



# Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS  
NILS WAHL  
15 päivänä toukokuuta 2014<sup>1</sup>

**Asia C-213/13**

**Impresa Pizzarotti & C. SpA  
vastaan  
Comune di Bari**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Consiglio di Stato (Italia))

Julkiset hankinnat — Direktiivit 93/37/ETY ja 2004/18/EY — Julkisen rakennusurakan käsite —  
Vielä rakentamattoman rakennuskohteen tuleva vuokrasopimus — Oikeusvoiman periaatteen  
ulottuvuus unionin oikeuden vastaisessa tilanteessa

1. Barin (Italia) uuden tuomioistuinkorttelin rakennushanke, jonka tarkoituksena on järjeistää Barin alueen tuomioistuinten käytettävissä olevien resurssien käyttöä perustamalla niille yhteiset toimitilat, on vähintäänkin ristiriitaisella tavalla ollut lukuisten oikeusriitojen kohteena. Tämä ilmenee tapahtumista, jotka edelsivät käsillä olevaa ennakkoratkaisupyyntöä, joka liittyy erityisesti Impresa Pizzarotti & C. SpA:n (jäljempänä Pizzarotti) ja Italian toimivaltaisten paikallisviranomaisten kyseisen uuden tuomioistuinkorttelin toteuttamista koskevan markkinakartoitusmenettelyn johdosta käymään oikeusriitaan. Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty samanaikaisesti Barin kunnan Euroopan komissiolle tekemän kantelun kanssa, jonka johdosta Italian tasavaltaa vastaan on aloitettu SEUT 258 artiklaan perustuva jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva menettely.

2. Käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuinta pyydetään KölnMesse-tuomiossa<sup>2</sup> esitettyjen toteamusten jatkeena täsmentämään, kuuluuko pääasiassa tarkoitettun kaltainen vielä valmistumattoman kohteen vuokrasopimus julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten antamista koskevien sääntöjen soveltamisalaan. Jos tällaisen luonnehdinnan katsotaan olevan ristiriidassa tuomioistuimen lainvoimaisiksi tulleiden ratkaisujen kanssa, unionin tuomioistuin joutuu tarvittaessa ottamaan kantaa oikeusvoiman koskemattomuutta koskevan säännön ulottuvuuteen unionin oikeuden vastaisena pidetyn tilanteen vallitessa.

## I Asiaa koskevat oikeussäännöt

3. Direktiivin 92/50/ETY<sup>3</sup> johdanto-osan kymmenennen perustelukappaleen mukaan ”kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta taikka siihen liittyviä oikeuksia koskeviin sopimuksiin liittyy ominaisuuksia, joiden vuoksi sopimuksentekoa koskevien sääntöjen soveltaminen niihin ei ole tarkoituksenmukaista”.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — Tuomio komissio v. Saksa, (C-536/07, EU:C:2009:664, jäljempänä KölnMesse-tapaus).

3 — Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 209, s. 1).

4. Direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan mukaan julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla tarkoitetaan direktiivissä ”vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken, lukuun ottamatta – – iii) maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä rahoitusmuodolla tahansa taikka näihin liittyviä oikeuksia koskevia sopimuksia – –”.

5. Direktiivin 93/37/ETY<sup>4</sup> 1 artiklan a alakohdassa olevan määritelmän mukaan julkisia rakennusurakoita koskevilla sopimuksilla tarkoitetaan ”rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty urakoitsijan ja b alakohdassa tarkoitettun hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on johonkin liitteessä II tarkoitettuun toimintaan liittyvän rakennustyön tai c alakohdassa tarkoitettun rakennusurakan toteuttaminen tai sekä sen toteuttaminen että suunnittelu taikka hankintaviranomaisen asettamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttaminen millä tahansa tavalla”.

6. Direktiivin 93/37 liitteessä II tarkoitettuun elinkeinotoimintaan kuuluvat luokassa 50 mainitut talon- ja maa- ja vesirakennustyöt. Kyseiseen luokkaan kuuluvat muun muassa tarkemmin erittelemättömät rakennusten rakentamis- sekä maa- ja vesirakennustyöt (alaryhmä 500.1) sekä (asuin- ja muiden) kiinteistöjen rakentaminen (ryhmä 501).

7. Direktiivin 2004/18/EY<sup>5</sup> johdanto-osan 24 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Palvelujen osalta on kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta taikka siihen liittyviä oikeuksia koskevilla sopimuksilla erityispiirteitä, joiden vuoksi julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltaminen niihin ei ole tarkoituksenmukaista.”

8. Kyseisen direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

a) ’Julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tässä direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen.

b) ’Julkisia rakennusurakoita koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan julkisia hankintoja koskevia sopimuksia, joiden tarkoituksena on jonkin liitteessä I tarkoitettuun toimintaan liittyvän rakennustyön tai rakennusurakan toteuttaminen tai sekä toteuttaminen että suunnittelu, taikka hankintaviranomaisen asettamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttaminen millä tahansa tavalla. – –

– –”

9. Kyseisen direktiivin 16 artiklassa, jonka otsikkona on ”Erityiset poikkeukset”, säädetään seuraavaa:

”Tätä direktiiviä ei sovelleta julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka koskevat:

a) maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä tahansa rahoitusmuodolla taikka näihin liittyviä oikeuksia koskevia sopimuksia; – –

– –”

4 — Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 199, s. 54).

