Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 13. septembril 2018 [1]

Liidetud kohtuasjad C-266/17 ja C-267/17

Rhein-Sieg-Kreis
versus
Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH,
BVR Busverkehr Rheinland GmbH (C-266/17),
menetluses osales:
Regionalverkehr Köln GmbH
ja
Rhenus Veniro GmbH & Co. KG
versus
Kreis Heinsberg (C-267/17),
menetluses osales:
WestVerkehr GmbH

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfi kõrgeim üldkohus, Saksamaa))

Eelotsusetaotlus – Transport – Avalikud reisijateveoteenused maanteel – Avaliku teenuse otselepingu sõlmimine: sõltuv teenusepakkuja – Määruse (EÜ) nr 1370/2007 kohaldamise tingimused – Sarnane kontroll – Järgnev otselepingu sõlmimine sõltuva teenusepakkuja poolt – Otselepingu sõlmimise tingimuste hindamise ajahetk

1. Need kaks eelotsusetaotlust on kumbki esitatud seoses avaliku reisijateveoteenuse bussiga osutamise lepingutega, mille on Saksa kohalikud asutused sõlminud (või mis on sõlmimisel) otselepingutena oma vastavate „sõltuvate teenusepakkujatega“. Eelotsusetaotluse esitanud kohus rõhutab, et kummagi lepingu õiguslik vorm ei ole transporditeenuste kontsessioon.

2. Sellise otselepingute sõlmimise mehhanismi laialdane levik, mis eirab konkurentsi vaba toimimist ja soosib transpordisektori munitsipaalettevõtjaid, teeb muret sektori ülejäänud eraõiguslikele ettevõtjatele, kelle turuosa väheneb samal ajal, kui riigi osalusega ettevõtjad oma turuosa säilitavad või suurendavad.

3. Asja arutav kohus soovib kõigepealt ja ennekõike teada, kas nende lepingute otselepinguna sõlmimist sõltuvate teenusepakkujatega reguleerib erinorm – *lex specialis*, milleks sel juhul oleks määruse nr 1370/2007 [2] artikkel 5, riigihangete ülddirektiivid või EL toimimise lepingu eeskirjad. Lisaks põhiküsimusele puudutavad tema küsimused veel teisi kohalike asutuste ja nende sõltuvate teenusepakkujate suhte aspekte.

1 Algkeel: hispaania.

2 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23. oktoobri 2007. aasta määrus (EÜ), mis käsitleb avaliku reisijateveoteenuse osutamist raudteel ja maanteel ning millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu määrused (EMÜ) nr 1191/69 ja (EMÜ) nr 1107/70 (ELT 2007, L 315, lk 1) (edaspidi „määrus“).

I. Liidu õiguslik raamistik. Määrus nr 1370/2007

4. Artiklis 2 on sätestatud:

„Käesolevas määruses kasutatakse järgmisi mõisteid:

[…]

b) „pädev asutus“ – liikmesriigi või liikmesriikide mis tahes ametiasutus või ametiasutuste rühm, kelle pädevuses on sekkuda avaliku reisijateveo korraldamisse antud geograafilises piirkonnas, või mis tahes selleks volitatud asutus;

c) „kohalik pädev asutus“ – mis tahes pädev asutus, kelle territoriaalne pädevusala ei hõlma kogu riiki;

[…]

h) „otselepingu sõlmimine“ – avaliku teenuse lepingu sõlmimine konkreetse avaliku teenuse pakkujaga ilma eelneva võistleva pakkumismenetluseta;

i) „avaliku teenindamise leping“ – üks või mitu õiguslikult siduvat õigusakti, mis kinnitavad kokkulepet pädeva asutuse ja avaliku teenuse osutaja vahel, mille kohaselt avaliku teenuse osutajale tehakse ülesandeks avaliku teenindamise kohustusest tulenevate avaliku reisijateveoteenuste haldamine ja osutamine; […]

j) „sõltuv teenusepakkuja“ – õiguslikult eraldiseisev üksus, kelle üle kohalik pädev asutus, või pädevate asutuste rühma korral vähemalt üks kohalik pädev asutus, teostab kontrolli, mis on sarnane tema enda osakondade üle teostatava kontrolliga;

[…]“.

5. Artiklis 4 on ette nähtud:

„[…]

7. […] Allhanke kasutamise korral on teenusepakkuja, kellele käesoleva määruse kohaselt tehakse ülesandeks avalike reisijateveoteenuste haldamine ja osutamine, kohustatud osutama olulise osa avalikest reisijateveoteenustest ise. […]“.

6. Artiklis 5 on sätestatud:

„1. Avaliku teenindamise lepingud reisijateveo kohta sõlmitakse vastavalt käesoleva määrusega sätestatud eeskirjadele. Teenuselepingud või teenuste riigihankelepingud nagu defineeritud [Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta] direktiivis 2004/17/EÜ[, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused (ELT 2004, L 134, lk 1; ELT eriväljaanne 06/07, lk 19)] või [Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivis] 2004/18/EÜ [ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132)] [edaspidi koos „riigihankedirektiivid“] avaliku reisijateveoteenuse osutamise osas bussi või trammiga sõlmitakse kooskõlas nimetatud direktiivides sätestatud menetlustega, kui selliseid lepinguid ei sõlmita nimetatud direktiivides määratletud kontsessioonilepingute kujul. Kui lepingud sõlmitakse kooskõlas direktiividega [2004/17] või [2004/18], ei kohaldata käesoleva artikli lõikeid 2–6.

2. Kui see ei ole siseriikliku õigusega keelatud, võib iga kohalik pädev asutus, olenemata sellest, kas tegemist on avalikku integreeritud reisijateveoteenust osutava üksiku asutuse või asutuste rühmaga, otsustada, kas osutada avalikku reisijateveoteenust ise või sõlmida avaliku teenindamise otselepingud õiguslikult eraldiseisva üksusega, kelle üle kohalik pädev asutus või asutuste rühma korral vähemalt üks kohalik pädev asutus teostab kontrolli, mis on sarnane tema enda osakondade üle teostatava kontrolliga. Juhul kui kohalik pädev asutus teeb sellise otsuse, kohaldatakse järgmist:

a) selleks, et määratleda, kas kohalik pädev asutus teostab sellist kontrolli, tuleb arvesse võtta selliseid tegureid nagu pädeva asutuse esindatuse tase teenusepakkuja haldus-, juht- või järelevalveorganites, teenusepakkuja põhikirjas esinevad sellekohased andmed, omandisuhe, pädeva asutuse tegelik mõju ja kontroll teenusepakkuja strateegiliste ja üksikute juhtimisotsuste üle. Kooskõlas ühenduse õigusega ei ole käesoleva lõike tähenduses kontrolli tuvastamiseks kohustuslik nõue, et pädeval riiklikul asutusel (eelkõige avaliku ja erasektori partnerluse korral) oleks 100% omandiõigus, tingimusel, et valdav avaliku sektori mõju on olemas ja et kontrolli võib tuvastada muude kriteeriumite põhjal;

b) käesoleva lõike kohaldamise tingimuseks on, et sõltuva teenusepakkuja ja iga üksuse, kelle üle sellel teenusepakkujal on kas või minimaalne mõju, avaliku reisijateveoga seotud tegevus toimub kohaliku pädeva asutuse haldusterritooriumil, olenemata väljuvatest liinidest või selle tegevuse muudest kõrvalelementidest, mis sisenevad naabruses asuva kohaliku pädeva asutuse territooriumile, ning et nad ei osale väljaspool kohaliku pädeva asutuse haldusterritooriumi korraldatavates pakkumismenetlustes avaliku reisijateveoteenuse osutamise kohta;

c) hoolimata punktist b võib sõltuv teenusepakkuja osaleda ausas võistlevas pakkumismenetlustes kaks aastat enne temaga sõlmitud avaliku teenindamise otselepingu lõppemist, kui on vastu võetud lõplik otsus algatada sõltuva teenusepakkuja lepinguga hõlmatud avalike reisijateveoteenuste suhtes aus võistlev pakkumismenetlus ning sõltuv teenusepakkuja ei ole sõlminud ühtegi teist avaliku teenindamise otselepingut;

[…]

e) kui kaalutakse artikli 4 lõike 7 kohase allhankelepingu sõlmimist, on sõltuv teenusepakkuja kohustatud osutama suurema osa avalikest reisijateveoteenustest ise.

