



EUROOPA KOMISJON

Siseturu ja teenuste peadirektoraadi
mitteametlik tõlge dokumendist SEK
(2011) 1169 (lõplik), 4.10.2011.

KOMISJONI TALITUSTE TÖÖDOKUMENT

**milles käsitletakse ELi riigihankeõiguse kohaldamist ostjatevahelistele suhetele
(riigiasutuste vaheline koostöö)**

SISUKORD

1.	Sissejuhatus	3
2.	Üldpõhimõte: ELi riigihankeõigus kehtib ostjatevahelistele lepingutele	4
3.	Oma vahenditega täidetud riiklik ülesanne – avaliku sektori asutuste koostöö, mis võib jääda väljapoole ELi riigihanke-eeskirjade kohaldamisala	5
3.1.	Ülevaade kohtupraktikas väljaarendatud eri mõistetest	5
3.2.	Koostöö eraldi juriidilise isiku kaudu („institutsionaliseeritud vertikaalne koostöö”, „asutusesisene kohtupraktika”).....	6
3.2.1.	Asutusesisese üksuse kapitali valdamine	7
3.2.2.	Esimene Teckal-kriteerium: Vajalik kontroll asutusesisese üksuse üle (organisatsiooniline sõltuvus)	8
3.2.3.	Teine Teckal-kriteerium: oluline osa asutusesisese üksuse tegevusest peab olema piiratud ülesannetega, mida üksusele on andnud kontrolliv(ad) asutus(ed) (majanduslik sõltuvus)	10
3.2.4.	Muud lahtised küsimused asutusesiseste stsenaariumide puhul	11
3.3.	Institutsionaliseerimata/horisontaalne koostöö avalike ülesannete ühiseks täitmiseks.....	12
3.3.1.	Väljapoole ELi riigihanke-eeskirju jääva ostjate horisontaalse koostöö põhilised omadused.....	12
3.3.2.	Tõelise koostöö eristamine tavalisest avalikust lepingust.....	13
3.3.3.	Turul tegutsemisega seotud võimalikud piirangud	13
3.4.	Kokkuvõte	14
4.	Välisvahenditega täidetav riiklik ülesanne – muud riigiasutustevahelised suhted	18
4.1.	Pädevuste ümberjagamine riigiasutuste vahel.....	18
4.2.	Ülesannete lepinguväline omistamine.....	19
4.3.	Suhe riigihanke-eeskirjade ja teatavate ainuõiguste vahel	20
4.4.	Sidemed ostjate vahel ühiste ja tsentraliseeritud hankelepingute kontekstis	22

1. SISSEJUHATUS

2009. aastal avaldati konkursikutsed ELi riigihankedirektiivide kohaselt riigihankelepingute sõlmimiseks, mille üldmaksumus oli ligi 420 miljardit eurot. Osutatud eeskirjadega soovitakse tagada, et asjakohaste riigihangete pärast konkureeriksid tarnijad kogu siseturu ulatuses¹. Samas ei piira ELi õigus hankiva asutuse vabadust täita temale pandud avalik-õiguslikke ülesandeid omaenda haldus-, tehniliste jm vahenditega; selline asutus ei ole kohustatud pöörduma väliste üksuste poole, kes ei ole osa tema struktuurist.

Pikemalt on vaieldud, kas ELi riigihankedirektiive kohaldatakse ka mitmesugustele olukordadele, kus ostjad püüavad koos tagada oma avalike kohustuste täitmist. Euroopa Liidu Kohus (edaspidi „kohus”) on kinnitanud, et ostjate vahelisi lepinguid ei saa iseenesest lugeda kuuluvaks väljapoole ELi riigihankeõiguse kohaldamisala. Kuid kohtupraktika on ka näidanud, et ostjate koostöö teatavaid vorme ei saa pidada riigihankelepinguteks.

Seepärast tuleb teha vahet ühelt poolt selliste hankemenetluste vahel, mille puhul tooks kasu ettevõtjate avalik konkureerimine vastavalt ELi riigihanke-eeskirjadele, ja teiselt poolt muude lepingute vahel, mida ostjad võivad kasutada oma avalike kohustuste täitmise tagamiseks ja mis ei kuulu ELi riigihankedirektiivide reguleerimisalasse.

Praegu on koostöösooviga ostjatel sageli raske eristada, millal ELi riigihankedirektiive kohaldatakse ja millal mitte.

Euroopa Parlamendi ettekandes on rõhutatud vajadust selgitada kõnealust küsimust ja ettekanne „kutsub komisjoni ja liikmesriike üles teavitama nimetatud kohtuotsuste [riigiasutustevahelise koostöö kohta] õiguslikest tagajärgedest”².

Käesolev dokument on vastus sellele üleskutsele. Selle eesmärk on anda laialdane ülevaade Euroopa Kohtu praegusest kohtupraktikast. Nimetatud praktika on selles koondatud ja kokku võetud ning sellest on tehtud mõned järeldused, kuivõrd neid kohtu seisukohtadest on võimalik teha. Selles ei looda uusi eeskirju ega esitata uusi nõudeid. Selle eesmärk on pigem aidata paremini mõista ja rakendada olemasolevat õiguskeskkonda. Sellest peaks olema kasu kõikidele riigihangete alal tegutsevatele sidusrühmadele, eelkõige riigiasutustele halduse kõikidel tasanditel³. Käesolevas

¹ ELi riigihangete turg moodustab kokku umbes 17 % ELi SKPst. ELi riigihankedirektiividega reguleeritakse ainult selliste lepingute sõlmimist, mille väärtus ületab teatavat lätviväärtust. 2009. aastal moodustas selliste lepingute koguväärtus 3,6 % ELi SKPst. Riigihanketuru muus osas peavad liikmesriigid lepingute sõlmimisel järgima ELi õiguse põhimõtteid, nagu eri liikmesriikides asutatud ettevõtjate diskrimineerimise keeld, pakujate võrdne kohtlemine jne.

² Euroopa Parlamendi liikme Heide Rühle omaalgatuslik ettekanne „Uued arengud riigihangetes” (Euroopa Parlamendi resolutsioon uute arengute kohta riigihangetes (2009/2175(INI) 18.52010)).

³ Rohelise raamatuga „ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Euroopa hanketuru tõhustamine” (KOM(2011) 15 (lõplik), Brüssel, 27.1.2011) algatati avalik arutelu, mille eesmärk oli kindlaks teha, kuidas riigihangete valdkond tulevikus ümber kujundada. Käesoleva talituste töödokumendi eesmärk on selgitada olemasolevat õiguslikku olukorda, kuni ei ole vastu võetud ja rakendama hakatud mingeid uusi õigusakte.

dokumendis esitatud juhistes on käsitletud üksnes riigihangete valdkonda; nendega ei piirata ELi konkurents- ega riigiabieskirju.

Pärast meenutamist, et ostjate vahelisi riiklikke lepinguid reguleeritakse ELi riigihankedirektiividega (punkt 2), vaadeldakse dokumendis ELi riigihankeõiguse seisukohast ostjate koostöö eri vorme, mille võib jätta välja osutatud eeskirjade reguleerimisalast (punkt 3), ja seejärel muid suhete tüüpe (punkt 4).

Käesolev töödokument on komisjoni talituste soovituslik dokument ning seda ei saa pidada kõnealuse institutsiooni jaoks mingilgi viisil siduvaks. Igal juhul tuleb märkida, et ELi õiguse tõlgendamine on lõppkokkuvõttes Euroopa Kohtu ülesanne.

2. ÜLDPÕHIMÕTE: ELI RIIGIHANKEÕIGUS KEHTIB OSTJATEVAHELISTELE LEPINGUTELE

ELi riigihankedirektiive kohaldatakse siis, kui ostjad ja üksused sõlmivad rahalise tasuga seotud lepinguid erineva juriidilise isikuga. Sellise lepingu sõlmimisel ei ole mingit vahet, kas lepingupartner kuulub eraõiguse või avaliku õiguse alla. Selline seisukoht tuleneb selgelt nii direktiivide sellekohastest sätetest kui ka kohtu praktikast.

Direktiivi 2004/18/EÜ⁴ (avaliku sektori direktiiv) artikli 1 lõikes 8 on sätestatud:

„Töövõtja, tarnija, teenuseosutaja – füüsiline või juriidiline isik või **avalik-õiguslik isik** või selliste isikute ja/või organite rühm, kes pakub turul vastavalt ehitustööde ja/või ehitustöö teostamist, tooteid või teenuseid.” (rõhuasetus lisatud).

Direktiivi 2004/17/EÜ⁵ (avalike teenuste direktiiv) artikli 1 lõikes 7 on sätestatud:

„Töövõtja, tarnija või teenuseosutaja – füüsiline või juriidiline isik või **ostja** artikli 2 lõike 2 punkti a või b tähenduses või selliste isikute grupp ja/või üksused, kes pakuvad turul vastavalt kas ehitustööde teostamist ja/või tööd, tooteid või teenuseid.” (rõhuasetus lisatud).

