

EUROOPA KOHTU OTSUS (esimene koda)

11. jaanuar 2005 *

Kohtuasjas C-26/03,

mille esemeks on EÜ artikli 234 alusel Oberlandesgericht Naumburg'i (Saksamaa) 8. jaanuari 2003. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 23. jaanuaril 2003, kohtumenetluses järgmiste poolte vahel:

Stadt Halle,

versus

**Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage
TREA Leuna,**

* Kohtumenetluse keel: saksa.

EUROOPA KOHUS (esimene koda),

koosseisus: koja esimees P. Jann, kohtunikud J. N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (ettekandja), M. Ilešič ja E. Levits,

kohtujurist: C. Stix-Hackl,
kohtusekretär: R. Grass,

võttes arvesse kirjalikku menetlust,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

- Stadt Halle, esindaja: *Rechtsanwältin* U. Jasper,
- Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, esindaja: *Rechtsanwalt* K. Heuvels,
- Prantsuse Vabariik, esindajad: G. De Bergues ja D. Petrausch,
- Austria Vabariik, esindaja: M. Fruhmann,

— Soome Vabariik, esindaja: T. Pynnä,

— Euroopa Ühenduste Komisjon, esindaja: K. Wiedner,

olles 23. septembri 2004. aasta istungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

- 1 Eelotsusetaotlus käsitleb nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 395, lk 33; ELT eriväljaanne 06/01, lk 246), muudetud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiviga 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, 18.6.1992, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322), mida on omakorda muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. oktoobri 1997. aasta direktiiviga 97/52/EÜ (EÜT L 328, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 3; edaspidi „direktiiv 89/665”), artikli 1 lõike 1 tõlgendamist. Eelotsusetaotlus käsitleb ka nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194), muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. veebruari 1998. aasta direktiiviga 98/4/EÜ (EÜT L 101, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 91; edaspidi „direktiiv 93/38”), artikli 1 punkti 2 ja artikli 13 lõike 1 tõlgendamist.

- 2 Taotlus esitati kohtumenetluse käigus, mille poolteks on Stadt Halle (Halle linn) (Saksamaa) ja äriühing RPL Recyclingpark Lochau GmbH (edaspidi „RPL Lochau”) ning äriühing Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungs-anlage TREA Leuna (edaspidi „TREA Leuna”) ja milles käsitletakse küsimust, kas ühenduse õigusnormidega on kooskõlas Stadt Halle poolt ilma avaliku pakkumis-menetluseta jäätmekäitluslepingu sõlmimine RPL Lochauga, mille kapitalis on enamusosalus Stadt Hallel ja vähemusosalus eraõiguslikul äriühingul.

Õiguslik raamistik

Ühenduse õigusnormid

- 3 Direktiiviga 97/52 muudetud direktiivi 92/50 artikli 1 punkti a kohaselt on „riiklikud teenuslepingud” „teenuseosutaja ja tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud”. Sama direktiivi artikli 1 punkti b kohaselt on „tellija” „riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest organist või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused”. Direktiivi artikli 1 punktis c on „teenuseosutaja” määratletud kui „mis tahes füüsiline või juriidiline isik, sealhulgas avalik-õiguslik isik, kes osutab teenuseid”.
- 4 Direktiivi 92/50 artikli 8 kohaselt „lepingud, mille objektiks on I A lisas loetletud teenused, sõlmitakse kooskõlas III–VI jaotise sätetega”.

- 5 Direktiivi I A lisa kategooria nr 16 näeb ette „[r]eovee- ja jäätmekäitlusteenused; kanalisatsiooni- jms teenused”.
- 6 Direktiivi 92/50 artikli 7 lõike 1 punkt a sätestab, et direktiivi kohaldatakse riiklike teenuslepingute suhtes, mille eeldatav maksumus käibemaksuta „ei ole väiksem kui 200 000 eküüd”.
- 7 Direktiivi 89/665 teisest ja kolmandast põhjendusest nähtub, et direktiivi eesmärk on tõhusate ja kiirete abinõudega tagada riigihankeid käsitlevate ühenduse sätete järgimine eeskätt selles etapis, kui rikkumisi saab veel parandada, arvestades seda, et riigihangete avamine ühenduse konkurentsile teeb vajalikuks oluliselt suurema läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise tagamise.
- 8 Selle eesmärgi saavutamiseks on direktiivi 89/665 artikli 1 lõigetes 1 ja 3 sätestatud järgmist:

„1. Liikmesriigid võtavad seoses direktiivide [...] reguleerimisalasse kuuluvate riigihanketulemuste sõlmimise menetlustega vajalikud meetmed tagamaks, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti kooskõlas järgmiste artiklitega ja eelkõige artikli 2 lõikega 7 põhjusel, et kõnealused otsused on

vastuolus riigihankeid reguleeriva ühenduse õigusega või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.