5 — Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 134, s. 114).

## II Pääasian tosiseikat, ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittely unionin tuomioistuimessa

10. Pääasian tausta, sellaisena kuin se ilmenee erityisesti ennakkoratkaisupyynnöstä, on suhteellisen monimutkainen. Asian arviointia varten on mainittava seuraavaa.

11. Pääasian taustalla on julkinen markkinakartoitusilmoitus, jonka Barin kunta (Comune di Bari) julkaisi 14.8.2003 tarkoituksenaan toteuttaa oikeushallinnolle mahdollisimman pian uudet yhteiset toimitilat, jotka olisivat sopivat ja tarkoituksenmukaiset kaikille Barin kaupungissa toimiville tuomioistuimille.<sup>6</sup>

12. Ilmoituksessa edellytettiin, että tarjoajat sitoutuvat aloittamaan kohteiden rakennustyöt 31.12.2003 mennessä. Siinä vaadittiin myös selkeitä ja kattavia tietoja kunnallishallinnolle ja Italian oikeusministeriölle aiheutuvista kustannuksista ja maksuehdoista, kun otetaan huomioon, että hankkeeseen oli jo osoitettu käytettäväksi julkisia varoja 43,5 miljoonaa euroa ja että tähän oli lisättävä vielä 3 miljoonaa euroa, jotka Barin kunta maksoi tuolloin lisäksi vuosittaisina vastikkeina kyseisten tuomioistuinten toimitiloina olevien rakennusten vuokrauksesta. Ilmoituksen liitteenä oli vielä asiakirja, joka sisälsi Corte d'appello di Barin (Italia) vahvistamat vaatimukset.

13. Saamistaan neljästä ehdotuksesta Barin kunta valitsi 18.12.2003 tekemällään päätöksellä nro 1045/2003 Pizzarottin ehdotuksen. Päätöksen mukaan osa rakennuskohteista myytäisiin Barin kunnalle 43 miljoonalla eurolla ja loput vuokrattaisiin sille 3 miljoonan euron vuotuista vuokraa vastaan.

14. Italian oikeusministeriö ilmoitti Barin kunnalle 4.2.2004 päivätyllä kirjeellä, että käytettävissä olevien julkisten varojen määrä supistuisi 18,5 miljoonaan euroon, ja pyysi sitä selvittämään, olisiko hanke mahdollista toteuttaa saatujen ehdotusten mukaisesti uuden taloudellisen tilanteen asettamissa rajoissa. Barin kunta tiedusteli 11.2.2004 päivätyssä viestissään Pizzarottilta, olisiko se valmis jatkamaan aloitettua menettelyä. Pizzarotti vastasi tiedusteluun myöntävästi ja mukautti tarjoustaan käytettävissä olevien julkisten varojen supistettuun määrään.

15. Julkinen rahoitus poistettiin kokonaan syyskuussa 2004. Pizzarotti esitti Barin kunnalle uuden ehdotuksen, jossa se ilmoitti, että vuokrattaviksi tarkoitetut rakennuskohteet, sellaisina kuin ne oli suunniteltu sen alkuperäisessä ehdotuksessa, voitaisiin toteuttaa.

16. Pizzarotti käynnisti kunnanhallinnon toimetommuuden vuoksi menettelyn, jossa se vaati toteamaan viranomaisen vastaamatta jättämisen lainvastaisuuden ja velvoittamaan Barin kunnan ryhtymään toimiin.

17. Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Puglian alueellinen hallinto-oikeus) antoi asiassa ensin hylkäävän tuomion 8.2.2007, mutta Consiglio di Stato hyväksyi Pizzarottin valituksen antamallaan tuomiolla nro 4267/2007. Se totesi, ettei menettelyä ollut saatettu päätökseen hyväksymällä markkinakartoituksen tulos, ja päätti, että Barin kunnan ”täytyy kohtuullisuusperiaatteen, vilpittömän mielen periaatteen ja luottamuksensuojan periaatteen mukaisesti toimia omien päätöstensä suhteen johdonmukaisesti ja saattaa menettely uskottavaan asianmukaiseen päätökseen selvittämällä saatujen ehdotusten perusteella mahdollisuus toteuttaa rakennusurakka muuttuneen taloudellisen tilanteen asettamissa rajoissa”.

6 — Kyseinen ilmoitus julkaistiin muun muassa Euroopan unionin virallisessa lehdessä 23.8.2003 (EUVL S 161).

18. Consiglio di Stato, johon vedottiin tuomion nro 4267/2007 täytäntöön panemiseksi, totesi tuomiossaan nro 3817/2008 Barin kunnan toimimattomuuden ja määräsi sen panemaan tuomion nro 4267/2007 tuomiolauselman täysimääräisesti täytäntöön 30 päivän kuluessa. Siltä varalta, että toimimattomuus jatkuisi, Consiglio di Stato nimitti Barin prefektin (Prefetto di Bari) täytäntöönpanosta vastaavaksi virkamieheksi (commissario ad acta), jotta tämä toteuttaisi itse tai mahdollisesti valtuuttamansa henkilön välityksellä kaikki kyseisen tuomion täytäntöön panemiseksi tarvittavat toimet.