Samamoodi otsustas kohus, et „asjaolu, et teenuseosutaja on teenuse saajast eraldiseisev avalik-õiguslik isik, ei välista [direktiivi] kohaldamist”⁶. ELi riigihanke-eeskirjade kohaldamiseks „on põhimõtteliselt piisav, kui leping oli sõlmitud kohaliku asutuse ja temast juriidiliselt erineva isiku vahel”⁷. Seepärast on tegemist ELi riigihankedirektiivide ebakorrekse ülevõtmisega, kui liikmesriigi riigihankeseadusest jäetakse välja „avaliku

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31.3.2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT L 134, 30.4.2004, lk 114–240).

⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT L 134, 30.4.2004, lk 1–113).

⁶ Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas C-480/06: komisjon vs. Saksamaa (EKL 2009, lk I-04747, punkt 33).

⁷ Kohtuasi C-107/98, Teckal Srl vs. Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, EKL lk I-08121, punkt 50.

võimu, selle haldusorganite ja üldiselt mittetulunduslike avalik-õiguslike isikute vahelised suhted, hoolimata suhete iseloomust⁸.

3. OMA VAHENDITEGA TÄIDETUD RIIKLIK ÜLESANNE – AVALIKU SEKTORI ASUTUSTE KOOSTÖÖ, MIS VÕIB JÄÄDA VÄLJAPOOLE ELI RIIGIHANKE-EESKIRJADE KOHALDAMISALA

3.1. Ülevaade kohtupraktikas väljaarendatud eri mõistetest

Riigihangete alane kohtupraktika on näidanud, et ELi õigus ei piira ostja⁹ vabadust täita temale pandud avalike huvidega seotud ülesandeid omaenda haldus-, tehniliste või muude vahenditega; ostja ei ole kohustatud pöörduma välise üksuse poole, kes on tellijast eraldi seisev juriidiline isik¹⁰.

Kui ostja täidab avalikku ülesannet oma vahendeid kasutades niimoodi, et ei sõlmi rahalise tasuga seotud lepinguid, kuna tegemist on ühe ja sama juriidilise isiku sisese tööga, see tähendab kõik vahendid ülesande täitmiseks on ostjale kättesaadavad tema oma organisatsioonis, siis ELi riigihanke-eeskirju ei kohaldata. Näide: linnanõukogu pakub transporditeenuseid oma territooriumil oma struktuuri kuuluva transpordiosakonna kaudu.

Lisaks võidakse riiklikke ülesandeid täita oma vahenditega ka koostöös muu ostjaga. Erinevad ostjad võivad vastastikku üksteist abistada. Kui sellega ei kaasne hüvitusi või õiguste ja kohustuste vastastikust vahetamist, siis ei ole tegemist teenuse pakkumisega ELi riigihankeõiguse tähenduses ja sellises olukorras ei kohaldata ELi riigihankealaseid õigusakte. Näide: naaberlinnade vaheline üldine kokkulepe, et kummagi linna orkestrid esinevad vastastikku ka teise linna pidustustel.

Kui ostjad sõlmivad teineteisega rahalise tasuga seotud lepinguid (milles vastastikku määratakse kindlaks õigused ja kohustused), tekib küsimus, kas selliseid lepinguid saab jätta välja ELi riigihankedirektiivide reguleerimisalast, kuigi üldise eeskirja kohaselt kuuluvad sellesse eri juriidiliste isikute vahelised lepingud. Vastavalt kohtupraktikale on see teatavatel juhtudel tõesti võimalik. Kui ostjad teevad koostööd, et ühiselt tagada avaliku huviga seotud ülesannete täitmine, võib sellega kaasneda lepingute sõlmimine,

⁸ Kohtuasi C-84/03, komisjon vs. Hispaania, EKL 2005, lk I-00139, punkt 40.

⁹ Arvestades käesolevat riigiasutuste omavahelise koostöö teemat, kehtib see märkus üksnes selliste ostjate käitumise suhtes, kes on ostjad (*contracting authorities*) direktiivi 2004/18/EÜ tähenduses, mitte aga „riigi osalusega äriühingud” (*public undertakings*) vastavalt avalike teenuste direktiivi (2004/17/EÜ) määratlusele ega eraettevõtjad, kellel on eri- või ainuõigused vastavalt direktiivis 2004/17/EÜ esitatud määratlusele. Avalike teenuste direktiivis [2004/17/EÜ] määratletud tellivate asutuste (*contracting authorities*) kohta, kes kuuluvad samas esitatud ostjate (*contracting entities*) mõiste määratluse alla, tuleb märkida, et nende erilist olukorda seoses riigiasutuste vahelise koostööga ei ole kohus kunagi selgesõnaliselt vaadelnud. Ostjate (*contracting authorities*, 2004/18/EÜ) kohta tehtavad üldised järeldused peaksid *mutatis mutandis* kehtima ka siis, kui need toimivad ostjatena (*contracting entities*, 2004/17/EÜ), välja arvatud juhtudel, kus kohaldatavad eeskirjad erinevad oluliselt. Samuti tuleb märkida, et avalike teenuste direktiivis on artiklis 23 sätteid riigiasutuste teatavate koostööüüpide kohta (võimalikud on isegi kolmnurk-olukorrad).

¹⁰ Kohtuasi C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH vs. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, EKL [2005] lk I-00001, punkt 48.

ilma et tekiks kohustus kohaldada ELi riigihanke-eeskirju. Selline koostöö võib toimuda nii, et ühiselt kontrollitakse kolmandat üksust, kellele on usaldatud ülesande täitmine ("vertikaalne institutsionaliseeritud koostöö"). Teise võimalusena võib seda teha ilma, et loodaks või määrataks eraldi üksust („horisontaalne institutsionaliseerimata koostöö”).

3.2. Koostöö eraldi juriidilise isiku kaudu („institutsionaliseeritud vertikaalne koostöö”, „asutusesisene kohtupraktika”)

On hästi teada, et ELi riigihankedirektiive kohaldatakse juhul, kui ostjad sõlmivad riiklikke lepinguid, see tähendab rahalise tasuga seotud lepinguid, mis sõlmitakse kirjalikult kolmanda osalisega ja mille eesmärk on direktiivide mõistes tööde tegemine, toodete tarnimine või teenuste osutamine. Riigihankedirektiive kohaldatakse ka, kui ostjad sõlmivad ehitustööde kontsessioone vastavalt avaliku sektori direktiivile.

Kohtuasjas Teckal¹¹ tõlgendas kohus seda eeskirja funktsionaalselt. Kohus sätestas kaks kumulatiivset kriteeriumi, mille täidetuse korral ELi riigihanke-eeskirju ostja ja muu juriidilise isiku vahelisele suhtele ei kohaldata. Kohtu arvamuse kohaselt jääb selline suhe väljapoole ELi riigihanke-eeskirjade kohaldamisala, kui:

- (1) ostja teostab asjaomase juriidilise isiku üle **kontrolli, mis sarnaneb kontrolliga, mida ta teostab oma osakondade üle**, ja
- (2) samal ajal **teostab** nimetatud juriidiline isik **suurema osa oma tegevustest kontrolliva ostja või kontrollivate ostjate huvides**¹².

Seega leidis kohus kooskõlas **ostjate õigusega määrata ise oma struktuuri**, et ELi riigihankeõigust (see tähendab, mitte üksnes direktiive, vaid ka aluslepingute põhimõtteid) ei saa kohaldada, kui ostja sõlmib lepingu kolmanda osalisega, kes on **temast üksnes formaalselt, kuid mitte sisuliselt sõltumatu**. See kohtupraktika hõlmab olukordi, kus kolmandas osalises **ei ole kaasatud erakapitali ja kolmas osaline sõltub ostjast nii organisatsiooniliselt kui ka majanduslikult**. Näide: linnanõukogu pakub transporditeenuseid oma territooriumil, kasutades selleks täielikult temale kuuluvat ja tema poolt kontrollitavat transpordiühingut.

Järgmistes kohtuotsustes¹³ kohus täpsustas, et asutusesisese põhimõtte riigiasutuste vahelise koostöö puhul kehtib ka riigiasutuste koostöö puhul, ning nägi ette, et nimetatud kahte Teckal-kriteeriumi võivad mitu ostjat täita ühiselt. Näide: kahe linna nõukogud

¹¹ Kohtuasi C-107/98, Teckal, punkt 50. „Selle kohta, kas on olemas leping, peab liikmesriigi kohus tegema otsuse, kas on olnud leping kahe eraldi isiku vahel. Selles suhtes [...] on põhimõtteliselt piisav, kui leping oli sõlmitud, ühelt poolt, kohaliku asutuse ja, teiselt poolt, kohalikust asutusest juriidiliselt erineva isiku vahel. Seisukoht võib olla vastupidine ainult juhul, kui kohalik **asutus teostab asjaomase isiku üle kontrolli, mis sarnaneb kontrolliga, mida ta teostab oma osakondade üle**, ja samal ajal **viib nimetatud isik suurema osa oma tegevustest läbi koos kontrolliva kohaliku asutuse või asutustega**.”

¹² Pärast kohtu otsust jõudis Itaalia riiginõukogu otsusele, et AGAC oli Viano asutusesisene äriettevõtte (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, otsus nr 2605, 9. mai 2001).