[...]

3. Liikmesriigid tagavad, et läbivaatamise kord oleks võimalike liikmesriikide poolt kehtestatavate üksikasjalike eeskirjade kohaselt kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku [...] lepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada. Eelkõige võivad liikmesriigid nõuda, et läbivaatamist taotlev isik peab olema eelnevalt teatanud tellijale väidetavast rikkumisest või kavatsusest taotleda läbivaatamist.”

- 9 Direktiivi 89/665 artikli 2 lõige 1 sätestab:

„1. Liikmesriigid tagavad, et seoses artiklis 1 kindlaksmääratud läbivaatamise korraga võetavad meetmed sisaldavad järgmisi volitusi:

- a) võtta esimesel võimalusel vahemenetluse korras ajutisi meetmeid väidetava rikkumise heastamiseks või asjaomaste huvide edasise kahjustamise vältimiseks, sealhulgas meetmeid, mille eesmärk on riigihankelepingu sõlmimise menetluse või tellijate otsuste rakendamise peatamine või nende peatamise tagamine;

- b) jätta kõrvale ebaseaduslikud otsused või tagada nende kõrvalejätmine ning kõrvaldada pakkumiskutsest, lepingudokumentidest ning teistest kõnesolevat pakkumismenetlust käsitlevatest dokumentidest diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad;
- c) maksta kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega kahju tekitatud.

[...]"

10 Direktiivi 93/38 artikkel 1 sätestab:

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

[...]

- 2) *riigi osalusega äriühingud* — kõik institutsioonid, mille suhtes riigiasutused võivad omandiõiguse, rahalise osaluse või neid ettevõtjaid reguleerivate eeskirjade alusel otseselt või kaudselt kasutada valitsevat mõju. Eeldatakse, et riigiasutustel on ettevõtja suhtes valitsev mõju, kui need asutused otseselt või kaudselt:

— omavad enamust äriühingu märgitud kapitalist,

või

— kontrollivad enamust äriühingu käibelelastud aktsiatega määratud häälest,

või

— võivad määrata rohkem kui poole äriühingu haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest;

3) *sidusettevõtja* — mis tahes ettevõtja, mille suhtes tellijal on otseselt või kaudselt valitsev mõju lõike 2 tähenduses [...];

[...]”

11 Direktiivi 93/38 artikkel 13 sätestab:

„1. Käesolevat direktiivi ei kohaldata teenuslepingute suhtes, mille:

a) tellija sõlmib sidusettevõtjaga;

[...]

tingimusel et vähemalt 80% selle ettevõtja eelneva kolme aasta jooksul ühenduses osutatud teenuste keskmisest käibest on saadud teenuste osutamisest temaga seotud ettevõtjale.

[...]"

Siseriiklikud õigusnormid

- 12 Eelotsusetaotlusest nähtub, et riigihankalepingute sõlmimise läbivaatamist reguleerib Saksa õiguses Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (konkurentsipiirangute vastane seadus). Selle seaduse § 102 kohaselt võib „riigihankalepingu sõlmimise” läbi vaadata. Pakkujal või kandidaadil on „riigihankalepingu sõlmimise korda reguleerivate sätete” alusel subjektiivne õigus, mis võimaldab tal tellija vastu kasutada nimetatud seaduse § 97 lõikest 7 tulenevaid õigusi „seoses toimingute tegemise või tegemata jätmisega riigihankalepingu sõlmimise raames [...]”.
- 13 Eelotsusetaotluses on täpsustatud, et vastavalt ühes osas Saksa kohtupraktikas ja õiguskirjanduses väljendatud arvamusele on nende sätete alusel võimalik riigihankalepingu sõlmimise peale kaebust esitada vaid juhul, kui kaebaja eesmärk on kohustada tellijat ametlikus riigihankemenetluses teataval viisil käituma, mis tähendab, et kaebuse esitamine on võimatu, kui tellija on otsustanud avalikku hankekonkurssi mitte korraldada ja hankemenetlust ametlikult mitte algatada. Kuid teine osa kohtupraktikast ja õiguskirjandusest vaidleb sellele arvamusele vastu.

