

## JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

L. A. GEELHOED

28 päivänä syyskuuta 2006<sup>1</sup>**I Johdanto**

1. Asia koskee sellaisen kansallisen lainsäädännön yhteensopivuutta yhteisön oikeuden, erityisesti julkisista hankintasopimuksista annettujen yhteisön direktiivien<sup>2</sup> sekä EY 12, EY 43, EY 46 artiklan ja EY 86 artiklan 1 kohdan kanssa, jota sovelletaan organisaation osalta yksityisoikeudelliseen julkiseen yritykseen, joka on tämän lainsäädännön

mukaan ”hallinnon oma väline”, toisin sanoen toimivaltaisten julkisyhteisöjen oma toteuttava yksikkö, mutta joka voi kuitenkin harjoittaa toimintaa myös muiden julkisyhteisöjen kanssa kuin sen, jonka alaisuudessa se toimii toteuttavana yksikkönä, sekä lisäksi yksityisten yritysten ja organisaatioiden kanssa. Lisäksi toimivaltaiset julkisyhteisöt voivat antaa tälle oikeushenkilölle muita tehtäviä kuin ne, jotka on mainittu sen lakiin kirjatussa tehtäväkuvauksessa.

1 – Alkuperäinen kieli: hollanti.

2 – Ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin viittaa toisessa ennakkoratkaisukysymyksessään vain julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1) ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54), sellaisina kuin ne ovat muutettuina julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114). Asiassa merkitykselliseen Espanjan lainsäädäntöön sisältyvästä Tragsa tehtäväkuvauksesta voidaan kuitenkin päätellä, että toimintaan voi kuulua myös palvelujen tarjoamista sekä vesihuoltoa. Siten pääasian tosiseikkojen perusteella ei voida ennakoita sulkea pois sitä mahdollisuutta, että asiassa on sovellettava julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettua neuvoston direktiiviä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettua neuvoston direktiiviä 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84), jotka on sittemmin korvattu vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/17/EY (EUVL L 134, s. 1). Lyhyiden vuoksi viittaa tässä ratkaisuehdotuksessa vain yleisesti ”julkisia hankintasopimuksia koskeviin direktiiveihin”.

2. Kysymysten taustalla on Asociación Nacional de Empresas Forestalesin (jäljempänä Asemfo) Empresa de Transformación Agraria SA:sta (jäljempänä Tragsa) tekemä kantelu, jossa Asemfo syytti Tragsaa siitä, että se oli rikkonut Espanjan Ley de Defensa de la Competencia -nimistä lakia (laki kilpailun suojelemisesta), koska se ei ollut noudattanut julkisista hankinnoista säädettyssä Espanjan lainsäädännössä vahvistettuja menettelyjä ja oli niin ollen käyttänyt väärin määräävää asemaansa metsätalouden rakennusurakoiden, palvelujen ja hankkeiden markkinoilla. Espanjan Tribunale Supremo katsoi käsitellessään kassaatiovalitusta, jonka Asemfo oli tehnyt Audiencia Nacionalin, Sala de lo Contencioso-Administrativon

antamasta tuomiosta, että sen on esitettävä yhteisöjen tuomioistuimelle asiasta ennakkoratkaisukysymyksiä.

## II Asiaa koskevat oikeussäännöt

### A Kansallinen lainsäädäntö

3. Jotta saadaan hyvä käsitys yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen kysymysten käytännöllisistä ja oikeudellisista seuraamuksista, on tarpeen esittää Tragsaan sovellettavasta kansallisesta lainsäädännöstä – joka on jo itsessään laaja ja monimutkainen – tavallista perusteellisempi katsaus.

4. Tragsa perustettiin 21.1.1977 annetun kuninkaan asetuksen (Real Decreto) 379/1977 nojalla 24.5.1977, ja asetuksessa

vahvistettiin Tragsan asema julkisena yrityksenä.<sup>3</sup> Tämä oikeushenkilö kuuluu oikeudellisesti osittain yleisen yksityisoikeudellisia yhtiöitä koskevan lainsäädännön soveltamisalaan, osittain yleisten julkisia yrityksiä koskevien oikeussääntöjen soveltamisalaan. Sen alkuperäinen toimiala on kirjattu edellä mainitun kuninkaan asetuksen 2 §:ään, mutta toimialaa on sittemmin laajennettu myöhemmin annetuilla kuninkaan asetuksilla: 8.2.1984 annetulla kuninkaan asetuksella 424/1984 ja 17.7.1985 annetulla kuninkaan asetuksella 1422/1985. Nykyisin Tragsan tärkeimpiä tehtäviä ovat erilaisten rakennustöiden suorittaminen, palvelujen tarjoaminen, selvitysten laatiminen sekä maa- ja metsätalouden suunnitelmien ja hankkeiden valmistelu, fyysisen ympäristön suojelu ja parantaminen, kalanviljely ja kalastus sekä luonnonsuojelu.

5. Joulukuun 30. päivänä 1997 annetun Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Socialin (laki verotusta, hallintoa ja yhteiskuntajärjestystä koskevista toimista, jäljempänä LMFAOS) nro 66/1997 88 §:stä

3 – Komissio toteaa kirjallisten huomautustensa alaviitteessä 3, että aiemmin vuonna 1973 maatalouden uudistuksesta ja kehityksestä annetussa laissa säädettiin nimenomaan, että valtion toiminnan välineeksi maatalouden uudistuksen ja kehityksen yhteydessä perustettaisiin maatalouden kehittämiseksi vastaava yritys. Tragsan perustamisen taustalla oli pyrkimys antaa oikeushenkilöllisyys Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (Iryda) Parque de Maquinarialle (konekanta), kuten ilmenee kuninkaan asetuksen 379/1977 perusteluista, joissa mainitaan seuraavan tavoitteen toteuttaminen: ”– hoitaa yksityisoikeudellisen oikeushenkilöllisyyden saaneen yrityksen välityksellä nykyisin Irydan Parque de Maquinarian hoidettaviksi annetut työt, joita ei voida antaa yksityisille yrityksille niiden edellyttämän erikoistumisen, niiden alueellisen ja ajallisen hajanaisuuden tai kiireellisten töiden toteuttamisen tarpeen vuoksi taikka siksi, että työt ovat heikosti kannattavia tai kannattamattomia rakennusurakoita niissä tapauksissa, joissa hallitus pyöreimyrskyjen tai vastaavien onnettomuuksien johdosta määrää Irydalle kiireellisiä tehtäviä uhrien auttamiseksi –.”

on johdettavissa, että Tragsa on Ley General Presupuestarian (laki valtion talousarviosta) 6 §:n 1 momentin a kohdan mukaan julkinen yritys, joka hoitaa maaseudun kehittämisen ja ympäristönsuojelun alalla olennaisia palveluita. Se on "hallinnon oma väline ja tekninen yksikkö", joka toteuttaa joko itse tai tytäryhtiöidensä välityksellä valtion keskushallinnon, itsehallintoalueiden ja niistä riippuvaisten julkisten laitosten sille antamia töitä.

6. Viimeksi Tragsaa koskevat oikeussäännöt on vahvistettu "maatalouden kehittämisestä vastaavaa osakeyhtiötä" (Tragsa) koskevista säännöksistä 5.5.1999 annetussa kuninkaan asetuksessa 371/1999.

7. Tragsan tehtävänä on toteuttaa urakoita ja harjoittaa toimintaa, jotka hallinto on antanut sen tehtäväksi. Tämä velvoite koskee nimenomaisesti sellaista toimintaa, joka on annettu sen tehtäväksi toteuttavana organisaationa ja hallinnon teknisenä yksikkönä sen omalla toimialalla (kuninkaan asetuksen 371/1999 3 §:n 2 momentti). Lisäksi Tragsan on annettava etusija kiireellisille tai poikkeuksellisille tehtäville, jotka ovat luonnonkatastrofien tai niihin verrattavien onnettomuuksien seurausta (em. asetuksen 3 §:n 3 momentti). Se ei voi kieltäytyä sille annetuista tehtävistä eikä neuvotella niiden aikataulusta. Se toteuttaa sille annetut rakennusurakat sille annettujen toimeksiantojen mukaan (em. asetuksen 5 §:n 3 momentti).

8. Kuninkaan asetuksessa Tragsan ja keskus- ja muiden hallinnollisten elinten välistä suhdetta kuvataan välineelliseksi eikä sopimusperusteiseksi, joten suhde on tosiasiallisesti (Tragsan kannalta) sisäinen ja alisteinen riippuvuusuhde (em. asetuksen 3 §:n 6 momentti).

9. Rahoitusjärjestelyssä, jota Tragsaan sovelletaan, Tragsan harjoittamasta toiminnasta maksetaan korvaus kuninkaan asetuksen 371/1999 4 §:ssä kuvatun maksujärjestelmän mukaan. Maksut vahvistaa ministeriöiden edustajista koostuva toimikunta muun muassa Tragsan ilmoittamien kustannusten perusteella.

10. Tragsa voi toiminnassaan tehdä yhteistyötä yksityisten yritysten kanssa (kuninkaan asetuksen 371/1999 6 §). Tälle yhteistyölle yksityisten toimijoiden kanssa on asetettu erilaisia rajoituksia. Yhteistoiminta voi ensinnäkin olla ainoastaan irtaimiston käsittelyä tai valmistusta, toiseksi näiden sopimusten arvoa on rajoitettu ja kolmanneksi yksityisten kumppanien valinnassa on sovellettava edeltävän julkisen tarjouskilpailun periaatetta (julkaiseminen ja tarjouskilpailu).

11. Tässä yhteydessä on lisäksi todettava, että Tragsa voi myös itse harjoittaa yritystoimintaa jopa suhteessa hallintoon, eikä se ole tällöin sidottu toteuttavan laitoksen ja hal-

linnon teknisen yksikön asemaan. Silloin sen toimintaan sovelletaan kuninkaan asetuksen 371/1999 1 §:n mukaan yleisiä liikeyrityksiin sovellettavia sääntöjä.

12. Hallinnollinen konteksti, jossa Tragsa toimii, muuttui 1980-luvulla perusteellisesti Espanjan vuoden 1978 perustuslain voimaantulon myötä, koska maatalouden ja ympäristönsuojelun toimivalta siirrettiin tällöin keskushallinnolta itsehallintoalueille (jäljempänä alueet). Hallinnollisen toimivallan siirto merkitsi väistämättä myös toimivallan täysimittaisessa käyttämisessä tarvittavien välineiden siirtoa. Näin ollen Tragsa siirtyi itsehallintoalueiden toimivaltaan niiden toteuttavaksi välineeksi jo ennen Espanjan liittymistä Euroopan yhteisöön.

13. Tragsaa koskevan julkisen toimivallan siirto keskushallinnolta itsehallintoalueille tapahtui kunkin alueen Tragsan kanssa tekemillä julkisoikeudellisilla sopimuksilla, joissa vahvistettiin säännöt, joiden mukaan Tragsa on kyseisen itsehallintoalueen ”oma” toteuttava organisaatio. Useimmat itsehallintoalueet tekivät tällaisen sopimuksen Tragsan kanssa, vaikka vain neljästä alueesta tuli tämän yrityksen osakkaita.

14. Voimassa olevan Espanjan lainsäädännön mukaan alueen ei kuitenkaan välttämättä tarvitse olla Tragsan osakas voidakseen käyttää sen palveluja: se toimii alueiden ”omana” toteuttavana organisaationa, eikä osakkuudella ole periaatteessa merkitystä tämän toiminnan kannalta. Tämä periaate on vahvistettu laissa nro 66/1997, jossa säädetään, että alueet voivat olla Tragsan osakkaita mutta että niillä ei ole velvollisuutta siihen.

15. Yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen kysymysten arvioinnin kannalta on lisäksi hyödyllistä tarkastella vielä joitakin Espanjan julkisia tarjouskilpailuja koskevan lainsäädännön osia. Niissä määritetään muun muassa se oikeudellinen kehys, jossa Tragsa on toiminut ja toimii edelleen, kun se peruskirjansa nojalla on julkinen yritys.