¹³ Kohtuasjad C-324/07, Coditel Brabant SA vs Commune d’Uccle ja Région de Bruxelles-Capitale, [2008] EKL I-08457, ja C-573/07, Sea Srl vs Comune di Ponte Nossa, [2009] EKL I-08127.

pakuvad transporditeenuseid oma territooriumil, kasutades selleks nende ühisomandis olevat ja nende poolt täielikult kontrollitavat transpordiäriühingut.

Käesolevas dokumendis loetakse selline koostöö institutsionaliseerituks või vertikaalseks, kuna sellesse on kaasatud ostja, kes sõlmib teatava ülesande täitmiseks lepingu eraldiseisva, ühisomandis oleva ja ühiselt kontrollitava üksusega, kes toimib teenusepakujana.

Seda asutusesisest erandit on kohus tunnistanud nii ELi riigihankedirektiividega hõlmatud riiklike lepingute ja ehitustööde kontsessioonide puhul kui ka asutamislepingu põhimõtetega hõlmatud teenusekontsessioonide puhul.

Sellega seoses tuleb öelda, et kui suhe ühelt poolt kontrolliva ostja / kontrollivate ostjate ning teiselt poolt kontrollitava üksuse vahel võib jääda välja ELi riigihankeõiguse kohaldamisalast asutusesisese olukorra pärast, peaks üksus, keda võib lugeda asutusesiseseks üksuseks, olema samas ka avaliku õigusega reguleeritav isik, kes on kohustatud täitma ELi riigihanke-eeskirju omaenda hangete puhul.

Järgmistes osades on üksikasjalikult kirjeldatud kohtu asutusesisese kohtupraktika asjakohaseid tingimusi, mille täitmist on vaja hinnata, kui otsustatakse, kas ELi riigihankeõigust on vaja kohaldada või ei ole.

3.2.1. Asutusesisese üksuse kapitali valdamine

Kohtupraktika kohaselt ei saa ostja teostada asutusesisest kontrolli üksuse üle, kui kõnealusel üksusel on veel ka vähemalt üks eraõiguslik kaasomanik¹⁴. See on nii isegi siis, kui ostja saab eraettevõtjast sõltumatult teha kõik kõnealust üksust käsitlevad otsused. Kohus põhjendas seda nii, 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 eesmärke¹⁵. See kehtib ka eraettevõtja poolt asutusesisese üksusesse tehtud „puhaste kapitalisüstide” kohta (see tähendab näiteks osakute ostmist, kuid mitte tavaliste laenude andmist¹⁶), isegi kui sellega ei kaasne mingit panust töösse.

- Erakapitali võimaliku tulevase osaluse olulisus

Üldreeglina tuleb erakapitali olemasolu äriühingus, kellega sõlmitakse kõnealune avalik leping, teha kindlaks **lepingu sõlmimise ajal**^{17, 18}. Äriühingu kapitali tulevast avamist

¹⁴ „Seevastu eraettevõtja kas või 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.” (Kohtuasi C-26/03, Stadt Halle, p. 49).

¹⁵ Kohtuasi C-26/03, Stadt Halle, p. 50.

¹⁶ Laenu ei loeta tavaliseks, kui selle võib ühe tagasimaksmise võimalusena näiteks vormistada ümber asutusesisese üksuse osakuteks.

¹⁷ Kohtuasi C-26/03, Stadt Halle, punktid 15 ja 52, ning kohtuasi C-573/07, Sea, p. 47.

¹⁸ Mõnikord võib esineda eritingimusi, mille puhul tuleb erandkorras võtta arvesse sündmusi, mis toimuvad pärast kõnealuse lepingu sõlmimise kuupäeva. Nii on lugu eelkõige siis, kui lepingu

võetakse arvesse ainult siis, kui on reaalne võimalus, et selline avamine toimub varsti pärast lepingu sõlmimist äriühinguga¹⁹.

Üksnes teoreetiline võimalus, et eraomanik võib oma kapitaliga saada asutusesisese üksuse osaliseks, iseenesest ei muuda ostja ja tema äriühingu asutusesisest suhet²⁰.

Kuid **juhul, kui** äriühinguga sõlmitakse asutusesisese üksuse erandit kasutades leping ilma pakkumiste konkursita, tähendab eraettevõtja poolt osaluse omandamine äriühingus lepingu kehtivusaja jooksul mis tahes ajal lepingu sõlmimise **ühe põhitingimuse muutmist**. Sellisel juhul tuleb lepingu kohta välja kuulutada pakkumiste konkurss²¹.

- Avaliku sektori 100 % osalus asutusesisese üksuse kapitalis

Vastupidisel juhul tuleks äriühingu olemist ostja ainuomandis lugeda tunnuseks, et äriühingu üle on olemas asutusesisese osakonna erandi jaoks vajalik kontroll, kuid see iseenesest ei ole veel otsustav tegur²².

See näitaja muutub vaidlustatavaks, kui ostjad moodustavad tulundusliku äriühingu, mis on neist täiesti sõltumatu. Seda illustreerib ka kohtuasi Parking Brixen, kus üksus kuulus lepingu sõlmimise ajal ostjale, kuid oli teataval määral iseseisev²³ (vt järgmine punkt), millega seoses kohus keeldus tunnistamast selle asutusesisest staatust.

3.2.2. *Esimene Teckal-kriteerium: Vajalik kontroll asutusesisese üksuse üle (organisatsiooniline sõltuvus)*

Ostja peab teostama asutusesisese üksuse üle „kontrolli, mis sarnaneb kontrolliga, mida ta teostab oma osakondade üle”²⁴. Viis, kuidas kontrolli teostatakse, ei ole oluline, see tähendab, et selleks võidakse kasutada **eraõiguslikke või avalik-õiguslikke võimu teostamise vahendeid**. „Sarnase kontrolli” nõude „hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki asjakohaseid õigusnorme ja asjaolusid. [...] Tegemist peab olema **otsustava mõjuvõimuga, mis hõlmab nii strateegiliste eesmärkide püstitamist kui ka oluliste otsuste tegemist**”²⁵.

sõlminud äriühingu osakud, mis varem täielikult kuulusid lepingu sõlminud ostjale, antakse veidi aega pärast kõnealuse lepingu sõlmimist üle eraõiguslikule ettevõtjale, kasutades üleandmiseks kunstlikku võtet, mis on välja mõeldud asjaomastest ELi eeskirjadest möödahiilimiseks (selle kohta vt kohtuasi C-29/04, komisjon vs. Austria [2005], EKL I-9705, punktid 38–41).

¹⁹ Kohtuasi Sea, p. 50.

²⁰ Vt IPPP teatis, joonealune märkus 14. Sellist seisukohta on kohus vahepeal kinnitanud kohtuasjas C-371/05, komisjon vs. Itaalia, EKL I-00110, p 29.

²¹ Kohtuasi Sea, p. 53.

²² Kohtuasi C-340/04, Carbotermo SpA ja Consorzio Alisei vs. Comune di Busto Arsizio ja AGESP SpA., [2006] EKL I-04137, p 37: „Asjaolu, et tellija omab üksi või koos teiste avalik-õiguslike asutustega kogu eduka pakkumise esitanud äriühingu kapitali, võib, aga ei pruugi näidata, et tellija teostab asjaomase isiku suhtes analoogset kontrolli sellega, mida ta teostab oma üksuste üle...”

²³ Kohtuasi C-458/03, Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG., [2005] EKL I-08585, p 70.

²⁴ Kohtuasi C-107/98, Teckal, punkt 50.

²⁵ Kohtuasi C-458/03, Parking Brixen, p 65; kohtuasi C-371/05, p 24.

Selles seoses tuleb kaaluda järgmisi elemente:

- Mitme ostja ühine kontroll asutusesisese üksuse üle

Seoses esimese Teckal-kriteeriumiga lisas kohus oma otsuses Coditel uusi elemente. Kohus selgitas, et kuigi kontroll asutusesisese üksuse üle peab olema tõhus, ei ole oluline, et seda kontrolli teostab üks isik. Seepärast kinnitas kohus põhimõtet, et **kontrolli esimese Teckal-kriteeriumi tähenduses võidakse teostada ühiselt**.

Kohus on põhjendanud sellist laiemat tõlgendust peamiselt sellega, et kõnealuse kriteeriumi kitsam tõlgendamine muudaks Teckal-erandi kasutamise võimalikuks enamikul juhtudest, milles esineb ostjate vaheline koostöö. Samal põhjusel on kohus määranud, et **menetlus, mida kontrollivad asutused kasutavad ühiste otsuste vastuvõtmiseks, ei ole oluline**. Näiteks enamushääletuse kasutamine ei ole vastuolus sellega, et kõik osalevad ostjad teostavad (ühiselt) kontrolli²⁶. Sellest tuleneb, et „kui avalik võimuorgan omandab täielikult avalik-õiguslikule isikule või isikutele kuuluvas aktsiaseltsis vähemusosaluse, et sõlmida selle äriühinguga avaliku teenuse haldamise leping, võib kõnesolevas äriühingus osalust omavate avalike võimuorganite poolt selle äriühingu üle teostatavat kontrolli, mida need võimuorganid teostavad ühiselt, pidada samasuguseks kontrolliks nagu see, mida nad teostavad omaenda struktuuriüksuste üle”^{27, 28}.