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

- 14 Eelotsusetaotlusest nähtub, et Stadt Halle andis linnavolikogu 12. detsembri 2001. aasta otsusega RPL Lochaule ülesande töötada välja linna jäätmete eelneva töötlemise, taaskasutamise ja kõrvaldamise projekt, korraldamata ametlikku riigi-hankemenetlust. Samal ajal otsustas Stadt Halle — samuti ilma hankekonkurssi välja kuulutamata — alustada RPL Lochauga läbirääkimisi, et sõlmida selle äriühinguga leping linna jäätmete käitlemiseks alates 1. juunist 2005. Nimetatud äriühing pidanuks investeerima termilise jäätmekäitluskoha ehitusse.
- 15 RPL Lochau on piiratud vastutusega äriühing, mis asutati 1996. aastal. 75,1% RPL Lochau kapitalist kuulub Stadtwerke Halle GmbH-le, mille ainuosanik — Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH — on 100%-liselt Stadt Halle omandis, ja 24,9% RPL Lochau kapitalist kuulub piiratud vastutusega eraõiguslikule äriühingule. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab RPL Lochaud „riigi osalusega äriühinguks”.
- 16 Veel märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et RPL Lochau tegevusalaks on jäätmekäitus. Osanike koosolekul võetakse otsused vastu kas lihthäälteenamusega või 75%-lise häälteenamusega. Äriühingu tehniline ja ärijuhtimine on käesoleval ajal tehtud ülesandeks kolmandale ettevõttele ning Stadt Hallele kuulub eelkõige audiitorkontrolli õigus.

- 17 Saades teada riigihankelepingu sõlmimisest väljaspool riigihankeid käsitlevate ühenduse sätetega ettenähtud korda, vaidlustas TREA Leuna, kes oli samuti kõnealuste teenuste osutamisest huvitatud, Stadt Halle otsuse ja esitas Regierungspräsidium Halle riigihankekolleegiumile kaebuse, et kohustada Stadt Hallet hankekonkurssi läbi viima.
- 18 Stadt Halle väitis enda kaitseks, et käesoleva kohtuotsuse punktides 12 ja 13 osutatud siseriiklike õigusnormide kohaselt ei ole kaebus vastuvõetav, sest ta ei ole tellijana ametlikult riigihankemenetlust algatanud. Pealegi võib RPL Lochaud pidada Stadt Halle käepikenduseks, sest see on viimase poolt kontrollitav. Järelikult on tegemist „sisehankega”, mille suhtes ei ole riigihankeid käsitlevad ühenduse sätted kohaldatavad.
- 19 Kaebust lahendav organ rahuldas TREA Leuna kaebuse, leides, et isegi riigihankemenetluse puudumisel võib tellija otsuste peale esitada kaebuse. Veel leidis ta, et käesolevas asjas ei saa olla tegemist „sisehankega”, sest eraõigusliku isiku vähemusosalus on suurem kui 10%-line lävi, millest alates on vastavalt piiratud vastutusega äriühinguid reguleerivatele Saksa õigusnormidele tegemist vähemusosalusega, mis annab teatud kindlad õigused. Veel leidis ta, et ülesanded, mida RPL Lochau täitis Stadt Halle jaoks, võimaldavad piisava kindlusega eeldada, et ta kasutab oma võimsust ära vaid kuni 61,25% ulatuses ning oma ülejäänud võimsusele väljundi leidmiseks peab ta saama tellimusi turult, kus ta tegutseb.

20 Stadt Halle esitas apellatsioonkaebuse Oberlandesgericht Naumburg'ile, kes otsustas menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. a) Kas direktiivi [89/665] artikli 1 lõike 1 esimene lause nõuab liikmesriikidelt töhuse ja võimalikult kiire järelkontrollivõimaluse tagamist tellija sellise otsuse läbivaatamiseks, mille kohaselt riigihankelepingut ei sõlmita direktiivi sätetega kooskõlas olevas avalikus pakkumismenetluses?

b) Kas direktiivi [89/665] artikli 1 lõike 1 esimene lause nõuab liikmesriikidelt tellija otsuste töhuse ja võimalikult kiire järelkontrollivõimaluse tagamist ka enne vormikohase pakkumismenetluse algust, eelkõige otsuste puhul, millega lahendatakse eelküsimusi, näiteks kas teatud teenuslepingud kuuluvad direktiivi 89/665 isikulisse või materiaalsesse rakendusalasasse või on riigihankeõiguse kohaldamine erandkorras välistatud?

c) Juhul, kui [esimese] küsimuse [allküsimusele a] on vastus jaatav ja [allküsimusele b] on vastus eitav:

Kas liikmesriik täidab oma kohustust tagada tellija otsuse töhus ja võimalikult kiire järelkontrollivõimalus, kui riigihankelepingut ei sõlmita direktiivi sätetega kooskõlas olevas avalikus pakkumismenetluses, ka sellisel juhul, kui järelkontrollimenetluse algatamise tingimuseks on jõudmine pakkumismenetluse teatud kindlasse formaalsesse staadiumisse, nt kolmanda isikuga lepingu sõlmimiseks suuliste või kirjalike läbirääkimiste alustamine?