3. Iga pädev asutus, kes pöördub kolmanda osapoole poole, kes ei ole sõltuv teenusepakkuja, peab avaliku teenindamise lepingud sõlmima võistleva pakkumismenetluse alusel, välja arvatud lõigetega 4, 5 ja 6 sätestatud juhtudel. Võistleva pakkumismenetluse jaoks vastuvõetud menetlus on avatud võrdselt kõikidele ettevõtjatele ning selles järgitakse läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõtteid. Pärast pakkumiste esitamist ja võimalikku eelvalikut võib menetlus sisaldada läbirääkimisi vastavalt nimetatud põhimõtetele, et määrata kindlaks, kuidas kõige paremini spetsiifilistele või keerukatele nõuetele vastata.

[…]“.

7. Artiklis 7 on sätestatud:

„[…]

2. Iga pädev asutus võtab vajalikud meetmed, et hiljemalt üks aasta enne pakkumiskutse väljakuulutamist või otselepingu sõlmimist oleks *Euroopa Liidu Teatajas* avaldatud vähemalt järgmine teave:

a) pädeva asutuse nimi ja aadress;

b) kavandatav lepingu sõlmimise laad;

c) lepingu sõlmimisega potentsiaalselt seotud teenused ja territooriumid.

[…]“.

8. Artiklis 8 on ette nähtud:

„[…]

2. Ilma et see piiraks lõike 3 kohaldamist, peab avaliku teenindamise lepingute sõlmimine transpordi kohta raudteel ja maanteel olema käesoleva määruse artikliga 5 vastavuses alates 3. detsembrist 2019. Selle üleminekuperioodi jooksul võtavad liikmesriigid meetmeid vastavuse järkjärguliseks saavutamiseks artikliga 5, et vältida tõsiseid struktuurilisi probleeme eelkõige veojõudlusega seoses.

Kuue kuu jooksul pärast üleminekuperioodi esimest poolt esitavad liikmesriigid komisjonile eduaruande, milles toovad esile artikli 5 kohase avaliku teenindamise lepingute sõlmimise järkjärgulise rakendamise. Liikmesriikide eduaruannete alusel võib komisjon teha liikmesriikidele ettepaneku asjakohaste meetmete võtmiseks.

3. Lõike 2 kohaldamisel ei võeta arvesse avaliku teenindamise lepinguid, mis on kooskõlas ühenduse ja liikmesriigi õigusega sõlmitud:

a) ausa võistleva pakkumismenetluse alusel enne 2000. aasta 26. juulit;

b) muu menetluse kui võistleva pakkumismenetluse alusel enne 2000. aasta 26. juulit;

c) võistleva pakkumismenetluse alusel alates 2000. aasta 26. juulist ja enne 3. detsembrit 2009;

d) muu menetluse kui võistleva pakkumismenetluse alusel alates 2000. aasta 26. juulist ja enne 3. detsembrit 2009.

Punktis a osutatud lepingud võivad jääda kehtima oma tähtaja lõpuni. Punktides b ja c osutatud lepingud võivad jääda kehtima oma tähtaja lõpuni, kuid mitte kauemaks kui 30 aastat. Punktis d osutatud lepingud võivad jääda kehtima oma tähtaja lõpuni, kui nad on piiratud kestusega, mis on võrreldav artiklis 4 osutatud kestustega.

Avaliku teenindamise lepingud võivad jääda kehtima oma tähtaja lõpuni, kui nende lõpetamine põhjustaks soovimatuid õiguslikke või majanduslikke tagajärgi ning juhul, kui komisjon on andnud oma heakskiidu.

[…]“.

II. Kohtuvaidluse faktilised asjaolud ja eelotsuse küsimused

A. Kohtuasjas C-266/17

9. Rhein-Sieg-Kreis (Rhein-Siegi piirkondlik omavalitsusüksus) on Põhja-Rein-Vestfaali liidumaa omavalitsusüksus, mida loetakse Saksa õiguse alusel pädevaks asutuseks enda haldusterritooriumil määruse tähenduses.

10. Rhein-Siegi piirkondlikul omavalitsusüksusel on sõltuv teenusepakkuja (Regionalverkehr Köln GmbH, edaspidi „RV Köln“), mis on omaette juriidiline isik.[3] Nagu eelotsusetaotluses on märgitud, teostab see Kreis (omavalitsusüksus) RV Kölni üle „ühiskontrolli kujul […] teiste osanikega […] kontrolli, mis sarnaneb tema enda üksuste üle teostatava kontrolliga“.[4]

11. Lisaks asutas Rhein-Siegi piirkondlik omavalitsusüksus koos teiste kohalike omavalitsusüksustega korralduskonsortsiumi (Verkehrsverbund Rhein-Sieg), mis tegeleb muu hulgas tariifide kindlaksmääramisega, kuid ei tegutse transporditegevusalal.

12. Omavalitsus kuulutas välja,[5] et ta sõlmib vastavalt määruse artikli 5 lõikele 2 otselepingud avaliku reisijateveoteenuse osutamiseks „[oma geograafilises piirkonnas ning selle] puhul ulatuvad väljuvad liinid naaberomavalitsusüksuste territooriumile“.[6]

13. RV Köln osutab temaga sõlmitud hankelepingu alusel omavalitsusüksuse territooriumil avalikku reisijateveoteenust, mis hõlmab ka väljuvaid bussiliine ja muid osalisi teenuseid, mis ulatuvad naabruses asuvate pädevate asutuste haldusterritooriumidele.[7]

14. Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH ja BVR Busverkehr Rheinland GmbH vaidlustasid lepingu sõlmimise teate Vergabekammer Rheinlandis (Reinimaa riigihangete vaidlustuskomisjon, Saksamaa), kes keelas otselepingu sõlmimise sõltuva teenusepakkujaga, sest määruse artikli 5 lõike 2 kohaldamise tingimused ei olnud täidetud: omavalitsusüksusel ei olnud kontrolli teenusepakkuja üle ja avalikku reisijateveoteenust osutati ka teiste omavalitsuste territooriumidel peale hankija oma.

15. Reinimaa riigihangete vaidlustuskomisjoni otsuse peale kaevati edasi eelotsusetaotluse esitanud kohtule. Viimane toob välja, et Saksamaal on kohtud reisijateveoteenuse maanteel osutamise lepingute suhtes, mida ei sõlmita teenuste kontsessiooni korras, erinevatel seisukohtadel:

– mõned kohtud on seisukohal, et määruse kohaldamine on õigustatud ainult kontsessiooni puhul. Kui ei ole tegu kontsessiooniga, kohaldatakse üldist riigihankedirektiivide korda.