Julkisista hankinnoista annetun lain, sellaisena kuin se on hyväksyttyä 8.4.1965 annetulla kuninkaan asetuksella 923/1965, 60 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Hallinto voi suoraan toteuttaa vain sellaisia rakennusurakoita, jotka toteutuvat jossakin seuraavista tilanteista:

1. Hallinnolla on käytettävissään tehtaita, varastoja tai laitoksia taikka teknisiä tai

teollisia yksiköitä, jotka pystyvät riittäväällä tavalla toteuttamaan suunnitellun rakennusurakan, jolloin tätä toteuttamisjärjestelmää on yleensä käytettävä.”

§:ssä, sellaisena kuin se on hyväksyttynä 16.6.2000 annetulla kuninkaan asetuksella 2/2000, säädetään seuraavaa:

Julkishallinnon hankintasopimustentekomenettelyistä 18.5.1995 annetun lain nro 13/1995 153 §:ssä säädetään seuraavaa:

”1. Hallinto voi teettää rakennusurakoita omia yksiköitään, omaa henkilökuntaansa tai omia materiaalisia välineitään hyödyntäen tai yhteistyössä yksityisten yrittäjien kanssa, viimeksi mainitussa tapauksessa sillä ehdolla, että kyseisten rakennusurakoiden arvo on alle 5 923 624 euroa (EUR), mikä vastaa 5 000 000:aa erityisnosto-oikeutta, seuraavissa tilanteissa:

”1. Hallinto voi teettää rakennusurakoita omia yksiköitään, omaa henkilökuntaansa taikka omia materiaalisia välineitään hyödyntäen tai yhteistyössä yksityisten yritysten kanssa, viimeksi mainitussa tapauksessa sillä ehdolla, että kyseisten rakennusurakoiden arvo on alle 681 655 208 Espanjan peseta lukuun ottamatta työstä maksettavaa arvonlisäveroa, seuraavissa tilanteissa:

a) Hallinnolla on käytettävissään tehtaita, varastoja tai laitoksia taikka teknisiä tai teollisia yksiköitä, jotka pystyvät asianmukaisesti toteuttamaan suunnitellun rakennusurakan, jolloin tätä toteuttamisjärjestelmää on yleensä käytettävä.”

a) Hallinnolla on käytettävissään tehtaita, varastoja tai laitoksia taikka teknisiä tai teollisia yksiköitä, jotka pystyvät asianmukaisesti toteuttamaan suunnitellun rakennusurakan, jolloin tätä toteuttamisjärjestelmää on yleensä käytettävä.”

Edellä mainitun lain 194 §:ssä säädetään lisäksi seuraavaa:

Julkishallinnon sopimuksetekomenettelyistä annetun lain kodifioidun tekstin 152

”Hallinto voi valmistaa irtainta omaisuutta omia yksiköitään tai omaa henkilökuntaansa tai omia materiaalisia välineitään hyödyntäen tai yhteistyössä yksityisten yrittäjien kanssa,

viimeksi mainitussa tapauksessa sillä ehdolla, että toiminnan arvo alittaa 177 §:n 2 momentissa vahvistetut enimmäismäärät, seuraavissa tilanteissa:

a) Hallinnolla on käytettävissään tehtaita, varastoja tai laitoksia taikka teknisiä tai teollisia yksiköitä, jotka pystyvät asianmukaisesti toteuttamaan suunnitellun rakennusurakan, jolloin tätä toteuttamisjärjestelmää on yleensä käytettävä.”

16. Kuten ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin toteaa, edellä lainatuissa lainkohdissa on tiivistetty ne ehdot, joita hallinnon itsensä suoraan toteuttamille rakennusurakoille on asetettu, ja yksi näistä ehdoista on, että hallinnolla on käytettävissään omia välineitä, kuten Tragsan tapauksessa on. Tähän ehtoon ei liity mitään tarkempia edellytyksiä, kuten esimerkiksi kiireellisyttä tai yleistä etua koskevia perusteita, joihin liittyy erillinen ehto: ”kyseessä ovat rakennusurakat, jotka on todettu tämän lain säännösten perusteella kiireellisiksi”.<sup>4</sup> Näin ollen kaikenlaisten töiden teettämisen edellytykseksi riittää, että hallinnolla on omia yksiköitä, kuten Tragsa ja sen tytäryhtiöt, eikä mitään lisävaatimuksia ole, lukuun ottamatta yhtä ainoaa rajoitusta eli kvantitatiivista kynnsarvoa, joka koskee sellaisia tapauksia, joissa yksityiset yritykset osallistu-

vat Tragsan välityksellä rakennusurakoiden toteuttamiseen. Tässä on kyse mahdollisuudesta hyödyntää hallinnon omaa välinettä eikä hallintoa koskevasta velvoitteesta.

17. Lopuksi haluan vielä muistuttaa, että myös Tragsa itse on tarjouskilpailuja järjestävä hankintayksikkö. Tämä ilmenee lain nro 66/1997 88 §:n 7 momentista, sellaisena kuin se on muutettuna lailla nro 53/2002.

#### *B Lisätietoja TRAGSAN rakenteesta ja toiminnasta*

18. Komissio on kirjallisissa huomautuksissaan antanut Tragsan rakenteesta ja toiminnasta lisätietoja, jotka selventävät edellä esiteltyä asiaa koskevaa lainsäädäntöä ja hallinnollisia oikeussääntöjä ja jotka voivat osoittautua merkityksellisiksi yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen kysymysten arvioinnin ja niihin annettavien vastausten kannalta.

19. Pääosan Tragsan osakkeista – yli 99 prosenttia – omistaa edelleen suoraan tai välillisesti Espanjan valtio. Neljällä alueella

<sup>4</sup> – Vuoden 2000 kodifoidun ja yhä voimassa olevan lain 152 §:n 1 momentin d kohta.

on symboliseksi katsottava osuus, yhteensä alle yksi prosentti Tragsan yhtiöpääomasta.

tusta toiminnasta. Se on loogista, koska alueilla on suurin osa julkisesta toimivallasta yrityksen toimialalla. Noin 30 prosenttia liikevaihdosta tulee Espanjan keskushallinnolta, noin 5 prosenttia muilta julkisyhteisöiltä, mukaan luettuina kunnat, ja 2–3,5 prosenttia tulee yksityisiltä ja yrityksiltä.

20. Tragsan toiminta on ajan mittaan monipuolistunut selvästi. Perinteisen toiminnan, kuten infrastruktuurin suunnittelun ja rakentamisen sekä muiden maataloustuotannon ja karjankasvatuksen kannalta välttämättömien uudistushankkeiden lisäksi yhä tärkeämmiksi ovat muodostuneet vedenkäytön tehostamista edistävät tekniikat sekä toiminta fyysisen ja luonnonympäristön sekä maaseudun historiallisen ja kulttuurisen perinnön suojelemiseksi. Lisäksi Tragsan toimintaan kuuluu metsätalouden edistäminen sekä kalakantojen suojeleminen ja kalanviljely.

23. Komissio toteaa, että se ei voi käytettävissä olevien lukujen perusteella ratkaista, mikä osuus kokonaisliikevaihdosta edustaa Tragsan toimintaa ”hallinnon omana toteuttavana välineenä ja teknisenä yksikkönä”.

21. Tragsan toiminta rahoitetaan korvauksilla, joita se saa toiminnastaan. Sen liikevaihto oli tilivuonna 2004 674 miljoonaa euroa ja voitto yhtiöverojen jälkeen 22,24 miljoonaa euroa.

24. Jotta Tribunal Supremon esittämiä kysymyksiä voidaan arvioida tarkemmin, minusta on hyödyllistä muotoilla jo tässä vaiheessa edellä esitetyn perusteella seuraavat huomiot:

22. Yli puolet Tragsan ja sen tytäryhtiöiden<sup>5</sup> liikevaihdosta tulee alueiden kanssa harjoite-

Toteuttavan organisaation ominaisuudessa Tragsa on ennen muuta alueiden käytettävissä, mutta oikeushenkilönä se on miltei kokonaan Espanjan valtion hallinnassa, sillä valtio omistaa yli 99 prosenttia yhtiöpääomasta;

5 – Komissio mainitsee, että Tragsalla on lisäksi joitakin ulkomaisia tytäryhtiöitä. Asian suullisessa käsittelyssä Tragsa kuitenkin ilmoitti, että nämä yritykset on joko likvidoitu tai niiden toiminta on loppunut kokonaan tai suurimmaksi osaksi.

Tragsa on organisatorisesti itsenäinen toimeenpaneva organisaatio, joka on keskushallinnon ja alueiden julkisten hankintojen osalta täysin riippuvainen näiden hallinnollisten elinten tilauksista ja toimeksiannoista, joita ne antavat sille käyttäessään julkista toimivaltaansa: sen täytyy ottaa vastaan sen tehtäväksi annetut hankinnat, toteuttaa ne annettujen ehtojen mukaan ja annettussa aikataulussa asetuksessa vahvistettua maksua vastaan;

keskushallinnon ja alueiden toimeenpanevana organisaationa. Tämän toiminnan laajuutta ei kuitenkaan voi tarkoin päätellä käytettävissä olevan aineiston perusteella, koska Tragsa toimii osin myös tytäryhtiöidensä kautta.

### III Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

Espanjan julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä ei estetä sitä, että Tragsa saa keskushallinnolta ja alueilta toteutettavakseen hankintoja, jotka eivät millään lailla liity julkisen toimivallan käyttämiseen tai julkishallinnon tehtävien ja vastuiden toteuttamiseen vaan jotka osoitetaan sille yksinomaan siksi, että se on teknisenä yksikkönä käytettävissä, mutta jotka myös yksityiset toimijat voivat hoitaa normaalien markkinaehtojen mukaan;<sup>6</sup>

25. Asemfo teki 23.2.1996 kantelun Espanjan kilpailuviranomaiselle (Servicio de Defensa de la Competencia). Tässä kantelussa Tragsaa syytettiin siitä, että se oli käyttänyt väärin määräävää asemaansa Espanjan metsätalouden rakennusurakoiden, palvelujen ja hankkeiden markkinoilla muun muassa siksi, että sille urakoita antaneet hankintaviranomaiset eivät olleet noudattaneet edellä 15 kohdassa mainitussa, 18.5.1995 annetussa, Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Publicasissa säädettyjä tarjouskilpailumenettelyjä.

Tragsan toimintaa sääntelevät säädökset ja hallinnolliset määräykset sallivat sekä nimenomaisesti että implisiittisesti muunlaisen toiminnan kuin sen, jota Tragsa harjoittaa

Asemfon mukaan Tragsan peruskirja mahdollistaa sen, että Tragsa voi hoitaa keskustai aluehallinnon suorasta toimeksiannosta hyvin monenlaisia rakennusurakoita ilman edeltävää tarjouskilpailua. Tällöin toimiva kilpailu asianomaisilla Espanjan maa- ja metsätalouden palvelujen ja rakennusurakoiden markkinoilla vaarantuu.

6 – TRAGSA ja Espanjan hallitus ovat huomauttaneet, että Tragsa ei lainsäädännön mukaan saa osallistua keskushallinnon ja alueiden julkisiin tarjouskilpailuihin. Tragsa saa olla mukana vain muiden julkisyhteisöjen kuin keskushallinnon ja alueiden tarjouskilpailuissa.



26. Kilpailuviranomainen hylkäsi kantelun 16.10.1997 tekemällään päätöksellä. Tragsa toimii sen mukaan käsiteltävänä olevassa asiassa "hallinnon omana välineenä", toisin sanoen hallinnon omana toteuttavana yksikönä, jolla ei ole itsenäisiä päätöksentekovaltuuksia vaan jonka on pakko toteuttaa sille annetut työt. Näin ollen on kyse toimeksiantavan ja toimeksiannon saavan viranomaisen suhteesta julkishallinnon sisällä. Tragsan toiminnalla ei siten ole mitään tekemistä markkinoiden kanssa eikä siihen sovelleta näillä markkinoilla voimassa olevaa yksityisiä ja julkisia yrityksiä koskevaa kilpailulainsäädäntöä.