19. Barin prefektin valtuuttama täytäntöönpanosta vastaava virkamies vahvisti 21.11.2008 Pizzarottin tekemien ehdotusten pätevyyden ja totesi näin ollen, että markkinakartoitukseen liittyvä menettely oli saatettu myönteiseen päätökseen.

20. Giunta comunale di Bari puolestaan päätti markkinakartoitusilmoituksella käynnistetyn menettelyn ja vetosi siihen, ettei Pizzarottin viimeinen ehdotus ollut kyseiseen ilmoitukseen sisältyvien ohjeiden mukainen.

21. Pizzarotti ja Barin kunta nostivat molemmat kanteen Consiglio di Statossa. Pizzarotti väitti, että koska Barin kunta ei ollut sopimusteitse sitoutunut ottamaan vuokralle rakennuskohdetta, se ei ollut pannut tuomioon nro 3817/2008 sisältyvää määräystä asianmukaisesti täytäntöön. Barin kunta vetosi siihen, ettei ollut todettu menettelyn toteuttamiseen vaikuttaneiden olosuhteiden huonontumista.

22. Consiglio di Stato hyväksyi 15.4.2010 tekemällään täytäntöönpanopäätöksellä nro 2153/2010 Pizzarottin kanteen ja hylkäsi Barin kunnan kanteen. Se totesi täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen toiminnasta, että vaikka toiminta oli asianmukaista, se oli kuitenkin vaillinaista, koska menettelyltä puuttui tuomiossa nro 4267/2007 tarkoitettu ”uskottava asianmukainen päätös”. Siksi tuomioistuimien asetti menettelyn loppuun saattamiselle 180 päivän määräajan, jonka kuluessa Pizzarottin ehdotuksen konkreettisen toteuttamisen edellyttämät toimet oli toteutettava.

23. Täytäntöönpanosta vastaava virkamies totesi 27.5.2010 tekemässään toimessa, että ”elokuun 2003 markkinakartoitusmenettelyä – ei ollut saatettu myönteiseen päätökseen”.

24. Pizzarotti nosti toimesta kanteen Consiglio di Statossa, joka hyväksyi sen 3.12.2010 tekemällään täytäntöönpanopäätöksellä nro 8420/2010. Tuomioistuimien huomautti, että 21.11.2008 ja 27.5.2010 päivätyissä toimissa tehdyt markkinakartoitusilmoitukseen liittyvät johtopäätökset olivat ristiriitaisia ja totesi, että ainoastaan ensimmäiseen toimeen sisältyvä johtopäätös oli velvoittava. Siitä, että kolmas osapuoli ostaisi rakennukset ja vuokraisi ne käytettäväksi Barin tuomioistuinkorttelina sekä vuokraamista koskevasta sitoumuksesta tuomioistuimien totesi, ettei täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen arvio perustunut perusteelliseen tutkintaan ja oli näin ollen vastoin tuomioistuimen määräystä, jonka mukaan ehdotuksen konkreettisen toteuttamisen oikeudelliset perusteet ja tosiseikat tuli tarkistaa. Väitteestä, jonka mukaan Pizzarottin ehdotus ei ollut kaavoituksen mukainen, tuomioistuimien toisti, että täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen oli ryhdyttävä tarvittaviin menettelyihin ehdotuksen hyväksymiseksi selvitettyään ensin sen muut lakisääteiset edellytykset. Näin ollen täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen toimi kumottiin sillä perusteella, että se loukkasi oikeusvoimaa.

25. Tämän jälkeen Barin prefektin nimittämä uusi täytäntöönpanosta vastaava virkamies toteutti kaikki toimenpiteet, jotka olivat tarpeen, jotta se teki 23.4.2012 päätöksensä Barin kunnan yleiskaavaan liittyvän asemakaavan muuttamisesta tuomioistuinkorttelin rakentamiseen liittyvien maa-alueiden osalta.

26. Pizzarotti riitautti edellä mainitun päätöksen Consiglio di Statossa sillä perusteella, että sen tarkoituksena oli ratkaisussa todetun kiertäminen.

27. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelelee ensimmäiseksi, rinnastetaanko vielä valmistumattoman kohteen tuleva vuokrasopimus, joka tehdään vuokralle antamista koskevan sitoumuksen muodossa, vuokrasopimukselle ominaisista piirteistä huolimatta julkista rakennusurakkaa koskevaan sopimukseen siten, ettei siihen sovelleta direktiivin 2004/18 16 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettua erityistä poikkeusta. Se pohtii erityisesti kyseisessä säännöksessä käytetyn sanamuodon ”muu kiinteä omaisuus” ulottuvuutta sekä edellä mainitun direktiivin johdanto-osan 24 perustelukappaleen merkitystä.