- Asutusesisese üksuse kontrolliks vajalik volituste ulatus

Esimese Teckal-kriteeriumi täitmiseks peab ostjal olema piisav kontroll, nii et tal oleks võimalik piirata kõnealuse üksuse tegutsemisvabadust.

Kohtuasjas Coditel peeti tõsiasja, et kontsessiooniomaniku **otsuseid tegevad organid koosnesid** üksnes koostöös osalevate ostjate esindajatest, oluliseks asutusesisese kontrolli olemasolu tõendiks.

Asutusesisese üksuse **korporatsioonivorm** kui niisugune ei ole otsustav, kuid võib olla üks tõendeid. Näiteks kohtuasjas Coditel rõhutas kohus, et asutusesisene üksus „ei ole loodud mitte ... aktsiaseltsina, kes võiks järgida oma eesmärgi aktsionäride eesmärkidest sõltumatult, vaid kohalike omavalitsusüksuste koostööühinguna”. Liikmesriigi asjakohase seaduse kohaselt ei saa sellistel ühingutel olla ärilisi eesmärgi²⁹.

Kohtuasjas Carbotermo³⁰ leidis kohus, et ühe ostja kontroll teise üksuse üle, mis on piiratud **äriühinguõiguses** aktsionäride enamusele **antavate volitustega**, ei tarvitse olla

²⁶ Kohtuasi C-324/07, Coditel, p 51.

²⁷ Kohtuasi C-573/07, Sea, p 63.

²⁸ Kohtuasjas C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) vs. Comune di Cingia de' Botti, [2005] EKL I-07287 leidis kohus, et 0,97 % vähemusosalus on nii väike, et ei võimalda omavalitsusel teostada asutusesisest kontrolli kontsessiooniomaniku üle. Kuid edaspidistes otsustes tunnistas kohus mitme ostja ühise kontrolli võimalust asutusesisese üksuse üle, kuigi igal ostjal võib olla ainult väike vähemusosalus.

²⁹ Coditel, p 37.

³⁰ Vt joonealune märkus 22.

piisav kontroll esimese Teckal-kriteeriumi tähenduses. Sellisel juhul on ostja võimalused kõnealuse üksuse otsuseid mõjutada tugevasti piiratud³¹. Ka siis, kui ostja mõjutab üksuse otsuseid üksnes **valdusettevõtja** kaudu, võib see nõrgendada kontrolli, mida ostja võiks teostada. Järelikult ei tarvitse esimene Teckal-kriteerium olla täidetud³².

Kohtuasjas C-573/07, Sea,³³ oli asutusesisese üksuse puhul tegemist aktsiaseltsiga. Kuigi see korporatsioonivorm ei välista asutusesisese kontrolli võimalust, uuris kohus üksikasjalikult ostjate sellekohaseid volitusi, eelkõige selliseid, mis võimaldasid neil kontrollida asutusesisese üksuse juhtorganeid ja mis ulatusid kaugemale tavalistest eeskirjadest, mida kohaldatakse sellise kontrolli puhul aktsiaseltsis.

- Asutusesisese üksuse võimalik iseseisvus / turule orienteeritus

Kohtuasjades Coditel ja Sea leidis kohus, et kui kontrollitav üksus muutub turule orienteerituks ja tal on sedavõrd palju iseseisvust, et ostjate kontroll tema üle muutub nõrgaks, siis ei ole esimene Teckal-kriteerium enam täidetud. Sellega seoses tuleb arvesse võtta näiteks kontrollitava üksuse tegevuse **materiaalset ja geograafilist ulatust**, samuti tema **võimalust luua sidemed erasektori ettevõtjatega**³⁴. Kontrollitava üksuse poolse turule orienteerituse puudumise võib tuletada sellest, kui kontrollitava üksuse tegevuse **geograafiline ulatus** on piiratud teda omavate ostjate territooriumiga ja kui tema **tegevusala** (tema eesmärk)³⁵ on piiratud ostjate ülesannete täitmisega. Sellise testi tulemus oli, et asutusesisene kontroll oli olemas kohtuasjades Coditel ja Sea, samas kui kohtuasjas Parking Brixen oli olukord vastupidine.

Kontrollitav üksus võib **sõlmida sidemed erasektori ettevõtjatega** tingimusel, et sellised suhted jäävad seotuks kontrollitava üksuse põhitegevusega, see tähendab avalike teenuste osutamise haldamisega³⁶. Kui sidemed erasektori ettevõtjatega täielikult keelata, muutuks teine Teckal-kriteerium kasutuks.

Näide: kui asutusesisese üksuse põhitegevus on jäätmete kogumine ja valikuline sorteerimine kontrollitava ostja jaoks, võib juhtuda, et kõrvaltegevusena on vaja müüa kogutud konkreetse kategooria jäätmeid erasektori spetsialistidele, et need jäätmed ringlusse võtaksid³⁷.

3.2.3. *Teine Teckal-kriteerium: oluline osa asutusesisese üksuse tegevusest peab olema piiratud ülesannetega, mida üksusele on andnud kontrolliv(ad) asutus(ed) (majanduslik sõltuvus)*

Asutusesisese erandi kasutamiseks peab kontrollitav üksus teostama **olulise osa oma tegevusest** kontrollitava asutuse või kontrollivate asutuste huvides. Selle kriteeriumi eesmärk on tagada, et ELi riigihankeõigust saaks kohaldada juhul, kui ühe või mitme

³¹ Carbotermo, p 38, Parking Brixen, p 70.

³² Carbotermo, p 38 ja 39.

³³ Vt joonealune märkus 27.

³⁴ C-324/07, Coditel, p 36, C-573/07, Sea, p 73.

³⁵ Coditel, p 38, Sea, punktid 74–76.

³⁶ Kohtuasi C-573/07, Sea, punktid 79–80.

³⁷ Kohtuasi C-573/07, Sea, p 78.

asutuse kontrollitav üksus tegutseb turul ja seega tõenäoliselt konkureerib muude ettevõtjatega³⁸.

Kohtuasjas Carbotermo leidis kohus, et avalike teenuste direktiivis ettenähtud käibepõhist läbiväärtust 80 %, millest suurema käibe puhul võivad sidusettevõtjatega sõlmitavad lepingud jääda väljapoole nimetatud direktiivi reguleerimisala, ei saa kasutada võrdlusalusena avaliku sektori direktiivi puhul³⁹.

Kuid samas kohtuotsuses esitas kohus ka olulisi selgitusi, mida tähendab termin "oluline osa tegevusest"⁴⁰. Kohtu arvates on kriteerium täidetud üksnes siis, kui asutusesisese üksuse tegevus on **põhiliselt** pühendatud ostja huvidele. Igasugusel muul tegevusel võib olla üksnes **kõrvaline tähtsus**.

Sellise hindamise puhul on asjakohased **kõik tegevused, mida asutusesisene üksus teostab ostjaga sõlmituid lepingu täitmiseks. Selline kaalutus on asjakohane** olenemata lepingu kasutaja isikust (kas ostja ise või teenuste kasutaja), lepingutäitjale maksvast asutusest (kas teda kontrolliv asutus või teenuseid kasutav kolmas osaline) või territooriumist, millel teenuseid pakutakse.

Kui asutusesisest üksust kontrollivad ühiselt mitu ostjat, siis tingimus „oluline osa oma tegevusest” võib olla täidetud, kui asutusesisene üksus teostab seda tegevust mitte tingimata ühe ostja, vaid kõigi ostjate huvides. Seega, **kui asutusesisest üksust kontrollib ühiselt rohkem kui üks ostja, tuleb arvesse võtta kõiki tegevusi, mida asutusesisene ostja teostab kõikide ostjate huvides**⁴¹.

3.2.4. Muud lahtised küsimused asutusesiseste stsenaariumide puhul

Kohus ei ole oma kohtupraktikas otse veel käsitlenud järgmisi küsimusi, mida võib aga kohtupraktikas esineda:

- Kas kontrollivas üksuses võib olla erakapitali?

Küsimus erakapitali võimalikust osalusest kontrollivas üksuses võib esile kerkida avalik-õigusliku asutuse puhul ning ei saa välistada, et sellisel asutusel on siiski õigus teostada asutusesisest kontrolli muu üksuse üle.

- Kas on võimalik sõlmida lepingut altpoolt ülespoole? (Kontrollitav üksus sõlmib lepingu emasaasutusega.)

³⁸ Carbotermo, p 60

³⁹ Carbotermo, p 55. (Nimetatud kohtuotsuses käsitleti nn vana avalike teenuste direktiivi (93/38). Kuid ka nn uue avalike teenuste direktiivi (2004/17/EÜ) artikliga on ette nähtud sarnane käibepõhine 80 % läbiväärtus, millest suurema käibe puhul võivad sidusettevõtjatega sõlmitavad lepingud jääda väljapoole nimetatud direktiivi reguleerimisala.)

⁴⁰ Carbotermo, punktid 63–68.