2. a) Kui esiteks lähtuda sellest, et tellija, nt kohalik omavalitsus, kavatseb sõlmida temast formaalselt eraldiseisva ettevõtjaga (edaspidi „lepingupartner”) kirjaliku rahaliste huvidega seotud lepingu teenuste osutamiseks, millele kohaldatakse direktiivi [92/50], ja teiseks lähtuda sellest, et selline leping ei ole riiklik teenusleping direktiivi [92/50] artikli 1 punkti a mõttes sellisel juhul, kui lepingupartnerit saab riikliku tellija või siis tema osalusega äriühingute tegevuse juurde kuuluvaks arvata (edaspidi „avaliku riigihanketa sisetehing”), siis tahaks kohus teada, kas pelgalt asjaolu, et lepingupartneri osanik on (erakätes olev) ettevõtja, välistab sellise lepingu kvalifitseerimise avaliku riigihanketa sisetehinguks?

- b) Kui vastus [teise] küsimuse [allküsimusele a] on eitav:

Millistel eeldustel saab lepingupartnerit, kelle üks osanikke on eraõiguslik isik, pidada riikliku tellijaga seotud ettevõtjaks (edaspidi „riigi osalusega äriühing”)?

Selle kohta veel:

- Kui lähtuda äriühingu üle teostatava kontrolli intensiivsuse ja korralduse aspektist, siis kas riigi osalusega äriühingu kuulumiseks riikliku tellija või tema osalusega äriühingu tegevuse juurde piisab riikliku tellija valitsevast mõjust järgmiste õigusaktide mõttes: [...] direktiivi 93/38 [...] artikli 1 punkti 2 ja artikli 13 lõike 1 mõttes, muudetud aktiga [Austria Vabariigi, Soome Vabariigi ja Rootsi Kuningriigi ühinemistingimuste ja Euroopa

Liidu aluslepingutesse tehtavate muudatuste kohta (EÜT C 241, 1994, lk 21, ja EÜT L 1, 1995, lk 1)] ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu [16. veebruari 1998. aasta] direktiiviga 98/4/EÜ[, millega muudetakse direktiivi 93/38 (EÜT L 101, lk 1; ELT eriväljaanne 06/02, lk 91)]?

- Kas riigi osalusega äriühingu eraõiguslikust isikust kaasosaniku õiguslikult võimalik mõju lepingupartneri strateegilistele eesmärkidele ja/või äriühingu juhtimisel tehtavatele üksikotsustele välistab lepingupartneri olemise riikliku tellijaga seotud ettevõtjaks?

- Kui lähtuda äriühingu üle teostatava kontrolli intensiivsuse ja korralduse aspektist, kas riigi osalusega äriühingu kuulumiseks riikliku tellija või tema osalusega äriühingute tegevuse juurde piisab riikliku tellija ulatuslikust otsustusõigusest vaid lepingute sõlmimisel ning teenuste osutamisel, mis puudutab konkreetse hanke läbiviimist?

- Kui lähtuda tegevuse suunatusest peamiselt riiklikule tellijale, kas riigi osalusega äriühingu kuulumiseks riikliku tellija või tema osalusega äriühingute tegevuse juurde piisab sellest, et selle äriühingu viimase kolme aasta keskmine käive ühenduses on vähemalt 80% ulatuses saadud teenuste osutamisest riiklikule tellijale või riikliku tellijaga seotud või tema juurde kuuluvatele ettevõtetele — või juhul, kui riigi osalusega äriühing ei ole veel kolm aastat tegutsenud — siis võib oodata, et tema käive täidaks selle 80% reegli?”

Eelotsuse küsimused

- 21 Eelotsusetaotluse esitanud kohtule kasuliku ja sidusa vastuse andmiseks on vaja eelotsuseküsimused jagada nende sisu ja eseme järgi kahte rühma.

Esimese küsimuse allküsimused a, b ja c

- 22 Selle esimese küsimusterühmaga küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt seda, kas direktiivi 89/665 artikli 1 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et liikmesriikide kohustus tagada, et tellijate otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ja kiiresti, kehtib ka väljaspool ametlikku riigihankemenetlust ja enne ametliku pakkumismenetluse algatamist tehtud otsuste suhtes, eelkõige otsuse suhtes, kas konkreetne hange kuulub direktiivi isikulisse või materiaalsesse kohaldamisalasse, ning alates millisest hankemenetluse hetkest peavad liikmesriigid võimaldama pakkujale, kandidaadile või huvitatud isikule läbivaatamismenetluse kasutamist.
- 23 Sellega seoses tuleb kõigepealt märkida, et direktiiv 92/50 on selle direktiivi esimese ja teise põhjenduse kohaselt võetud vastu meetmete raames, mis on vajalikud, et kujundada välja siseturg — s.o sisepiirideta ala, kus on tagatud kaupade, isikute, teenuste ja kapitali vaba liikumine. Sama direktiivi neljandast ja viiendast põhjendusest nähtub, et kuna direktiivi eesmärk on riiklike teenuslepingute avamine konkurentsile võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tingimustes, peavad direktiivi kohaldama kõik tellijad.