– Teised on seisukohal, et määruse artikli 5 lõikes 2 on sätestatud erikord, mis kaalub üldnormid üles. Niisugustel juhtudel nagu käesolev puudub artikli 5 lõikes 1 riigihankedirektiividele viitamisel ese, sest need direktiivid ei reguleeri hankelepingute sõlmimist sõltuvate teenusepakkujatega.

16. Nendel asjaoludel esitab Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfi kõrgeim üldkohus) Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõige 2 on kohaldatav lepingutele, mille puhul ei ole tegemist lepingutega, mis sõlmitakse sama määruse artikli 5 lõike 1 esimese lause tähenduses direktiivides 2004/17/EÜ või 2004/18/EÜ määratletud kontsessioonilepingute kujul?

Juhul kui vastus esimesele küsimusele on jaatav, siis:

2. Kas juhul, kui üksik pädev asutus sõlmib vastavalt määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõikele 2 avaliku teenindamise otselepingu sõltuva teenusepakkujaga, ei saa see asutus koos sõltuva teenusepakkuja teiste osanikega teostada ühiskontrolli, kui pädevus sekkuda avaliku reisijateveo korraldamisse teatavas geograafilises piirkonnas (määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 2 punktid b

3 See on osaühing, mille kapitalis on osalus koos Rhein-Siegi piirkondliku omavalitsusüksusega (kes osaleb selles kaudselt 100% talle kuuluvatütarettevõtja kaudu) mitmesugustel avalik-õiguslikel üksustel.

4 Eelotsusetaotluse punkt 20.

5 Teade avaldati *Euroopa Liidu Teataja* 30. septembri 2015. aasta lisas.

6 Eelotsusetaotluse punkt 10.

7 *Ibidem*, punkt 22.

ja c on jaotatud üksiku pädeva asutuse ja avalikku integreeritud reisijateveoteenust korraldava asutuste rühma vahel, näiteks kui pädevus sõlmida avaliku teenindamise lepinguid sõltuva teenusepakkujaga jääb üksikule pädevale asutusele, tariifimäärade kehtestamine antakse aga üle korraldusasutusele (Zweckverband Verkehrsbund), kuhu lisaks üksikule pädevale asutusele kuuluvad teised oma haldusterritooriumil pädevad asutused?

3. Kas juhul, kui üksik pädev asutus sõlmib vastavalt määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõikele 2 avaliku teenindamise otselepingu sõltuva teenusepakkujaga, ei saa see asutus koos sõltuva teenusepakkuja teiste osanikega teostada ühiskontrolli, kui sõltuva teenusepakkuja põhikirja järgi on määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõike 2 kohase avaliku teenindamise lepingu sõlmimist, muutmist või lõpetamist käsitlevate otsuste tegemisel hääleõigus vaid teenusepakkuja sellel osanikul, kes vastavalt määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõikele 2 sõlmib sõltuva teenusepakkujaga avaliku teenindamise lepingu ise või teeb seda tema kaudne või otsene omanik?

4. Kas määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõike 2 teise lause punkti b kohaselt on lubatud, et sõltuv teenusepakkuja osutab ka teiste kohalike pädevate asutuste ülesandel nende haldusterritooriumidel avalikke reisijateveoteenuseid (sealhulgas väljuvad liinid või selle tegevusala muud kõrvalelemendid, mis ulatuvad naabruses asuva kohaliku pädeva asutuse haldusterritooriumile), kui nende osutamiseks ei korraldata hankemenetlust?

5. Kas määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõike 2 teise lause punkti b kohaselt on lubatud, et sõltuv teenusepakkuja osutab väljaspool temaga lepingu sõlminud asutuse haldusterritooriumi avalikke reisijateveoteenuseid teistele hankijatele teenuste osutamise lepingute alusel, mis on hõlmatud määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 8 lõike 3 üleminekusättega?

6. Milliseks ajahetkeks peavad määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõike 2 tingimused olema täidetud?“

B. Kohtuasjas C-267/17

17. Kreis Heinsberg (Heinsbergi piirkondlik omavalitsusüksus) on üks Põhja-Rein-Vestfaali liidumaa omavalitsusüksus. Ta kuulub koos Aacheni linna, Aacheni linnastu (Städteregion Aachen) ja Düreni piirkondliku omavalitsusüksusega (Kreis Düren) avalik-õiguslikku munitsipaalkonsortsiumisse Aachener Verkehrsverbund, mis on asutatud selle liikmete jaoks avaliku reisijate lähiveo edendamiseks ja toetamiseks.[8]

18. Heinsbergi piirkondlik omavalitsusüksus kuulutas 15. märtsil 2016 välja,[9] et ta sõlmib vastavalt määruse artikli 5 lõikele 2 ilma hankemenetluseta avalike reisijateveoteenuste bussi ja muude sõidukitega osutamise otselepingud.

19. Sõltuv teenusepakkuja,[10] kellega kavatseti selle teenuse leping alates 1. jaanuarist 2018 120 kuuks sõlmida, oli WestVerkehr GmbH, kes tegutses oma tegevusalal põhiliselt 100% tütarettevõtja Kreisverkehrsgesellschaft Heinsberg mbH kaudu ja kes kavatses oma tegevust pärast otselepingute sõlmimist samamoodi jätkata.

8 Konsortsiumi põhikirja artiklis 10 „Asutuste rühma moodustamine“ on sätestatud, et „ühenduse liikmed moodustavad asutuste rühma [määruse] artikli 5 lõike 2 esimese lause tähenduses. Ühenduse liikmetel on õigus sõlmida avaliku teenindamise otselepinguid sõltuvate teenusepakkujatega. Sõltuvad teenusepakkujad võivad kõikide ühenduse liikmete territooriumidel osutada avalikke reisijateveoteenuseid, mis ei piirdu väljuvate liinidega. Selleks on igal konkreetsel juhul vaja nende ühenduse liikmete, kellel sõltuvas teenusepakkujas osalust ei ole, nõusolekut avalikuks maanteeveoks nende territooriumil. Otseleping eespool nimetatud tähenduses loetakse sõlmituks kõikide ühenduse liikmete poolt. Selles on lisatud, et „[h]ankelepingu sõlmib hankijana tegutsedes üldjuhul see ühenduse liige, kes teostab sõltuva teenusepakkuja üle kontrolli määruse artikli 5 lõike 2 tähenduses“.

9 Teade avaldati *Euroopa Liidu Teataja* 15. märtsi 2016. aasta lisas.

10 Kohtuistungil väljendas üks pooltest reservatsioone selle suhtes, kas ettevõtjat, kellega leping sõlmiti, võib liigitada sõltuvaks teenusepakkujaks. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on aga seisukohal, et selles staatuse osas vaidlust ei ole.

20. Rhenus Veniro GmbH vaidlustas lepingu sõlmimise Reinimaa riigihankelepingute vaidlustuskomisjonis, kes jättis tema kaebuse 11. novembril 2016 rahuldamata, mistõttu see äriühing pöördus Oberlandesgericht Düsseldorfi (Düsseldorfi kõrgeim üldkohus), väites: a) et määruse artikli 5 lõige 2 ei ole kohaldatav ja b) teise võimalusena, et Heinsbergi piirkondlik omavalitsusüksus kui Aachener Verkehrsverbundi liige ei ole pädev otselepingut sõlmima, sest see pädevus on üksikul asutusel või asutuste rühmal, mitte aga asutusel rühma liikmena.

21. Nendel asjaoludel esitab Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfi kõrgeim üldkohus) Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõige 2 on kohaldatav avaliku teenindamise otselepingutele viidatud määruse artikli 2 punkti i tähenduses, mida ei ole sõlmitud määruse artikli 5 lõike 1 teise lause tähenduses direktiivides 2004/17/EÜ või 2004/18/EÜ määratletud kontsessioonilepingute kujul?