27. Asemfo valitti tästä päätöksestä Tribunal de Defensa de Competenciaan, joka hylkäsi valituksen 30.3.1998 tekemällään päätöksellä samoin perusteiden kuin kilpailuviranomainen. Se korosti, että Tragsan toimintaa on pidettävä viranomaisen itsensä toteuttamana, kun se toteuttaa toimivaltaisten viranomaisten sille antamia urakoita. Vain silloin, kun Tragsa toimii itsenäisesti julkisena yrityksenä, voisi olla kyse kilpailulainsäädännön rikkomisesta.

28. Tämän jälkeen Asemfo valitti Audiencia Nacionalin Sala de lo Contencioso-Administrativoon, joka vahvisti 26.9.2001 antamassaan tuomiossa Tribunalin päätöksen.

29. Lopulta Asemfo teki Tribunal Supremolle kassaatiovalituksen, jossa se katsoo,

että Tragsaa, joka on julkinen yritys, ei voida luokitella "hallinnon omaksi välineeksi" eli toisin sanoen hallinnon omaksi toteuttavaksi yksiköksi, johon ei sovelleta yhteisön julkisia sopimuskentekomenettelyjä koskevia säännöksiä, ja että Tragsaa koskeva lainsäädäntö, erityisesti sellaisena kuin se on vahvistettu lain nro 66/1997 88 §:ssä, ei ole yhteensopiva yhteisön oikeuden kanssa.

30. Tribunal Supremo epäili Tragsaa koskevan lainsäädännön yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa.

31. Siksi Tribunal Supremo katsoi, että on aiheellista esittää yhteisöjen tuomioistuintielle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Voidaanko EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 1 kohdan nojalla sallia se, että unionin jäsenvaltio antaa lailla julkiselle yritykselle oikeudellisen aseman, jonka perusteella se voi toteuttaa julkisia rakennusurakoita noudattamatta tarjouskilpailussa tehtäviä julkisia

hankintoja koskevaa yleistä järjestelmää silloin, kun erityisiä kiireellisiä tai yleistä etua koskevia syitä ei ole, riippumatta siitä, alittuuko vai ylittykö asiaa koskevissa yhteisön direktiiveissä tarkoitettu kynnyсарvo?

- 2) Onko tällainen oikeudellinen asema sopusoinnussa 14.6.1993 annettujen neuvoston direktiivien 93/36/ETY ja 93/37/ETY sekä niiden muuttamisesta 13.10.1997 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/52/EY ja komission direktiivin 2001/78/EY säännösten – joita on äskettäin muutettu 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY – kanssa?

- 3) Voidaanko yhteisöjen tuomioistuimen 8.5.2003 antamassa tuomiossa (asia C-349/97, Espanja v. komissio) esitettyä tulkintaa joka tapauksessa soveltaa Tragsaan ja sen tytäryhtiöihin, kun otetaan huomioon yhteisöjen tuomioistuimen muu julkisia hankintoja koskeva oikeuskäytäntö sekä se, että hallinto antaa Tragsan hoidettavaksi suuren määrän rakennusurakoita, joihin ei sovelleta vapaata kilpailua koskevaa järjestelmää, ja että tämä seikka voi merkittävästi vääristää merkityksellisiä markkinoita?”

*A Menettely yhteisöjen tuomioistuimessa*

32. Asemfo, Tragsa, Espanjan hallitus, Liettuan hallitus sekä komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Tragsa, Espanjan hallitus ja komissio ovat selvittäneet väitteitään tarkemmin 15.6.2006 pidetyssä suullisessa käsittelyssä.

**IV Arviointi**

*A Alustavia huomautuksia*

33. Tragsa, Espanjan hallitus ja komissio ovat kyseenalaistaneet yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamisen eri perustein.

34. Epäilyksiä kysymysten merkityksestä pääasian ratkaisun kannalta ja niiden tarpeellisuudesta yhteisöjen tuomioistuimen voimassa olevan oikeuskäytännön valossa voidaan minusta arvioida perustellusti vasta sitten, kun kysymykset on tutkittu huolellisesti, sillä asiaan vaikuttavat monimutkaiset kansalliset oikeussäännöt ja tosiseikat.

35. Siksi tarkastelen käsiteltävänä olevien ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamista vasta tämän ratkaisuehdotuksen lopussa.

36. Kaikissa kirjallisissa huomautuksissa ja lisäksi suullisessa käsittelyssä on käsitelty laajasti sitä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, joka koskee yhteisön oikeuden sovellettavuutta julkisiin tavaranhankintoihin ja rakennusurakoihin<sup>7</sup> sekä julkisten palvelujen hoitamista koskeviin konsessiosopimuksiin<sup>8</sup> tapauksissa, joissa kyseinen alueellinen viranomainen valvoo toteuttavaa oikeushenkilöä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia yksikköjään ja jossa tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien julkisyhteisöjen tarpeisiin.<sup>9</sup>

37. Kuten komissio on suullisessa käsittelyssä perustellusti huomauttanut, tämä oikeuskäytäntö liittyy tapauksiin, joissa hankintaviranomaiset ovat tehneet vastikkeellisia

julkisia tavaran- ja/tai palveluhankintasopimuksia sellaisten oikeushenkilöiden kanssa, joiden toimintaa ne valvovat jokseenkin kattavasti ja jotka harjoittavat pääosaa tai merkittävää osaa toiminnastaan kyseisten julkisyhteisöjen kanssa.

38. Ne tosiseikat ja oikeudelliset seikat, joihin käsiteltävänä olevat ennakkoratkaisukysymykset perustuvat, eroavat kuitenkin kahdella tavalla edellä alaviitteessä 7 mainitun oikeuskäytännön taustalla olevasta tilanteesta.

Espanjan keskushallinto ja alueet ovat Tragsan hankintaviranomaisia tiukan hierarkkisessa mielessä siltä osin, että Tragsa ei voi kieltäytyä ottamasta vastaan toimivaltaisten viranomaisten sille antamia tehtäviä, se on täysin sidottu näiden viranomaisten toimeksiantoihin ja ohjeisiin ja se saa toiminnastaan sääntöjen mukaan lasketun ja vahvistetun korvauksen. Tragsaa on siis tiivistäen pidettävä Espanjan keskushallinnon ja alueiden omana toteuttavana yksikkönä, vaikka se onkin sekä yksityis- että julkisoikeudellinen oikeushenkilö. Hankintaviranomaisen ja hankinnan toteuttavan oikeushenkilön välinen sopimuselementti, joka on ollut mukana kaikissa niissä tapauksissa, joiden perusteella

7 – Tässä ovat kyseessä erityisesti yhteisöjen tuomioistuimen seuraavissa asioissa antamat tuomiot: asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121); asia C-26/03, Stadt Halle, tuomio 11.1.2005 (Kok. 2005, s. I-1); asia C-29/04, komissio v. Itävalta, tuomio 10.11.2005 (Kok. 2005, s. I-9705) ja asia C-340/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok. 2006, s. I-4137).

8 – Tältä osin merkityksellisiä ovat mm. yhteisöjen tuomioistuimen seuraavissa asioissa antamat tuomiot: asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok. 2005, s. I-7287); asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok. 2005, s. I-8612) ja asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok. 2006, s. I-3303).

9 – Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Stad Halle annetun tuomion 48 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin vahvisti nimenomaan, että julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä ei tarvitse soveltaa tehtäviin, joita hankintaviranomaisena oleva viranomainen hoitaa omilla hallinnollisilla, teknisillä tai muilla voimavaroillaan.

yhteisöjen tuomioistuin on kehittänyt edellä mainitun oikeuskäytäntönsä, puuttuu tästä tapauksesta kokonaan.<sup>10</sup>

Vaikka Tragsan harjoittamasta toiminnasta pääosa on nykyisin toimintaa alueiden tarpeisiin, on vähintäänkin ongelmallista olettaa, että nämä alueelliset julkisyhteisöt harjoittaisivat Tragsassa määräysvaltaa. Kuten edellä esitetystä katsauksesta ilmenee,<sup>11</sup> Tragsan julkisoikeudellinen asema on kokonaan tai melkein kokonaan Espanjan lainsäätäjän säätelemä, kun taas vain neljä kaikkiaan 17 itsehallintoalueesta omistaa Tragsasta symbolisen osuuden, nimittäin yhteensä alle prosentin koko osakepääomasta. Tästä voi päätellä, että Tragsa on kyllä toteuttavana organisaationa alueiden käytettävissä, mutta yhtä selvää ei ole, että alueilla olisi siinä määräysvalta.

39. Näistä eroista seuraa, että esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten vastauksia ei välttämättä voi johtaa mainitusta yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, vaikka siitä voi toki saada analogioiden kautta tärkeää tukea oikeudelliselle arvioinnille.

40. Tarkastelen seuraavaksi ensin päälinjoitain, millaisia yhteisön oikeuteen liittyviä kysymyksiä pääasian taustalla oleva oikeudellinen tilanne ja organisaatio saattavat herättää.

41. Sen jälkeen tutkin – mahdollisimman pitkälti edellä alaviitteissä 7 ja 8 mainittujen yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöjen perusteella – millä tavoin näihin kysymyksiin voitaisiin vastata.

42. Erityistä huomiota kiinnitän EY 86 artiklan merkitykseen näiden kysymysten yhteydessä.

43. Lopuksi käsittelen vielä lyhyesti kysymystä tutkittavaksi ottamisesta.

## B *Oikeudellinen tilanne ja organisaatio*

44. Kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 38 kohdassa on jo huomautettu, Tragsaa on

<sup>10</sup> – Ks. alaviite 9.

<sup>11</sup> – Ks. etenkin tämän ratkaisuehdotuksen 4–9 kohta sekä 13 kohta.

pidettävä ”hallinnon omana välineenä”, toisin sanoen Espanjan keskushallinnon ja mahdollisesti myös alueiden omana toteuttavana yksikkönä, joka on sekä peruskirjansa että omistussuhteidensa – Espanjan keskushallinto omistaa suoraan tai välillisesti yli 99 prosenttia Tragsan osakkeista – perusteella katsottava laitokseksi, joka on kokonaan Espanjan keskushallinnon valvonnassa.

45. Lakiin kirjatusta yksikön tehtäväkuvauksesta voi päätellä, että pääosa Tragsan harjoittamasta toiminnasta on toimintaa Espanjan maa- ja metsätalouden sekä kalastuksen ja kalanviljelyn kehittämiseksi. Tämän toiminnan lisäksi myös ympäristönsuojelutyö sekä luonnon- ja kulttuuriperinnön säilytystyö ovat ajan myötä tulleet mukaan toimenkuvaan.

46. Tämän ”tavanomaisen” toimintansa lisäksi Tragsalla on myös lisätehtävä, joka voi tulla ajankohtaiseksi poikkeuksellisissa olosuhteissa, kuten tulvien ja niihin verrattavien luonnonkatastrofien yhteydessä. Toisinaan Tragsa myös osallistuu yhteisön maatalouspolitiikan joidenkin osien toimeenpantoon, kuten ilmenee yhteisöjen tuomioistuinten asiassa C-349/97, Espanja vastaan komissio, 8.5.2003 antamasta tuomiosta.<sup>12</sup>

47. Tämä toiminta voidaan pääosin luokitella tosiasialliseksi toiminnaksi, joka toteutetaan julkishallinnollisten vastuiden hoitamiseksi ja – laajasti ymmärrettynä – maaseudun rakennepolitiikan sekä maaseutuympeiristön laadun kehittämiseksi.