- 24 Seejärel tuleb rõhutada, et direktiivi 92/50 sätetest nähtuvad selgelt tingimused, mille esinemisel peavad kõik tellijad kohaldama direktiivi III–VI jaotise sätteid, ning direktiiv ise loetleb ammendavalt erandjuhud, mil neid sätteid ei kohaldata.
- 25 Seega kui need tingimused on täidetud ehk teisisõnu, kui tehing kuulub direktiivi 92/50 isikulisel ja materiaalsel kohaldamisalasse, tuleb asjaomased riigihankelepingud vastavalt direktiivi artiklile 8 koostoides direktiivi artikli 11 lõikega 1 sõlmida direktiivi III–VI jaotise sätete kohaselt, s.t nende kohta tuleb esitada pakkumiskutse ja sellest tuleb piisavalt teavitada.
- 26 See kohustus kehtib kõigi tellijate suhtes, tegemata vahet riigihankelepingute, mida tellijad sõlmivad avalikest huvidest tulenevate ülesannete täitmiseks, ja selliste ülesannetega mitteseotud lepingute vahel (vt selle kohta Euroopa Kohtu 15. jaanuari 1998. aasta otsus kohtuasjas C-44/96: Mannesmann Anlagenbau Austria jt, EKL 1998, lk I-73, punkt 32).
- 27 Eelotsusetaotluse esitanud kohtule vastamiseks on vaja analüüsida direktiivi 89/665 artikli 1 lõikes 1 kasutatud mõistet „tellijate otsused”. Kuna seda mõistet ei ole kõnealuses direktiivis otseselt defineeritud, tuleb selle ulatus piiritleda asjakohaste sätete sõnastuse põhjal ja arvestades direktiiviga taotletavat tõhusa ja kiire õiguskaitse eesmärki.
- 28 Kasutades väljendit „seoses [...] menetlustega”, eeldab direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 sõnastus, et tellija kõik otsused, mis on seotud riigihankeid käsitlevate ühenduse sätetega ja võivad neid rikkuda, alluksid direktiivi artikli 2 lõike 1 punktides a ja b ettenähtud õiguslikule kontrollile (vt selle kohta Euroopa Kohtu

18. juuni 2002. aasta otsus kohtuasjas C-92/00: HI, EKL 2002, lk I-5553, punkt 37, ja 23. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-57/01: Makedoniko Metro ja Michaniki, EKL 2003, lk I-1091, punkt 68). Seetõttu viidatakse selles sättes tellija otsustele üldiselt, eristamata otsuseid nende sisu või vastuvõtmise aja järgi.

29 Veel näeb direktiivi 89/665 artikli 2 lõike 1 punkt b ette võimaluse tühistada tellija ebaseaduslikud otsused tehniliste või muude näitajate kohta, mis esinevad mitte ainult pakkumiskutses, vaid ka pakkumismenetlust käsitlevates muudes dokumentides. Järelikult võib see säte hõlmata ka dokumente, mis sisaldavad enne pakkumismenetluse algatamist tehtud otsuseid.

30 Seesugune tellija otsuse lai tõlgendus on kooskõlas Euroopa Kohtu praktikaga. Euroopa Kohus on leidnud, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõige 1 ei sätesta mingit piirangut selles käsitletud otsuste laadi ja sisu osas (Euroopa Kohtu 28. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-81/98: Alcatel Austria jt, EKL 1999, lk I-7671, punkt 35). Seesugust piirangut ei saa tuletada ka nimetatud direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti b sõnastusest (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Alcatel Austria jt, punkt 32). Läbivaatamisele kuuluva otsuse kitsendav tõlgendus oleks pealegi vastuolus sama direktiivi artikli 2 lõike 1 punktiga a, mis paneb liikmesriikidele kohustuse sätestada vahemenetlus tellija kõigi otsuste jaoks (eespool viidatud HI kohtuotsus, punkt 49).

31 Lähtudes läbivaatamisele kuuluva otsuse mõiste laiaist tõlgendusest, otsustas Euroopa Kohus, et lepingu sõlmimise eelset tellija otsust, millega tellija valib välja pakkuja, kellega sõlmitakse riigihankeleping, peab olema igal juhul võimalik läbi vaadata, olenemata võimalusest saada kahjuhüvitist pärast lepingu sõlmimist (eespool viidatud kohtuotsus Alcatel Austria jt, punkt 43).