⁴¹ Carbotermo, punktid 70–71.

Altpoolt ülespoole lepingusõlmimise kohta tuleb märkida, et ka sel puhul saab rakendada sellist lähenemisviisi, et tegemist on asutusesisese üksusega, see tähendab, et ei ole olemas kahte sõltumatu tahtega üksust.

- Kas on võimalik sõlmida lepinguid asutusesiseste sõsarüksuste vahel? (Lepingud sama kontrolliva emasaatuse kahe asutusesisese üksuse vahel.)

Asutusesiseste sõsarüksuste vaheliste lepingute puhul ei kontrolli kumbki üksus teist üksust, kuid neid mõlemad kontrollib sama emasaatus. Näib, et asutusesiseste lepingute kohtupraktika kohaselt ei jäeta riigihanke-eeskirjade reguleerimisalast välja tavalisi avaliku sektori lepinguid selliste üksuste (asutusesiseste sõsarüksuste) vahel, kuna kumbki neist ei kontrolli teist. Formaalselt võiks see siiski vastata asutusesiseste lepingute kohtupraktikale, kui näiteks ostja, kel on kaks asutusesisest üksust, keda ta omab ja kontrollib, tellib teatavaid kaupu ühelt oma asutusesisest äriühingult ja suunab tarnitud kaubad teisele.

3.3. Institutsionaliseerimata/horisontaalne koostöö avalike ülesannete ühiseks täitmiseks⁴²

3.3.1. Väljapoole ELi riigihanke-eeskirju jääva ostjate horisontaalse koostöö põhilised omadused

Oma otsuses kohtuasjas Hamburg⁴³ aktsepteeris kohus ka sellist riigiasutuste vahelist koostööd, mis jääb väljapoole ühiselt kontrollitavate asutusesiseste üksuste põhimõtet. Kohus rõhutas, et ELi õigus ei nõua, et ostjad kasutaksid mingit konkreetset juriidilist vormi, et täita ühiselt oma avaliku teenistuse kohustusi⁴⁴. Käesolevas dokumendis loetakse selline koostöö institutsionaliseerimata või horisontaalseks koostööks, kuna sellesse on kaasatud eri ostjad.

Seni on see olnud ainus kohtu otsus riigiasutustevahelise koostöö kohta, milles ei ole tegemist ühiselt kontrollitavate asutusesiseste üksustega. Kohus näib oma otsuse tegemisel olevat tuginenud paljudele üksikutele asjaoludele, mis olid sel konkreetset juhul asjakohased.

Arvestades kohtuotsuse selliseid aspekte, millel võib olla üldine tähendus, näib olevat mõistlik sellest otsusest siiski järeldada, et ostjad võivad omavahel teha horisontaalset koostööd (ilma ühiselt kontrollitavat asutusesisest üksust loomata), mille puhul võidakse sõlmida lepinguid, mida ei hõlma ELi riigihankeõigus, kui on täidetud vähemalt järgmised tingimused:

⁴² Kohus ei määratlenud seda terminit konkreetset, kui ta viitas sellele kohtuotsuses, seega jäi lahtiseks, kas see tähendab ülesandeid, i) mida tegelikult täidab ostja, ii) mida ta juriidiliselt võib täita või iii) mida ta on juriidiliselt kohustatud täitma. Komisjoni talituste arvates on võimalik seda märkust tõlgendada laias tähenduses.

⁴³ Vt joonealune märkus 6.

⁴⁴ Samas, p 47.

- lepingus osalevad üksnes ostjad, puudub erakapitali osalus⁴⁵;
- lepingut iseloomustab see, et vastupidiselt tavalisele avalikule lepingule on tegemist reaalse koostööga avaliku ülesande ühisel täitmisel, ning
- koostöös juhindutakse üksnes avaliku huviga seotud kaalutlustest.

3.3.2. Tõelise koostöö eristamine tavalisest avalikust lepingust

Hamburgi-otsuse alusel on koostöö eesmärk **ühiselt tagada kõigi koostööpartnerite avalike ülesannete täitmine**. Sellist ühist täitmist iseloomustab lepingupartnerite osalemine ja vastastikused kohustused, see loob vastastikust sünergiat. See ei tähenda tingimata, et iga koostööpartner osaleb ülesande täitmisel võrdselt – koostöö võib põhineda ülesannete jaotamisel või teataval spetsialiseerumisel. Sellegipoolest peab lepingus olema käsitletud **ühist eesmärki**, ühe ja sama ülesande ühist täitmist.

Näide: kui koostööpartnerite ühine eesmärk on jäätmekäitlus, võivad nad asjakohased ülesanded omavahel ära jagada, näiteks üks tagab kogumise ja teine jäätmete põletamise.

Kohtupraktika üldisel lugemisel selgub ka, et lepingut peab iseloomustama tegelik koostöö, mis vastandub tavalisele avalikule lepingule, kus üks osaline täidab ülesande hüvituse eest⁴⁶. Sellist ühepoolset ülesande määramist ühe ostja poolt teisele ei saa lugeda koostööks.

Näide: elektri tarnimine ühe linna haldushoonetele teise linna kommunaalteenustaja poolt ilma eelneva riigihankeprotsessita.

Koostöös juhindutakse avaliku huvi eesmärkide saavutamiseks seotud kaalutlustest. Kuigi selles võivad olla vastastikused õigused ja kohustused, ei saa koostöö hõlmata muid **finantsülekandeid** avalik-õiguslike koostööpartnerite vahel kui üksnes tööde/teenuste/tarnetega seotud **tegelike** kulude hüvitamist: teenuse pakkumine hüvituse eest iseloomustab selliseid avalik-õiguslike lepinguid, mida reguleeritakse ELi riigihankeõigusega.

3.3.3. Turul tegutsemisega seotud võimalikud piirangud

Kohus väitis, et koostöös tuleb lähtuda üksnes avaliku huvi eesmärkidest. Seega ei ole see vabastatud [riigihankeõiguse kohaldamisest], kui seda juhivad ehk põhimõtteliselt määravad mingid muud huvid, eriti ärihuvid. Seepärast ei tohiks koostööpartnerid oma

⁴⁵ Hamburgi otsuses viitas kohus riigiasutustele, kuid komisjoni talituste arvates võib selline horisontaalne koostöö olla lubatud iga liiki ostjate puhul, see tähendab ka avaliku õigusega reguleeritud organite puhul. Teisest küljest tuleneb kriteeriumist, et sellises horisontaalses koostöös ei tohi osaleda mingisugust erakapitali, loogiliselt see, et selline koostöö ei ole kättesaadav avaliku õigusega reguleeritud organitele, milles osaleb ka erakapital.

⁴⁶ Vt kohtuasi C-275/08 komisjon vs. Saksamaa [2009] EKL I-00168.

koostöö osana põhimõtteliselt tegutseda turul. Teiste sõnadega ei peaks koostööleping hõlmama ühtegi tegevust selle eesmärgiga, et seda pakkuda avatud turul⁴⁷.

Näide: kui kohtuasjas Hamburg oleksid koostööpartnerid ehitanud jäätmepõletuskäitise, mille võimsus oleks ületanud nende vajadusi, kusjuures nende eesmärk oleks olnud müüa vaba põletamisvõimsust kasumlikult vabal turul, siis ei oleks nende koostöö lähtunud üksnes avaliku huvi eesmärkidega seotud kaalutlustest ja nõuetest.

3.4. Kokkuvõte

Eespool öeldut arvestades võib väita, et tavaliste avalik-õiguslike lepingute puhul kehtib endiselt kohustus järgida riigihangetega seotud kohustusi (tavaline leping: teiselt lepinguosaliselt ostetakse teatavaid teenuseid). Ostjad võivad aga moodustada üksteisega koostööks struktuure, mis võivad olla institutsionaliseeritud või mitte⁴⁸.

Komisjoni talituste arvates on riigiasutuste kaks koostöövormi – vertikaalne või horisontaalne – ostjate jaoks võrdselt kättesaadavad vahendid, millega nad võivad korraldada oma avalike ülesannete täitmise väljaspool ELi riigihankeõiguse reguleerimisala. Kohus kinnitas selgelt, et ELi õigus ei nõua, et ostjad kasutaksid mingit konkreetset juriidilist vormi, et täita ühiselt oma avaliku teenistuse kohustusi. Kuigi riigiasutuste koostööd väljaspool ELi riigihankeõiguse kohaldamisala on kaht struktuuriliselt erinevat tüüpi, on neil mõned ühised iseloomustavad jooned.

- Oma vahendite kasutamine koostöös teistega

Ostja võib täita avaliku huvi ülesandeid oma vahenditega, pöördumata abi saamiseks kellegi muu poole peale oma osakondade, ja võib teha seda koostöös muude ostjatega,⁴⁹ kas institutsionaliseeritud koostöös, kasutades ühiselt kontrollitavat asutusesisest üksust või ilma sellist institutsionaliseeritud vormi loomata.