2. Kas määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 2 punkt b ja artikli 5 lõige 2 lähtuvad sõna „või“ kasutades üksiku asutuse või asutuste rühma ainupädevusest või võib viidatud sätete kohaselt olla üksik asutus ka asutuste rühma liige ja delegeerida ülesandeid rühmale, säilitades samal ajal sekkumisõiguse vastavalt artikli 2 punktile b, ja olla kohalik pädev asutus määruse artikli 5 lõike 2 tähenduses?

3. Kas määruse nr 1370/2007 artikli 5 lõike 2 teise lause punktis e sätestatud kohustus, et sõltuv teenusepakkuja on kohustatud osutama suurema osa avalikest reisijateveoteenustest ise, ei luba sõltuval teenusepakkujal panna suurema osa avalike reisijateveoteenuste osutamist ülesandeks oma sajaprotsendilisele tütarettevõtjale?

4. Milliseks ajaks peavad olema määruse (EÜ) nr 1370/2007 artikli 5 lõikes 2 sätestatud otselepingu sõlmimise tingimused täidetud – kas juba ajaks, mil avaldatakse teade otselepingu sõlmimise kavatsuse kohta vastavalt sama määruse artiklile 7, või alles otselepingu sõlmimise ajaks?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

22. Eelotsusetaotlused esitati Euroopa Kohtu kantseleisse 17. mail 2017 ning need otsustati liita.

23. Kirjalikke seisukohti esitasid Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, Rhenus Veniro GmbH, Rhein-Siegi ja Heinsbergi piirkondlik omavalitsusüksus, Austria valitsus ja Euroopa Komisjon.

24. 31. mail 2018 peetud kohtuistungil osalesid Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, Rhenus Veniro GmbH, BVR Busverkher Rheinland Gmbh, Rhein-Siegi ja Heinsbergi piirkondlik omavalitsusüksus ning Euroopa Komisjon.

IV. Õiguslik analüüs

A. Määruse kohaldamine (esimene eelotsuse küsimus kohtuasjades C-266/17 ja C-267/17)

25. Eeltingimus, millest tuleb lähtuda, on, et nendes kahes kohtuvaidluses ei vasta eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul hankija ja avalikku reisijateveoteenust maanteel osutava ettevõtja vaheline õiguslik suhe mitte avalike teenuste kontsessioonile, vaid avalike teenuste lepingule.

26. Kui see on nii, siis tuleb mängu määruse artikli 5 lõige 1, mille tulemusel tuleks põhimõtteliselt see avaliku teenuse leping sõlmida vastavalt direktiividele 2004/17 ja 2004/18.[11]

27. Probleem seisneb selles, et nendes kahes direktiivis ei ole erinevalt pärast 2014. aastat vastu võetud direktiividest[12] ette nähtud nende lepingute sõlmimist otselepingutena sõltuvate teenusepakkujatega (keda nimetatakse ka *in house* ettevõtjateks). Selles olukorras on alternatiivid järgmised:

– järgida kohtupraktikat,[13] milles olid 2014. aasta riigihankedirektiividest varasema õigusnormide seisuga kindlaks määratud eduka pakkuja otse väljavalimist piiritlevad tingimused, kui tegu oli lihtsalt tema üle kontrolli teostava hankija üksusesisese organiga. Kohtupraktika Teckal, mis on välja arendatud just nimelt erandina direktiivide 2004/17 ja 2004/18 kohaldamisest, annab kohtupraktikast tulenevad juhised, et võimaldada seda tüüpi avaliku võimu organite ülesannete määramist tema ülesandeid täitvatele organitele;

– kohaldada erinorme, mis on määruses sätestatud seda liiki hankelepingute sõlmimiseks sõltuvate teenusepakkujatega.

28. Nagu eelotsusetaotlustes nimetatud Saksa kohtute arvamuste lahknevusest nähtub, ei ole probleemi lahendus ilmne, ja kummastki seisukohast tulenevate õiguslike kordade erinevus on märkimisväärne. Asi oleks teine, kui kohtuvaidlustes, milles need eelotsusetaotlused esitati, saaks kohaldada 2014. aasta direktiive, kuna kohtupraktika Teckal on põhiosas nende artiklitesse teatavate nüanssidega vormiliselt integreeritud.[14]

29. Sel juhul ei oleks raskusi tunnistada, et viidet 2004. aasta direktiividele määruse artikli 5 lõikes 1 tuleks mõista viitena 2014. aasta direktiividele, kui need jõustuvad.[15] Ja kuna nendes on juba *in house* ettevõtjatega riigihankelepingute sõlmimise eeskirjad sõnaselgelt ette nähtud, tuleks välja selgitada, kas need eeskirjad on määruse artikli 5 lõike 2 eeskirjade suhtes ülimuslikud.[16] 2014. aasta direktiive ei ole aga käesolevates asjades *ratione temporis* võimalik kohaldada.[17]

11 Selle artikli kohaselt „[t]eenuselepingud või teenuste riigihankelepingud nagu defineeritud direktiivides 2004/17/EÜ või 2004/18/EÜ avaliku reisijateveoteenuse osutamise osas bussi või trammiga sõlmitakse kooskõlas nimetatud direktiivides sätestatud menetlustega, kui selliseid lepinguid *ei sõlmita* nimetatud direktiivides määratletud *kontsessioonilepingute kujul*. Kui lepingud sõlmitakse kooskõlas direktiividega 2004/17/EÜ või 2004/18/EÜ, ei kohaldata käesoleva artikli lõikeid 2–6“. Kohtujuristi kursiiv.

12 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2014, L 94, lk 65) ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ (ELT 2014, L 94, lk 243) (edaspidi „2014. aasta direktiivid“).

13 18. novembri 1999. aasta kohtuotsus Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562; edaspidi „kohtupraktika Teckal“).

14 Nii reguleerib direktiiv 2014/24 artiklis 12 „avaliku sektori üksuste vahelisi lepinguid“. Direktiivi 2014/25 artiklis 28 on ette nähtud „avaliku sektori hankijate vaheliste hankelepingute“ kord.

15 Komisjoni teatises tõlgendamissuuniste kohta seoses määrusega (EÜ) nr 1370/2007, mis käsitleb avaliku reisijateveoteenuse osutamist raudteel ja maanteel (ELT 2014, C 92, lk 1), on märgitud, et „[k]una määruses (EÜ) nr 1370/2007 osutatud direktiivid (direktiiv 2004/17/EÜ ja direktiiv 2004/18/EÜ) on tunnistatud kehtetuks ja asendatud eespool nimetatud direktiividega [2014/24 ja 2014/25], tuleb määruses (EÜ) nr 1370/2007 esitatud viiteid mõista kui viiteid uutele direktiividele“ (punkt 2.1.1).

16 Kohtuistungil arutati, kas tuleks kohaldada samal ajal või paralleelselt ühtesid või teisi eeskirju. Usun siiski, et see ei ole hetk sellesse vaidlusse sekkuda, erinevalt sellest, kui tegu oleks pärast 18. aprilli 2016 sõlmitud *in house* lepingutega.

17 Komisjoni sõnul neid juhtusid määruse artikli 5 lõige 2 ei reguleeri, sest see reguleerib ainult kontsessioone. Tema tees tähendab tegelikult 2014. aasta direktiivide *in house* eeskirjade enneaegset kohaldamist faktilistele asjaoludele, millele kehtivad 2004. aasta direktiivid. Paradoksaalselt tugineb komisjon kohtuasja C-267/17 teise ja järgmiste eelotsuse küsimuste üksikasjalikul analüüsimisel oma argumentides selle õigusnormi sisule.