- 32 Viidates direktiivi 92/50 eesmärgile kõrvaldada teenuste vaba liikumise takistused, samuti direktiivi 89/665 eesmärkidele, sõnastusele ja ülesehitusele, leidis Euroopa Kohus veel, et tellija otsust mitte alkatada riikliku teenuslepingu sõlmimiseks pakkumismenetlust peab olema võimalik direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 kohaselt läbi vaadata (vt selle kohta eespool viidatud HI kohtuotsus, punkt 55).
- 33 Nagu kohtujurist on oma ettepaneku punktis 23 märkinud, võib tellija otsust mitte alkatada pakkumismenetlust võrrelda tema otsusega lõpetada pakkumismenetlus. Kui tellija otsustab pakkumismenetlust mitte alkatada, sest tema arvates ei kuulu kõnealune hange ühenduse asjakohaste sätete kohaldamisalasse, on selline otsus kõige esimene otsus, mille suhtes võib rakendada õiguslikku kontrolli.
- 34 Arvestades sellealast kohtupraktikat, samuti direktiivi 89/665 eesmärke, sõnastust ja ülesehitust ning säilitamaks direktiivi kasulikku toimet, tuleb sedastada, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 1 mõttes läbivaatamisele kuuluv otsus on igasugune direktiivi 92/50 materiaalsesse kohaldamisalasse kuuluvate riiklike teenuslepingute suhtes vastu võetud tellija akt, millel võivad olla õiguslikud tagajärjed, olenemata sellest, kas see akt on vastu võetud väljaspool ametlikku riigihankemenetlust või selle raames.
- 35 Läbivaatamisele ei kuulu toimingud, mis kujutavad endast vaid turu-uuringut või on ettevalmistava loomuga ja mille puhul on tegemist tellija sisekaalutlustega enne riigihankelepingu sõlmimist.

- 36 Eeltoodu põhjal ei saa nõustuda Stadt Halle seisukohaga, et direktiiv 89/665 ei nõua õiguskaitse tagamist väljaspool ametlikku riigihankemenetlust ja et läbivaatamisele ei kuulu tellija otsus sellist menetlust mitte algatada ega otsus selle kohta, kas hange kuulub asjakohaste ühenduse sätete kohaldamisalasse.
- 37 Sellise seisukoha järgimine tähendaks asjakohaste ühenduse sätete kohaldamise muutmist vabatahtlikuks, iga tellija tahtest sõltuvaks, kuigi ettenähtud tingimuste esinemisel on selliste sätete kohaldamine kohustuslik. Selline võimalus võiks viia riigihankeid käsitlevate ühenduse sätete olulise rikkumiseni tellija poolt. Direktiivi 89/665 eesmärgiks olev tõhus ja kiire õiguskaitse väheneks selle tulemusel märgatavalt ning see oleks vastuolus direktiivi 92/50 eesmärkidega: teenuste vaba liikumisega ja selles valdkonnas avatud ja ausa konkurentsiga kõigis liikmesriikides.
- 38 Ajahetke kohta, millest alates on võimalik taotleda läbivaatamist, tuleb märkida, et direktiiv 89/665 sellist ajahetke otseselt ei sätesta. Arvestades aga eelkõige ajutiste meetmetega tagatavat tõhusat ja kiiret õiguskaitset, mis on selle direktiivi eesmärk, tuleb järeldada, et direktiivi artikli 1 lõige 1 ei luba liikmesriikidel seada läbivaatamisvõimalust sõltuvusse sellest, et asjaomane riigihankemenetlus oleks ametlikult jõudnud kindlaksmääratud etappi.
- 39 Lähtudes arutluskäigust, mille järgi tuleb vastavalt kõnealuse direktiivi teisele põhjendusele tagada riigihankeid käsitlevate ühenduse sätete järgimine eeskätt selles etapis, kui rikkumisi saab veel kõrvaldada, tuleb järeldada, et läbivaatamisele kuulub

tellija selline hankega seotud tahteavaldus, millest huvitatud isikud on mingil viisil teada saanud, hetkel kui selline tahteavaldus on väljunud käesoleva otsuse punktis 35 mainitud staadiumist ja sel võivad olla õiguslikud tagajärjed. Konkreetsete lepinguläbirääkimiste alustamine huvitatud isikuga on selline tahteavaldus. Sellega seoses tuleb mainida tellijal lasuvat läbipaistvuskohustust, et saaks kontrollida ühenduse sätete järgimist (eespool viidatud HI kohtuotsus, punkt 45).