28. Jos kyseessä oleva sopimus on julkista rakennusurakkaa koskeva sopimus, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelelee toiseksi, voiko se käsiteltävässä asiassa katsoa tehottomaksi tuomiossaan nro 4267/2007 todetun, koska se on myöhempien täytäntöönpanopäätösten ja täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen toimien takia johtanut julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevan unionin oikeuden vastaiseen tilanteeseen. Tuomioistuin korostaa tässä yhteydessä, että se voi oman oikeuskäytäntönsä nojalla täydentää antamansa tuomion alkuperäistä tuomiolauselmaa täytäntöönpanopäätöksellä, jolloin kyseessä on ”vaiheittain muodostunut oikeusvoima” (giudicato a formazione progressiva). Se lisää, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan Italian siviiliprosessilain 2909 §:ssä tarkoitettu oikeusvoiman periaate ei estä unionin oikeuden moitteetonta täytäntöönpanoa tilanteessa, jonka oikeusvoima kattaa.

29. Consiglio di Stato on näin ollen päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1. Rinnastetaanko vielä valmistumattoman kohteen tuleva vuokrasopimus, myös viimeksi ehdotetussa vuokralle antamista koskevan sitoumuksen muodossa, julkista rakennusurakkaa koskevaan sopimukseen – vaikka sillä on tiettyjä vuokrasopimukselle ominaisia piirteitä – siten, ettei sen voida katsoa sisältyvän niihin [direktiivin 2004/18] 16 artiklassa tarkoitettuihin sopimuksiin, jotka jäävät julkisia hankintoja koskevan säännösten soveltamisalan ulkopuolelle?
2. Jos edelliseen kysymykseen vastataan myöntävästi, voiko kansallinen tuomioistuin ja erityisesti ennakkoratkaisukysymyksen esittävä tuomioistuin katsoa, että nyt tarkasteltavassa asiassa mahdollinen oikeusvoimaisesti todettu, jota on kuvattu tässä [ennakkoratkaisupyynnössä], on tehoton, koska se on mahdollistanut julkisia hankintoja koskevan [unionin] oikeuden vastaisen oikeudellisen tilanteen vallita, ja onko [unionin] oikeuden kanssa ristiriitainen ratkaisussa todettu siis mahdollista panna täytäntöön?”

30. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet pääasian asianosaiset, Italian ja Saksan hallitukset sekä komissio.

31. Istunto pidettiin 27.2.2014, ja siihen osallistuivat pääasian asianosaiset, Italian ja Saksan hallitukset sekä komissio.

### III Asian tarkastelu

#### A Tutkittavaksi ottaminen

32. Pizzarotti epäilee, ettei käsiteltävää ennakkoratkaisupyynnöä voida ottaa tutkittavaksi kahdesta syystä.

33. Se väittää ensiksi, ettei direktiiviä 2004/18, joka on ainoa käsiteltävässä ennakkoratkaisupyynnössä mainittu säädös, voida soveltaa ajallisesti pääasiaan.



34. Pizzarotti väittää toiseksi, ettei unionin tuomioistuimen vastaus voi vaikuttaa millään tavalla ratkaisuun, joka annetaan pääasiassa oikeusriidassa, johon liittyy useita tuomioistuimen ratkaisuja,<sup>7</sup> jotka ovat Italian kansallisen lainsäädännön mukaan tulleet lainvoimaisiksi.

35. Kumpikaan Pizzarottin esittämistä tutkimatta jättämisen perusteista ei vakuuta minua.

36. Siltä osin kuin kyse on ensinnäkin perusteesta, jonka mukaan direktiiviä 2004/18, joka on ainoa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitsema säädös, ei voida soveltaa käsiteltävään asiaan, totean, että se ei mielestäni juurikaan riitä siihen, että ennakkoratkaisupyynnö jätetään tutkimatta.

37. Kuten Pizzarotti ja komissio ovat nimenomaisesti korostaneet, vakiintuneen oikeuskäytännön<sup>8</sup> mukaan merkityksellinen ajankohta julkisia hankintoja koskevaan sopimukseen sovellettavan lainsäädännön määrittämiselle on se, jolloin hankintaviranomainen valitsee noudatettavan menettelytyypin ja päättää lopullisesti siitä, onko velvollisuutta järjestää kilpailu ennen julkista hankintaa koskevan sopimuksen antamista. Tästä seuraa, että käsiteltävän asian kannalta merkityksellinen on 14.8.2003 tehty päätös.<sup>9</sup> Kyseisenä ajankohtana voitiin kuitenkin soveltaa vain direktiiviä 93/37, luettuna yhdessä direktiivin 92/50 kanssa.

38. Olen kuitenkin sitä mieltä, että käsiteltävään asiaan sovellettavan unionin lainsäädännön määrittelyssä tapahtunut virhe on täysin suhteellinen eikä sillä ole vaikutusta käsiteltävään asiaan. Merkitykselliset säännökset, eli direktiivin 93/37 1 artiklan a alakohta ja direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iii alakohta, on nimittäin toistettu hyvin samankaltaisessa sanamuodossa direktiivissä 2004/18, jossa lähinnä muotoillaan uudelleen ja yksinkertaistetaan siihen saakka sovellettua säännöstöä.

39. Tällaisessa tilanteessa, joka ei selvästikään muuta ennakkoratkaisupyynnössä esiin tuotuja oikeudellisia ongelmia eikä johda sellaisten oikeuskysymysten tarkasteluun, joita ei ole lainkaan käsitelty pääasian oikeudenkäynnissä,<sup>10</sup> on mielestäni täysin mahdollista muotoilla kysymykset uudelleen siten, että ne tosiasiallisesti koskevat direktiivin 93/37 säännösten tulkintaa.