30. Euroopa Kohus on kinnitanud, et „kohaldamisele kuulub direktiiv, mis kehtib hetkel, mil hankija valib selle menetluse liigi, mida ta kavatseb järgida, ning lahendab lõplikult küsimuse, kas riigihankelepingu sõlmimiseks on nõutav eelneva hankemenetluse korraldamine ([11. juuli 2013. aasta] kohtuotsus komisjon *vs*. Madalmaad, C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 52 ja seal viidatud kohtupraktika). Samas ei ole kohaldatavad sellise direktiivi sätted, mille ülevõtmise tähtaeg lõppes pärast seda kuupäeva (vt selle kohta [5. oktoobri 2000. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Prantsusmaa, C-337/98, EU:C:2000:543, punktid 41 ja 42)“. [18]

31. Nendest kahest eelotsusetaotlusest nähtub, et otselepingute sõlmimise teated avaldati enne 2014. aasta direktiivide ülevõtmise tähtaja möödumist. [19] Lisaks ei ole ühtegi objektiivset elementi, millest järelduks, et hankija valik oleks olnud erinev sellest, mida ta nendes teadetes avaldas.

32. Järelikult tuleb tähelepanu taas pöörata dilemmale, mida ma enne nimetasin, ilma võimaluseta kasutada 2014. aasta direktiivides sätestatud sõltuvate teenusepakkujatega otselepingute sõlmimise eeskirju.

33. Direktiivides 2004/17 ja 2004/18 ette nähtud menetlused ei ole seda liiki *in house* lepingute sõlmimisele kohaldatavad. Nagu ma ühes teises ettepanekus ütlesin: „*In house* korra alusel ei sõlmi hankija lepingut funktsionaalselt eraldiseisva isikuga, vaid tegelikult iseendaga, arvestades tema seost vormiliselt erineva üksusega. Tegelikult ei saa rääkida lepingu sõlmimisest, vaid lihtsalt korraldusest või tellimusest, mille täitmisest teine „pool“ ei saa keelduda, millises sõnastuses neid kumbagi ka ei väljendataks. […] Kuna tõeliselt erineva isikuga suhet ei ole, siis on õigustatud, et hankija ei ole kohustatud järgima riigihankemenetlusi, kui ta kasutab oma ülesannete täitmiseks omavahendeid“. [20]

34. Seega peavad lepingute sõlmimist sõltuvate teenusepakkujatega reguleerima kas kohtupraktika Teckal või määruse artikli 5 lõike 2 erinormid (kui tegu on transporditeenustega maismaal).

35. Isegi kui ma tunnistan vastuargumentide kaalu, kaldun ma arvama, et määruse artikli 5 lõige 2 on ülimuslik. Minu arvates toetavad seda seisukohta mitu argumenti.

36. Esimene järgib sama artikli 5 lõike 1 kolmanda lause grammatilist tõlgendamist *a sensu contrario*. Kuigi selle artikli lõiked 2–5 loobuvad esimuslikust kohaldamisest erandkorras ja piiratult ainult siis, [21] kui teenuslepingud „sõlmitakse kooskõlas direktiividega 2004/17/EÜ või 2004/18/EÜ“, on neil täielik õigusmõju, kui nendes direktiivides ei ole ette nähtud otselepingute sõlmimist sõltuvate teenusepakkujatega nagu siin. Rõhutasin juba, et Euroopa Kohus on seisukohal, et *in house* lepingute sõlmimine on nendest kahest direktiivist välja arvatud.

37. Seda grammatilist tõlgendust kinnitab artikli 5 lõike 1 sõnastus: avalike reisijateveoteenuste bussiga osutamise lepingud „sõlmitakse kooskõlas nimetatud direktiividega [2004/17 ja 2004/18] sätestatud menetlustega“, kui need ei esine teenuste kontsessiooni vormis. Kui viimati nimetatud direktiivid, nagu see on käesoleval juhul, ei hõlma ühtegi sõltuvate teenusepakkujatega lepingute sõlmimise *menetlust*, mis on pigem riigiasutuste omapoolse teenuste osutamise mehhanismid, puudub viitamisel ese ja mõte.

18 10. juuli 2014. aasta kohtuotsus Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 31). Vt ka 27. oktoobri 2016. aasta kohtuotsus Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817, punkt 32), milles on viidatud 7. aprilli 2016. aasta kohtuotsusele Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 83).

19 Need tuleb üle võtta hiljemalt 18. aprillil 2016 ning põhikohtuasjade lepingute sõlmimise teated avaldati 30. septembril 2015 ja 16. märtsil 2016.

20 Ettepanek kohtuasjas LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319, punktid 70 ja 71).

21 Vt 27. oktoobri 2016. aasta kohtuotsus Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817, punkt 39).

38. See ei oleks aga nii, kui tegu oleks konkurentsipõhiste hangetega (s.t mitte lepingu sõlmimisega sõltuvate teenusepakkujatega), mille suhtes omaks viitamine täielikku mõju. Kui avaliku võimu organ sooviks sõlmida seda liiki lepingut, mis ei esine kontsessiooni vormis, kolmandate isikutega, peaks ta seda tegema konkurentsipõhiste *menetlustega*, mis on direktiivides 2004/17 ja 2004/18 (sedapuhku küll) ette nähtud.

39. Teine argument vastab kohaldatavate õigusnormide süstemaatilisele tõlgendamisele, mis on seotud erinormiga. Kui liidu seadusandja soovis 2007. aastal (s.o pärast 2004. aasta direktiivide vastuvõtmist) kehtestada maismaatranspordi teenuslepingute *in house* sõlmimise erikorra, arvan ma, et kahtluse korral tuleb seda korda, nagu see on ette nähtud määruse artikli 5 lõikes 2, mõista nii, et see on esimuslik võrreldes (üldise) korraga, mis tuleneb kohtupraktikast Teckal.

40. Kolmas ja viimane argument võtab arvesse määruse artikli 5 lõike 2 eesmärki. Liidu seadusandja soovis maantee reisijateveo eripära arvestades, et „iga kohalik […] asutus [võib] valida, kas osutada oma halduspiirkonnas avalikku reisijateveoteenust ise või teha see ilma pakkumismenetluseta ülesandeks sõltuvale teenusepakkujale“. Selle viimati nimetatud mehhanismi kasutamise tingimused on piisavalt täpsed ja kajastavad tasakaalu selle eesmärgi ja „ausa konkurentsi tagamise[…]“ [22] eesmärgi vahel.

41. Selle eesmärgiga on rohkem kooskõlas seada prioriteediks määruse erinormid, mis on kohandatud bussiga reisijateveo eripärale, kui lähtuda kohtupraktikas Teckal sedastatud kriteeriumidest, mis kehtivad iga muu teenustesektori kohta. Nende normide hulgas tuleb esile norm, millega on lubatud (ja teatud määral soositakse), et kohalikud asutused ühinevad rühmadesse, et sõlmida need lepingud sõltuva teenusepakkujaga, kelle üle neil on omaenda osakondade üle teostatava kontrolliga sarnane kontroll.

42. Kokkuvõttes peab kohalik asutus, kes kavatseb sõlmida avalike reisijateveoteenuste bussiga osutamise otselepingu, seda tehes järgima määruse artikli 5 lõikes 2 sätestatud tingimusi.