48. Toiminnan luonne ja ne julkishallinnolliset tavoitteet, joihin sillä pyritään, ovat sellaisia, että niitä voivat toteuttaa yhtä hyvin viranomaisten omat yksiköt kuin jossain määrin itsenäiset julkisen valvonnan alaiset oikeushenkilöt sekä myös yksityiset oikeushenkilöt asiasta vastaavien viranomaisten kanssa tehdyn hankintasopimuksen perusteella.

49. Periaatteessa jäsenvaltiot voivat vapaasti järjestää sellaisen toiminnan toteutuksen, josta niillä on julkinen vastuu, joskin yhteisöjen tuomioistuin on edellä mainitussa oikeuskäytännössään katsonut, että julkisten hankintasopimusten ja konsessiosopimusten tekeminen ”hallinnon omien” oikeushenkilöiden kanssa ilman edeltävää tarjouskilpailua on sallittua vain, jos tarkoin määritellyt ehdot täyttyvät.

50. Kuten asiassa Stadt Halle annetun tuomion 48 kohdasta ilmenee, yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että hankintaviranomai-

12 – Asia C-349/97, Espanja v. komissio, tuomio 8.5.2003 (Kok. 2003, s. I-3851).

senä olevalla viranomaisella on mahdollisuus hoitaa sille kuuluvia yleisen edun mukaisia tehtäviä itse omilla hallinnollisilla, teknisillä tai muilla voimavaroillaan ilman, että sen olisi turvaututtava sellaisten ulkoisten yksiköiden apuun, jotka eivät kuulu sen yksiköihin. Tällaisessa tapauksessa kyse ei voi olla hankintaviranomaisesta oikeudellisesti erillisen yksikön kanssa rahallista vastiketta vastaan tehdystä sopimuksesta. Julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä ei siten tarvitse soveltaa.

51. Espanjan keskushallinnon ja Tragsan välinen suhde vaikuttaa tällaiselta. Sen sijaan on vähintäänkin tarkempaa erittelyä edellyttävä kysymys, vallitseeko tällainen suhde myös Tragsan ja alueiden välillä, vaikka Espanjan hallitus ja Tragsa tuntuvat pitävän sitä itsestään selvänä. Voidaanko Tragsaa ilman muuta pitää alueiden omana teknisenä tai hallinnollisena välineenä, kun alueet eivät voi valvoa tätä välinettä minkään kansallisessa lainsäädännössä kuvatun valvontatoimivallan perusteella eikä niille myöskään synny tällaista toimivaltaa niiden kyseisestä hallinnollisesta välineestä omistaman osuuden perusteella?<sup>13</sup>

52. Olipa vastaus tähän kysymykseen mikä tahansa, sitä on arvioitava yhteisön primaar-

rioikeuden, erityisesti EY 12, EY 43 ja EY 49 artiklan perusteella. Näin voi minusta päätellä viimeaikaisten asioissa Coname ja Parking Brixen annettujen tuomioiden perusteella.<sup>14</sup>

53. Ennen kuin kuitenkaan siirryn vastaamaan kysymykseen siitä, valvovatko Espanjan alueet Tragsan hankintaviranomaisen ominaisuudessa kyseistä oikeushenkilöä, minun on tutkittava, mitä merkitystä tällä vastauksella voi olla EY 12, EY 43, EY 49 ja mahdollisesti EY 86 artiklan valossa.

54. Jo edellä 47 kohdassa esitetyistä huomautuksista seuraa, että tosiasiallinen toiminta, jota Tragsa harjoittaa Espanjan keskushallinnon toimeksiannosta, ei pääosin ole Espanjan valtion julkisen toimivallan käyttöä. Toiminnalla pyritään julkiseen politiikkaan ja julkiseen vastuuseen liittyviin tavoitteisiin, mutta yksinomaan tällä perusteella se ei eroa toiminnasta, jota yksityiset yritykset toteuttavat viranomaisten kanssa tehdyn hankintasopimuksen perusteella, kuten esimerkiksi infrastruktuuriurakoista.

13 – Komissio käsitteli tätä asiaa perusteellisesti suullisessa käsittelyssä mm. yhteisöjen tuomioistuimen viimeaikaisen oikeuskäytännön perusteella (edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa Parking Brixen ja edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Carbotermo annetut tuomiot).

14 – Vaikka näissä tuomioissa oli kyse julkisten konsessiosopimusten tekemisestä, josta ei ole olemassa yhteisön sekundaarioikeuden sääntöjä, myös tähän tapaukseen voidaan analogisesti soveltaa näissä tuomioissa vahvistettua periaatetta, jonka mukaan oikeustilannetta on aina mahdollista arvioida yhteisön primaarioikeuden perusteella, jos se ei ole selvillä yhteisön sekundaarioikeuden perusteella.

55. Tästä seuraa, että EY 45 artiklan ensimmäistä virkettä, luettuna yhdessä 55 artiklan kanssa, ei voida soveltaa.<sup>15</sup> Näin ollen Tragsan toimintaa on arvioitava, siltä osin kuin siihen ei voida soveltaa hankintoja koskevia sopimusmenettelyjä koskevaa yhteisön sekundaarioikeutta, EY 43, EY 49 ja mahdollisesti EY 86 artiklan perusteella.<sup>16</sup>

56. Onko sillä, että Espanjan alueet voivat antaa hankintana Espanjan keskushallinnon toteuttavan organisaation hoidettavaksi hyvin huomattavan osan tosiasiallisesta maatalouden rakennepoliittisesta kehittämistoiminnastaan (laajasti ymmärrettynä), tosiasiallisia tai potentiaalisia seuraamuksia sijoittautumisvapaudelle ja palvelujen tarjoamisen vapaudelle yhteisössä?<sup>17</sup>

57. Vastaus tähän kysymykseen on ilman muuta myöntävä, sillä tällainen rakenne

johtaa siihen, että huomattava osa kyseisestä toiminnasta, joka voitaisiin antaa myös yksityisten yritysten tehtäväksi, on jo ennakolta määrätty Tragsalle, joka on keskushallinnon toteuttava organisaatio. Mahdollisten muualla yhteisössä toimivien yksityisten tarjoajien markkinat supistuvat vastaavasti.

58. Vaikka kyse on yhden julkisyhteisön – alueen – toisen julkisyhteisön – Espanjan keskushallinnon – toteuttavalle yksikölle – Tragsalle – antamista hankinnoista ja vaikka näistä toimeksiannoista puuttuvat kaikki vastikkeellisen sopimuksen tunnusmerkit, näillä seikoilla ei ole vaikutusta siihen tosiseikkaan, että kyseisellä hallintorakenteella on talouden kannalta samat seuraukset kuin sellaisella rakenteella, jossa yksi julkisyhteisö antaa vastikkeellisen sopimuksen perusteella hankintoja sellaisen oikeushenkilön toteutettavaksi, joka on toisen julkisyhteisön valvonnassa.

59. Molemmissa järjestelmissä tavaroiden, palvelujen ja julkisten rakennusurakoiden hankintasopimukset jäävät kilpailun ulkopuolelle, ja tällä on tosiasiallisia ja potentiaalisia seuraamuksia tavaroiden vapaalle liikkuvuudelle, palvelujen tarjoamisen vapaudelle ja sijoittautumisvapaudelle yhteisön markkinoilla. Näin ollen niitä on arvioitava mahdollisimman pitkälti samoin perustein.

15 – Tämä poikkeus on yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan rajoitettava tiukasti koskemaan vain sellaisia toimintoja ja sellaista etua, jotka liittyvät julkisen vallan käyttöön. Jo asiassa 2/74, Reyners, annettiin 21.6.1974 tämänsuuntainen tuomio (Kok. 1974, s. 631, Kok. Ep. II, s. 311), ja se on myöhemmin vahvistettu mm. asiassa C-283/99, komissio v. Italia, annettussa tuomiossa (tuomio 31.5.2001, Kok. 2001, s. I-4363, 20 kohta).

16 – Ks. tästä asioissa Coname, Parking Brixen ja ANAV annetut tuomiot, joihin on viitattu edellä alaviitteessä 8.

17 – Edellä esitetystä Espanjan lainsäädäntöä koskevasta katsauksesta, etenkin 13 kohdasta, voisi päätellä, että Tragsan käyttäminen alueiden "omana" toteuttavana organisaationa on vapaaehtoista. Jos näin on, siitä seuraa, että Tragsan luokittelu "omaksi välineeksi" muuttuu vielä ongelmallisemmaksi, koska toinen julkisoikeudellinen yhteisö voi vapaasti valita, käyttääkö se toteuttavaa organisaatiota vai paneeko se toimeen julkisen tarjouskilpailun, jolloin syntyy ristiriita yhteisön julkisia hankintasopimuksia koskevien määräysten kanssa. Kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava, onko tällainen valinnanvapaus olemassa.

60. Tämä koskee myös sitä edellytystä, että sen oikeushenkilön tai yksikön, jonka toteutettavaksi hankinnat annetaan, tapahtuipa se sitten vastikkeellisen sopimuksen perusteella tai ei, täytyy olla hankintaviranomaisen valvonnassa.

61. Tragsa ja Espanjan hallitus ovat kirjallisissa ja suullisissa huomautuksissaan korostaneet ennen muuta sitä, että Tragsa on Espanjan keskushallinnon ja alueiden ”hallinnon oma väline”. Tragsa on kuitenkin muutakin kuin pelkkä Espanjan valtion ja alueiden toteuttava yksikkö. Se toimii myös kuntien, muiden julkisyhteisöjen ja yksityisten yritysten hankintojen toteuttajana. Siinä ominaisuudessa se kilpailee hankinnoista muiden markkinaosapuolten kanssa.

62. Näiden hankintojen osuus Tragsan koko liikevaihdosta vaihtelee. Komission kirjallisten huomautustensa 34 kohdassa antamien tietojen perusteella voidaan päätellä, että osuus vaihtelee 7:stä 8,5 prosenttiin. Tragsa ilmoittaa omien kirjallisten huomautustensa 96 kohdassa hieman eri lukuja, jotka eroavat komission luvuista siksi, että niissä on ilmoitettu erikseen kahden tytäryrityksen luvut. Oli miten oli, komission ja Tragsan antamat tiedot ovat karkeasti ottaen samassa suuruusluokassa.

63. On epäiltävä, voiko näistä luvuista ilman muuta tehdä sitä johtopäätöstä, että Tragsan toiminnasta pääosaa harjoitetaan sellaisen julkisyhteisön hyväksi, jolla on siihen määräysvalta; se on kuitenkin Espanjan hallituksen ja Tragsan itsensä kanta.

64. Ensiksi on todettava, että määrällisistä tiedoista, jotka koskevat vain tiettyjä vuosia, ei voi ilman muuta tehdä sitä johtopäätöstä, että muiden kuin Espanjan hallinnon ja alueiden kanssa – eli muiden julkisyhteisöjen ja yksityisten kanssa – kilpailutilanteessa harjoitetun toiminnan osuus on alle 10 prosenttia koko liikevaihdosta. Tragsaan sovellettavista lainsäädännöllisistä ja hallinnollisista määräyksistä ei ainakaan löydy mitään säännöstä, joka rajoittaisi tämän toiminnan laajuutta.

65. Toiseksi kysymys siitä, minkä viranomaisen määräysvallassa Tragsa on, on luonnollisesti yhä avoin. Jos esitetään hypoteesi, että tämä viranomainen on Espanjan keskushallinto yksinään, on vaikea väittää, että Tragsan toiminnan pääosaa olisi harjoitettu sen omistavan julkisyhteisön kanssa, kun noin 30 prosenttia sen liikevaihdosta muodostuu keskushallinnolle toteutetuista töistä.

66. Lisäksi Tragsan sekamuotoiseen oikeushenkilön luonteeseen liittyy vielä merkittävä juridinen vaikeus.



67. Jos oikeushenkilön harjoittamasta toiminnasta pääosa on toimintaa yhden tai usean julkisyhteisön oman toteuttavan yksikön ominaisuudessa ja pienempi osa kilpailutilanteessa harjoitettavaa toimintaa muiden julkisyhteisöjen ja yksityisten toimeksiantajien lukuun, herää kysymys, missä ominaisuudessa nämä jälkimmäiset suoritukset toteutetaan.

