



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 30. aprillil 2024¹

Kohtuasi C-683/22

Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari

versus

**Presidenza del Consiglio dei ministri,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili,
DIPE – Dipartimento programmazione e coordinamento della politica economica,
Autorità di regolazione dei trasporti,
Corte dei Conti,
Avvocatura dello Stato,
menetluses osalesid:
Mundys S.p.A., endine Atlantia S.p.A.,
Autostrade per l'Italia S.p.A.,
Holding Reti Autostradali S.p.A.**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia))

Eelotsusemenetlus – Maanteede haldamise kontsessioon – Hooldus- ja järelevalvekohustuste oluline rikkumine – Direktiiv 2014/23/EL – Artikkel 43 – Kontsessiooni muutmine – Varasema kontsessioonäri tegevuse jätkumine – Uue hankemenetluse korraldamise vajaduse hindamine – Otsuse põhjendused – Muudatuste sisulisus – Kontsessioonäri usaldusväärsuse hindamine kontsessiooni muutmise menetluses – Artikkel 44 – Kontsessiooni lõpetamine – Hankemenetluse korraldamata jätmine – Kontsessioonäri usaldusväärsuse puudumine

1. 14. augustil 2018 varises Itaalias Genova lähisel A10 maanteel kokku Polcevera viadukti nn Morandi sild. Maanteekontsessioonäär oli sel ajal Autostrade per l'Italia S.p.A. (edaspidi „ASPI“).
2. Riiklikud ametiasutused algatasid menetluse, et tuvastada ASPI vastutus tema vastutusalasse kuuluva maanteevõrgu hooldus- ja järelevalvekohustuste olulise täitmatajätmise eest.
3. Selle menetluse tulemusel sõlmisid ASPI ja Itaalia ametiasutused *accordo transattivo* (edaspidi „kompromiss“), millele järgnes *III atto aggiuntivo* (edaspidi „III täiendav akt“), mille samad pooled sõlmisid ja mis lisati algesse kontsessioonilepingusse. Nendega muudeti kontsessiooni tingimusi ilma uut hankemenetlust algatamata.

¹ Algkeel: hispaania.

4. Tarbijate ühendus vaidlustas need kokkulepped ja muud seonduvad aktid Itaalia kohtus, kes esitab Euroopa Kohtule oma kahtlused seoses küsimusega, kuidas tõlgendada liidu õigust, mis käsitleb direktiiviga 2014/23/EL² reguleeritud kontsessioonilepingute muutmist (ja võimalikku lõpetamist).

I. Õigusraamistik

A. Liidu õigus Direktiiv 2014/23

5. Artiklis 3 („Võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõte“) on sätestatud:

„1. Avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval ja proportsionaalsel viisil.

[...]

2. Avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijad seavad eesmärgiks tagada kontsessiooni andmise menetluse ja lepingu täitmise läbipaistvuse [...]“.

6. Vastavalt artiklile 38 („Taotlejate vahel valiku tegemine ja nende kvalitatiivne hindamine“):

„[...]7. Avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija võib kõrvaldada ettevõtja kontsessiooni andmise menetluses osalemisest või liikmesriik võib temalt nõuda ettevõtja kontsessiooni andmise menetluses osalemisest kõrvaldamist, kui täidetud on üks järgmistest tingimustest:

[...]

c) avaliku sektori hankija suudab mis tahes asjakohaste vahenditega tõendada, et ettevõtja on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, mis muudab ta aususe küsitavaks;

[...]

f) ettevõtja puhul on esinenud tõsiseid või püsivaid puudusi varasema kontsessiooni või avaliku sektori või võrgustiku sektori hankijaga sõlmitud varasema lepingu kohase olulise nõude täitmisel, nagu on määratletud käesolevas direktiivis või direktiivis 2014/25/EL, mille tulemusel on kõnealune varasem leping tulnud ennetähtaegselt lõpetada, on makstud kahjutasu või on rakendatud muid sellega võrreldavaid sanktsioone;

[...]“.

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (ELT 2014, L 94, lk 1).

7. Vastavalt artiklile 43 („Lepingute muutmine nende kehtivusajal“):

„1. Kontsessioone võib ilma käesoleva direktiivi kohaselt kontsessiooni andmise uut menetlust korraldamata muuta järgmistel juhtudel:

a) kui muudatused, sõltumata nende rahalisest väärtusest, olid esialgsetes kontsessiooni alusdokumentides ette nähtud selgete, täpsete ja ühemõtteliste läbivaatamisklauslitega, mis võivad hõlmata maksumuse läbivaatamise klausleid või võimalusi. Sellistes klauslites märgitakse võimalike muudatuste või alternatiivsete lahenduste ulatus ja olemus ning ka tingimused, mille korral neid võib kasutada. Nendega ei nähta ette muudatusi või alternatiivseid lahendusi, millega muudetakse kontsessiooni üldist olemust;

[...]

c) kui on kõik täidetud järgmised tingimused:

i) muudatused tulenevad olukorrast, mida hoolas avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija ei saanud ette näha;

ii) muudatusega ei muudeta kontsessiooni üldist olemust;

iii) avaliku sektori hankija antud kontsessioonide puhul, mis on ette nähtud muudeks kui II lisas osutatud tegevusaladeks, ei ületa maksumuse suurendamine 50% esialgse kontsessiooni maksumusest. Mitme järjestikuse muudatuse korral kohaldatakse seda piirangut iga muudatuse maksumuse suhtes. Selliseid järjestikusi muudatusi ei tohi teha selleks, et hoiduda kõrvale käesoleva direktiivi sätetest;

d) kui uus kontsessionäär asendab seda kontsessionääri, kellele avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija algselt kontsessiooni andis, ühel järgmisel põhjusel:

i) ühemõtteline läbivaatamisklausel või -võimalus kooskõlas punktiga a;

ii) algse kontsessionääri täielik või osaline asendamine, tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest, sealhulgas ülevõtmisest, ühinemisest, omandamisest või maksejõuetuks muutumisest, teise algseid kvalitatiivseid kvalifitseerimise tingimusi täitva ettevõtjaga, kui sellega ei kaasne muid olulisi lepingu muudatusi ning selle eesmärk ei ole käesoleva direktiivi kohaldamisest kõrvale hoida, või

iii) avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija täidab ise põhikontsessionääri kohustusi alltöövõtjate ees, kui see võimalus on siseriiklikus õiguses ette nähtud;

e) kui muudatused ei ole sõltumata oma väärtusest lõike 4 tähenduses olulised.

Avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija, kes on kontsessiooni muutnud käesoleva lõike punktides b ja c sätestatud juhtudel, kannab hoolt *Euroopa Liidu Teatajas* sellekohase teate avaldamise eest. Kõnealune teade sisaldab XI lisas esitatud teavet ja see avaldatakse kooskõlas artikliga 33.

2. Lisaks ja ilma et oleks vaja kontrollida, kas lõike 4 punktides a–d sätestatud tingimused on täidetud, võib kontsessioone ilma käesoleva direktiivi kohaselt uut kontsessiooni andmise menetlust korraldamata muuta, kui muudatuse väärtus on väiksem mõlemast järgmisest väärtusest:

- i) artiklis 8 sätestatud piirmäär ning
- ii) 10% algse kontsessiooni maksumusest.

Muudatusega ei või siiski muuta kontsessiooni üldist olemust. Kui tehakse mitu järjestikust muudatust, hinnatakse kõnealust maksumust järjestikuste muudatuste kumulatiivse netomaksumuse alusel.

[...]

4. Kontsessiooni muudatust selle kehtivusajal käsitatakse lõike 1 punkti e kohaselt olulisena, kui sellega muutub kontsessioon oluliselt võrreldes algselt sõlmitud lepinguga. Ilma et see piiraks lõigete 1 ja 2 kohaldamist, käsitatakse muudatust igal juhul olulisena, kui on täidetud üks või mitu järgmistest tingimustest:

- a) muudatusega lisatakse tingimusi, mis oleksid võimaldanud osaleda ka muudel kui algselt välja valitud taotlejatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumisi või oleksid kontsessiooni andmise menetlusse kaasanud täiendavaid osalejaid, kui neid tingimusi oleks kasutatud algses kontsessiooni andmise menetluses;
- b) muudatusega muudetakse kontsessiooni majanduslikku tasakaalu kontsessionääri jaoks soodsamaks viisil, mida ei olnud algses kontsessioonis ette nähtud;
- c) muudatusega laiendatakse kontsessiooni reguleerimisala märkimisväärselt;
- d) kui uus kontsessionäär asendab seda kontsessionääri, kellele avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija algselt kontsessiooni andis, muudel kui lõike 1 punktis d ette nähtud põhjustel.