40. Ei myöskään voida hyväksyä toista tutkimatta jättämisen perustetta, joka koskee sellaisten lainvoimaisiksi tulleiden tuomioistuimen ratkaisujen olemassaoloa, jotka tekisivät unionin tuomioistuimen vastauksista pääasian ratkaisemisen kannalta täysin hyödyttömiä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitsemiin ratkaisuihin liittyvän oikeusvoiman tai lainvoiman seurausten arviointi on nimittäin aivan keskeistä toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitettujen ongelmakentän kannalta. Vaikka oletettaisiin, että Pizzarotti pyrkii perusteluillaan tosiasiallisesti asettamaan kyseenalaiseksi myös esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten merkityksellisyyden, on riittävä muistuttaa, että lähtökohtaisesti vain kansallisten tuomioistuinten, joissa asia on vireillä, tehtävänä on arvioida niiden unionin tuomioistuimelle esittämien kysymysten merkityksellisyyttä. Unionin tuomioistuin menettelee toisin ainoastaan silloin, jos on ilmeistä, että pyydetyllä unionin oikeuden

7 — Pizzarotti viittaa kahteen ratkaisuun: ensimmäinen on hylätyn tarjoajan kannetta koskeva Tribunale amministrativo regionale per la Puglia 18.5.2004 tekemä ratkaisu, jossa kyseinen tuomioistuin piti markkinakartoitustilasta pelkkänä selvityksenä, jonka tarkoituksena oli löytää sopivia ratkaisuja Barin tuomioistuinkorttelin toteuttamiseksi ja joka ei siksi velvoittanut kunnanhallintoa sitoutumaan julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen antamiseen myöhemmin. Toinen on Consiglio di Stato tuomio nro 4267/2007, jolla Pizzarottin mukaan veloitettiin edellä mainittu kunnanhallinto saattamaan menettely päätökseen tekemällä Pizzarottin kanssa sopimus vielä valmistumattoman kohteen vuokraamisesta.

8 — Ks. erityisesti tuomio komissio v. Alankomaat (C-576/10, EU:C:2013:510, 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

9 — Kuten Consiglio di Stato on todennut, myös Barin kunnan toteuttama markkinakartoitus, jonka perusteella valittiin Pizzarotti-yrityksen laatima suunnitelma, suunnitelman esittäminen oikeusministerille ja kyseisen viranomaisen 4.2.2004 laatima muistio ovat välivaiheita monitahoisessa menettelyssä, jonka tarkoituksena on uuden tuomioistuinkorttelin toteuttaminen.

10 — Unionin tuomioistuin on vastaavasti vakiintuneesti huomauttanut, että sen tehtävänä on tulkita kaikkia unionin oikeuden määräyksiä ja säännöksiä, joita kansalliset tuomioistuimet tarvitsevat ratkaistessaan niiden käsiteltäviksi saatettuja asioita, vaikka näitä määräyksiä ja säännöksiä ei olisi nimenomaisesti mainittu kansallisten tuomioistuinten unionin tuomioistuimelle esittämässä kysymyksissä (ks. erityisesti tuomiot Fuf, C-243/09, EU:C:2010:609, 39 kohta, ja Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, 30 kohta).

tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, jos kyseinen ongelma on luonteeltaan hypoteettinen taikka jos unionin tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin.<sup>11</sup> Tästä ei mielestäni ole kyse.

41. Näin ollen katson, että ennakkoratkaisupyyntö on otettava tutkittavaksi.

*B Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys: direktiivissä 93/37 tarkoitetun julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen olemassaolo*

#### 1. Ongelmakenttä

42. Ensimmäisellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää selvitystä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevan unionin lainsäädännön kannalta sellaisen sopimuksen oikeudellisesta luonnehinnasta, jonka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on nimennyt ”vielä valmistumattoman kohteen tulevaksi vuokrasopimukseksi, myös viimeksi ehdotetussa vuokralle antamista koskevan sitoumuksen muodossa”.

43. Tarkemmin sanoen on määriteltävä, onko ehdotusta, jonka Barin kunta esitti Pizzarottille alun perin suunnitellun julkisen rahoituksen poistamisen jälkeen (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 14 ja 15 kohta), arvioitava siten, että sen tarkoituksena on sellaisesta vuokraustoimesta sopiminen, johon ei sovelleta julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevaa unionin lainsäädäntöä, vai velvoittaako se päinvastoin Barin kunnan tekemään julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen ja siten aloittamaan uuden menettelyn.

44. Kyse on käytännössä kahdesta vastakkaisesta näkemyksestä.

45. Pizzarotti ja Italian hallitus, joita Saksan hallitus tukee useissa näkökohdissa, väittävät, että pääasiassa suunniteltu sopimus ei täytä sovellettavaan säännöstöön sisältyviä ja unionin tuomioistuimen täsmentämiä julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen määritelmän perusteita. Niiden mukaan edellä mainittu sopimus kuuluu direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iii alakohdassa ja direktiivin 2004/18 16 artiklan a alakohdassa säädetyn poikkeuksen soveltamisalaan.