68. Onko Tragsaa pidettävä tämän pienemmän osuuden osalta oikeushenkilönä, jolla tosin on erikoinen peruskirja, mutta joka kilpailee silti tasavertaisena muiden yksityisten tarjoajien kanssa muiden julkisyhteisöjen ja yksityisten hankintasopimuksista?

69. Vai onko Tragsa sittenkin myös tämän pienemmän toiminnan osalta niiden julkisyhteisöjen toteuttava yksikkö, joiden lukuun pääosaa sen toiminnasta harjoitetaan, mutta se harjoittaa silti ylijäävällä kapasiteetillaan sivutoimintaa markkinoilla ja kaventaa siten maatalousinfrastruktuurin ja maimsemansuojelun alan markkinoita entistä enemmän?

70. Kysymyksestä tekee hyvin tärkeän se seikka, että Tragsan peruskirjassa ei ilmeisesti tehdä selvää oikeudellista ja kirjanpitolista eroa näiden molempien toimintamuotojen välille, joita se voi harjoittaa. Ainakin peruskirjasta puuttuu yksiselitteinen takuu, joka estäisi kilpailun mahdollisen vääristymisen tällä ylijäävällä markkinoiden osalla.

71. Näin ollen voi syntyä tilanne, jossa sellaiset yksityiset yritykset, jotka hoitavat samanlaisia urakoita kuin Tragsa ja joilla ei ole mahdollisuutta kilpailla niistä hankinnoista, joita Tragsa hoitaa Espanjan keskuhallinnon ja alueiden lukuun, jäävät osattomiksi myös ylijäävästä markkinoiden osasta (muiden julkisyhteisöjen ja yksityisten hankintojen markkinoista), koska Tragsalla on näillä markkinoilla jo valmiiksi muita edullisempi kilpailuasema siksi, että se on keskuhallinnon ja alueiden teettämien hankintojen – laajojen – suljettujen markkinoiden ainoa tai ainakin etuoikeutetussa asemassa oleva tarjoaja.

72. Toinen asiassa Teckal annetussa tuomiossa vahvistettu edellytys, jonka mukaan asianomaisen oikeushenkilön, konsessiosopimuksen haltijan tai itsenäisen toteuttavan yksikön on harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavien julkisyhteisöjen kanssa, ei näin ollen yksinään ole riittävä estämään todellisia tai potentiaalisia tavaroiden vapaan

liikkuvuuden, palvelujen tarjoamisen vapauden ja sijoittautumisvapauden esteitä eikä torjumaan mahdollista kilpailun vääristymistä. Palaan tähän asiaan vielä jäljempänä.

73. Lopuksi on käsiteltävä vielä kysymystä, joka liittyy julkisista hankinnoista annetun kodifoidun lain 152 ja 194 §:n säännöksiin.<sup>18</sup>

74. Näiden säännösten mukaan hallinto voi teettää rakennusurakoita tai tuottaa tavaroita siten, että se käyttää omia yksiköitään tai materiaalisia välineitään taikka omaa henkilökuntaansa. Jos hallinnolla on käytettävissään tehtaita, varastoja tai laitoksia taikka teknisiä tai teollisia yksiköitä, jotka pystyvät riittävällä tavalla toteuttamaan suunnitellun rakennusurakan, tätä toteuttamisjärjestelmää on yleensä käytettävä. Jos tämä toteutustapa valitaan, siihen voi osallistua myös yksityisiä yrittäjiä ilman edeltävää sopimuksentekomenettelyä, jos urakoiden kustannukset jäävät alle 5 923 624 euron enimmäismäärän.

75. Näihin määräyksiin ei sisälly ehtoa, jonka mukaan kyseisten urakoiden toteuttamisen tai kyseisten tavaroiden tuotannon täytyy kuulua asianomaisten toteuttavien yksiköiden ja organisaatioiden lakiin kirjatun tehtävävuokausen soveltamisalaan.

<sup>18</sup> – Mainittu edellä tämän ratkaisuehdotuksen 15 kohdassa.

76. Tämän kansallisen lainsäädännön tulkinta ja soveltaminen on tietenkin toimivaltaisen kansallisen tuomioistuimen tehtävä. Siitä huolimatta vaikuttaa siltä, että kyseisissä lainkohdissa säädetään Espanjan hallintoviranomaisille toimivaltaa ja jopa velvollisuuksia, jotka saattavat olla ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa.<sup>19</sup>

77. Vaikuttaa tosiaan siltä, että kyseiset Espanjan lainsäädännön säännökset mahdollistavat sen, että Espanjan hallintoviranomaiset voivat vapaasti käyttää toteuttavien yksiköidensä kapasiteettia sellaisten urakoiden teettämiseen tai palvelujen toteuttamiseen, joiden toimiala ei sisälly näiden toteuttavien yksiköiden lakisääteisiin tehtäviin – tai niiden käytännössä jopa täytyy<sup>20</sup> tehdä niin.

78. Silloin kun kyseessä ovat urakat, palvelut tai tavarat, joiden toteuttamisesta tai tuottamisesta aiheutuu lakisääteistä enimmäismäärää pienemmät kustannukset, kyseiset yksiköt voivat vielä lisäksi ottaa samoihin hankkeisiin mukaan myös yksityisiä yrittäjiä.

<sup>19</sup> – Ennakkoratkaisupyyntönsivuilla 12 ja 13 Tribunal Supremo tuo selvästi esiin tätä koskevat epäilynsä: ”Yhteisön yleisten oikeusperiaatteiden noudattamisen kannalta yhtä lailla ongelmallisena voidaan pitää sitä mahdollisuutta, että hallinnon suoran osallistumisen kautta ja hallinnon hankintoja koskevien peräkkäisten lakien edellä mainituissa säännöksissä annetun valtuutuksen perusteella hallinto ottaa laissa omaksi välineeksi määritellyn valtionyhtiön välityksellä hoidettavakseen sellaisen määrän hankintasopimuksia, joka ratkaisevasti muuttaa merkityksellisiä markkinoita.”

<sup>20</sup> – Julkisista hankinnoista annetun Espanjan lain 152 ja 194 §:stä ilmenee, että kansallinen lainsäätävä ainakin olettaa, että hankintasopimuksia tekevät viranomaiset hyödyntävät omien toteuttavien yksiköidensä ylijäävää kapasiteettia: ”jolloin tätä toteuttamisjärjestelmää on yleensä käytettävä”. Tämän säännöksen tarkempi tulkinta on kuitenkin ennakkoratkaisupyyntönsivun esittämän tuomioistuimen tehtävä.

79. Ei ole tarpeen tulkita kyseistä kansallista lainsäädäntöä tämän tarkemmin, jotta voidaan todeta, että se tarjoaa mahdollisuuksia markkinoiden laajamittaiseen eristämiseen tai jopa kansallisten osamarkkinoiden sulkemiseen julkisia hankintoja koskevilta sopimusmenettelyiltä. Missä laajuudessa näin mahdollisesti käy, riippuu kyseisten toteuttavien yksiköiden käytettävissä olevasta kapasiteetista. Jos toteuttavien yksiköiden kapasiteettia kasvatetaan ja materiaali- ja henkilöstökapasiteetti sovitetaan laadullisiin muutoksiin, voidaan suhteellisen helposti saattaa laajoja hankintasopimusten osamarkkinoita kyseisten viranomaisten toteuttavien yksiköiden yksinomaiseen hallintaan.

80. Tätä vaaraa kasvattaa vielä entisestään se seikka, että tällaisten hankintojen toteuttamisessa voi olla mukana myös yksityisiä yrityksiä ilman edeltävää tarjouskilpailua, elleivät hankintaan liittyvät kustannukset ylitä erikseen määritettyä enimmäismäärää.

81. Edellä mainittujen Espanjan lain 152 ja 194 §:n soveltamisen aiheuttamiin vaaroihin ei vaikuta se, että lain nro 66/1997 88 §:n 5 momentissa kielletään Tragsan osallistuminen Espanjan keskushallinnon ja alueiden julkisiin tarjouskilpailuihin. Nämä määräyksethän juuri varmistavat, ettei kaikista julkisista hankinnoista järjestetä julkista tarjouskilpailua lainkaan, jos hallinnon toteuttava yksikkö voi hoitaa ne.

82. Tiivistäen voi todeta, että käsiteltävänä olevan Espanjan lainsäädännön yhteensopivuutta yhteisön julkisia hankintasopimuksia koskevien direktiivien kanssa on suuresti epäiltävä, koska tämä lainsäädäntö kannustaa hallintoa jättämään hankintasopimukset julkisten tarjouskilpailujen ulkopuolelle silloinkin, kun tällä ei mitenkään palvelu yleistä etua. Lisäksi sellaiset omat toteuttavat yksiköt, jotka voivat ottaa hoitaakseen viranomaisten hankintoja, joilla ei ole mitään tekemistä niiden lakisääteisten tai sääntöihin perustuvien tehtävien kanssa, saavat näin etuoikeutetun aseman. Vaikka ne ovat oikeudellisesti hallinnon omia välineitä, ne saavat markkinoilla tosiasiallisesti etuoikeutetun osapuolen aseman. On erittäin kyseenalaista, onko tällainen hallintorakenne yhteensopiva sen EY 86 artiklan 1 kohdassa vahvistetun periaatteen kanssa, jossa kielletään vastaavat eriarvoisen kohtelun muodot.<sup>21</sup>

83. Niiden tosiseikkojen ja oikeudellisten seikkojen perusteella, jotka vaikuttavat käsiteltävänä olevien ennakkoratkaisukysymysten taustalla, on vielä lopuksi erikseen kysyttävä, eikö jo pelkästään siitä mahdollisuudesta, että Tragsalle voidaan edellä mainitun Espanjan lain 152 §:n mukaan osoittaa sellaisten urakoiden tai palvelujen toteuttaminen, jotka eivät kuulu sen lakisääteisiin tehtäviin, seuraa, että tämä julkinen yritys ei kenties täytä toista asiassa Teckal annetussa tuomiossa vahvistettua edellytystä, nimittäin sitä, että sen on harjoitettava pääosaa toi-

21 – Ks. tästä tarkemmin tämän ratkaisuehdotuksen 117–122 kohta.

minnastaan sen omistavan julkisyhteisön hyväksi.

olevalla viranomaisella on mahdollisuus hoitaa sille kuuluvia yleisen edun mukaisia tehtäviä itse omilla hallinnollisilla, teknisillä tai muilla voimavaroillaan ilman, että sen olisi turvaututtava sellaisten ulkoisten yksiköiden apuun, jotka eivät kuulu sen yksiköihin. Tällaisessa tapauksessa kyse ei voi olla hankintaviranomaisesta oikeudellisesti erillisen yksikön kanssa vastiketta vastaan tehdystä sopimuksesta. Julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä ei siten tarvitse soveltaa.

### C Kysymysten vastaukset

#### Ensimmäinen ja toinen kysymys

84. Kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 38 ja 44 kohdassa on jo huomautettu, pääasian oikeudellisessa tilanteessa ja toiseikkoissa ei ole kysymys siitä, että hankintaviranomainen tekisi vastikkeellisen hankintasopimuksen sellaisen itsenäisen oikeushenkilön kanssa, johon viranomaisella on vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihinsä. Käsiteltävänä olevassa asiassa Tragsaa on pidettävä ”hallinnon omana välineenä”, vaikka se on erillinen oikeushenkilö. Tämä on asiaa koskevan Espanjan lainsäädännön perusteella kiistatonta.