- Osalevad üksnes ostjad; erakapitali ei kaasata

⁴⁷ Kui selline täielik välistamine oleks praktilistel põhjustel vastuolus üldsuse huviga, mis määrab koostöö (näiteks majanduslikult mõistlik vahendite kasutamine), võiks olla lubatav mingi rangelt kõrvaline ja vähetähtis tegevus muude kui koostöös osalevate üksustega (näiteks ajutiselt olemasoleva vaba võimsuse mõistlikuks kasutamiseks).

⁴⁸ On väidetud, et Lissaboni lepingu jõustumine seadis kohtu praktika erinevasse valgusesse. On õige, et Lissaboni leping mõjutas oluliselt tervet ELi õigussüsteemi ja seda tuleb arvesse võtta teiseste ELi õigusaktide tõlgendamisel. Lissaboni lepinguga põhjustatud üks sellekohaseid muudatusi on kohaliku ja piirkondliku omavalitsuse tunnustamine (Euroopa Liidu lepingu artikli 4 lõige 2). Lisaks tunnistatakse protokollis (nr 26) üldhuviteenuste kohta riiklike, piirkondlike ja kohalike asutuste olulist osa ja laiaulatuslikku suvaõigust osutada, tellida ja korraldada üldist majandushuvi pakkuvaid teenuseid nii palju kui võimalik vastavalt kasutajate vajadustele. Nende sätetega kinnitatakse asutuste õigust otsustada, kuidas nad korraldavad nende jaoks kohustusliku teenuste osutamise üldsusele. Teisest küljest ei vaidlustanud keegi seda õigust ka minevikus ja on selge, et teenuste pakkumisel tuleb järgida ELi õiguse muid sätteid. Seega võib ostjate mõnede valikute puhul olla vajalik järgida ELi riigihankeõigust. ELi õigus ei sunni ostjaid ostma teenuste pakkumist väljastpoolt, vaid sellega nõutakse, et kui ostjad otsustavad ärielistel alustel kaasata eraldi avalik- või eraõigusliku üksuse, peab see toimuma läbipaistvalt ja diskrimineerimiseta.

⁴⁹ Coditel, punktid 48 ja 49; Hamburg, p 45.

Teiseks näib olevat Euroopa Kohtu kohtupraktika põhjal⁵⁰ selge, et ELi riigihanke-eeskirjade kohaldamisest väljajäämiseks peab avaliku sektori sisene mis tahes koostöö hõlmama üksnes avalikku sektorit. Erakapitali osalus ühes koostööd tegevas üksuses välistab seega koostöö väljaarvamise riigihanke-eeskirjade kohaldamisest⁵¹.

- Puudub turule orienteeritus

Kui koostööd tegevad üksused on orienteeritud turule, konkureerivad nad otse eraettevõtjatega ja neil on samad või sarnased eesmärgid ja vahendid. Riigihanke-eeskirjade kohaldamisest väljapoole jääv koostöö, mille eesmärk on avalike ülesannete täitmine, peaks hõlmama üksnes üksusi, kes ei tegutse turul ärieesmärkidel. See tuleneb peamiselt asjaolust, et koostööpartnerid peavad olema ostjad. Riigiasutuse staatus eeldab, et selline asutus piirab oma tegevust, kuna avaliku õiguse alla kuuluvad asutused „on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega”.

Veel enam, vertikaalses koostöös peab asutusesisene üksus tegema põhiosa oma tegevusest teda kontrollivate ostjate jaoks. Turul tegutsemisele peab põhitegevuse kõrval jääma üksnes kõrvaline tähtsus, kuna võimalik turule orienteeritus muudaks ebakindlaks ühise kontrolli, mida nõutakse vertikaalse koostöö puhul.

Horisontaalse koostöö kohta väitis kohus, et kui riigiasutuste vahelisi suhteid reguleerivad üksnes avaliku huvi eesmärkidest lähtuvad kaalutlused ja nõuded, siis ei kahjusta see ELi riigihanke-eeskirjade peamist eesmärki, nimelt teenuste vaba liikumist ja kõikide liikmesriikide avamist moonutusteta konkurentsile⁵². See on nii, kui koostöös ei ole mingeid ärilisi kaalutlusi.

- Koostööpartnerite vahelise seose liik

Kohus rõhutas kohtuotsuses Hamburg, et ELi õigus ei nõua, et ostjad kasutaksid mingit konkreetset juriidilist vormi, et täita ühiselt oma avaliku teenistuse kohustusi. Kuigi sellist nõuet ei ole, tuleks riigiasutuste vertikaalse ja horisontaalse koostöö kahte vormi vaadeldes siiski märkida, et koostööd tegevate üksuste seose liik on erinev ja seda on vaja käsitleda.

Institutsionaliseeritud koostöö puhul on (ühise) asutusesisese kontrolli olemasolu see, mille tõttu võidakse riigihankemenetluse kohaldamisalast arvata välja isegi leping, mis muidu oleks sellega hõlmatud. Teiste sõnadega on asutusesisese erand seotud ülesande hüvituse eest täitmist käsitleva riigihankelepinguga, mis muidu on hõlmatud riigihankeõigusega.

Seevastu institutsionaliseerimata koostöö puhul näib selleks, et eristada seda tavalisest riigihankelepingust, olevat oluline, et esimest iseloomustab koostöö, mille osalistel on

⁵⁰ Kohtuasi C-26/03, Stadt Halle.

⁵¹ Stadt Halle; Hamburg, punktid 44 ja 47.

⁵² Hamburg, p 47.

vastastikused õigused ja kohustused, mis lähevad kaugemale kui „ülesande täitmine tasu eest” ning see, et koostöö peamine eesmärk ei ole ärilise iseloomuga.

Koondtabel

I. Avalik-õiguslik leping sõltumatute ostjate vahel → riigihanke-eeskirjade kohaldamine

II. Ostjad täidavad avalikku ülesannet ühiselt, kasutades oma vahendeid

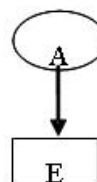
a) asutusesisene kontroll (ostja sõlmib lepingu oma asutusesisese üksusega)

Kolm ühist tingimust

- asutusesisese üksuses ei ole erakapitali;
- ostja teostab (või ostjad ühiselt teostavad) asutusesisese üksuse üle kontrolli, mis sarnaneb kontrolliga, mida ta teostab (nad teostavad) oma osakondade üle;
- põhiosa asutusesisese üksuse tegevusest toimub teda kontrolliva ostja / teda kontrollivate ostjate heaks.

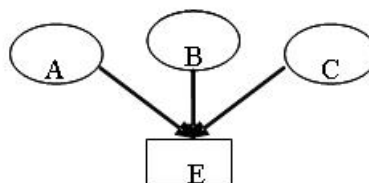
Üks ostja kontrollib oma asutusesisest üksust

A on ostja ja E on eraldi juriidiline üksus, kes nii organisatsiooniliselt kui ka majanduslikult sõltub A-st



Mitu ostjat kontrollivad ühiselt asutusesisest üksust

A, B ja C on ostjad ning E on eraldi juriidiline üksus, kes nii organisatsiooniliselt kui ka majanduslikult sõltub kõigist kolmest ostjast



b) koostöö ostjate vahel ilma erilist struktuuri loomata

Kolm tingimust:

- lepingus osalevad üksnes ostjad, puudub erakapitali osalus;
- lepingut iseloomustab see, et vastupidiselt tavalisele avalikule lepingule on tegemist reaalse koostööga avaliku ülesande ühisel täitmisel, ning
- koostöös juhindutakse üksnes avaliku huviga seotud kaalutlustest.

4. VÄLISVAHENDITEGA TÄIDETAV RIIKLIK ÜLESANNE – MUUD RIIGIASUTUSTEVAAHELISED SUHTED

Käesolevas osas vaadeldakse olukorda, kus ostjale antud avalikust huvist lähtuv ülesanne täidetakse lõppkokkuvõttes ostja suhtes väliste vahenditega. See võib juhtuda, kui kõnealuse avaliku ülesandega seotud **pädevus** antakse üle muule riigiasutusele. Teatava ülesande **täitmise** võib samuti usaldada muule üksusele. Seda võib teha: i) ilma lepingusidemeid sõlmimata või ii) pöördumisega muu ostja poole, kel on ainuõigus, või iii) muude ostjatega ühise riigihanke kaudu või kesksete riigihankeasutuste kaudu.

4.1. Pädevuste ümberjagamine riigiasutuste vahel

Teatava avaliku ülesandega seotud juriidilist pädevust võib mõista kui ainuõigust ja -kohustust täita seda ülesannet oma haldus-, tehniliste ja muude vahenditega või väliste üksuste poole pöördudes. Teatava avaliku ülesandega seotud pädevus hõlmab ametlikku volitust sätestada regulatiivne raamistik selle ülesande täitmiseks asjaomase asutuse tasemel.

Liikmesriikide halduse kui niisuguse korraldus ei kuulu ELi pädevusse. Järelikult korraldab iga liikmesriik ise oma haldust, võib seda ka ümber korraldada ja sellise ümberkorraldamise osana lubada teatava avaliku ülesandega seotud pädevuse üleandmist ühelt riigiasutuselt teisele. (Oma loomult ei hõlma siin kirjeldatud protsess erakapitalil või segakapitalil põhinevaid üksusi.)