5. Käesoleva direktiivi kohaselt uue kontsessiooni andmise menetlus on nõutav kontsessiooni kehtivusajal selle sätetesse muude kui lõigetes 1 ja 2 ette nähtud muudatuste tegemisel.“

8. Artiklis 44 („Kontsessiooni lõpetamine“) on sätestatud:

„Liikmesriigid tagavad, et avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijatel on võimalik kehtiva siseriikliku õigusega ette nähtud tingimuste kohaselt lõpetada kontsessioon selle kehtivusaja jooksul, kui on täidetud üks või rohkem järgmistest tingimustest:

- a) kontsessiooni on tehtud muudatus, mis oleks nõudnud uue artikli 43 kohase kontsessiooni andmise menetluse korraldamist;
- b) kontsessionäär oli kontsessiooni sõlmimise ajal ühes artikli 38 lõikes 4 osutatud olukordadest ning oleks seetõttu tulnud kontsessiooni andmise menetlusest kõrvale jätta;

- c) Euroopa Liidu Kohus leiab ELi toimimise lepingu artikli 258 kohase menetluse käigus, et liikmesriik on jätnud aluslepingute kohased kohustused täitmata, kuna kõnealuse liikmesriigi avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija on andnud kõnealuse kontsessiooni, jättes aluslepingutest ja käesolevast direktiivist tulenevad kohustused täitmata“.

B. Itaalia õigus

1. 6. detsembri 2011. aasta dekreetseadus nr 201, millega kehtestatakse kiireloomulised sätted majanduskasvu, õigluse ja riigi rahanduse konsolideerimise kohta³

9. Artikli 43 lõike 1 kohaselt peavad jõustumise ajal kehtivate maanteekokkulepete ajakohastamiste või läbivaatamiste kohta, kui need hõlmavad muudatusi või parandusi investeerimiskavas või riigi rahanduse kaitseks mõeldud regulatiivsetes aspektides, teatavad ametiasutused esitama arvamuse ning need asutused peavad need heaks kiitma.

2. 18. aprilli 2016. aasta seadusandlik dekreet nr 50, mis käsitleb riigihangete seadustikku⁴

10. Artikli 80 lõike 5 punktides c ja c ter on loetletud pakkujate hankemenetlusest kõrvaldamise vabatahtlike alustena vastavalt raske ametialane üleastumine ja varasema kontsessiooni rikkumine.

11. Seadusandliku dekreeდი kolmas osa, mis käsitleb kontsessioonilepinguid, sisaldab järgmist:

- artikkel 175, mis käsitleb lepingute muutmist nende kehtivusaja jooksul. See kordab mõningate muudatustega direktiivi 2014/23 artiklit 43.
- artikkel 176, mis käsitleb kontsessiooni lõpetamist, omal algatusel tühistamist, lõpetamist täitmata jätmise tõttu ja kontsessioonääri asendamist.

II. Asjaolud, vaidlus ja eelotsuse küsimused

12. 12. oktoobril 2007 sõlmisid ASPI ja Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (riiklik autonoomne maantee-ettevõtja, Itaalia)⁵ „Convenzione unica“ (edaspidi „ühtne leping“),⁶ millega ASPI-le anti kontsessioon Itaalia maanteelõikude kohta, mille pikkus kokku oli rohkem kui 2800 kilomeetrit.⁷

13. Kontsessioon lõpeb 31. detsembril 2038.

³ Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201. Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici (GURI üldseeria nr 284, 6.12.2011 – regulaarne lisa nr 251; GURI Serie Generale n. 284, 06-12-2011 – Suppl. Ordinario n. 251).

⁴ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Codice dei contratti pubblici (GURI üldseeria nr 91, 19.4.2016 – regulaarne lisa nr 10; GURI Serie Generale n. 91, del 19-04-2016 – Suppl. Ordinario n. 10). Kohaldatav ratione temporis.

⁵ Taristu ja säästva liikuvuse ministeeriumist (edaspidi „taristuministeerium“) sai 1. oktoobril 2012 *ex lege* riikliku äriühingu õigusjärglane.

⁶ ASPI hallatavate maanteede kontsessioon pärineb 1968. aasta hankelepingust äriühinguga Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A. Viimati nimetatud üksus erastati 1999. aastal ja ta andis 2003. aastal oma maanteekontsessioonide alase tegevuse üle ASPI-le.

⁷ Ühtne leping kiideti ametlikult heaks 8. aprilli 2008. aasta dekreetseadusega nr 59, millega kehtestatakse kiireloomulised sätted ühenduse kohustuste täitmiseks ja Euroopa Ühenduste Kohtu otsuste täitmiseks (decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59 – Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), mis jõustus koos seadusega 101/2008 tehtud muudatustega, artiklis 8 *duodecies*.

14. 14. augustil 2018 varises Genova lähistel kokku ASPI kontsessiooni alla kuuluva A10 maantee Polcevera viadukti üks osa („Morandi sild“), mille tagajärjel hukkus 43 inimest.

15. 16. augustil 2018 algatas maanteekontsessioonäride järelevalve peadirektoraat ASPI vastu menetluse maanteevõrgustiku hooldus- ja järelevalvekohustuste olulise täitmata jätmise tõttu.

16. Alates 10. juulist 2019 toimusid kontsessioonäri ja ametiasutuste vahel erinevad kohtumised, mille tulemusena esitas ASPI 11. juulil 2020 ettepaneku.⁸

17. Selle „kokkuleppelahenduse“ ettepaneku alusel koostati kompromisskokkulepe, mis edastati ASPI-le mitme Itaalia ministeeriumi ja ministrite nõukogu eesistuja 23. septembri 2020. aasta ühiskirjaga.

18. Kompromisskokkuleppes määratleti kontsessioonäri poolt võetavad meetmed ja muud kohustused, mida kontsessioonäär võttis endale kohustuste täitmata jätmise menetluse lahendamiseks läbirääkimiste teel. Selles tehti ettepanek 12. oktoobri 2007. aasta „ühtse lepingu läbivaatamiseks“.

19. 15. juulil 2021 edastas ASPI ühtse lepingu ja selle lisaakti ning lisade eelnõu.

20. 14. oktoobril 2021 allkirjastasid taristuministeerium ja ASPI kompromisskokkuleppe, mis kinnitati taristuministeeriumi 22. veebruari 2022. aasta määrusega nr 37 ühisel kokkuleppel Ministero dell’economia e delle Finanze (majandus- ja rahandusministeerium, Itaalia).⁹

21. 21. märtsil 2022 allkirjastasid taristuministeerium ja ASPI ühtse lepingu kolmanda lisaakti, millega lisati ühtsesse lepingusse teatavad kontsessiooniklauslite muudatused.

22. Mitu ühendust (sh Associazione difesa utenti servizi Bancari e finanziari (edaspidi „Adusbef“), kelle kaebeõigust lõpuks ainsana tunnustati) vaidlustasid eelotsusetaotluse esitanud kohtus 2022. aasta numbri 6020 all registreeritud kaebuses järgmised aktid, mille kehtetuks tunnistamist taotleti:

- ministeeriumidevahelise majandusplaneerimise ja säästva arengu komitee 22. detsembri 2021. aasta otsus nr 75/21 „Autostrade per l’Italia S.p.A. – seisukoht 12. oktoobri 2007. aasta ühtse kokkuleppe kolmanda lisaakti ja finantsmajanduskava kohta 2011. aasta dekreetseaduse nr 201 artikli 43 tähenduses (otsus nr 75/2021)“;
- taristuministri 22. veebruari 2022. aasta määrus nr 37 ühisel kokkuleppel majandus- ja rahandusministeeriumiga, millega kiidetakse heaks taristuministri ja ASPI vahel 14. oktoobril 2021 allkirjastatud kompromisskokkuleppe;
- Corte dei Conti (kontrollikoda, Itaalia) 29. märtsi 2022. aasta otsus nr SCCLEG/2/2022/PREV;

⁸ Ettepanekus pakkus ASPI kokkuvõttes rahalist hüvitist 3,4 miljardi euro ulatuses, turvastandardite tõstmist ja ettevõtte ümberkorraldamist, kaasates Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. ja teisi sellele üksusele vastuvõetavad investorid, kellele antakse üle kontroll ASPI aktsiate üle.

⁹ Kompromissi sõlmimisele eelnes ministeeriumidevahelise majandusplaneerimise ja säästva arengu komitee (Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile, Itaalia) 22. detsembri 2021. aasta positiivne arvamus (otsus nr 75), milles võeti seisukohta III lisaakti kohta.