85. Asiassa Stadt Halle<sup>22</sup> antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuimien katsoi nimenomaan, että hankintaviranomaisena

86. Minun nähdäkseni Tragsan peruskirjasta seuraa, että sitä on pidettävä ”omana voimavarana” eli ”hallinnon omana välineenä”, toisin sanoen ainakin Espanjan keskushallinnon toteuttavana yksikkönä. Silloin kun Tragsa toteuttaa Espanjan keskushallinnon sille antamia hankintoja, jotka kuuluvat sen lakisääteisiin tehtäviin, siihen ei näin ollen tarvitse soveltaa julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä.

87. Yhteisöjen tuomioistuimen asioissa Coname<sup>23</sup> ja Parking Brixen<sup>24</sup> antamista tuomioista päätellen, että vaikka hankintaviranomaisen ja toteuttavan yksikön tai oikeushenkilön välinen suhde ei kuulu julkisia hankintasopimuksia koskevien yhteisön sääntöjen soveltamisalaan, siihen on kuitenkin sovellettava perustamissopimusten

22 – Mainittu edellä alaviitteessä 7, tuomion 48 kohta.

23 – Mainittu edellä alaviitteessä 8, tuomion 16 kohta.

24 – Mainittu edellä alaviitteessä 8, tuomion 61 ja 62 kohta.

yleisiä määräyksiä, erityisesti määräyksiä, jotka koskevat liikkuvuutta ja kilpailua koskevia perusvapauksia.

on tutkittava, voidaanko sen kohdalla vedota niin kutsuttuihin Teckal-edellytyksiin. On kansallisen tuomioistuimen tehtävä tehdä tämä arviointi ja tarkastella siinä yhteydessä sitä oikeudellista tilannetta ja niitä tosiseikkoja, jotka säätelevät Tragsan toimintaa. Yhteisöjen tuomioistuin voi kuitenkin tarjota kansallisen tuomioistuimen tueksi huomioita, jotka auttavat sitä tekemään ratkaisun pääasiassa.

88. Yhteisön sääntöjä ei tosin sovelleta julkisiin hankintoihin silloin, kun julkisyhteisö hoitaa sille kuuluvia yleisen edun mukaisia tehtäviä itse omilla hallinnollisilla, teknisillä tai muilla voimavaroillaan turvaantumatta ulkopuolisiin yksiköihin, jos kyseisellä julkisyhteisöllä on tähän yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja jos kyseinen yritys harjoittaa pääosaa toiminnastaan sellaisen julkisyhteisön kanssa, jolla on siihen määräysvalta, mutta nämä kaksi ehtoa – niin kutsutut Teckal-edellytykset – ovat poikkeus. Siksi niitä on tulkittava suppeasti ja sen, joka niihin haluaa vedota, on näytettävä toteen, että kyseessä ovat sellaiset poikkeukselliset olosuhteet, joiden johdosta poikkeus edellä mainituista säännöistä on perusteltu.<sup>25</sup>

90. Kun tarkastellaan asiaa huolellisesti, vaikuttaa epäilyksettä siltä, että yhtäältä Espanjan keskushallinnon ja alueiden ja toisaalta Tragsan välinen suhde vastaa ensimmäistä Teckal-edellytystä:

Tragsan kaikki osakkeet ovat ensinnäkin suoraan tai epäsuorasti Espanjan valtion ja alueiden hallinnassa, vaikka vain neljä alueista omistaa suuruudeltaan symbolisia osuuksia;

89. Näistä epäsuorista lainauksista, jotka perustuvat asiassa Parking Brixen annettuun tuomioon, seuraa, että myös Tragsan osalta

toiseksi oikeussäännöistä, joiden nojalla Tragsa toimii Espanjan keskushallinnon ja alueiden – laajasti ymmärretty – maatalouden rakennepolitiikan toteuttavana yksikkönä, voi tehdä ainoastaan sen päätelmän, että Tragsa toimii asianomaisen ”hallinnon omana välineenä”. Viittaaan tältä osin erityi-

25 – Ks. mm. edellä alaviiteessä 7 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 46 kohta ja edellä alaviiteessä 8 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 63 ja 65 kohta.

sesti tämän ratkaisuehdotuksen 4–9 kohdassa siteerattuihin oikeussääntöihin.

91. Yhteisöjen tuomioistuin on viimeaikaisessa oikeuskäytännössään eritelty lähemmin ensimmäistä Teckal-edellytystä ja katsonut, että ”vastaava määräysvalta kuin – – omiin yksikköihinsä” edellyttää, että viranomaisella on ”mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategiaan tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin”.<sup>26</sup>

92. Tämä tarkemmin eritelty edellytys ei koske pelkästään viranomaisen ja sen ”oman” toteuttavan yksikön välistä suhdetta vaan myös useiden julkisyhteisöjen välistä sellaista suhdetta, johon voi mahdollisesti liittyä yhteistyöorganisaatio ja jossa kyseisillä yhteisöillä on yhteinen toteuttava yksikkö.<sup>27</sup>

26 – Ks. edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 65 kohta sekä edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Carbotermo annetun tuomion 36 kohta.

27 – Edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa Coname oli esillä tällainen viranomaisten yhteinen oikeushenkilö (Padani), samoin edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Carbotermo. Tällöin on sovellettava sekä kvantitatiivisia että kvalitatiivisia edellytyksiä, kuten ilmenee sekä asiassa Coname annetusta tuomiosta, jossa katsottiin (em. paikka), että 0,97 prosentin omistusosuus riittää objektiiviseksi perusteeksi, että asiassa Carbotermo annetusta tuomiosta, jossa katsottiin, että määräysvaltaa käyttävän viranomaisen valvontatoimivalta ei kyseisten oikeushenkilöiden hallintoneuvostojen osalta riittänyt siihen, että niillä olisi ollut ”mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategiaan tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin”.

93. Ei ole mitenkään epätavallista, että julkisyhteisöt perustavat tiettyjä julkisia tehtäviä, kuten jätevedenpuhdistusta, varten yhteistyöorganisaatioita, joiden vastuulla on harjoittaa määräysvaltaa yhteisessä toteuttavassa yksikössä. Jos tällainen yhteinen toteuttava yksikkö on organisatorisesti erillinen oikeushenkilö, asianomaiset julkisyhteisöt voivat ”vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategiaan tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin” osakkaina ja siten, että niillä on edustus tämän oikeushenkilön hallintoelimityksessä.<sup>28</sup>

94. Jos toteuttava yksikkö on organisatorisesti yhteistyötä tekevien julkisyhteisöjen ”hallinnon oma väline”, sen valvonta on analogisesti järjestettävä samalla tavoin kuin julkisia tehtäviä hoitavan ”yhteisen” itsenäisen oikeushenkilön valvonta, toisin sanoen siten, että varmistetaan kaikkien asianomaisten julkisyhteisöjen mahdollisuus ”vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategiaan tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin”.

95. Jollei hallinnon yhteisenä välineenä toimivan yksikön strategiaan ja hallintoon voida

28 – Julkisoikeudellisista sopimuksista, joita alueet ovat tehneet Tragsan kanssa, ja jotka on mainittu edellä tämän ratkaisuehdotuksen 13 kohdassa ja joiden tekstin komissio on liittänyt kirjallisiin huomautuksiinsa, ei kuitenkaan voi vielä päätellä, että alueet voisivat vaikuttaa Tragsaan ratkaisevasti. Kansallisen tuomioistuimen täytyy esittää asiasta lopullinen tulkinta ja tehdä sen perusteella ratkaisunsa.

vaikuttaa, asianomaisia viranomaisia ei voida pitää vastuullisena yksikön toiminnasta. Tämä koskee myös niiden vastuuta yhteisön säännösten asianmukaisesta noudattamisesta.

oman välineen strategiisiin tavoitteisiin ja muihin tärkeisiin päätöksiin sen peruskirjan kautta. Lisäksi on laadittava tarkka kuvaus niistä julkisista vastuista, joiden hoitamiseksi asianomaiset julkisyhteisöt voivat antaa tälle toteuttavalle yksikölle hankintojen toteuttamiseksi hallinnon oman välineen ominaisuudessa.

96. Komissio ei sitä paitsi ole aivan väärässä huomauttaessaan, että organisaatorakenteet, joissa useat julkisyhteisöt käyttävät yhden ja saman toteuttavan yksikön palveluja, vaikka kyseinen yksikkö on ainoastaan yhden julkisyhteisön ”hallinnon oma väline” ja vain tällä julkisyhteisöllä on siten mahdollisuus vaikuttaa yksikköön, ovat alttiita väärinkäytöksille. Ne voivat johtaa siihen, että julkisyhteisöt antavat – tai niitä rohkaistaan toimimaan näin – sellaisten urakoiden ja palvelujen toteuttamisen, jotka ne muuten alistaisivat julkiselle tarjouskilpailulle, käytettävissä olevan ”oman” toteuttavan yksikön tehtäväksi, vaikka se toimii toisen viranomaisen alaisuudessa. Kuten olen edellä 57–59 kohdassa esittänyt, tämä puolestaan voi johtaa siihen, että merkittäviä osia markkinoista jää julkisia hankintasopimuksia koskevan yhteisön primaari- ja sekundaarioikeuden soveltamisen ulkopuolelle.

97. Tästä syystä totean välipäätelmänä, että niissä tapauksissa, joissa toteuttava yksikkö toimii usean julkisyhteisön hallinnon omana välineenä, on varmistettava, että kaikilla hankintaviranomaisilla on tosiasiallinen mahdollisuus vaikuttaa tämän hallinnon

Näin voidaan rajoittaa edellisessä kohdassa mainittua väärinkäytösten vaaraa mahdollisimman suurella määrällä.<sup>29</sup>

98. Edellä 4–9 kohdassa todetusta ilmenee, että Tragsan peruskirjaan sovelletaan kokonaan tai lähes kokonaan Espanjan keskushallinnon antamia lakeja ja asetuksia. Myös Tragsan keskushallinnon ja alueiden kanssa harjoittaman toiminnan hinnaston vahvistaa keskushallinto, ja keskushallinto myös vastaa näistä hinnoista. Alueilla ei ilmeisesti ole minkäänlaista suoraa vaikutusvaltaa. Alueet voivat tosin vaikuttaa hankintojensa kautta, kuten Tragsa ja Espanjan hallitus ovat korostaneet, mutta tällainen yksittäisten urakoiden ja hankkeiden muodon ja toteuttavan kautta harjoitettava valvonta – joka sisältyy jokaiseen julkisyhteisöjen omalle yksikölle tai ulkoiselle oikeushenkilölle anta-

29 – Yhteisen toteuttavan organisaation tehtävien ja toimivallan tarkka rajaaminen ja kuvaaminen on merkityksellistä myös toisen Teckal-edellytyksen kannalta. Ks. jäljempänä 112–116 ja 117–121 kohta.

maan hankintaan – ei ole yhteisöjen tuomioistuimen tarkoittamaa määräysvaltaa, johon kuuluu mahdollisuus vaikuttaa ”ratkaisevasti sekä strategisiin tavoitteisiin että tärkeisiin päätöksiin”, joita esillä olevassa tapauksessa oma toteuttava yksikkö tekee.

minen. Olen jo edellä kuvannut niitä väärinkäytösten vaaroja, joihin tällainen avoin organisaatiorakenne johtaa.

99. Lisäksi muistutettakoon vielä kerran, että alueilta Tragsan peruskirjan osalta puuttuvaa vaikutusvaltaa ei mitenkään korvaa se vaikutusvalta, mikä niillä voisi olla oikeushenkilön osakkaiden ominaisuudessa, koska vain pieni vähemmistö alueista ylipäänsä omistaa Tragsan osakkeita ja koska niiden yhteinen omistusosuus on suuruudeltaan vain symbolinen.

101. Näin ollen päätelmäni on, että nykyisen peruskirjansa nojalla Tragsaa ei voida pitää alueiden hallinnon omana välineenä, koska niillä ei ole mahdollisuutta vaikuttaa tämän oikeushenkilön strategisiin tavoitteisiin ja muihin tärkeisiin päätöksiin.