- 40 Läbivaatamist taotleda võivate isikute kohta piisab märkimisest, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 kohaselt peavad liikmesriigid tagama, et läbivaatamise menetlus oleks kättesaadav vähemalt kõigile neile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku lepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada (vt selle kohta 24. juuni 2004. aasta otsus kohtuasjas C-212/02: komisjon v. Austria, punkt 24). Seega ei ole nõutav, et tegemist oleks vormiliselt pakkuja või kandidaadiga.

- 41 Eeltoodust lähtudes tuleb esimese küsimuse allküsimustele a, b ja c vastata, et direktiivi 89/665 artikli 1 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et liikmesriikide kohustus tagada tellija otsuste kiire ja tõhusa läbivaatamise võimalus laieneb ka väljaspool ametlikku riigihankemenetlust ja enne ametliku pakkumismenetluse väljakuulutamist tehtud otsustele ning eelkõige otsustele selle kohta, kas teatav hange kuulub direktiivi 92/50 isikulisse ja materiaalsesse kohaldamisalasse. Selline läbivaatamisvõimalus on avatud kõigile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku lepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada, alates hetkest, kui tellija on teinud tahteavalduse, millel võivad olla õiguslikud tagajärjed. Liikmesriigid ei või seada läbivaatamisvõimalust sõltuvusse sellest, et asjaomane riigihankemenetlus oleks jõudnud kindlaksmääratud etappi.

Teise küsimuse allküsimused a ja b

- 42 Teise küsimusterühmaga, mida tuleb analüüsida koos, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt seda, kas juhul, kui tellija kavatseb sõlmida temast juriidiliselt eraldiseisva eraõigusliku äriühinguga, mille kapitalis tal on enamusosalus ja mille üle tal on teatav kontroll, rahaliste huvidega seotud lepingu direktiivi 92/50 materiaalsesse kohaldamisalasse kuuluvate teenuste osutamiseks, peab ta alati kasutama selles direktiivis ettenähtud avalikku pakkumismenetlust pelgalt asjaolu tõttu, et lepingupartneriks oleva äriühingu kapitalis on osalus eraettevõtjal, ehkki ainult vähemusosalus. Kui vastus sellele küsimusele on eitav, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, milliste kriteeriumide põhjal tuleb otsustada, et tellijal ei ole sellist kohustust.
- 43 See küsimus käsitleb eraõiguse normide alusel asutatud ja tegutseva nn segaosalusega äriühingu eriseisundit seoses tellija kohustusega kohaldada riigihankeid käsitlevaid ühenduse sätteid, kui selleks ettenähtud tingimused on täidetud.
- 44 Selle kohta tuleb esiteks meenutada riigihankeid käsitlevate ühenduse sätete põhieesmärki, mida on mainitud vastuses esimesele küsimusele ja milleks on teenuste vaba liikumine ning avatud ja aus konkurents kõikides liikmesriikides. See paneb kõikidele tellijatele kohustuse kohaldada asjakohaseid ühenduse sätteid, kui selleks ettenähtud tingimused on täidetud.
- 45 Ühenduse sätete sellisel juhul kohaldamise kohustust kinnitab asjaolu, et direktiivi 92/50 artikli 1 punktis c peetakse teenuseosutaja, s.t direktiivi kohaldamisel pakkuja

all silmas ka „avalik-õiguslikku isikut, kes osutab teenuseid” (vt 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-94/99: ARGE, EKL 2000, lk I-11037, punkt 28).

46 Igasugust erandit sellest kohustusest tuleb seega tõlgendada kitsalt. Läbirääkimistega menetluse kohta hanketeadet avaldamata on Euroopa Kohus sedastanud, et direktiivi 92/50 artikli 11 lõiget 3, mis sätestab sellise menetluse kui erandi neist sätetest, mille eesmärk on tagada riiklike teenuslepingute valdkonnas asutamislepingus ettenähtud õiguste tõhusus, tuleb tõlgendada kitsalt ning et seda erandit kasutada soovijal lasub kohustus tõendada, et erandi kasutamist õigustavad erandlikud asjaolud tegelikult esinevad (Euroopa Kohtu 10. aprilli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-20/01 ja C-28/01: komisjon v. Saksamaa, EKL 2003, lk I-3609, punkt 58).

47 Lähtudes sellest, et riigihanked avatakse võimalikult laialdasele konkurentsile, nagu on soovitud ühenduse sätetes, otsustas Euroopa Kohus seoses nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiiviga 93/36/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 1; ELT eriväljaanne 06/02, lk 110), et see direktiiv on kohaldatav, kui tellija soovib sõlmida rahaliste huvidega seotud lepingu eraldiseisva juriidilise üksusega, olenemata sellest, kas see üksus ise on tellija (18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal, EKL 1999, lk I-8121, punktid 50 ja 51). Asjakohane on märkida, et käesolevas asjas oli lepingupartneriks grupp, kuhu kuulus mitu tellijat, nende hulgas ka asjaomane tellija.