- Avvocatura Generale dello Stato (Itaalia riigi esindaja kohtuasjades) pooldav arvamus, mis edastati 24. septembri 2021. aasta teatisega ja mis käsitleb eespool nimetatud kokkuleppe põhijooni;
- 14. oktoobri 2021. aasta kompromisskokkulepe, mis on sõlmitud taristuministeeriumi ja ASPI vahel;
- 5. novembri 2021. aasta teatis nr 19135, millega ASPI edastas taristuministeeriumile finantsmajanduskava ajakohastatud ettepaneku;
- Nucleo di consulenza per l’attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (kommunaalteenuste reguleerimise suuniste rakendamise nõuanderühm) 22. detsembri 2021. aasta arvamus ühtse lepingu III lisaakti eelnõu ning sellest tuleneva majandus- ja finantskava kohta;
- Autorità di regolazione dei trasporti (Itaalia transpordiamet) 14. oktoobri 2020. aasta arvamus ja 16. detsembri 2021. aasta teatis;
- Consiglio dei Ministri (Itaalia ministrite nõukogu) 14. ja 15. juuli 2020. aasta istungi protokollid;
- mis tahes muud eelnevad, seotud või järgnevad aktid.

23. Adusbefi esitatud väited¹⁰ puudutasid nii riigisiseste õigusnormide kui ka direktiivi 2014/23 artiklite 38, 43 ja 44 rikkumist.

24. Sellele kaebusele vaidlesid vastu ASPI, vaidlustatud aktid andnud institutsioonid ja ametiasutused, keda esindatakse ühiselt, ning Atlantia S.p.A.¹¹ ja menetlusse astujana *ad opponendum* Holding Reti Autostradali.

25. Niisuguses kontekstis esitas Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia) Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused „seoses direktiivi 2014/23 artiklites 38, 43 ja 44 sätestatud eeskirjadega“:

- „1. Kas [liidu] õigusega on vastuolus riigisisese õigusnormi tõlgendamine nii, et kontsessiooni andev hankija võib alata kehtiva maanteekontsessiooni muutmismenetluse asjasse puutuvate isikute ja eseme osas või selle muutmisläbirääkimised, hindamata kohustust alata riigihankemenetlus ja väljendamata selle kohta oma seisukohta?
2. Kas [liidu] õigusega on vastuolus riigisisese õigusnormi tõlgendamine nii, et kontsessiooni andev hankija võib alata kehtiva maanteekontsessiooni subjektiivse ja objektiivse muutmismenetluse või selle muutmisläbirääkimised, hindamata sellise kontsessioonäri usaldusväärsust, kes on suures ulatuses oma kohustused täitmata jätnud?
3. Kas juhul, kui on tuvastatud riigihanke põhimõtte rikkumine ja/või maanteekontsessioonäri ebausaldusväärsus, kohustab [liidu] õigus lepingut lõpetama?“

¹⁰ Eelotsusetaotluse itaaliakeelse versiooni leheküljed 12-15.

¹¹ Atlantia oli ASPI aktsionär, kuni ta müüs oma osaluse Holding Reti Autostradali S.p.A-le ASPI kapitali ümberkorraldamise raames. Atlantia muutis 14. märtsil 2023 oma nime Mundys S.p.A-ks.

III. Menetlus Euroopa Kohtus

26. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtus 4. novembril 2022.

27. Kirjalikud seisukohad esitasid Adusbef, ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys, Saksamaa, Eesti ja Itaalia valitsus ning Euroopa Komisjon. Kõik nimetatud menetlusosalised, välja arvatud Saksamaa ja Eesti valitsus, osalesid 28. veebruaril 2024 toimunud kohtuistungil.

IV. Hinnang

A. Sissejuhatavad märkused

1. Kohaldatav direktiiv

28. Mundys väidab, et direktiiv 2014/23 ei ole vaidluse lahendamise seisukohast asjakohane, kuna selle artikli 54 lõike 2 kohaselt seda direktiivi „ei kohaldata selliste kontsessioonide andmise suhtes, mille pakkumine kuulutati välja või mis anti enne 17. aprilli 2014“. Käsitletavas asjas sõlmiti vaidlusalune kontsessioon 12. oktoobril 2007.

29. Ehkki esialgne kontsessioon anti enne direktiivi 2014/23 vastuvõtmist, on kohaldatava normi kindlaksmääramisel oluline nende muudatuste kuupäev, mille kehtivust vaidlustatakse.¹² See kuupäev on hilisem kui 17. aprill 2014, mis määrab kindlaks direktiivi 2014/23 kohaldatavuse.

30. Sama põhjendus kehtib *mutatis mutandis* ka kontsessioonääri usaldusväärsuse puudumist ja lepingu lõpetamise aluse olemasolu käsitlevate vastuväidete tagasilükkamise puhul. Mõlemad viitavad vaidlusalustest muudatustest tulenevatele või on nendega seotud asjaoludele, mis on toimunud pärast 17. aprilli 2014.

2. Eelotsusetaotluse vastuvõetavus

31. ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys ja Itaalia valitsus väidavad osalt samade ja osalt erinevate argumentidega, et eelotsusetaotlus on vastuvõetamatu. Lühidalt öeldes heidavad nad eelotsusetaotluse esitanud kohtule ette, et ta ei ole esitanud piisavalt faktilisi ja õiguslikke tõendeid, et saada oma küsimustele kasulikku vastust, ning et need küsimused on hüpoteetilised.

¹² 2. septembri 2021. aasta kohtuotsus *Sisal jt* (C-721/19 ja C-722/19, EU:C:2021:672; edaspidi „kohtuotsus *Sisal jt*“, punkt 28: „[...] kui kontsessioonilepingut oluliselt muudetakse, siis tuleb sellise muutmise suhtes kohaldada liidu õigusnorme, mis kehtivad muutmise kuupäeval“. Euroopa Kohus täpsustas selles kontekstis, et „asjaolul, et algne kontsessioonileping sõlmiti enne seda, kui liit võttis asjaomases valdkonnas vastu õigusnormid, ei ole selles osas tähtsust [...]“. Samamoodi 11. juuli 2013. aasta kohtuotsus komisjon vs. Madalmaad (C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 54) ja 18. septembri 2019. aasta kohtuotsus komisjon vs. Itaalia (C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 60).

32. Liidu õiguse tõlgendamist puudutavate eelotsusetaotluste puhul kehtib eeldus, et need on asjakohased. Lisaks on liikmesriigi kohtu ülesanne määratleda omal vastutusel faktiline ja õiguslik raamistik, mille paikapidavuse kontrollimine ei ole Euroopa Kohtu ülesanne. Viimane võib mõne sellise taotluse kohta otsuse tegemata jätta vaid erandjuhtudel, mida on Euroopa Kohus täpsustanud.¹³

33. Minu arvates, ilma et see piiraks seda, mida ma allpool kolmanda eelotsuse küsimuse osas välja toon, ja teatavaid ebaselgusi ülejäänud küsimustes, on esimesed kaks küsimust seotud põhikohtuasja vaidluse esemega. Kuigi asjaolude kirjeldus ei ole nii täpne, kui see peaks olema,¹⁴ annavad see kirjeldus ning eelotsusetaotluses¹⁵ esitatud õiguslikud kaalutlused Euroopa Kohtule minimaalse teabe, mis on vajalik esimesele kahele küsimusele vastamiseks.

B. Esimene eelotsuse küsimus

34. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas liidu õigus lubab „riigisisest õigusnormi tõlgendada nii, et kontsessiooni andja võib algetada kehtiva maanteekontsessiooni muutmismenetluse asjasse puutuvate isikute ja eseme osas või selle muutmisläbirääkimised, hindamata kohustust algetada riigihankemenetlus ja väljendamata selle kohta oma seisukohta“.

35. Selliselt sõnastatud küsimust tuleb mõista nii, et see viitab direktiivi 2014/23 artiklile 43, mis reguleerib kontsessioonilepingute muutmist nende kehtivusaja jooksul. Käsitlen seda küsimust nimetatud sätet ning kohtuasjas kokkulepitud muudatuste vormilisi ja sisulisi aspekte analüüsides.

1. Kontsessioonilepingute muudatused direktiivis 2014/23

36. Direktiivi 2014/23 artikkel 43 lubab lõikes 1 nimetatud juhtudel kontsessioone muuta ilma uut kontsessiooni andmise menetlust korraldamata. Nende seas on käsitletava asja jaoks oluline olukord, kus „muudatused ei ole sõltumata oma väärtusest lõike 4 tähenduses olulised“ (lõike 1 punkt e).

37. Sama artikli lõige 4 sätestab, millal loetakse kontsessiooni muutmine selle kehtivusaja jooksul oluliseks. Sellises olukorras on vastavalt lõikele 5 „[nõutav] uue kontsessiooni andmise menetlus“.

38. Direktiivi 2014/23 põhjenduses 75 on märgitud, et „[...] uut kontsessioonimenetlust on vaja juhul, kui esialgsesse kontsessiooni tehakse olulisi muudatusi, eelkõige seoses lepingupoolte vastastikuste õiguste ja kohustustega [...]“.