Riigihanke-eeskirjade eesmärk on reguleerida olukordi, kus ostja hangib kaupu, teenuseid või töid, see tähendab hangib teatava majandustegevuse väljundeid, et rahuldada omaenda või kodanike vajadusi. Ostja, kes annab teatava avaliku ülesande kogu pädevuse üle, ei osta mingeid teenuseid oma tarbeks. Selle asemel annab ta vastutuse teatava ülesande eest üle muule üksusele.

Teatava avaliku ülesande täitmisega seotud pädevuse üleandmist ühelt ostjalt teisele ei reguleerita riigihanke-eeskirjadega, mis põhinevad osaliselt ELi toimimise lepingu artiklil 56 (endise EÜ lepingu artikkel 49), milles käsitletakse teenuste osutamise vabadust.

Teatava avaliku ülesande täitmisega seotud pädevuse üleandmine ühelt riiklikult organilt teisele eeldab nii sellekohaste ametliku võimu kui ka majandustegevuse üleandmist. Näiteks jäätmekäitluse valdkonnas tähendab kogu pädevuse üleandmine selliste õiguste üleandmist, nagu õigus kehtestada tariife, kinnitada jäätmete kogumise, sortimise, säilitamise ja töötlemise eeskirju, samuti õigus seda juhtida ja lõpuks täita seda ülesannet vastavalt nimetatud eeskirjadele. Kõik need õigused moodustavad avaliku võimu. Osa nendest õigustest on õigus määrata, kuidas korraldada konkreetset majandustegevust, mida on vaja avaliku ülesande täitmiseks (näiteks jäätmete kogumine, transport, säilitamine, kõrvaldamine ja ringlussevõtmine): kas teeb seda avalik asutus ise või annab sellekohase ülesande kolmandale osalisele.

Kuigi liikmesriikides esineb olukordi, kus pädevus antakse üle, ei tunnistata seda selgesõnaliselt ei ELi õigusaktides ega kohtu praktikas.

Ühel juhul⁵³ on kohus viidanud ametliku võimu ülekandmisele, kui üks liikmesriik kasutas pädevuse ülekandmist riigiasutuselt kolmandale isikule. Selle kohtupraktika põhjal **ei ole** pädevuse üleandmine toimunud, kui:

- riigiasutus, kellel algselt oli pädevus, jääb peamiseks vastutajaks projekti eest, kuna tal on juriidiline kohustus mitte taganeda oma ülesannete täitmisest;
- uus üksus võib võtta juriidiliselt kohustavaid meetmeid alles pärast seda, kui algse pädevusega riigiasutus on andnud oma heakskiidu, ja
- uut üksust rahastab ülesande täitmiseks algse pädevusega riigiasutus, nii et uuel üksusel ei ole mingit manööverdamisruumi.

Selle põhjal on avaliku halduse ümberkorraldamisel pädevuse ühelt riigiasutuselt teisele ülekandmise eristavaks jooneks ülekande täielikkus. Pädevuse ülekandnud asutusele ei jää mingit vastutust. Üksus, kellele pädevus kanti üle, peab oma pädevust teostama sõltumatult ja oma vastutusel.

Eelkõige ei säilita pädevuse ülekandnud organ õigust määrata majandustegevust, mille eesmärk on asjaomase avaliku ülesande täitmine. Selliseid majanduslikke ülesandeid täidetakse selle isiku volitusel, kellele pädevus üle kanti.

See ei välista aga, et pädevuse ülekandnud organil võib olla teatav mõju kõnealuse avaliku ülesande täitmise konkreetsele organiseerimisele. Tõepoolest, pädevuse ülekandnud riigiorgani ametnikud võivad olla selle asutuse juhatuse või nõukogu liikmed, kellele kõnealune pädevus üle kanti. Pädevuse ülekandnud asutus võib säilitada ka õiguse saada teatavat informatsiooni.

Sellest võib järeldada, et kui näiteks mitu riigiasutust otsustasid luua uue üksuse, kellele nad täielikult kandsid üle teatava pädevuse, või kui riigiasutus otsustas oma pädevuse kanda üle juba olemasolevale üksusele ja nimetatud üksus täitis seda avalikku ülesannet täiesti sõltumatult ja omal vastutusel ning ülekandnud asutus ei säilitanud mingit kontrolli teenuse üle, siis ei ole ELi riigihankeõigus kohaldatav.

4.2. Ülesannete lepinguväline omistamine

ELi riigihankedirektiivides eeldatakse lepingu olemasolu, milleks on vaja vähemalt kaht juriidiliselt eraldiolevat üksust, kes on üksteisest otsustamises sõltumatud⁵⁴. Leping on põhiliselt erinevate tahete kokkuviiimine, millest tuleneb, et lepinguosalistes on võimelised otsustama, kas nad tahavad alata või lõpetada lepingulist sidet⁵⁵. Muud

⁵³ Kohtuasi C-264/03, komisjon vs. Prantsusmaa (EKL 2005, lk I-08831, punkt 54. Vt ka kohtujuristi Maduro arvamus, 24.11.2004, punktid 39–41.

⁵⁴ Teckal, p 51.

⁵⁵ Kohtuasi C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) vs. Transformación Agraria SA (Tragsa) ja Administración del Estado, [2007] EKL lk I-02999, p 54, ja kohtuasi C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia vs. Administración General del Estado, [2007] EKL lk I-12175, p 55.

näitajad lepingu olemasolu kohta on veel osaliste võime pidada läbirääkimisi pakutavate teenuste tegeliku sisu ja tariifide üle⁵⁶. Leping eeldab sünallagmaatilist (vastastikust) suhet. Kui lepingut ei ole, siis ELi riigihankedirektiive ei kohaldata. Kohus on praktikas leidnud, et kui üksus täidab mitte oma lepingulisi kohustusi, vaid tema jaoks liikmesriigi seadustest tulenevaid kohustusi, siis ei reguleerita seda ELi riigihankedirektiividega.

Konkreetsemalt leidis kohus kohtuasjas Tragsa,⁵⁷ et vastavalt oma riigi asjakohasele seadusele ei olnud avalik-õiguslikul ettevõtjal Tragsal valikut, kas nõustuda temale teeninduse määramisega või tariifiga tema teenuste eest, vaid ta oli seadusega kohustatud täitma ostja nõudmisi, kuivõrd see oli osutatud ostja seaduslik korraldus ja tehniline teenus. Kohus leidis, et Tragsa suhted tema teenuseid kasutavate ostjatega ei olnud lepingulised, vaid igas suhtes asutusesisised sõltumis- ja alluvussuhted⁵⁸. Järelikult ei saanud sellisele suhtele kohaldada ELi riigihankedirektiive.

Tuleb siiski märkida, et ELi toimimise lepingu kohaldamine ei sõltu lepingu olemasolust. Leping kehtib alati, „kui avalik võimuorgan delegerib majandustegevuse kolmandale isikule”⁵⁹. Vastupidiselt sellele tunnistab kohus ka asutusesisest erandit aluslepingu kontekstis.

4.3. Suhe riigihanke-eeskirjade ja teatavate ainuõiguste vahel

Kui ostjale kuulub direktiivi 2004/18/EÜ artikli 18 mõistes ainuõigus, võivad muud ostjad anda asjakohaseid teeninduslepinguid ainult sellele ostjale. Sellise sätte lisamise peamine põhjus oli soov vältida konkurentsipõhiseid lepingusõlmimismenetlusi juhtudel, kus seoses ainuõiguse olemasoluga saab kõnealuse lepingu sõlmida ainult ühe üksusega.

Üldises diskussioonis võiks termin „ainuõigused” viidata üsna mitmekesistele nähtustele, alates terve majandussektori reserveerimisest riigiasutusele kuni ühe konkreetse ülesande määramiseni ühele konkreetsele ettevõtjale. Mitte iga ainuõigus ei põhjenda aga avaliku teenuse lepingu puhul erandi kohaldamist. Artiklis 18 on sätestatud, et asjaomaseid ainuõigusi tuleb anda vastavalt avaldatud seadusele, määrusele või korraldusele, mis on kooskõlas aluslepinguga. Lisaks on **artiklis 18 käsitletud ainult konkreetsetele avaliku sektori organitele antud ainuõigust pakkuda mingit teenust avalikule sektorile**. Sellise erandi piiramine lepingutega, mis sõlmitakse üksustega, kes on ise ostjad, tagab konkurentsipõhise hankimise allhanketurgudel, kuna ainuõigusega ostja peab oma eesmärkide puhul järgima ELi riigihankedirektiive.

- Vastavus aluslepingule

Avaldatud seadus, määrus või korraldus peab olema kooskõlas aluslepingu asjakohaste eeskirjadega, eelkõige ELi toimimise lepingu artiklitega 49 (varasem EÜ asutamislepingu artikkel 43) ja 56 (varasem EÜ asutamislepingu artikkel 49), samuti osutatud artiklitest tulenevate eeskirjade ja põhimõtetega. Nimetatud eeskirjades ja

⁵⁶ Samas.

⁵⁷ Kohtuasi C-295/05, Tragsa.

⁵⁸ Kohtuasi C-295/05, Tragsa, p 51.