48 Tellijaks 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 teenistuses. Sellisel juhul ei saa olla tegemist rahaliste huvidega seotud lepinguga, mis on sõlmitud tellijast eraldi seisva

juriidilise üksusega. Järelikult ei tule sellisel juhul kohaldada riigihankeid käsitlevaid ühenduse sätteid.

49 Euroopa Kohtu kohtupraktika kohaselt ei ole välistatud, et võib esineda muid juhtumeid, mil pakkumiskutse avaldamine ei ole kohustuslik, ehkki lepingupartner on tellijast eraldi seisev juriidiline üksus. Nii on see juhul, kui tellijaks oleval ametiasutusel on asjaomase eraldiseisva üksuse üle samasugune kontroll nagu oma osakondade üle ja kui põhiosa selle üksuse tegevusest toimub koos teda kontrolliva ametiasutusega (vt selle kohta Teckali kohtuotsus, punkt 50). Tuleb meenutada, et mainitud juhul kuulus eraldiseisev üksus täielikult ametiasutusele. Seevastu eraettevõtja kasvõi vähemusosalus selle äriühingu kapitalis, milles osaleb ka asjaomane tellija, välistab igal juhul, et sel tellijal saaks kõnealuse äriühingu üle olla samasugune kontroll nagu oma osakondade üle.

50 Sellega seoses tuleb kõigepealt märkida, et tellijaks oleva ametiasutuse ja tema osakondade vahelisi suhteid reguleerivad avaliku huvi eesmärkidest lähtuvad kaalutlused ja nõuded. Seevastu erakapitali paigutamisel ettevõttesse lähtutakse erahuvidest ja järgitakse teistsuguseid eesmärke.

51 Teiseks, riigihanke andmine segaosalusega ettevõtjale ilma pakkumiskutset avaldamata kahjustab direktiiviga 92/50 ettenähtud vaba ja ausa konkurentsi eesmärki ning huvitatud isikute võrdse kohtlemise põhimõtet, kuna eelkõige annab selline menetlus kõnealuse ettevõtja kapitalis osalevale eraettevõtjale eelise tema konkurentide ees.

- 52 Seega tuleb teise küsimuse allküsimustele a ja b vastata, et juhul, kui tellija kavatseb direktiivi 92/50 materiaalsesse kohaldamisalasse kuuluvate teenuste kohta sõlmida rahaliste huvidega seotud lepingu temast juriidiliselt eraldi seisva äriühinguga, kelle kapitalis ta koos ühe või mitme eraettevõtjaga osaleb, tuleb alati kohaldada nimetatud direktiivis ettenähtud riigihankelepingute sõlmimise menetlusi.
- 53 Seda vastust arvestades ei ole vaja siseriikliku kohtu ülejäänud küsimustele vastata.

Kohtukulud

- 54 Et põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus poolelioleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse siseriiklik kohus. Euroopa Kohtule märkuste esitamise kulud, välja arvatud nimetatud poolte kulud, ei kuulu hüvitamisele.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (esimene koda) otsustab:

1. Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta direktiivi 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud

õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (muudetud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiiviga 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, mida on omakorda muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. oktoobri 1997. aasta direktiiviga 97/52/EÜ) artikli 1 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et liikmesriikide kohustus tagada tellija otsuste kiire ja tõhusa läbivaatamise võimalus laieneb ka väljaspool ametlikku riigihankemenetlust ja enne ametliku pakkumismenetluse väljakuulutamist tehtud otsustele ning eelkõige otsustele selle kohta, kas teatav hange kuulub muudetud direktiivi 92/50 isikulisse ja materiaalsesse kohaldamisalasse. Selline läbivaatamisvõimalus on avatud kõigile isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse riikliku teenuslepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada, alates hetkest, kui tellija on teinud tahteavalduse, millel võivad olla õiguslikud tagajärjed. Liikmesriigid ei või seada läbivaatamisvõimalust sõltuvusse sellest, et asjaomane riigihankemenetlus oleks jõudnud kindlaksmääratud etappi.

2. Juhul, kui tellija kavatseb direktiiviga 97/52 muudetud direktiivi 92/50 materiaalsesse kohaldamisalasse kuuluvate teenuste kohta sõlmida rahaliste huvidega seotud lepingu temast juriidiliselt eraldi seisva äriühinguga, kelle kapitalis ta koos ühe või mitme eraettevõtjaga osaleb, tuleb alati kohaldada nimetatud direktiivis ettenähtud riigihankelingute sõlmimise menetlusi.

Allkirjad