39. Enne direktiivi 2014/23 jõustumist oli Euroopa Kohus juba otsustanud, et kontsessioonilepingu peamiste tingimuste oluline muutmine võib nõuda uue lepingu sõlmimist.¹⁶

¹³ Nimelt siis, kui on ilmne, et taotletud liidu õiguse tõlgendusel ei ole põhikohtuasja faktiliste asjaolude või esemega mingit seost, kui probleem on hüpoteetiline või kui Euroopa Kohtule ei ole teada vajalikke faktilisi või õiguslikke asjaolusid, et anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule tarvilik vastus. Vt muu hulgas 14. septembri 2023. aasta kohtuotsus TGSS (emaduse pensionilisa maksmisest keeldumine) (C-113/22, EU:C:2023:665, punktid 30 ja 31).

¹⁴ Eelotsusetaotluse esitamise määruses (punkt 2.1.) märgib taotluse esitanud kohus, et mis puudutab vaidluse eset ja asjakohaste faktiliste asjaolude illustreerimist, siis „koda nõustub täielikult käesoleva otsuse „faktiliste asjaoludega“. See osa ei sisalda siiski mitte nende asjaolude kirjeldust, mida kohus ise peab tõendatuks, vaid poolte esitatud faktiliste asjaolude kirjeldust.

¹⁵ Eelotsusetaotlus on esitatud ebatavalises „mitte lõpliku kohtuotsuse“ vormis.

¹⁶ 13. aprill 2010. aasta kohtuotsus Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 37). Vt direktiivile 2014/23 eelneva regulatsiooni kohta samas tähenduses 18. septembri 2019. aasta kohtuotsus komisjon vs. Itaalia (C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 59) ja 11. juuli 2013. aasta kohtuotsus komisjon vs. Madalmaad (C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 54).

40. Aastal 2011 algatati arutelu¹⁷ riigihankedirektiivide reformimise vajaduse üle. Üks konsulteerimiseks esitatud küsimustest oli, „kas ELi tasandil on vaja õiguslikku selgitust, et kehtestada tingimused, mille kohaselt lepingu muutmine nõuab uut hankemenetlust“, arvestades Euroopa Kohtu kohtupraktikat. Tulemus, mis saavutati 2014. aasta kolmes riigihankedirektiivis, on lepinguliste muudatuste osas sarnane.

41. Direktiivi 2014/23 artiklit 43 käsitlevas hilisemas kohtupraktikas tõlgendatakse seda kooskõlas varasemate kohtuotsustega. Nii leidis Euroopa Kohus oma 2. septembri 2021. aasta otsuses, et selle artikliga „[...] ühtlustati ammendavalt esiteks juhud, mil kontsessioone võib muuta, ilma et oleks vaja korraldada [...] uut kontsessiooni andmise menetlust, ning teiseks juhud, mil selline menetlus tuleb kontsessiooni tingimuste muutmise korral läbi viia“.¹⁸

42. Nagu ma just märkisin, on direktiivi 2014/23 artikli 43 lõigetes 1 ja 2 sätestatud, millised muudatused ei nõua uue hankemenetluse avamist. Sama artikli lõikes 4 on sätestatud, millal muudatust tuleb pidada oluliseks, mille tagajärjel (lõige 5) tuleb algatada uus kontsessiooni andmise menetlus.

43. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele eelotsuse küsimusele tuleb vastata just neid eeldusi silmas pidades. Küsimus on aga sõnastatud mitmetimõistetavalt: sellises sõnastuses näib see olevat suunatud üksnes selle teadasaamisele, kas hankijal on *vormiline kohustus* teha põhjendatud otsus, mille *sisuline* pool jääks seega tagaplaanile.

44. Vormiline lähenemine on aga vastuolus sellega, et Euroopa Kohus pöörab oma eelotsusetaotluses tähelepanu ühele kontsessiooni (väidetavale) olulisele muudatusele, nimelt kontsessioonäri aktsionäride struktuuri käsitlevale muudatusele.

45. Täielikkuse huvides käsitlen küsimuse kahte vaatenurka, vormilist ja sisulist. Kõigepealt pean rõhutama, et välja arvatud osas, mis puudutab aktsionäride vahetumist, ei ole eelotsusetaotluses täpselt välja toodud muudetud kontsessioonitingimuste päritolu ega sisu.

46. Nagu ma juba ütlesin, tehti muudatus kahe aktiga, mis on küll omavahel seotud, kuid millel on erinev õiguslik vorm:

- esiteks sõlmiti 14. oktoobril 2021 taristuministeeriumi ja ASPI vahel kokkulepe, millega lõpetati kontsessioonäri kohustuste rikkumise uurimine;¹⁹
- teiseks allkirjastasid samad pooled 21. märtsil 2022 ühtse lepingu III lisaakti. Selle aktiga tehtigi tegelikult kontsessiooni muudatused. Eelotsusetaotluses on sellele siiski vähe tähelepanu pööratud.

¹⁷ Roheline raamat „ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Euroopa hanketuru tõhustamine“ (Brüssel, 27.1.2011, COM(2011) 15 (final). Leheküljel 27 on märgitud, et „teatavat liiki muudatuste puhul ei näi kohtupraktika olevat piisavalt selge, et otsustada, kas on vaja uut hankemenetlust“.

¹⁸ Kohtuotsus Sisal jt, punkt 31.

¹⁹ Kompromisskokkulepe on tegelikult haldusakt, mis on vastu võetud 7. augusti 1990. aasta seaduse 241/1990 „Uued eeskirjad haldusmenetluse ja haldusdokumentidega tutvumise õiguse kohta“ artikli 11 alusel. See kajastub ka selle kokkuleppe enda artiklis 5. Kui tegemist on haldusaktiga (mis on vastu võetud „huvitatud isikuga kokkuleppe“ vormis, nagu on osutatud nimetatud seaduse artikli 11 lõikes 1), kehtib selle suhtes üldine põhjendamiskohustus ja samad kontrollid nagu muude haldusaktide suhtes.

2. Avaliku sektori hankija kohustus oma otsust põhjendada

47. Direktiivi 2014/23 artikli 43 lõigetes 1, 2 ja 4, mis reguleerivad kontsessioonide muutmise viise (koos uue hankemenetluse algatamisega või ilma selleta), ei nõuta, et avaliku sektori hankija esitaks põhjused, mis panevad teda arvama, et tegemist on ühe nendes sätetes nimetatud juhtumi esinemisega.

48. Põhimõtteliselt ja arvestades, et direktiivi 2014/23 artiklis 43 ei ole selle üksikasja kohta midagi öeldud, peavad liikmesriigid kehtestama või jätma kehtestamata avaliku sektori hankijatele kohustuse põhjendada oma kontsessioonide muutmise seotud otsuseid.

49. Euroopa Kohus on aga juba otsustanud, et teatud asjaoludel on hankija kohustatud seda tegema, et huvitatud isikud saaksid „kaitsta oma õigusi ja otsustada kõiki juhtumi asjaolusid teades, kas [riigisiseste ametiasutuste vastu võetud] otsuste peale tuleks esitada kohtule kaebus“, ning et „kohtud saaksid kontrollida selliste otsuste õiguspärasust“.²⁰

50. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab kindlaks tegema, kas vaidluse eset arvestades oleks vaidlustatud akte pidanud põhjendada, ja kui see on nii, siis kas need sisaldavad piisavaid põhjendusi, et hõlbustada nende adressaatide õiguste kaitset või kohtulikku kontrolli.²¹

51. Seda silmas pidades on eelotsusetaotluses esitatud piisavalt asjaolusid järeldamiseks, et hankija otsusele eelnesid hinnangud, mis võivad põhjendamiskohustuse täita. Eelkõige selgitasid pädevad asutused (õigesti või valesti, kuid see on teine küsimus), miks kontsessiooni muutmine oli kõige sobivam lahendus.

52. Eelotsusetaotluse punktist 2.2 võib tõepoolest lugeda, kuidas hankija kaalus kahe esitatud alternatiivi (kontsessiooni muutmine ilma uue hankemenetluseta või lepingu lõpetamine) negatiivseid ja positiivseid tagajärgi.²² Põhjused, mis viisid Itaalia ametiasutused valima neist lahendustest esimest, on üksikasjalikult esitatud erinevates toimiku dokumentides.²³

²⁰ 7. septembri 2021. aasta kohtuotsus Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 120), milles viidatakse varasemale kohtupraktikale, ja 21. detsembri 2023. aasta kohtuotsus Infraestruturas de Portugal ja Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016, punkt 87).