⁵⁹ Parking Brixen, p 61.

põhimõtetes on käsitletud diskrimineerimisest hoidumist, läbipaistvust, proportsionaalsust, vastastikust tunnustamist ja üksikisiku õiguste kaitset.

Ainuõigus, millega juba määratluse kohaselt piiratakse muude üksuste jaoks teenuste osutamise vabadust, on õigustatud vaid teatavatel tingimustel⁶⁰.

Seega peab ainuõigus olema selgesõnaliselt põhjendatud kas asutamislepingus ettenähtud erandiga (avaliku võimu teostamine (ELi toimimise lepingu artikkel 51 (varasem EÜ asutamislepingu artikkel 45)), avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise huvid (ELi toimimise lepingu artikkel 52 (varasem EÜ asutamislepingu artikkel 46)) või vastavalt kohtu praktikale üldisest huvist tingitud möödapääsamatute nõuetega, mis peavad vastama nendega taotletavale eesmärgile, mitte minema kaugemale, kui on nende eesmärgi saavutamiseks vaja, ja mida tuleb igal juhul kohaldada ilma diskrimineerimiseta^{61, 62}.

- Kas mittediskrimineerimise nõue tähendab, et ainuõigust tuleb anda konkurentsi alusel?

Nagu öeldud, on artiklis 18 käsitletud konkreetsetele avaliku sektori organitele antud ainuõigust pakkuda mingit teenust avalikule sektorile. Kui teenuste pakkumise piiramine on põhjendatud üldisest huvist tingitud möödapääsmatu nõudega, peab olema täidetud üks tingimus: kõnealune meede ei tohi olla diskrimineeriv. See eeldab üldiselt, et ühelegi eraettevõtjale ei pakuta soodsamat seisundit kui tema konkurentidele. Seepärast on sellisel juhul, kui ainuõigus antakse erakapitali osalusega ostjale (selline olukord võib tekkida avalik-õigusliku organi puhul), raske aru saada, kuidas seda põhimõtet saaks täita läbipaistva menetlusega, mis tagaks võrdse kohtlemise⁶³. Teisest küljest ei tarvitse see olla vajalik, arvestades artikli 18 ajalugu ja eesmärki, samuti hiljutisi kohtulahendeid sarnaste olukordade kohta, kui ainuõiguse saab riiklik organ, kelles nagu ostjaski ei ole erakapitali⁶⁴.

⁶⁰ Kohtuasi 203/08, *The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair vs. Minister van Justitie*, [2010], seni avaldamata, punktid 23-25; kohtuasi C-124/97, *Markku Juhani Läära, Cotswold Microsystems Ltd ja Oy Transatlantic Software Ltd vs. Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) ja Suomen valtio (Soome riik)*, EKL lk I-06067, punktid 29–31; kohtuasi C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional ja Bwin International Ltd vs. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, [2009] EKL lk I-07633, punktid 52–55.

⁶¹ Kohtuasi C-243/01, *Gambelli*, [2003] EKL lk I-13031, p 65; kohtuasi C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda ja teised vs. Commissariaat voor de Media*, [1991] EKL lk I-04007.

⁶² Lisaks võib otsus, millega ettevõtjale antakse ainuõigus, olla aluslepinguga vastuolus, kui nõuded avaliku teeninduse kohta, mida teenusepakkuja peab täitma, ei ole korralikult määratletud (kohtuasi C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, [1989] EKL lk I-803), kui teenusepakkuja selgelt ei suuda nõudlust rahuldada (kohtuasi C-41/90, *Höfner*, [1991] EKL lk I-1979) või kui nõuete täitmiseks on muid võimalusi, millega vähem kahjustataks konkurentsi (kohtuasi T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, [1999] EKL lk II-2329). Samuti ei ole tingimus, mille kohaselt ainuõiguse andmine peab olema kooskõlas aluslepinguga, täidetud siis, kui meede, millega see antakse, ei vasta ELi teisestele õigusaktidele (kohtuasi C-220/06, *Correos*, p 64–66).

⁶³ Analoogia põhjal vt kohtuasi C-203/08, *Sporting Exchange Ltd.*, punktid 47 ja 50.

⁶⁴ *Samas*, punktid 59 ja 60.

4.4. Sidemed ostjate vahel ühiste ja tsentraliseeritud hankelepingute kontekstis

Ühine hange võib esineda mitmesugustes vormides, alates ühise konkreetse pakkumiste konkursi väljakuulutamisest või süstemaatilise spetsialiseerumise kasutamisest (näiteks üks ostja teeb kõigi asjaomaste asutuste jaoks teatavat tüüpi hanked, teine ostja jälle teist tüüpi hanked jne) kuni ühiste riigihangete jaoks eraldi struktuuri (organi) moodustamiseni. Eri osaliste omavahelised suhted võivad valitud meetodist sõltuvalt olla reguleeritud ELi riigihanke-eeskirjadega või mitte.

Lihtsa halduskoostöö puhul, kui on tegemist ühiste spetsifikatsioonide koostamisega, milleks ei ole vaja osalistevahelisi rahalise tasuga seotud lepinguid, see tähendab kui riigiasutused piiravad oma koostöö pakkumiste konkursi ühise korraldamisega, kohaldavad nad ühiselt riigihanke-eeskirju, kuid nende koostöö ei ole reguleeritud nende eeskirjadega. Direktiivi 2004/18/EÜ artikli 1 punktis 9 on ostjad muu hulgas määratletud ka kui ühest või mitmest kõnealuselt organist või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused; silmas on peetud üht või mitut avalik-õiguslikku piirkonna või kohalikku asutust või organit. See säte võib pakkuda huvi riigiasutustevahelise koostöö kontekstis.

Lisaks on liikmesriikides välja töötatud teatavad tsentraliseeritud hankemeetodid. Keskne ostja on ostja, kes vastutab ostude või riiklike lepingute/raamlepingute sõlmimise eest muude ostjate jaoks. Direktiivi 2004/18/EÜ artikliga 11 on selgesõnaliselt nähtud ette võimalus, et ostjad ostavad ehitustöid, asju ja/või teenuseid keskselt ostjalt või keskse ostja kaudu. Keskne ostja võib toimida hulgemüüjana (ta ostab selleks, et muud asutused võiksid osta **temalt**) või vahendajana, kes korraldab lepingute sõlmimise menetlusi ja lepingute haldamist, nii et muud asutused võivad osta **tema kaudu**. Mõlemal juhul ei ole vaja korraldada riigihankemenetlust keskse ostja ja tema teenuseid kasutavate riigiasutuste vaheliste sidemete kohta, kui on täidetud tingimus, et keskne ostja ise sõlmib lepinguid vastavalt ELi asjakohastele riigihankedirektiividele.

ILISA

Kohtuasjade loetelu

Kohtuasi C-480/06: komisjon vs. Saksamaa [2009] EKL lk I-04747.

Kohtuasi C-107/98, Teckal Srl vs. Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, [1999] EKL I-08121.

Kohtuasi C-84/03, komisjon vs. Hispaania, [2005] EKL lk I-00139.

Kohtuasi C-26/03, Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH vs. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, EKL [2005] lk I-00001.

Kohtuasi C-324/07, Coditel Brabant SA vs. Commune d'Uccle ja Région de Bruxelles-Capitale, [2008] EKL lk I-08457.

Kohtuasi C-573/07, Sea Srl vs. Comune di Ponte Nossa, [2009] EKL lk I-08127.

Kohtuasi C-29/04 komisjon vs. Austria [2005] EKL lk I-09705.

Kohtuasi C-340/04, Carbotermo SpA ja Consorzio Alisei vs. Comune di Busto Arsizio ja AGESP SpA., [2006] EKL lk I-04137.

Kohtuasi C-458/03, Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG., [2005] EKL lk I-08585.

Kohtuasi C-371/05, komisjon vs. Itaalia, [2008] EKL lk I-00110.

C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) vs. Comune di Cingia de' Botti, [2005] EKL lk I-07287.

Kohtuasi C-275/08, komisjon vs. Saksamaa [2009] EKL lk I-00168.

Kohtuasi C-264/03: komisjon vs. Prantsusmaa, [2005] EKL lk I-08831.

Kohtuasi C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) vs. Transformación Agraria SA (Tragsa) ja Administración del Estado, [2007] EKL lk I-02999.

Kohtuasi 203/08, The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair vs. Minister van Justitie, [2010], seni avaldamata.

C-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd ja Oy Transatlantic Software Ltd vs. Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) ja Suomen valtio (Soome riik) [1999], EKL lk I-06067.

C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional ja Bwin International Ltd vs. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, [2009] EKL lk I-07633.

Kohtuasi C-243/01, Gambelli, [2003] EKL lk I-13031.

C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda ja teised vs. Commissariaat voor de Media, [1991] EKL lk I-04007.

Kohtuasi C-66/86, Silver Line Reisebüro, [1989] EKL lk I-803.

Kohtuasi C-41/90, Höfner, [1991] EKL lk I-1979.

Kohtuasi T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, [1999] EKL lk II-2329.

Kohtuasi C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia vs. Administración General del Estado, [2007] EKL lk I-12175.