102. Koska Tragsaa ei voida pitää alueiden hallinnon omana välineenä, tuntuu luontealta tehdä tästä se johtopäätös, että ei ole perusteltua sulkea Tragsan alueilta saamia toimeksiantoja julkisten tarjouskilpailujen ulkopuolelle.

100. Se seikka, ettei Tragsan toimintaa sääntelevissä oikeussäännöissä ole millään lailla selvästi rajattu toimialaa, johon kuuluvia hankintoja alueet voivat antaa Tragsan toteutettavaksi – tässä yhteydessä merkityksellinen on edellä 73–83 kohdassa käsitelty Espanjan julkisista hankinnoista annettu lainsäädäntö – viittaa lisäksi siihen, että Tragsaa ei voida pitää sellaisena yhteisenä toteuttavana yksikkönä, jonka tehtävänä on tiettyjen tarkoin rajattujen ja yleistä etua palvelevien urakoiden ja palvelujen toteutta-

103. Espanjan keskushallinnon Tragsalla teettämien toimeksiantojen laita on toisin, koska keskushallinnon osalta Tragsaa voidaan pitää julkisyhteisön hallinnon omana välineenä.

104. Edellä tämän ratkaisuehdotuksen 61–65 kohdassa esitetystä Tragsan toimintaa



sääntelevien oikeussääntöjen analyysistä seuraa, että nämä säännöt eivät myöskään ole toisen Teckal-edellytyksen mukaisia.

silloin, kun tämän yrityksen toiminta on pääasiassa omistettu tälle julkisyhteisölle ja kun kaikella muulla toiminnalla on vain toisarvoinen merkitys.

105. Asiassa Carbotermo<sup>30</sup> antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että asetetuilla vaatimuksilla, joiden mukaan julkisyhteisöllä on oltava kyseiseen oikeushenkilöön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja joiden mukaan tämän oikeushenkilön on lisäksi harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai sen omistavien julkisyhteisöjen kanssa, pyritään erityisesti välttämään kilpailun vääristyminen.

108. Edellä 61–65 kohdassa olen todennut, että Tragsan toiminta muiden julkisyhteisöjen kuin Espanjan keskushallinnon ja alueiden kanssa sekä yksityisten yritysten kanssa on kolmen viime vuoden aikana ollut laajuudeltaan noin 7–8,5 prosenttia Tragsan koko liikevaihdosta ja että sen peruskirjassa ei ole asetettu rajoituksia tämän toiminnan laajuudelle.

106. Vain siinä tapauksessa, että julkisyhteisön määräysvallassa oleva oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai sen omistavien julkisyhteisöjen kanssa, voi olla perusteltua olla soveltamatta niiden julkisia hankintasopimuksia koskevien direktiivien pakottavia säännöksiä, joiden tarkoituksena on suojata kilpailua, koska tällaisessa tilanteessa ei muutenkaan enää ole mitään kilpailua.

109. Jos lisäksi pidetään lähtökohtana edellä esittämäni oletusta, jonka mukaan ei voida katsoa, että alueilla on määräysvalta Tragsassa, tästä seuraa väistämättä, että vaatimus, jonka mukaan pääosaa toiminnasta on harjoitettava omistavan julkisyhteisön lukuun, ei täyty, koska alueiden lukuun harjoitettu toiminta muodostaa yli 50 prosenttia Tragsan koko liikevaihdosta.

107. Tähän sisältyy implisiittisesti, että asianomainen oikeushenkilö harjoittaa edellä mainitussa asiassa Teckal tarkoitetulla tavalla pääosaa toiminnastaan sellaisen julkisyhteisön kanssa, jolla on siihen määräysvalta, vain

110. Vaatimus, jonka mukaan pääosaa toiminnasta on harjoitettava omistavan julkisyhteisön lukuun, on välttämätön ehto sen estämiseksi, että kilpailu yhteismarkkinoilla vääristyy, kuten yhteisöjen tuomioistuin on äskettäin korostanut asiassa Carbotermo<sup>31</sup>

30 – Mainittu edellä alaviitteessä 7, tuomion 58–63 kohta.

31 – Mainittu edellä alaviitteessä 7.

antamassaan tuomiossa. Se ei kuitenkaan ole riittävä ehto.

tää lähempää tarkastelua EY 86 artiklan 1 kohdan perusteella.

111. Vaikka todettaisiinkin, että Tragsa tosi-asiassa harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai sen omistavien julkisyhteisöjen lukuun, olisi yhä olemassa mahdollisuus, että Tragsan muu toiminta vääristää vakavasti kilpailua osamarkkinoilla. Kuten olen edellä 66–72 kohdassa huomautanut, niin kauan kuin tämän toteuttavan yksikön organisaation harjoittamaa toimintaa ei voida täysin talouden ja kirjanpidon sekä materiaalien välineiden ja henkilökunnan osalta erottaa sen toiminnasta yhden tai usean julkisyhteisön toteuttavana yksikkönä, yksikkö voi käyttää hyväkseen julkisoikeudellisen peruskirjansa tarjoamaa etua kilpaillessaan muiden toimijoiden kanssa avoimilla osamarkkinoilla.

113. Tässä säännöksessä todetaan sanatar- kasti, että jäsenvaltiot eivät toteuta eivätkä pidä voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä taikka muita yrityk- siä ja joka on ristiriidassa tämän sopimuksen, etenkin sen 12 ja 81–89 artiklan määräysten kanssa.

114. Jos julkisyhteisön sisäinen ”oma” toteuttava yksikkö alkaa toimia avoimilla osamarkkinoilla ilman, että on ryhdytty riittäviin ja läpinäkyviin toimiin sen estämi- seksi, että tämä yksikkö hyödyntää avoimilla osamarkkinoilla toteutuvassa kilpailussa niitä mahdollisia talouteen ja materiaaliin väli- neiisiin liittyviä etuja, joita sille aiheutuu siitä, että se harjoittaa pääosaa toiminnastaan julkisyhteisön toteuttavana organisaationa, ei ole täytetty EY 86 artiklan 1 kohdassa esitettyjä nimenomaisia vaatimuksia.

112. Juuri tämä Tragsan sekamuotoisuus – se on toisaalta sen omistavan julkisyhteisön tai julkisyhteisöjen sisäinen toteuttava yksikkö, toisaalta oikeushenkilö, joka kilpai- lee muiden julkisyhteisöjen, kuten kuntien, ja yksityisten yritysten hankinnoista – edellyt-

115. Ristiriidassa etenkin EY 43 ja EY 49 artiklan kanssa on se, että avoimilla kansallisilla markkinoilla sivutoimisesti toi- mivat omat toteuttavat yksiköt voivat vai-

keuttaa mahdollisten muista jäsenvaltioista tulevien tarjoajien pääsyä markkinoille.<sup>32</sup>

116. Valtiontukikieltoon liittyvät vaarat, jotka syntyvät siitä, että yhtäältä valtion tai muun julkisyhteisön ja toisaalta julkisten yritysten välinen taloudellinen ja kirjanpidollinen suhde ei ole läpinäkyvä, ovat jo aikaisemmin antaneet komissiolle aihetta antaa EY 86 artiklan 3 kohtaan perustuvia säännöksiä.<sup>33</sup>

Nämä vaarat ovat vähintään yhtä suuret pääasian taustalla vaikuttavassa oikeudellisessa tilanteessa ja siihen liittyvissä tosiseikoissa. Tragsaa koskevaan lainsäädäntöön ei sisälly minkäänlaisia nimenomaisia takeita, jotka estäisivät avoimen tai piilevän ristiinrahoituksen organisaatiossa silloin, kun se toimii yhtäältä hallinnon omana toteuttavana yksikkönä ja toisaalta osamarkkinoiden markkinaosapuolena, mikä on ristiriidassa EY 86 artiklan 1 kohdan kanssa, luettuna yhdessä EY 87 ja EY 88 artiklan kanssa.

117. Olen edellä 78–83 kohdassa käsitellyt perusteellisesti niitä vaaroja, joita Espanjan

julkisista hankinnoista annetun lain 152 ja 194 §:n kaltaisten säännösten soveltamisesta voi seurata julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden asianmukaiselle soveltamiselle sekä vapaaseen liikkuvuuteen liittyville perusvapauksille ja yhteismarkkinoiden kilpailutilanteelle.

118. Vaarojen syynä on se, että jos toteuttavat yksiköt, olivatpa ne sitten "hallinnon omia välineitä" tai itsenäisiä oikeushenkilöitä, jotka ovat hankintaviranomaisen täydellisessä määräysvallassa, voivat saada niistä vastaavilta hallinnon yksiköiltä palvelujen, rakennusurakoiden tai tavaroiden hankintasopimuksia, jotka eivät kuulu niiden lainsäädännöllisissä, hallinnollisissa tai yksityisoikeudellisissa määräyksissä ja säännöissä määriteltyyn toimialaan tai näissä määräyksissä ja säännöissä määritellyn toimivallan soveltamisalaan, ja jos ne saavat niitä vain siitä syystä, että ne ovat kyseisten hallinnon yksikköjen käytettävissä, yhteisön julkisia hankintoja koskevien direktiivien hyötyvaikutus voidaan suurelta osin mitätöidä, tai jos direktiivejä ei voida soveltaa, jäsenvaltioiden väliselle tavaroiden vapaalle liikkuvuudelle, palvelujen tarjoamisen vapaudelle ja sijoittautumisvapaudelle voidaan aiheuttaa vakavia esteitä sekä vääristää vakavasti yhtäältä näiden toteuttavien yksiköiden tai julkisessa määräysvallassa olevien oikeushenkilöiden sekä toisaalta yksityisten yritysten välistä kilpailutilannetta kyseisillä markkinoilla. Tästä periaatteesta voidaan tehdä vain yksi poikkeus: jos yleinen etu sitä pakottavasti vaatii, julkisten hankintojen osoittaminen suoraan omalle toteuttavalle organisaatiolle voi olla perusteltua, vaikka kyse olisikin

32 – Edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa Coname antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin on todennut – joskin hieman toisenlaisten tosiasioiden yhteydessä – että tarpeellisen läpinäkyvyyden puute voi muodostaa palvelujen tarjoamisen vapauden ja sijoittautumisvapauden esteen.

33 – Ks. jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta 25 päivänä kesäkuuta 1980 annettu komission direktiivi 80/723/ETY (EYVL L 195, s. 35), jota on sittemmin täydennetty ja muutettu useita kertoja.

organisaation lakisääteisen tai sääntömääräisen toimialan ulkopuolisista tehtävistä. Tällaisen pakottavan vaatimuksen voivat aiheuttaa luonnonkatastrofit ja niihin verrattavat poikkeukselliset olot, jotka edellyttävät hallinnolta kaikkien sen käytettävissä olevien välineiden välitöntä hyödyntämistä.

musten osalta ja ovat siten ristiriidassa EY 86 artiklan 1 kohdan määräysten kanssa.

### Kolmas kysymys

119. Juuri tällaisia seurauksia yhteisöjen tuomioistuin on pyrkinyt ehkäisemään toisen Teckal-edellytyksen avulla. Jos edellytyksen halutaan olevan tehokas, sitä on tulkittava niin, että se kieltää sellaisten julkisten hankintojen antamisen ”omien” toteuttavien yksiköiden tai julkisessa määräysvallassa olevien oikeushenkilöiden hoidettavaksi, jotka ovat niiden lakisääteisen, hallinnollisen tai sääntömääräisen toimivallan ulkopuolella.

122. Tribunal Supremon kolmannen kysymyksen tarkoituksena on mitä ilmeisimmin selvittää, onko yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Espanja vastaan komissio<sup>34</sup> antamalla tuomiolla vaikutuksia Tragsan lainsäädännöllisen aseman arvioinnille julkisten hankintasopimusten tekemisen osalta.

120. Lisäksi ennakkoratkaisukysymyksen esittänyt tuomioistuin on minusta oikeassa, kun se esittää epäilyjä Espanjan voimassa olevan julkisista hankinnoista annetun lain 152 ja 194 §:n kaltaisten säännösten yhteensopivuudesta yhteisön kilpailuoikeuden kanssa.