²¹ Kohtuistungil oli vaidlus selle üle, kas avaliku sektori hankija oleks pidanud pärast kontsessiooni muutmist vastavalt direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 1 punktile c avaldama *Euroopa Liidu Teatajas* teate, mis sisaldab XI lisas esitatud teavet. Eelotsusetaotluse esitanud kohus ei sea seda tegevusetust kahtluse alla, vaid piirdub oma küsimuses aktide põhjendamata jätmisega. Igal juhul ei ole minu arvates käesoleval juhul täidetud üks kolmest nimetatud sättes nõutud tingimusest: kontsessiooni üldise laadi muutmine.

²² Eelotsusetaotluse esitanud kohus toob sellega seoses välja kontsessiooni lõpetamise negatiivsed tagajärjed, nagu need olid esitatud kompromisskõkkuleppes. Nende hulka kuuluvad lepingulise tegevuse katkemine, mis võib kaasa tuua ASPI lepingupartnerite ja tarnijate finantskriisi ohu, koos võimalike lisakuludega *administratsioonile, mis tulenevad trahvide tunnustamisest; hoiatava mõjuga oht, et administratsioon seisab silmitsi kohtuvaidlustega, mille käigus tunnustatakse ühtse lepingu klausli tõhusust, mille tulemus toob riigile kaasa märkimisväärse finantskoormuse, samuti riigi kohustus maksta kontsessioonäärile hüvitist*.

²³ Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab kompromisslepingus nimetatud positiivseteks aspektideks järgmisi: i) teenuse haldamise katkematu jätkamine, mis väldiks kogukonna jaoks olulise teenuse katkemist, ja selle regulaarset toimimist takistavate võimalike olukordade lahendamine; ii) maanteevõrgu investeerimis- ja hooldusprogrammi rakendamise viivitamatu alustamine ning ökoloogilise ülemineku ja jätkusuutliku liikuvusega seotud investeerimiskavade edendamine; iii) praeguse tööhõive taseme säilitamine ja arendamine ning ASPI poolt kogukonna kasuks tehtavate algatuste vastuvõtmine vastavalt administratsiooni poolt otseselt seatud prioriteetidele; iv) Polcevera viadukti asendamiseks tehtavate silla rekonstrueerimistööde maksete tagamine; v) kontsessioonäri ja administratsiooni vaheliste lahendamata vaidluste lõpetamine; vi) kontsessiooni lepinguliste tingimuste kohandamine, kustutades klauslid, mida peetakse kontsessioonäärile ebaõiglaselt soodsaks; vii) tugevdatud karistussüsteemi kehtestamine võrreldes ühtses lepingus sätestatuga; viii) mõlema osapoolle valmisolek vältida tulevasi kohtuvaidlusi.

53. Samas võib hankija põhjendusi tuletada Adusbefi kaebuses vaidlustatud akte puudutavate dokumentide sisust. Need hõlmavad riiklike asutuste ja institutsioonide arvamusi, milles rõhutatakse kompromisskokkuleppe ja III lisaakti vastuvõtmise asjakohasust, mille tulemusena pidas hankija otstarbekaks muuta esialgset kontsessiooni ilma eelneva pakkumismenetluseta.

54. Adusbef tunnistas eelotsusetaotluse esitanud kohtule esitatud kaebuses, et „[kompromiss]kokkuleppes esitatud põhjendused lepingu mitte lõpetamise, vaid selle jätkamise kasuks“ sisalduvad selles kokkuleppes, ja taasesitab osa selle sisust.²⁴ Samas kaebuses²⁵ kritiseerib ta oma argumentidega neid, mis sisalduvad kokkuleppes lepingu järjepidevuse kasuks, ja neid, mida Corte dei conti (kontrollikoda) oli esitanud „põhjenduste lisamiseks“.

55. Adusbef sai seega tutvuda kontsessiooni muutvate aktide sisuga ja seda vaidlustada, esitades selle eelotsusetaotluse esitanud kohtule kontrollimiseks.²⁶

3. Kontsessioonilepingu muudatuste kvalifitseerimine

56. Eelotsusetaotlus keskendub peamiselt kontsessioonilepingu (väidetavale) muutmisele, mis tuleneb ASPI aktsionäride struktuuri muutmisest. Arutelu käib selle üle, kas tegemist oli „kontsessioonäri asendamisega“ direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 4 punkti d tähenduses, koostoimes lõike 1 punktiga d.

57. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib samuti teada:

- kas Morandi silla kokkuvarisemine kujutas endast „ettenägematut asjaolu“ direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 1 punkti c alapunkti i tähenduses;
- kas ASPI kohustus maksta 3,4 miljardi euro suurust rahalist hüvitist ning tagada maanteevõrgu ohutustingimuste tugevdamine ja selle tõhus rakendamine tähendab kontsessiooni olulist muutmist.

58. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab kindlaks tegema, kas direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 5 kohaselt oli vaja alгатada hankemenetlus. Euroopa Kohus võib siiski anda talle mõningaid juhiseid, mis aitavad tal oma seisukohta kujundada.

a) Aktsionäride struktuuri muutmise: kontsessioonilepingu oluline muutmise?

59. Direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 1 punkti d alapunktis ii on sätestatud, et „kontsessioone võib ilma [...] kontsessiooni andmise uut menetlust korraldamata muuta, kui uus kontsessioonär asendab seda kontsessioonäri, kellele avaliku sektori [...] hankija algselt kontsessiooni andis ühel järgmisel põhjusel: [...] algse kontsessioonäri täielik või osaline asendamine, tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest, sealhulgas ülevõtmisest, ühinemisest, omandamisest või maksejõuetuks muutumisest, teise [...] ettevõtjaga“.

²⁴ Kaebuse leheküljed 10 ja 11.

²⁵ Kaheksas lõik pealkirja „diritto“ all, kaebuse lk 29.

²⁶ Adusbef rõhutas kohtuistungil, et taristuministeeriumi 22. veebruari 2022. aasta dekreedis nr 37 ei ole põhjendusi esitatud. See määrus, mille Adusbef esitas lisadokumendina, sisaldab kahte artiklit, millele eelnevad arvukad põhjendused: esimeses artiklis üksnes kiidetakse kompromisskokkuleppe heaks ja teises artiklis sätestatakse, et „kokkuleppe tõhusus sõltub kokkuleppe artiklis 10 sätestatud tingimuste täitmisest“. Seega tundub mulle, et dekreet on iseenesest ja *per remissionem* piisavalt põhjendatud, kuivõrd see kinnitab kompromisskokkuleppes sisalduvaid (ulatuslikke) põhjendusi. Neid kahte õigusakti tuleb lugeda koos.

60. Selle sätte tõlgendamiseks tuleb toetuda direktiivi 2014/23 põhjendusele 77, milles viidatakse *struktuurimuutustele*, nagu puhtalt sisemised ümberkorraldused, ülevõtmised või ühinemised, kontsessiooni täitmise ajal. Selles on märgitud veel, et need struktuurimuutused „ei peaks automaatselt nõudma uusi kontsessiooni andmise menetlusi [...]“.

61. Kohtuistungil vaidluspoolte esitatud kirjalikest seisukohtadest ja eelotsusetaotluses sisalduvast teabest²⁷ nähtub, et kontsessiooni omaniku täielikku või osalist asendamist ei toimunud (ASPI oli ja on kontsessiooni omanik), vaid tegemist oli pigem aktsionäride sisemise ümberkorraldamisega,²⁸ mille käigus uued aktsionärid asendasid teised aktsionärid komisjonile teatatud tehingu raames.²⁹

62. Kohtuistungil arutati, kas Cassa Depositi e Prestiti enamusosalusega sisenemine³⁰ ASPI aktsiakapitali, tähendab oma olemuselt³¹ kontsessioonäri ümberkujundamist, mis eeldab hankemenetlust.

63. Põhimõtteliselt ei kujuta ainuüksi mõne aktsionäri asendamine teistega, mis toimub seoses aktsionäride ümberkorraldamisega, millega ei kaasne kontsessiooni omaniku väljavahetamist, endast olulist subjektiivset uuendamist, mis nõuab uut hankemenetlust direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 1 punkti d alapunkti ii tähenduses. Seda on kinnitanud Euroopa Kohus, leides, et „[...] alge töövõtja sisemised ümberkorraldused võivad kujutada endast asjaomase hankelepingu tingimuste ebaolulisi muudatusi, mis ei nõua uut hankemenetlust“.³²

64. Teisest vaatenurgast tuleb liikmesriigi kohtul kaaluda, kas selline subjektiivne muutus oli lubatud ühtse lepingu artikli 10 *bis* alusel. Niisugusel juhul tuleb hinnata, kas vaidlustatud aktid vastasid direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 1 punkti d alapunkti i sätetele,³³ s.t kas muudatus oli ette nähtud esialgse kontsessiooni omaniku valikuvõimalusena või ühemõttelise läbivaatamisklauslina.³⁴

²⁷ Eelotsusetaotluse punkt 2.5.