B. Kohaliku asutuse sekkumine lepingu sõlmimisse ja kontrolli sõltuva teenusepakkuja üle (teine eelotsuse küsimus kohtuasjades C-266/17 ja C-267/17 ning kolmas eelotsuse küsimus kohtuasjas C-266/17)

43. Kohalikud omavalitsused (piirkondlikud omavalitsusüksused), kes nendes kahes kohtuasjas sõlmisid (või soovisid sõlmida) lepingud oma sõltuvate teenusepakkujatega, olid moodustanud koos teiste analoogsete üksustega suurema territoriaalse ulatusega korralduskonsortsiumid (Verkehrsverbund). Nendele konsortsiumidele määratud pädevuse hulgas on reisijateveoteenuste ühiste tariifimäärade kehtestamine oma vastavatel territooriumidel. [23]

44. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas see asjaolu takistab seda, et mõlemad konsortsiumidesse kuuluvad kohalikud asutused (piirkondlikud omavalitsusüksused) võiksid sõlmida oma vastavad lepingud.

45. Nagu ma juba märkisin, on määruse artikli 5 lõike 2 esimese lõiguga lubatud, et kohalikud asutused võivad üksi või teistega rühmitatult sõlmida otse lepinguid sõltuvate teenusepakkujatega, „tingimusel et [nad] teosta[vad] kontrolli, mis on sarnane [nende endi] osakondade üle teostatava kontrolliga“.

22 Määruse põhjendus 18.

23 Eelotsusetaotlustes ei ole nende pädevuste ulatust üksikasjalikult kirjeldatud. Asja arutav kohus nimetab ainult tariifimäärade kehtestamist.

46. Teoreetiliselt ei näe ma, miks peaks tariifide kinnitamise õiguse määramine korralduskonsortsiumile õõnestama üksikute asutuste „sarnast kontrolli“ oma sõltuva teenusepakkuja üle. Nõustun seega selles punktis eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvamusega. Ühise tariifi kehtestamine, mille otsustab konsortsium, võimaldab kasutajatel saada ainult ühe pileti ostmisega integreeritud transporditeenust, olenemata sellest, milline sõltuv teenusepakkuja seda osutab ja millise kohaliku asutusega see pakkuja on seotud.

47. Oluline on käesoleva asja seisukohast, kas kohalikul omavalitsusüksusel säilib või mitte „sarnane kontroll“ (või vastaval juhul rühmal ühiskontroll) sõltuva teenusepakkuja üle. Olenevalt sellest, kuidas see on ette nähtud, võib õiguste määramine korralduskonsortsiumile võtta pädevuse kohalikult asutuselt sel määral, et viimasel ei ole enam sõltuva teenusepakkuja üle kontrolli, mis oleks samaväärne kontrolliga, mis tal on omaenda osakondade üle.

48. Kuna eelotsuse küsimus piirdub tariifide määramise õiguste loovutamisega konsortsiumile, ei tähenda see minu arvates tingimata loobumist kontrollist sõltuva teenusepakkuja üle. Ülejäänud osas osaleb iga piirkondlik omavalitsusüksus kui kohalik omavalitsus, kes kuulub korralduskonsortsiumisse, viimase tariifiotsuste tegemises, mis näitab, et ta säilitab – ehkki jagatult – kontrolli ka selle teenuseaspekti üle.

49. Loomulikult hindab lõplikult seda, kas mõlema kohtuasja konkreetsetel asjaoludel säilib piirkondlikel omavalitsusüksustel eraldi või rühmitatult kontroll sõltuva teenusepakkuja üle, liikmesriigi kohus, kellel on ainsana selleks piisavad tõendid.[24] Tegelikult ei ole eelotsusetaotlustes esitatud piisavalt üksikasju selleks, et saada tõetruud ja täielikku pilti kohalike asutuste ja sõltuva teenusepakkuja vahelistest suhetest.

50. Samas kontekstis viidatakse kohtuasja C-266/17 kolmandas eelotsuse küsimuses RV Kölni põhikirja muudatusele, mis kinnitati 21. augustil 2015 osanike üldkoosolekul ning mis väidetavalt piirab osanike hääleõigust nii, et hääleõigus on ainult nendel osanikel, kes määruse artikli 5 lõike 2 alusel lepingu sõlmib. Asja arutav kohus soovib välja selgitada, kas see põhikirja muudatus võib mõjutada kontrolli, mida teostab kohalik hankija.

51. Eelotsusetaotluse sõnastus on selles punktis raskesti arusaadav. Igal juhul on selle punktis 21 märgitud, et „praegu [ei ole võimalik ette öelda], kas kaasatud isiku põhikiri jääb kehtima selle praeguses redaktsioonis või 21. augusti 2015. aasta uues redaktsioonis“. Enne (punkt 6) on selgitatud, et 21. augusti 2015. aasta muutmisotsus vaidlustati ja see on „lõplikult jõustunud kohtuotsuse kohaselt praegu hõljuvalt kehtetu“.

52. Seda arvestades[25] võiks ehk küsimuse kvalifitseerida hüpoteetiliseks, sest see puudutab faktilist asjaolu (põhikirja muutmist), mida eelotsusetaotluse esitanud kohus ise ei pea lahendi jaoks oluliseks, kuna see ei kehti.

53. Igal juhul selles asjas RV Kölni põhikirja uus redaktsioon üksnes kinnitaks, et piirkondlikul omavalitsusüksusel on just nimelt seepärast, et tema sõlmis nimetatud teenusepakkujaga lepingu, oma osanike üldkoosolekul hääleõigus, see tähendab, et ta võib teostada kontrolli, mida tal on õigus teostada sõltuva teenusepakkuja üle. Nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus õigustatult rõhutab, tugevdab põhikirja § 17 lõike 1 kolmas lause „selle osaniku mõju […], kes avaliku teenindamise lepingu sõlmib ja kelle haldusterritooriumil reisijateveoteenuseid osutada tuleb“.

24 Tegurid, mida tuleb kaaluda „selleks, et määratleda, kas [kohalik pädev asutus] teostab sellist kontrolli“, on täpsustatud määruse artikli 5 lõike 2 punktis a.

25 Rhein-Siegi piirkondlik omavalitsusüksus kinnitab oma kirjalikes seisukohtades kohtuasjas C-266/17, et „vastupidi eelotsusetaotluse esitanud kohtu selgitusele on põhikirja uus 21. augusti 2015. aasta redaktsioon […] täielikult kohaldatav“ (punkt 29).

C. Territoorium, millel sõltuv teenusepakkuja võib transporditeenuseid osutada (kohtuasja C-266/17 neljas ja viies eelotsuse küsimus)

54. Neljanda küsimusega kohtuasjas C-266/17 soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas sõltuv teenusepakkuja, kellega on sõlmitud otseleping, võib osutada maismaa reisijateveoteenuseid mitte ainult kohaliku hankija territooriumil, vaid ka teiste rühmitatud kohalike omavalitsuste territooriumil.

55. Selles punktis taas ei ole eelotsusetaotlus väga selge. Selle sisust võiks veel kord järeldada, et küsimus on hüpoteetiline, sest:

– lepingu sõlmimise teates märkis kohalik omavalitsus, et teenust hakatakse osutama „[oma geograafilises piirkonnas ning selle] puhul ulatuvad väljuvad liinid naaberomavalitsusüksuste territooriumile“ (eelotsusetaotluse punkt 10);

– eelotsusetaotluse esitanud kohus ise kinnitab seda asjaolu, teatades, et „sõltuv teenusepakkuja [osutab] kõnealuseid reisijateveoteenuseid – olenemata väljuvatest liinidest või selle tegevuse muudest kõrvalelementidest, mis ulatuvad naabruses asuva kohaliku pädeva asutuse territooriumile – temaga lepingu sõlminud asutuse haldusterritooriumil“ (eelotsusetaotluse punkt 22).