123. Tuossa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että yksikköä, joka kuuluu – siitä huolimatta, että se on taloudellisesti ja kirjanpidollisesti riippumaton – kokonaan valtion määräysvaltaan, on pidettävä asetuksen N:o 154/75 3 artiklan 5 kohdan ensimmäisessä alakohdassa tarkoitettuna kansallisen hallinnon omana yksikkönä.

121. Tällaiset säännökset asettavat omat toteuttavat yksiköt tai muut julkishallinnon määräysvallassa olevat oikeushenkilöt – jotka toimivat oman lakisääteisen, hallinnollisen tai sääntömääräisen toimivaltansa ulkopuolella markkinaosapuolena – selvästi etuoi- keutettuun asemaan julkisten hankintasopi-

124. Kuten komissio on perustellusti huomauttanut, tämä yhteisöjen tuomioistuimen arviointi koskee Tragsan Espanjan valtion

34 – Mainittu edellä alaviitteessä 12.

toimeksiannosta harjoittamaa toimintaa oliivinviljelyrekisterin laatimiseksi.

125. Espanjan hallituksen väitteeseen, jonka mukaan Tragsa, itsenäinen oikeushenkilö, sai rekisterin laatimisen suoraan tehtäväkseen tehtävän edellyttämän luottamuksellisuuden vuoksi, yhteisöjen tuomioistuin totesi, että Tragsaa oli pidettävä omana toteuttavana organisaationa, joka on julkishallinnon osa. Siihen voidaan periaatteessa soveltaa asioissa Teckal<sup>35</sup> ja ARGE<sup>36</sup> kehitettyä oikeuskäytäntöä. Tuomioistuin katsoi, että tämä tosi-seikka on vahvistettu 30.12.1997 annetun lain nro 66/1997 88 §:n 4 momentissa,<sup>37</sup> jossa todetaan, että Tragsan on Espanjan viranomaisten välineenä ja teknisenä yksikkönä suoritettava yksinoikeudella itse tai tytäryhtiöidensä avulla työt, jotka sille antavat valtion keskushallinto, itsehallintoalueet ja niistä riippuvaliset julkiset elimet.<sup>38</sup>

126. Muistutan tässä yhteydessä, että asiassa Espanja vastaan komissio annetussa tuomiossa tarkasteltiin ensisijaisesti kysymystä siitä, oliko Espanjan kuningaskunnalla oikeus antaa oliivinviljelyrekisterin laadinta Tragsan tehtäväksi ilman edeltävää julkista tarjouskilpailua.

127. Yhteisöjen tuomioistuimen ei tarvinnut tässä yhteydessä tutkia samoja kysymyksiä kuin nyt esillä olevassa asiassa. Näin ollen kyseisen tuomion perusteella ei voi tehdä mitään pitkälle meneviä päätelmiä siitä seikasta, että Tragsaa on pidettävä Espanjan keskushallinnon omana välineenä, joka toimii – laajasti ymmärretyn – maatalouden rakennepolitiikan toteuttavana yksikkönä. Olen esittänyt vastaavan toteamuksen edellä tämän ratkaisuehdotuksen 103 kohdassa.

#### D Tutkittavaksi ottaminen

128. Tribunal Supremon kahden ensimmäisen kysymyksen analyysin yhteydessä ilmeni, että sekä peruskirja, jonka nojalla Tragsa toimii alueiden ”hallinnon omana välineenä”, että tämän oikeushenkilön toimivalta harjoittaa toimintaa myös muiden julkisyhteisöjen kuin keskushallinnon ja alueiden kanssa sekä yksityisten yritysten kanssa sekä lisäksi voimassa olevan Espanjan lain 152 ja 194 §:n säännökset antavat aihetta arvosteluun, sillä ne eivät ole yhteensopivia niiden edellytysten kanssa, jotka yhteisöjen tuomioistuin on esittänyt asiassa Teckal antamansa tuomion 50 kohdassa.

129. Yhteensopimattomuudella on oikeudellisia seurauksia julkisia rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevien direktiivien soveltamisen osalta. Lisäksi yhteensopimat-

35 – Em. asia.

36 – Asia C-94/99, ARGE, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11037, 40 kohta).

37 – Sen sisältö on tiivistetty edellä 5 kohdassa.

38 – Edellä alaviiteessä 12 mainittu asia Espanja v. komissio, tuomion 204–206 kohta.

tomuus voi aiheuttaa ristiriidan EY 43, EY 49 ja EY 86 artiklan kanssa.

130. Edellä eksplisiittisesti esitetty arvostelu on ilmaistu implisiittisesti, epäilyn muodossa, myös ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä.

131. Erityisen selvästi se näkyy Tribunal Supremen ennakkoratkaisupyynnön 4 kohdassa esittämistä toteamuksista.

132. Esitetyt epäilyt huomioon ottaen pidän selvänä, että ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin voi saada yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisukysymyksiin annettavasta vastauksesta tarpeeksi tukea pääasiassa annettavalle ratkaisulle.

133. Tragsan ja Espanjan hallituksen väitteet, joiden mukaan ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyynnössä esiin tuomat oikeudelliset kysymykset ovat ”uusia” eivätkä kassaatiomenettelyssä merkityksellisiä, ja että ne siten ovat hypoteettisia eikä niitä näin ollen pidä ottaa tutkittavaksi, eivät kaiken kaikkiaan vakuuta minua.

134. Ensinnäkin yhteisöjen tuomioistuin on yleensä erittäin pidättyväinen arvioidessaan sille esitettyjen kysymysten merkitystä ja hyödyllisyyttä kansalliselle tuomioistuimelle pääasiassa annettavan ratkaisun kannalta. Yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että vain silloin, kun kysymykset ovat luonteeltaan ilmeisen hypoteettisia, niitä ei pidä ottaa tutkittavaksi.<sup>39</sup>

135. Menettelyn vaiheista Espanjan eri hallintoelimissä ja tuomioistuimissa ilmenee, että Tragsan toimintaa sääntelevän peruskirjan yhteensopivuus kansallisen kilpailu oikeuden periaatteiden kanssa on ollut koko ajan esillä. Kun Tribunal Supremo nyt käsittelee tässä yhteydessä myös yhteisöoikeuden julkisia hankintasopimuksia ja kilpailua koskevia periaatteita, se jo sinänsä tekee siihen perustuvat kysymykset kaikkea muuta kuin hypoteettisiksi.

136. Sen sijaan se, pitääkö Tribunal Supremen ottaa nämä yhteisöoikeuden periaatteet esille sen käsiteltävänä olevassa pääasiassa myös Espanjan lainsäädännön osalta, on kysymys, johon sen on ylimpänä kansallisena tuomioistuimena itse vastattava ja johon ainoastaan se itse voi vastata.<sup>40</sup>

39 – Ks. mm. seuraavat asiat: asia 244/80, Foglio Novello, tuomio 18.12.1981 (Kok. 1981, s. 3045, Kok. Ep. VI, s. 251, 18 kohta); asia C-314/96, Djabala, tuomio 12.3.1998 (Kok. 1998, s. 1-1049, 18 kohta) ja asia C-167/01, Inspire Art, tuomio 30.9.2003 (Kok. 2003, s. 1-10155, 44 ja 45 kohta).

40 – Vain siinä tapauksessa, että pääasian perustana olevien tosiseikkojen ja niihin liittyvän kansallisen oikeuden tutkinta osoittaa, ettei yhteisöjen tuomioistuimen sille esitettyihin kysymyksiin antama vastaus voi mitenkään edistää asian ratkaisua, ennakkoratkaisukysymykset voidaan jättää ottamatta tutkittaviksi. Ks. mm. asia 132/81, Vlaeminck, tuomio 16.9.1982 (Kok. 1982, s. 2953, 13 ja 14 kohta) ja tuorempana esimerkkinä asia C-314/01, Siemens ja ARGE Telecom, tuomio 18.3.2004 (Kok. 2004, s. 1-2549, 37 kohta).

137. En ole samaa mieltä myöskään komission arviosta, jonka mukaan ennakkoratkaisupyynnössä esitetyt tosiseikat ja oikeudellinen kehys on esitetty liian summittaisesti. Ne tarjoavat, kuten edellä on ilmennyt, riittävästi

tukea esitettyjen kysymysten summittaista tarkemmalle analyysille.

138. Näin ollen katson, että Tribunal Supremon esittämät kysymykset voidaan ottaa tutkittaviksi.

## V Ratkaisuehdotus

139. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Tribunal Supremon sille esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- Tragsan kaltaiseen yksityisoikeudelliseen oikeushenkilöön, jota on peruskirjansa nojalla pidettävä ”hallinnon omana välineenä” ja jonka on vastikkeellisia sopimuksia tekemättä toteutettava toimivaltaisten julkisyhteisöjen sille antamat hankinnat, ei pääsääntöisesti sovelleta julkisia tavaranhankintoja, rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevia direktiivejä.
  
- Siksi on varmistettava asiaa koskevien kansallisten säännösten avulla, että kyseinen oikeushenkilö on ensinnäkin toimivaltaisten kansallisten julkisyhteisö-

söjen määräysvallassa siten, että ne voivat vaikuttaa ratkaisevasti sekä sen strategiaan tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin ja että kyseisen oikeushenkilön on toiseksi samalla harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavien julkisyhteisöjen lukuun siten, että kaikella muulla toiminnalla on vain toisarvoinen merkitys.

- Edellytys, jonka mukaan toimivaltaiset julkisyhteisöt voivat vaikuttaa ratkaisevasti sekä oikeushenkilön strategiaan tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin, ei täyty, jos niillä julkisyhteisöillä, jotka käyttävät tätä oikeushenkilöä toteuttavana yksikkönään, ei ole suoraa vaikutusvaltaa tähän oikeushenkilöön sovellettavaan peruskirjaan eikä niihin maksuihin, joita se voi periä toiminnastaan, ja jotka eivät myöskään voi vaikuttaa ratkaisevasti tämän oikeushenkilön päätöksiin sen osakkaina.
  
- Edellytys, jonka mukaan oikeushenkilön on harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavien julkisyhteisöjen lukuun, ei täyty, jos oikeushenkilön peruskirjassa ei ole rajoitettu muun toiminnan laajuutta siten, että kaikella muulla toiminnalla on vain toisarvoinen merkitys.
  
- EY 86 artiklan 1 kohdan määräyksistä seuraa, että oikeushenkilön, jonka toiminnasta pääosa on toimintaa toimivaltaisten julkisyhteisöjen toteuttavana yksikkönä, on sekä organisaation että talouden ja kirjanpidon osalta erotettava läpinäkyvällä tavalla se toiminta, jota se harjoittaa muiden julkisyhteisöjen ja yksityisten toimijoiden hyväksi, sen toimivaltaisten julkisyhteisöjen hallinnon omana välineenä harjoittamasta toiminnasta.



- Samasta perustamissopimuksen määräyksestä seuraa myös, että kansalliset hallintoviranomaiset eivät saa antaa niiden omana toteuttavana yksikkönä toimivalle oikeushenkilölle julkisia tavaranhankintoja, rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevia sopimuksia, jos nämä hankinnat eivät liity niiden julkisiin vastuisiin tai jos näiden hankintojen toteuttaminen ei kuulu niihin kyseisen oikeushenkilön tehtäviin, jotka on mainittu lakiin kirjatussa tehtäväkuvauksessa. Tästä voidaan poiketa vain siinä tapauksessa, että tällaiselle hankinnalle on olemassa objektiiviset perusteet, kuten esimerkiksi luonnonkatastrofien tai niihin verrattavien poikkeuksellisten olojen yhteydessä.
  
- Kansallisen tuomioistuimen on tutkittava pääasian oikeudellisen tilanteen ja tosiseikkojen perusteella, täyttyvätkö nämä ehdot.