²⁸ Eelotsusetaotluse punkti 2.5 esimese lõigu kohaselt müüs Atlantia 88% ASPI aktsiatest valdusühingule (Holding Reti Autostradali), mille enamusaktsionär (51%) oli Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A ja milles kaks välismaist fondi, Macquarie ja Blackstone, omasid kumbki 24,5%. Holding Reti Autostradali seisukohtade 2. joonealuse märkuse kohaselt kuulus ülejäänud kapitalist 6,94% Appia Investmentile ja 5% Silk Road Fundile (nendele protsendimääradele on viidatud eelotsusetaotluse punkti 2.5 teises lõigus).

²⁹ Komisjon nõustus otsuses C(2021) 8274 (final), et ta ei esita vastuväiteid teatatud tehingule, mille ta tunnistas siseturuga kokkusobivaks. Vastavalt kavandatava koondumise teatele (kooskõlas nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määruse (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2004, L 24, lk 1) artikliga 4) kavatsesid mitu ettevõtjat (Cassa Depositi e Prestiti Equity, mis kuulub kontserni Cassa Depositi e Prestiti; Macquarie Group ja Blackstone Group) omandada aktsiate ostu teel ühiskontrolli kogu ASPI üle.

³⁰ Vastavalt olemasolevatele andmetele, mida tuleb veel kontrollida, kuulub ASPI 88,06% ulatuses Holding Reti Autostradali, mis omakorda kuulub 51% ulatuses Cassa Depositi e Prestiti Equityle, mille aktsiad kuuluvad lõppkokkuvõttes 100% ulatuses Cassa Depositi e Prestitile.

³¹ Üks esitatud argumentidest puudutas kontsessioonäri laadi muutumist (avalik-õiguslik või eraõiguslik), mis tulenes majandus- ja rahandusministeeriumi osalusest Cassa Depositi e Prestiti aktsiakapitalis. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib siiski, et tegemist ei ole avaliku sektori ettevõtjaga. Samuti arutati, kas uute aktsionäride ASPIsse sisenemine kujutab endast kontsessioonäri eneserehabilitatsiooni meetet, mida kontsessioonäär suuremal või vähemal määral pakkus või mida Itaalia ametiasutused kehtestasid, mis näitaks subjektiivse muudatuse sisulist laadi. Viimane väide on minu arvates ümberlükatav, kuna eneserehabilitatsiooni meetmed on just need, mida sama kontsessioonäär (st see, kelle identiteeti säilitatakse) võtab, et osaleda hilisemas hankemenetluses direktiivi 2014/23 artikli 38 lõike 9 alusel.

³² 3. veebruari 2022. aasta kohtuotsus Advania Sverige ja Kammarkkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72, punkt 34) viitega 19. juuni 2008. aasta kohtuotsusele Presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351).

³³ Selle eeskirja kohaldamise kohta vt kohtuotsus Sisal jt, punktid 39-43.

³⁴ Holding Reti Autostradali märgib seda oma seisukohtade punktides 10 ja 40, viidates ühtse lepingu artiklile 10 *bis*, milles on sätestatud kriteeriumid, mille alusel lubatakse liidu tasandil toimuvatest ühinemistest tulenevaid maanteede kontsessioonäride asendamisi.

b) Muud (objektiivsed) muudatused

65. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul³⁵ ei ole ühtse lepingu muudatused tingitud „asjaoludest, mida hoolas avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija ei oleks võinud ette näha“.

66. See kohus leiab, et ettenägematuks asjaoluks ei saa lugeda niisugust kohustuste täitmata jätmist, mis võib mõjutada liiklusohutust või viia üksi või koos teistega sellise traagilise sündmuseni nagu Morandi silla kokkuvarisemine.

67. Olen arvamusel, et keskenduda ei tuleks mitte niivõrd sellele, kas sündmus oli ettenägematu, vaid sellest tuleneva lepingumuudatuse „vajalikkusele“. Direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 1 esimese lõigu punkti c alapunktis i viidatakse õigesti lepingu *muutmise vajadusele*, mis tuleneb asjaoludest, mida hoolikas hankija ei oleks saanud ette näha.

68. Olenemata kokkulepitud muudatuste põhjusest, on käesolevas vaidluses oluline nende käsitlemine olulisena, et otsustada, kas sõltumata nende tekkeloost oleks olnud vaja korraldada hankemenetlus, sest need muudatused muutsid kontsessiooni eset või üldist laadi.

69. Kohtuistungil arutati, millised objektiivsed muudatused tulenevad eelkõige kompromisskokkuleppest ja lisaaktist, võrreldes ühtse lepinguga. Nende seas mainib eelotsusetaotluse esitanud kohus ASPI kohustusi maksta rahalist hüvitist 3400 miljoni euro ulatuses ja tagada maanteevõrgu ohutustingimuste parandamine. See ei puuduta aga tariifimuudatust ega muid teistsuguse iseloomuga muudatusi, mis sisalduvad nendes kahes lepingus.

70. Jällegi on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne hinnata, kas ASPI võetud kohustused kujutavad endast lepingu olulist muutmist direktiivi 2014/23 artikli 43 lõigete 1, 2 ja 4 tähenduses. Ta võib oma hinnangus võtta arvesse, nagu kohtuistungil lõplikule tulemusele jõudmata vaieldi, kas tehtud muudatused tegelikult halvendavad kontsessioonääri positsiooni, seades talle koormavamad tingimused,³⁶ või vastupidi, soodustavad tema huve, võimaldades talle kontsessiooni jätkamist. Samuti võib ta hinnata, kas need muudatused kajastavad uute üldiste õiguslike meetmete rakendamist³⁷ või pigem hankija *ad hoc* otsuseid, mida viimane on kontsessioonääri kasuks vabalt teinud.

71. Arvestades eelotsusetaotluse esitanud kohtu viidatud muudatusi, ei tundu minu arvates kaks objektiivset muudatust, mida eelotsusetaotluse esitanud kohus välja toob, olevat olulised: ühest küljest kaldub ASPI rahaline panus (mis on kontsessioonäärile iseenesest koormav) tasakaalustama tehingu raames toimunu majanduslikku mõju; teisest küljest ei erine kohustus tugevdada maanteevõrgustiku ohutust oluliselt ühtse lepingu alusel võetud kohustustest.

³⁵ Eelotsusetaotluse punkti 2.6 kolmas ja neljas lõik.

³⁶ Holding Reti Autostradali esindaja viitas kohtuotsusele Sisal jt, et rõhutada, et kõnealuses kohtuasjas oli kontsessioonäärile seatud algselt kehtestatud tingimustest rangemad tingimused, mistõttu kontsessioonääri kasuks olulist muudatust ei toimunud. Selle kohtuotsuse punktis 53 on märgitud, et „kuivõrd selline ettemakse võib tasumisele kuuluvat summat suurendada, ei paista selline muudatus muutvat kontsessiooni majanduslikku tasakaalu kontsessioonääri jaoks soodsamaks [direktiivi 2014/23 artikli 43 lõike 4] tähenduses“).

³⁷ Seda väitis ka ASPI esindaja kohtuistungil, väites, et kompromisskokkuleppe ja selle lisaakti muudatused tulenesid vähemalt osaliselt 28. septembri 2018. aasta dekreetseaduse nr 109 (Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109) (*GIURI* nr 226, 28.9.2018) jõustumisest, mida kohaldatakse kõigi maantee kontsessioonide suhtes. Siiski on kaheldav, kas selle dekreet-seaduse sisu saab ASPI puhul lahutada tema käitumisest kontsessioonäärina, nagu nähtub Corte Costituzionale (Itaalia konstitutsioonikohus) 8. juuli 2020. aasta otsusest nr 168/2020, „in diritto“, punktid 1.1–1.6.

C. Teine eelotsuse küsimus

72. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas „[liidu] õigusega on vastuolus riigisisese õigusnormi tõlgendamine nii, et kontsessiooni andev hankija võib alata kehtiva maanteekontsessiooni subjektiivse ja objektiivse muutmismenetluse või selle muutmisläbirääkimised, hindamata sellise kontsessioonäri usaldusväärsust, kes on suures ulatuses oma kohustused täitmata jätnud“.³⁸

73. Küsimuse aluseks on eeldus, et kontsessioonäär on tõsiselt rikkunud oma kohustusi maanteeartistu hooldamisel ja korrashoiul. Hankija ei teatanud siiski *ametlikult* sellisest rikkumisest, kuna sel eesmärgil alustatud menetlus oli eespool korduvalt nimetatud kompromisskokkuleppe ese.

74. Eelotsusetaotluse esitanud kohus võtab teadmiseks institutsioonidevahelise töörühma 28. juuni 2019. aasta arvamuse,³⁹ milles leiti, et kontsessioonäär oli tõsiselt rikkunud oma hooldus- ja korrashoiukohustusi. Kõnealuses arvamuses oli aga juba ette nähtud, et vastusooritusena ühtse lepingu läbivaatamisel⁴⁰ ei tuvastata kohustuste täitmatajätmist, nii nagu see ka tegelikult toimus.