56. Ei saa aga välistada, et küsimuse mõte on välja selgitada, kas – olenemata sellest, kas lepingu sõlmimisel RV Kölniga järgiti seda reeglit – sellel äriühingul on keelatud osutada oma teenuseid teistele kohalikele omavalitsustele, s.t laiendada oma tegevust nende territooriumile.

57. Määruse artikli 5 lõike 2 punkti b kohaselt võib sõltuv teenusepakkuja avalikku reisijateveo tegevust teostada ainult kohaliku pädeva asutuse haldusterritooriumil. Viimane võib aga olla nii üksik kohalik omavalitsus kui ka kohalike omavalitsuste rühm.[26] Seega ei takista miski ühel või mõnel kohalike omavalitsuste rühma omavalitsustest tellida teenust ühelt ainsalt teenusepakkujalt, kes on kõigi jaoks ühine ja kelle üle nad teostavad omaenda teenuste üle teostatava kontrolliga sarnast kontrolli. Sel juhul võib sõltuv teenusepakkuja oma tegevust teostada kõigi (rühmitatud) omavalitsuste haldusterritooriumil, kes on selle teenuse osutamise talle usaldanud.

58. Pealegi ei ole see võimalus midagi uut, mis on ette nähtud ainult selles määruses. Euroopa Kohus on kohtupraktikat Teckal välja arendades tunnistanud, et teatavad avaliku võimu organid täidavad oma avaliku teenindamise ülesandeid koostöös teiste avaliku võimu organitega, kasutades selleks ühist ülesandeid täitvat organit, mille üle neil on kontrolliga, mida nad teostavad enda osakondade üle, sarnane (mitte identne) kontroll.[27]

59. Kohtuotsuses Coditel Brabant[28] käsitleti ühe kohaliku omavalitsuse juhtumit, kes „plaani[s] oma [ülesannete täitmiseks] liituda sellise teistest avaliku võimu organitest koosneva ühendusega nagu kohalike omavalitsusüksuste koostööühing“. Euroopa Kohus tunnistas kohalike omavalitsuste ühist kontrolli, mis ei pidanud mingil põhjusel olema individuaalne.[29]

26 Nii on sõnaselgelt sätestatud selle sama artikli lõike 2 esimeses lõigus.

27 29. aprilli 2007. aasta kohtuotsus Asemfo (C-295/05, EU:C:2007:227), punkt 62: „kohtupraktikast [selgub], et juhul, kui mitu omavalitsusüksust omavad üht ettevõtjat, võib nimetatud tingimus olla täidetud, kui selle ettevõtja põhiline tegevus ei seondu mitte tingimata ühega nendest omavalitsustest, vaid nende omavalitsustega nende kogumis ([11. mai 2006. aasta] kohtuotsus Carbotermo ja Consorzio Alisei [C-340/04, EU:C:2006:308], punkt 70)“.

28 13. novembri 2008. aasta kohtuotsus (C-324/07, EU:C:2008:621).

29 *Ibidem*, punkt 54 ja resolutsioon: „Juhul kui avaliku võimu organ liitub sellise kohalike omavalitsusüksuste koostööühinguga, mille liikmeteks on vaid avaliku võimu organid, selleks et delegeerida sellele ühingule ühe avaliku teenuse osutamine, võivad selle ühinguga liitunud avaliku võimu organid asjaomase ühingu üle teostatavat kontrolli, selleks et seda võiks pidada analoogseks kontrolliga, mida nad teostavad omaenda struktuuriüksuste üle, teostada ühiselt, otsustades vastaval juhul oma liikmete häälteenamusega“.

60. Kokkuvõttes, kui sõltuv teenusepakkuja on ülesandeid täitev organ, mis on ühine mitmele kohalikule omavalitsusele, kellel on tema üle (ühine) kontroll, mis on sarnane kontrolliga, mida nad teostavad omaenda osakondade üle, siis tuleb määruse artikli 5 lõike 2 punktis b nimetatud haldusterritooriumina käsitada kõigi nende omavalitsuste haldusterritooriumi.

61. Viiendas eelotsuse küsimuses näib asja arutav kohus silmas pidavat juba mitte kohalike omavalitsuste rühma, vaid teiste „hankijate" haldusterritooriumi, kes on hüpoteetiliselt sõlminud RV Kölniga transporditeenuse lepingud enne 3. detsembrit 2003, s.t lepingud, millele kehtib määruse artikli 8 järgi üleminekukord.

62. Selles artiklis oli ette nähtud rida meetmeid, mis eeldasid määruses sätestatud hankelepingute sõlmimise eeskirjade järkjärgulist kasutusele võtmist. Ilma et praegu oleks vaja selle sisu põhjalikumalt arutada, piisab sellest, kui öelda, et ühenduse õiguse või riigi õiguse alusel artikli 8 lõikes 3 täpsustatud korras ja perioodideks sõlmitud avaliku teenindamise lepingud võisid teatud piirangutega kesta kuni nende kehtivusaja lõpuni.

63. Kuna eelotsusetaotluses ei ole üksikasjalikumalt täpsustatud, arvan, et viidatud eelnevalt olemasolevad lepingud on kehtivad küsimuses märgitud artikli 8 üleminekueeskirjade alusel. Järelikult, kuna määruses on sõnaselgelt ette nähtud norm, mille alusel võivad need lepingud kehtima jääda, tuleb asuda seisukohale, et määruse artikli 5 lõike 2 punktis b ette nähtud territoriaalne piirang neid lepinguid ei hõlma.

D. Ajahetk, millal peavad määruse artikli 5 lõike 2 nõuded täidetud olema (kohtuasja C-266/17 kuues ja kohtuasja C-267/17 neljas eelotsuse küsimus)

64. Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb, kas määruse artikli 5 lõike 2 kohaselt nõutavad tingimused peavad olema täidetud: a) otselepingute sõlmimise ajal või b) sel ajal, kui pädev asutus peab vastavalt selle määruse artikli 7 lõikele 2 avaldama *Euroopa Liidu Teatajas* teabe kavandatava otselepingute sõlmimise kohta.

65. Määruse artikli 7 lõikes 2, kus on üksikasjalikult täpsustatud, millised andmed peab pädev asutus teates avaldama (vähemalt üks aasta enne otselepingute sõlmimist), ei ole nõutud, et märgitaks tulevase lepingutäitja nimi. Miski ei takista kohalikul omavalitsusel teate avaldamise ja lepingu sõlmimise vahelisel ajal tema ülesandeid täitvaid organeid struktureerida ühel või teisel viisil: oluline on, et sõltuv teenusepakkuja, kes lõpuks valitakse, vastaks seaduses sätestatud tingimustele (eriti, et ta oleks talle teenuste osutamise usaldanud asutuse kontrolli all).

66. Seega kinnitan ma määruse artikli 5 lõike 2 ja artikli 7 lõike 2 tõlgendamise põhjal nende mõlema koostoimes, et ajahetk, millal peavad esimeses nendest õigusnormidest nimetatud nõuded täidetud olema, on just siis, kui otselepingud sõlmitakse. Alles siis on teada valitud isiku nimi, mis on põhiteave, mille põhjal välja selgitada, kas asjaolusid arvestades teostab pädev asutus tema üle kontrolli, mis on sarnane kontrolliga, mida asutus teostab omaenda osakondade üle, ja kas teenusepakkuja on mõnes määruse artikli 5 lõike 2 punktides b ja c ette nähtud olukorras või mitte.

