajaks 2016. aastal endiselt LG ja 2/3 nendest tehti *in house*-korras.

## VI. Ettepanek

91. Eespool märgitu põhjal teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Vilniaus apygardos teismasile (Vilniuse ringkonnakohus, Leedu) järgmiselt:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ (millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused) artikli 2 lõike 1 punkti a ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta artikli 1 lõike 9 teist lõiku tuleb tõlgendada nii, et:

- a) äriühingule, kelle materiaalse ja funktsionaalse seose tõttu hankijaga on nende sisetehingute puhul õigustatud in house-erand, kohaldatakse neid direktiive, kui ta sõlmib talle selle hankija esitatud tellimuse täitmiseks ehitustööde, asjade või teenuste lepinguid, ja
- b) igal juhul tuleb nimetatud äriühingut kvalifitseerida avalik-õiguslikuks isikuks, kui ta, olles iseseisva õigusvõimega ja hankija kontrolli all, oma tegevuse põhiosas tarnib ilma võimalike konkurentide surveta ja väljaspool turutingimusi sellele teisele hankijale raudteematerjali selleks, et see saaks osutada talle ülesandeks tehtud reisijate- ja kaubaveoteenust.