75. Küsimust tuleb mõista nii, et see viitab direktiivi 2014/23 artiklile 38, mis on üks selle direktiivi sätetest, millele viidatakse kolme küsimuse ühises pealkirjas.

76. Direktiivi 2014/23 artikkel 38 reguleerib taotlejate vahel valiku tegemist ja nende kvalitatiivset hindamist. See on lisatud kontsessioonide andmisega seotud jaotisesse (II). Selles kontekstis sisaldab direktiiv 2014/23 esialgse valiku põhikomponendina usaldusväärsust. Selle põhjenduse 70 kohaselt võivad avaliku sektori hankijad menetlusest kõrvaldada „ettevõtjaid, kes on osutunud ebausaldusväärseteks“.

77. Usaldusväärsuse element hõlmab nii eduka taotleja kui ka teiste ettevõtjate subjektiivsete tingimustega seotud kõrvaldamise aluseid.⁴¹ Usaldusväärsuse (puudumise) ja direktiivi 2014/23 artiklis 38 sätestatud konkreetsete kõrvaldamise aluste vahel peab olema seos.

78. Kõrvaldamise alused on asjakohased lepingupartneri valimise etapis, kuid mitte siis, kui lepinguline suhe on juba loodud ja kui, nagu siin, kontsessioon on aastate jooksul avaldanud oma mõju. Kuigi artikli 38 ühes lõikes on sätestatud, et avaliku sektori hankija võib *igal ajal menetluse käigus* ettevõtja (kontsessiooni andmise) menetlusest kõrvaldada, puudutab see taotlejate valiku- ja hindamismenetlust.

³⁸ Nagu üks menetlusse astuja on märkinud, on teine eelotsuse küsimus teatavas mõttes vastuolus esimese küsimusega: kui uute aktsionäride lisandumine kujutab endast olulist subjektiivset muutust, kuna sellega kaasneb tegelikult kontsessioonäri vahetamine (esimene küsimus), siis ei ole enam mõtet hinnata, kas „vana“ kontsessioonäär oli usaldusväärne või mitte.

³⁹ Faktiliste asjaolude kirjelduse 11. lõik ja eelotsusetaotluse punkti 2.7 esimene lõik, milles on tsiteeritud ühte osa kompromisskokkuleppe preambulist. Eelotsusetaotluse esitanud kohus tugineb ka Corte Costituzionale (Itaalia konstitutsioonikohtu) 8. juuli 2020. aasta otsusele nr 168/2020.

⁴⁰ Eelotsuse esitanud kohtu sõnul sisaldas nimetatud arvamuses kompromisskokkuleppe preambuli osa, milles pakuti lepingu lõpetamise alternatiivina välja anda pädevatele haldusasutustele ülesanne „hinnata, kas jätkata selle ühtse lepingu läbivaatamisega, kui see kaitseks paremini riigi huve, et taastada kontsessiooni tasakaal ja taastada maanteevõrgustiku täielik turvalisus, tuletades punktis 11 meelde lepingu lõpetamise meetme võimalikke kohtuvaidluste ja tekkivate tagajärgede riske“.

⁴¹ Märkinis seda oma ettepanekus kohtuasjas Tim (C-395/18, EU:C:2019:595, punkt 44) seoses [Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta] direktiiviga 2014/24/EL [riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta] (ELT 2014, L 94, lk 65)), mille sisu on paralleelne direktiivi 2014/23 sisuga. Vt 3. oktoobri 2019. aasta kohtuotsus Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826, punkt 26) ja 19. juuni 2019. aasta kohtuotsus Mecca (C-41/18, EU:C:2019:507, punktid 29 ja 30).

79. Nüüd tekib küsimus, kas usaldusväärsus peaks olema asjakohane element ka olemasoleva lepingu tingimuste muutmisel. Teisisõnu, kas direktiiv 2014/23 nõuab kontsessionääri usaldusväärssuse hindamist osana lepingu muutmisest.

80. Vastus sellele probleemile sõltub kavandatavate muudatuste laadist:

- kui muudatus on eespool analüüsitud tingimustel oluline, peab hankija avama uue hankemenetluse, mille käigus ta peab hindama kõigi taotlejate, sealhulgas eelmise kontsessionääri (kui viimane otsustab osaleda) usaldusväärssust.⁴² Seega toimub usaldusväärssuse hindamine uue kontsessiooni andmise avatud hankemenetluses.
- Seevastu juhul, kui muudatused ei ole olulised, ei nõua ükski direktiivi 2014/23 säte kontsessionääri usaldusväärssuse uut hindamist. Sellisel juhul ei ole vaja hinnata artikli 38 kohaseid kõrvaldamise aluseid.

81. Erinevus nende kahe olukorra vahel saab selgemaks, kui vaadata subjektiivsete muudatuste käsitlemist direktiivis 2014/23. Artikli 43 lõike 1 punkti d alapunktis ii on sätestatud, et esialgse kontsessionääri täielik või osaline asendamine teise ettevõtjaga eeldab, et viimane „[täidab] algseid kvalitatiivseid kvalifitseerimise tingimusi“. Nende tingimuste täitmise hindamisel peab hankija loomulikult arvesse võtma eelmise ettevõtja asemele asuva uue ettevõtja usaldusväärssust.

82. Kui aga tegemist ei ole sellise subjektiivse muudatusega, vaid üksnes ettevõtte sisemise ümberkorraldusega, mis tuleneb kontsessionääriks oleva ja jääva isiku osaluse muutumisest, ei ole avaliku sektori hankija kohustatud uuesti hindama viimase usaldusväärssust, mis on juba esialgse hankemenetluse käigus kindlaks tehtud.

83. Mis puudutab objektiivseid mitteolulisi muudatusi, siis nende käsitlemine on analoogne subjektiivsete muudatuste käsitlemisega, arvestades direktiivis 2014/23 sätestatud lepinguliste muudatuste korda.

84. Eeltoodust erinev on olukord aga siis, kui kontsessionäär on lepingu kehtivuse ajal oma lepingulisi kohustusi tõsiselt rikkunud. See tegur võib teatud tingimustel mõjutada tema suhteid hankijaga, kuna see toob kaasa (tugeva) aususe või usaldusväärssuse puudumise. Sellest piiratud perspektiivist lähtudes võib väita, et kontsessionääri usaldusväärssus peab säilima kogu kontsessiooni kehtivusaja jooksul.

85. Tõepoolest, kontsessionääri ebausaldusväärssus, mis tuleneb kehtiva kontsessioonilepingu tingimuste tõsisest rikkumisest, on tegur, mis võib selle lepingu lõpetada, nagu ma allpool selgitan. Sellega seoses võib reaktsioon tõsisele rikkumisele, kui see on tuvastatud ja hankija poolt selliseks tunnistatud, seisneda kontsessiooni lõpetamises, mida direktiivi 2014/23 artikkel 38 ei reguleeri.

86. Sellist reaktsiooni ei pea siiski tingimata järgnema, kui hankija leiab oma kaalutlusõiguse piires, et üldisest huvist lähtuvatel põhjustel tuleb eelistada lepingu muudatusi (tingimusel, et need ei ole olulised).

⁴² Sellisel juhul võib direktiivi 2014/23 artikli 38 lõike 9 kohaselt ettevõtja, kes on ühes sama artikli lõigetes 4 ja 7 osutatud olukordadest, esitada tõendeid selle kohta, et tema võetud meetmed (enesekorrigeerimismeetmed) on piisavad tema usaldusväärssuse tõendamiseks, olenemata asjaomase kõrvaldamise aluse olemasolust. Kui selliseid tõendeid peetakse piisavaks, ei kõrvaldata teda menetlusest.

D. Kolmas eelotsuse küsimus

1. Vastuvõetavus

87. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas „riigihanke põhimõtte tuvastatud rikkumise korral ja/või maanteekontsessiooni omaniku tuvastatud ebausaldusväärse korral kohustab liidu õigus lepingut lõpetama“.

88. Küsimust tuleb mõista nii, et selles viidatakse direktiivi 2014/23 artiklile 44, mille ese on kontsessioonide lõpetamine⁴³ ja mis on Itaalia õigusesse üle võetud riigihangete seadustiku artikliga 176.