E. Sõltuva teenusepakkuja teenuse osutamine tütarettevõtja kaudu (kohtuasja C-267/17 kolmas küsimus)

67. Sõltuv teenusepakkuja WestVerkehr GmbH osutab materiaalselt avalikku transporditeenust tütarettevõtja kaudu, kelle kapitalis kuulub talle 100% osalus. Seda asjaolu ja määruse artikli 5 lõike 2 punkti e sisu („kui kaalutakse […] allhankelepingu sõlmimist, on sõltuv teenusepakkuja kohustatud osutama suurema osa […]teenustest ise") arvestades tekib eelotsusetaotluse esitanud kohtul küsimus, kas selle õigusnormiga on lubatud tellida teenuse osutamist tütarettevõtjalt.

68. Määruses on allhankimine ette nähtud mehhanismina teenuse avamiseks lepingutäitjast erinevatele ettevõtjatele, kes on temaga lepingulises suhtes. Allhanke korras lepingut täitvad ettevõtjad võivad siiski osutada ainult piiratud protsendi osa teenustest, sest:

– kui lepingutäitja on eraldiseisev ettevõtja, s.t mitte sõltuv teenusepakkuja, on ta „kohustatud osutama *olulise osa* avalikest reisijateveoteenustest ise“ [artikli 4 lõige 7];[30]

– seevastu, kui lepingutäitja on sõltuv teenusepakkuja, on ta „kohustatud osutama *suurema osa* avalikest reisijateveoteenustest ise“ [artikli 5 lõike 2 punkt e].

69. Ma ei usu aga, et niisugusel juhul nagu käesolev saaks rääkida otseses mõttes allhankest. Nõustun Heinsbergi piirkondliku omavalitsusüksuse kirjalikes seisukohtades väljendatud põhiseisukohaga, et niisuguse tütarettevõtja suhe, kelle kapitalis kuulub 100% osalus sõltuvale teenusepakkujale, kellel on tema üle kontroll, selle sõltuva teenusepakkujaga ei ole allhankesuhe. Selleks et tegu oleks allhankega, on vaja kahte iseseisvat ettevõtjat,[31] kes lepivad oma lepingusuhte tingimused omavahel kokku „võrdsetel alustel, mitte sõltuvuses või hierarhilises alluvuses“[32].

70. Eespool nimetatud määruse artiklites silmas peetud allhankega on tegu siis, kui sõltuv teenusepakkuja otsustab kasutada teenuse osutamiseks kolmandat isikut, kes ei ole tema ühingustruktuuriga seotud.[33] Aga kui isik, keda samal eesmärgil kasutatakse, on tütarettevõtja, kelles tal on 100% osalus ja kelle üle tal on täielik kontroll, nii et ta koguni määrab tütarettevõtja äriotsused, osutab tegelikult funktsionaalsest aspektist seda teenust tõeliselt üks ja sama majandus- ja operatiivüksus. Seega ei ole tõelist *kolmandat isikut*, kellega allhankelepingut sõlmida.

71. Nendel tingimustel laieneb *in house* side, mis seob Heinsbergi piirkondlikku omavalitsusüksust tema sõltuva teenusepakkujaga (WestVerkehr GmbH), ka tütarettevõtjale, kelles viimati nimetatud äriühingul on 100% osalus ja kelle üle kohalik asutus teostab samuti (teisejärgulist) kontrolli, mis on samaväärne kontrolliga, mida ta teostab oma (ülejäänud) osakondade üle.

72. Järelikult ei välista määruse artikli 5 lõike 2 teise lause punkt e, et sõltuv teenusepakkuja võiks tellida tütarettevõtjalt, kelles tal on 100% osalus ja kelle üle tal on täielik kontroll, suurema osa teenustest, mille osutamiseks on leping sõlmitud.

30 27. oktoobri 2016. aasta kohtuotsuses Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), nähti ette selle artikli kohaldamine direktiivi 2004/18 alla kuuluvale hankele ja otsustati, et teenusepakkuja enda osutatavate teenuste määraks 70% kehtestamine ei ole määruse artikli 7 lõikega 4 vastuolus.

31 Määruse põhjenduses 19 on allhankele viidates nimetatud „*teiste* ettevõtjate osalemist peale avaliku teenuse osutaja“. Kohtujuristi kursiiv.

32 Viitan oma ettepanekule kohtuasjas LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319, punkt 71 jj).

33 Oma ettepanekus kohtuasjas LitSpec Met (C-567/15, EU:C:2017:319, punkt 79) olin ma samal põhiseisukohal: „hankija [võib] kasutada instrumentaalseid organeid juba nimetatud piirmäärade ulatuses, et tellida neilt teatavaid töid, mille jaoks tuleks põhimõtteliselt korraldada riigihange, kuid mis on hankest vabastatud. […] Aga kui nendel instrumentaalsetel kandjatel omakorda puuduvad vahendid ise hankija tellimusi täita ja nad on sunnitud nende täitmiseks kasutama kolmandate isikute abi, siis muutuvad *in house* erandit õigustavad põhjused ebaselgeks ja ilmneb, et tegelikult on tegu varjatud kujul riigi(all)hankega, milles hankija ostab vahendaja (instrumentaalne organ) kaudu kaupu ja teenuseid kolmandatelt isikutelt, järgimata direktiive, mis peaksid nende hankimist reguleerima“.

V. Ettepanek

73. Esitatud kaalutlustel teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Oberlandesgericht Düsseldorfi (Düsseldorfi kõrgeim üldkohus, Saksamaa) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23. oktoobri 2007. aasta määruse (EÜ) nr 1370/2007, mis käsitleb avaliku reisijateveoteenuse osutamist raudteel ja maanteel ning millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu määrused (EMÜ) nr 1191/69 ja (EMÜ) nr 1107/70, artikli 5 lõige 2:

   – on kohaldatav otselepingutele, mida sõlmivad kohalikud pädevad asutused sõltuva teenusepakkujaga, kelle üle neil on sarnane kontroll kontrolliga, mis neil on nende enda osakondade üle, kui tegu on avaliku reisijateveoteenuse lepingutega, mis ei esine teenuste kontsessiooni lepingute vormis Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, või direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta tähenduses;

   – ei takista kohalikel asutustel usaldada teenuse ühiste tariifimäärade kehtestamist kohalike omavalitsuste konsortsiumile, millesse need omavalitsused kuuluvad, tingimusel et see volituste andmine ei võta nimetatud asutustelt õigust teostada sõltuva teenusepakkuja üle kontrolli, mis on sarnane kontrolliga, mida nad teostavad omaenda teenuste üle, mille väljaselgitamine on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne;

   – ei välista, et sõltuv teenusepakkuja, kellega on kohalik pädev asutus sõlminud teenuse lepingu, võiks osutada teenust tütarettevõtja kaudu, kelle üle tal on täielik kontroll, kelle otsuseid ta võib määrata ja kelles tal on 100% osalus;

   – lubab, et sõltuv teenusepakkuja osutab kõikide rühmitatud kohalike asutuste ülesandeid täitva organina avalikke reisijateveoteenuseid kõigi nende asutuste haldusterritooriumil;

   – lubab samuti sõltuval teenusepakkujal jätkata oma teenuste osutamist väljaspool kohaliku hankija territoriaalset pädevust, tingimusel et teenusepakkuja teeb seda lepingute alusel, millele kehtib määruse nr 1370/2007 artikli 8 lõikes 3 ette nähtud üleminekukord.

2. Määruse nr 1370/2007 artikli 5 lõike 2 kohaselt sõltuva teenusepakkujaga otselepingute sõlmimise tingimused peavad olema täidetud otselepingute enda sõlmimise ajal.