89. Selliselt sõnastatuna on see küsimus minu arvates vastuvõetamatu, kuna see ei ole põhikohtuasja lahendamiseks vajalik. Käsitletavas asjas on esitatud eespool nimetatud aktide (lepingumuudatuste heakskiitmise) *tühistamise kaebus*, kuid kontsessiooni *lõpetamise* nõuet ei ole esitatud.⁴⁴

90. Kuna eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses toimunud arutelu piirdus lepingumuudatuste õiguspärasusega, ei ole selge, millist huvi võiks käesolevas asjas pakkuda seisukohavõtt direktiivi 2014/23 artikli 44 lõpetatismehhanismi kohaldamise küsimuses.⁴⁵

2. Sisu

91. Juhuks, kui Euroopa Kohus tunnistab küsimuse vastuvõetavaks, analüüsin lühidalt artikli 44 mõju vaidlusele.

92. Selle sätte kohaselt „[l]iikmesriigid tagavad, et avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijatel on võimalik kehtiva siseriikliku õigusega ette nähtud tingimuste kohaselt lõpetada kontsessioon selle kehtivusaja jooksul [...]“ kolmel konkreetsel juhul.⁴⁶

93. Nende kolme juhtumi loetelu ei ole ammendav. Liikmesriigid võivad oma sisemises õiguses ette näha kontsessiooni lõpetamise juhul, kui üks pooltest rikub tõsiselt lepingutingimusi.⁴⁷

94. Liikmesriikide õigussüsteemid sisaldavad tõepoolest sageli sätteid, mille kohaselt on vastastikustes kohustustes vaikimisi sätestatud võimalus kohustuste lõpetamiseks juhul, kui üks kohustatud isikutest ei täida oma kohustusi. Nii on see Itaalia tsiviilseadustiku artikli 1453 puhul: vastastikuse täitmisega lepingute puhul, kui üks lepingupool ei täida oma kohustusi, võib teine pool omal äranägemisel nõuda lepingu täitmist või lepingu lõpetamist, kusjuures igal juhul tuleb hüvitada kahju.

⁴³ Erinevates keeleversioonides selle mõiste puhul kasutatud termin ei vasta alati ühes või teises liikmesriigis kasutatavale tähendusele. Seda on tõlgitud kui „résiliation“ (prantsuse keeles), „termination“ (inglise keeles), „risoluzione“ (itaalia keeles), „Kündigung“ (saksa keeles), „rescisão“ (portugali keeles), „beëindiging“ (hollandi keeles) või „incetarea“ (rumeenia keeles). Hispaania versioonis kasutatakse sõna „resolución“, kuid direktiivi põhjenduses 80 kasutatakse sõna „rescisión“, nagu see oleks sünonüüm.

⁴⁴ Adusbef tõstatas eelotsusetaotluse esitanud kohtus (kaebuse viies väide) muu hulgas direktiivi 2014/23 artikli 44 rikkumise, kuid tegi seda argumendina, et tuleb korraldada uus hankemenetlus, arvestades kontsessiooni olulist muutmist.

⁴⁵ Itaalia valitsus väitis kohtuistungil samamoodi, et Adusbef ei esitanud eelotsusetaotluse esitanud kohtule lepingu lõpetamise nõuet, mistõttu rikuks see kohus menetlusnorme (tegutseks *ultra petita*), kui ta otsustaks midagi, mida temalt ei ole taotletud.

⁴⁶ Vt selle sätte tsitaat sinise ettepaneku punktis 8.

⁴⁷ Direktiivi 2014/23 põhjenduses 77 sisalduv viide olukorrale „kui kontsessioon lõpetatakse selle täitmisel esinenud puuduste tõttu“, viitab direktiivi artiklites sätestamata lõpetamise aluste tunnustamisele. Komisjon mõonis kohtuistungil, et miski ei takista liikmesriike reguleerimast neid teisi lõpetamise aluseid.

95. Itaalia seadusandja on riigihangete seadustiku artikliga 176 võtnud direktiivi 2014/23 artikli 44 riigisisesele õigusele üle,⁴⁸ kuid on sätestanud ka kontsessiooni lõpetamise juhul, kui kontsessioonäär ei täida oma kohustusi. Sellise olukorra puhul viidatakse riigihangete seadustiku artikli 176 lõikes 7 tsiviilseadustiku artiklile 1453.

96. Sellest järeldub (sõltuvalt sellest, kuidas eelotsusetaotluse esitanud kohus oma riigi õigust tõlgendab), et olenemata direktiivi 2014/23 artiklist 44 võib kontsessioonikohustuste täitmata jätmise olla õiguspärane alus kontsessioonilepingu lõpetamiseks. Nimelt nähtub toimikus sisalduvatest dokumentidest, kuidas ASPI vastu algatatud menetlus, mis on algatatud maantee hooldus- ja korrashoiukohustuste täitmata jätmise tõttu, nägi ühe võimaliku meetmena ette kontsessiooni lõpetamise.

97. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib aga teada, kas „riigihanke põhimõtte tuvastatud rikkumise korral ja/või maanteekontsessiooni omaniku tuvastatud ebausaldusväarsuse korral kohustab liidu õigus lepingut lõpetama“.

98. Nagu väidavad Itaalia valitsus, komisjon ja mõned vaidluse pooled,⁴⁹ tuleneb vastus sellele kolmandale küsimusele vastusest teisele küsimusele. Viimasest võib järeldada, et kumbki neist kahest tegurist, millele eelotsusetaotluse esitanud kohus viitas, ei määra käesoleval juhul kontsessiooni lõpetamist:

- mis puudutab esimest tegurit (hankemenetluse puudumine), siis uus menetlus on nõutav ainult kontsessiooni oluliste muudatuste korral. Direktiivi 2014/23 artikli 44 punkti a kohaselt võib kontsessiooni lõpetada, kui „kontsessiooni on tehtud muudatus, mis oleks nõudnud uue artikli 43 kohase kontsessiooni andmise menetluse korraldamist“, millega käesoleval juhul juba märgitud põhjustel tegemist ei ole;
- mis puudutab teist tegurit (kontsessionääri ebausaldusväarsus), siis olen juba selgitanud, et seda hinnatakse eduka pakkuja valimise ja hindamise etapis, mitte aga kontsessiooni väheoluliste muudatuste puhul. Kui ebausaldusväarsus on seotud lepingutingimuste tõsise rikkumisega, võimaldab selline rikkumine hankijal lepingu lõpetada muul kui direktiivi 2014/23 artiklis 44 sätestatud alusel.

V. Ettepanek

99. Eeltoodut arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku tunnistada Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia) esitatud kolmas küsimus vastuvõetamatuks ning vastata esimesele ja teisele küsimusele järgmiselt:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta artiklit 38 ning artikli 43 lõikeid 1, 4 ja 5

tuleb tõlgendada nii

⁴⁸ Riigihangete seadustiku artikkel 176 näeb ette automaatse tühisuse kontsessionäärist sõltumatu puuduse tõttu (lõige 3); lõpetamise kontsessiooni andva ametiasutuse poolt kohustuse täitmata jätmise tõttu, mis tühistab kontsessiooni avaliku huvi tõttu, näidates ära selle majanduslikud tagajärjed (lõiked 4, 5 ja 6); lõpetamise kontsessionääri kohustuse täitmata jätmise tõttu või muudel temast tulenevatel põhjustel (lõiked 7 ja 8); ning kontsessionääri asendamise uue ettevõtjaga, kelle õigused ja kohustused see sätestab (lõiked 9 ja 10).

⁴⁹ Itaalia valitsuse kirjalike seisukohtade punktid 58 ja 59. Komisjon lähtub samast lähenemisviisist seoses kontsessionääri usaldusväärsusega (tema kirjalike seisukohtade punkt 65). ASPI arvates sõltub vastus kolmandale küsimusele kahele eelnevale küsimusele antud vastustest (kirjalike seisukohtade punktid 27 ja 76).

1. Direktiivi 2014/23 artikli 43 kohaselt võib kontsessioonilepingut muuta ilma uue riigihankemenetluse algatamiseta, kui selle lepingu tingimustes tehtud muudatused, mis ei muuda kontsessiooni üldist laadi, ei ole olulised; seda asjaolu peab eelotsusetaotluse esitanud kohus kontrollima.

Avaliku sektori või võrgustiku sektori hankijad hindavad, kas on vaja algselt algatada uus riigihankemenetlus pärast seda, kui nad on hinnanud, kas kontsessiooni tingimustesse tehtavad muudatused on olulist või mitteolulist laadi. Asjaomane otsus peab võimaldama huvitatud isikutel kaitsta oma õigusi ja vajaduse korral selle kohtulikku kontrolli.

2. Direktiivi 2014/23 artikkel 38 kohustab avaliku sektori või võrgustiku sektori hankijaid hindama taotlejate usaldusväärsust seoses asjakohaste menetlustest kõrvaldamise alustega nende taotlejate valiku ja kvalitatiivse hindamise raames. Seda hinnangut kohaldatakse nii esialgse kontsessiooni andmisel kui ka kontsessioonilepingu oluliste muudatuste puhul, mis nõuavad uut riigihankemenetlust.