46. Ne väittävät ensinnäkin, ettei pääasia koske rakennusurakan toteuttamista, vaan rakennuksen vuokraamista. Se käy niiden mukaan ilmi erityisesti hankintailmoituksen ja Barin kunnan 18.12.2003 tekemän päätöksen sanamuodoista sekä sopimuksen ominaisuuksista, jotka ovat tavanomaisia Italian siviiliprosessilain 1571 §:ssä tarkoitetuissa vuokrasopimuksissa ja eroavat selvästi KölnMesse-tapauksessa kyseessä olleista ominaisuuksista.

47. Ne väittävät toiseksi, ettei Barin kunta ole pääasiassa velvollinen suorittamaan vastiketta välittömän taloudellisen etunsa mukaisen rakennustyösuorituksen saamiseksi, joten sopimusta ei ole tehty vastiketta vastaan.

48. Pizzarotti ja Italian hallitus väittävät kolmanneksi, ettei Barin kunta voi velvoittaa Pizzarottia tuomioistuinteitse toteuttamaan rakennusurakkaa.

49. Ne väittävät neljänneksi, ettei Barin kunta ole liittänyt Corte d'Appello di Barin kiinteistöhuoltolautakunnan (Commissione di manutenzione) laatimaan asiakirjaan direktiivin 93/37 liitteessä III olevassa 1 kohdassa tai direktiivin 2004/18 liitteessä VI olevan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettuja teknisiä eritelmiä eikä direktiivin 93/37 10 artiklassa tai direktiivin

11 — Ks. vastaavasti tuomio Fish Legal ja Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853, 30 kohta).

2004/18 23 artiklassa tarkoitettuja tarjouspyyntöasiakirjoja, mikä niiden mukaan osoittaa, ettei Barin kunnan tarkoituksena ollut tehdä julkista rakennusurakkaa koskevaa sopimusta vaan saada sellainen ei-sitova markkinatutkimus, jolla se kerää yksityisten tahojen ehdotuksia arvioidakseen ne täysin itsenäisesti ja ilman päätöksentekovelvoitetta. Pizzarotti ja Italian hallitus toteavat lisäksi, että pääasiassa suunnitellusta sopimuksesta puuttuvat joka tapauksessa KölnMesse-tapauksessa mainitun kaltaiset täsmälliset tekniset eritelmät, jotka koskevat toteutettavien rakennustöiden tyyppiä.

50. Barin kunta ja komissio puolestaan katsovat, että pääasiassa suunniteltu sopimus on direktiivin 93/37 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettu julkista rakennusurakkaa koskeva sopimus, jonka antamisessa olisi pitänyt noudattaa kyseisessä direktiivissä säädettyjä menettelyä ja avoimuutta koskevia säännöksiä.

51. On todettava, että pääasian asianosaisten ja eri väliintulijoiden tässä ennakkoratkaisumenettelyssä kehittämät perustelut koskevat lähinnä sen selvittämistä, täyttyvätkö erityisesti KölnMesse-tapauksessa esiintuodut ja täsmennetyt edellytykset pääasiassa, jotta voidaan katsoa, että kyse on unionin säännöstössä tarkoitetuista julkisia rakennusurakoita koskevasta sopimuksesta.

52. Huomautan kuitenkin, että KölnMesse-tapauksessa käsitelty toimen oikeudellisen luonnehdinnan ongelma poikkeaa käsiteltävän ennakkoratkaisupyynnön ensimmäiseen kysymykseen liittyvästä ongelmasta. Kyseisessä asiassa oli ratkaistava, oliko Kölnin kaupungin ja Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR:n välisen sopimuksen ”vuokrausta” koskeva näkökohta ensisijainen rakennuskohteen rakentamista koskevaan tavoitteeseen nähden. Kyseessä ei ollut lainkaan direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iii alakohdassa ja direktiivin 2004/18 16 artiklan a alakohdassa tarkoitettu poikkeus.

53. Pääasiassa – kun otetaan huomioon ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen käyttämä sanamuoto – halutaan ennen kaikkea selvittää, voivatko vielä valmistumattomia omaisuususeriä koskevat toimet kuulua edellä mainituissa säännöksissä säädettyjen, julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevien sääntöjen soveltamista koskevan poikkeuksen soveltamisalaan. Tämä tarkoittaa, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin näyttää ottaneen lähtökohdakseen sen, että suunniteltu sopimus oli julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus, joka erityisen luonteensa vuoksi voi jäädä julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle.

54. Tarkastelen myös aluksi niitä syitä, joiden takia on mielestäni katsottava, ettei kyseinen poikkeus voi missään tapauksessa koskea rakennusurakoita, joiden toteuttaminen ei ole alkanut.

55. Koska kuitenkin voidaan katsoa, että tämän ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämän kysymyksen lisäksi on otettava kantaa myös siihen, täyttyvätkö käsiteltävässä asiassa ne edellytykset, joiden perusteella voidaan katsoa, että kyseessä on pikemminkin julkisia rakennusurakoita kuin julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus, osoitan, millä tavoin pääasiassa kyseessä olevaa riidanalaista sopimusluonnosta on mielestäni – ja KölnMesse-tapauksen toteamusten mukaisesti – käsiteltävä.

2. Direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iii alakohdan säännöksissä viitataan ehdottomasti olemassa olevaa kiinteää omaisuutta koskeviin toimiin

56. Mielestäni on syytä muistuttaa keskeisestä muuttujasta, joka on otettava huomioon määritettäessä, kuuluuko toimi julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisen yhteensovittamista koskevien direktiivien soveltamisalaan vai ei: julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevan unionin säännösten päätarkoituksena on poistaa perusvapauksia koskevat rajoitukset ja edistää todellista kilpailuttamista.<sup>12</sup>

12 — Ks. direktiivin 93/37 johdanto-osan toinen ja kymmenes perustelukappale sekä direktiivin 2004/18 johdanto-osan toinen perustelukappale.



57. Tämä tavoite on uhattuna silloin, kun hankintaviranomainen toteuttamatta ensin unionin säännöstössä tarkoitettuja hankintamenettelyjä antaa rakennusurakan tai palvelun tietyn yrityksen tehtäväksi riippumatta siitä, miksi ja missä yhteydessä rakennusurakka toteutetaan tai palvelut suoritetaan ja mikä on niiden käyttötarkoitus.<sup>13</sup>

58. Edellä mainitun tavoitteen tehokas saavuttaminen merkitsee välttämättä sitä, että tietyn toimen luonnehdinta julkista rakennusurakkaa koskeväksi sopimukseksi on ymmärrettävä laajasti ja että samanaikaisesti taas poikkeustapauksia on tarkasteltava suppeasti.

59. Asia on näin erityisesti silloin, kun kyseessä ovat tiettyihin direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettuihin julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin sovellettavat erityiset poikkeukset (jotka on pääosin toistettu direktiivin 2004/18 16 artiklassa).<sup>14</sup> Kuten direktiivin 2004/18 johdanto-osan 24 perustelukappaleessa todetaan, tietyillä hankintasopimuksilla on erityispiirteitä, joiden takia julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevien sääntöjen soveltaminen niihin ei ole tarkoituksenmukaista.

60. Kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta koskeva poikkeus<sup>15</sup> voi laajasti ymmärrettynä mielestäni koskea vain olemassa olevia omaisuuseriä. Julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevien sääntöjen soveltamisesta johtuvalla kilpailuttamisella ei nimittäin ole juurikaan järkeä silloin, kun se kohdistuu sellaisen tietyn olemassa olevan omaisuuden vuokraukseen tai myyntiin, jota ei sen ainutlaatuisuuden takia voida verrata muihin omaisuuseriin. Tietyistä valmisteluasiakirjoista käy myös ilmi, että kiinteän omaisuuden vuokraamista tai hankintaa koskevien sopimusten jättäminen soveltamisalan ulkopuolelle johtuu lähtökohtaisesti siitä, että kyseiset markkinat ovat luonteeltaan paikalliset eivätkä ylitä valtioiden välisiä rajoja.<sup>16</sup> Kun sitä vastoin kyseessä olevaan toimintaan sisältyy kiinteän omaisuuden tuleva toteuttaminen ja näin ollen rakennustöiden suorittamista, näissä säännöissä edellytetty kilpailuttaminen ja avoimuus eivät ole lainkaan epätarkoituksenmukaisia ja näitä sääntöjä sovelletaan. Kyseessä oleviin säännöksiin sisältyvä viittaus ”muuhun kiinteään omaisuuteen” on mielestäni ymmärrettävä siten, että sillä tarkoitetaan muun kaltaisia omaisuuseriä kuin maata tai rakennuksia eikä vielä toteutumattomia omaisuuseriä.

61. Tästä seuraa – ilman että olisi tarpeen ottaa kantaa nimenomaisesti siihen, mistä alkaen kiinteä omaisuus on olemassa – ettei ”maan, rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden” ostamista tai vuokraamista koskevalla poikkeuksella voida missään tapauksessa tarkoittaa omaisuuseriä, joiden toteuttamista ei ole edes aloitettu, kuten pääasiassa näyttäisi olevan. Jos julkishallinto valitsee tiettyjen palvelujen käyttöönoton yhteydessä vaihtoehdoksi vielä rakentamattoman rakennuskohteen ostamisen tai vuokrauksen, toimessa on noudatettava asiaa koskevassa säännöstössä vahvistettuja hankintamenettelyjä.

13 — Ks. vastaavasti julkisasiamies Kokottin 15.6.2006 esittämä ratkaisuehdotus asiassa Auroux ym. (C-220/05, EU:C:2006:410, ratkaisuehdotuksen 43 kohta).

14 — Ks. myös julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18 kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston uuden direktiivin 2014/24/EU (EUVL L 94, s. 6510 artiklan a alakohta).

15 — Direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iii alakohta ja direktiivin 2004/18 16 artiklan a alakohta.

16 — Ks. erityisesti julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemennettelyjen yhteensovittamisesta 6.12.1990 esitetyn neuvoston direktiiviehdotuksen perustelut (KOM(90) 372 lopullinen – SYN 293).

3. Julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen olemassaolon edellytykset täyttyvät joka tapauksessa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa

62. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan toimen luonnehdinta julkisia rakennusurakoita koskevaksi sopimukseksi kuuluu unionin oikeuden alaan, ja sen on oltava kansalliseen oikeuteen perustuvasta luonnehdinnasta riippumatonta.<sup>17</sup> Myöskään sopimuskumppanien mahdollisesti valitsemilla oikeudellisilla luonnehdinnoilla ei ole merkitystä ratkaistaessa, kuuluuko sopimus tai toimi jonkin julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevan direktiivin soveltamisalaan.<sup>18</sup>

63. Pääasian osalta on siis todettava, ettei kyseessä olevan sopimuksen luonnehdinnalla muodollisesti vuokrasopimukseksi ole merkitystä. Merkitystä ei ole myöskään sillä, että suunnitellussa sopimuksessa on Pizzarottin ja Italian hallituksen väitteiden mukaan tiettyjä Italian siviiliprosessilain 1570 §:ssä tarkoitettulle kiinteistön vuokrasopimukselle ominaisia piirteitä.

64. Tässä yhteydessä on esitettävä yksi täsmennys. Tarkoituksena ei ole kyseenalaistaa kansallisten viranomaisten vapautta valita rakennusurakan tai palvelujen toteuttamiseen sopivaksi katsomansa sopimusmenettely eikä tietyn tyyppiin sopimukseen turvautumisen laillisuutta, vaan estää julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien sääntöjen kiertäminen, jonka tiettyjen sopimusmuotojen käyttö voisi aiheuttaa. Julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevassa unionin säännöstössä ei toisin sanoen oteta ennalta kantaa siihen, onko laillista turvautua vuokrasopimukseen rakennusurakan suorittamiseksi, kunhan ennen sopimuksen tekemistä noudatetaan kyseisessä säännöstössä säädettyjä julkisuutta ja kilpailuttamista koskevia sääntöjä.

65. Myös direktiivin soveltamisala on määriteltävä ainoastaan alan direktiiveissä nimenomaisesti määritelyjen objektiivisten edellytysten perusteella.

66. Tämä merkitsee lähinnä, ettei viranomaisten tavoittelemilla todellisilla tai oletetuilla päämäärillä ole merkitystä ratkaistaessa, onko sopimus luonnehdittava julkista rakennusurakkaa koskevaksi sopimukseksi. Vaikka olisikin näytetty toteen, että Barin kunnan alkuperäisenä tarkoituksena olisi ollut vain antaa Barin oikeusviranomaisille yhteiset toimitilat mahdollisesti ilman rakennusurakan toteuttamista, tätä seikkaa ei näin ollen voida ottaa huomioon.

67. Unionin tuomioistuin on näin ollen korostanut, että direktiivin 93/37 1 artiklan a alakohdassa olevan ”julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen” käsitteen määritelmä pitää sisällään kaikki toimet, joissa hankintaviranomaisen ja urakoitsijan välillä tehdään vastiketta vastaan sopimus, kun sopimuksen tarkoituksena on se, että urakoitsija toteuttaa saman direktiivin 1 artiklan c alakohdassa tarkoitettun ”rakennusurakan”. Olennaisena arviointiperusteena on tältä osin se, että kyseinen rakennusurakka toteutetaan hankintaviranomaisen täsmällisesti ilmoittamien vaatimusten mukaisesti, eikä tähän toteuttamiseen käytetyillä keinoilla ole merkitystä.<sup>19</sup> Näiden edellytysten täyttymiseksi kyseisen hankintaviranomaisen on pitänyt toteuttaa toimenpiteitä rakennusurakan ominaispiirteiden määrittelemiseksi tai ainakin ratkaisevan vaikutusvallan käyttämiseksi kyseisen urakan suunnittelussa.<sup>20</sup>

68. Oikeuskäytännöstä ilmenee, että jos sopimukseen sisältyy sekä julkisia rakennusurakoita koskevaa sopimusta koskevia seikkoja että toisentyypistä hankintasopimusta koskevia seikkoja, sopimuksen pääasiallinen kohde ratkaisee, mitä unionin oikeuden sääntöjä on sovellettava.<sup>21</sup>

17 — Ks. tuomio Aurox ym. (C-220/05, EU:C:2007:31, 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

18 — KölnMesse-tapaus (54 kohta).

19 — KölnMesse-tapaus (55 kohta).

20 — Tuomio Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, 67 kohta).

21 — Ks. erityisesti KölnMesse-tuomio (57 kohta).

69. Käsiteltävässä asiassa katson asiakirja-aineistosta ilmenevien seikkojen perusteella, että pääasiassa tarkoitettulla toimella on kaikki julkista rakennusurakkaa koskevalle sopimukselle ominaiset piirteet, koska sen pääasiallisena tavoitteena on loppujen lopuksi hankintaviranomaisen täsmällisesti ilmoittamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttaminen vastiketta vastaan.

70. Edellä mainitut seikat osoittavat ennen kaikkea, että tässä asiassa kyseessä olevan menettelykokonaisuuden, joka alkoi 14.8.2003 julkaistusta hankintailmoituksesta, tavoitteena oli rakentaa toimivaltaisten viranomaisten esittämien toiveiden mukaisesti uudet tilat, jotka oli tarkoitettu käytettäväksi Barin tuomioistuimien yhteisinä toimitiloina.

71. Tämä käy heti ilmi 14.8.2003 julkaistusta markkinakartoitusilmoituksesta (Ricerca di Mercato), jossa mainitaan nimenomaisesti, että ”tarjouksensa tekemällä tarjoaja sitoutuu aloittamaan rakennusurakkaan kuuluvat rakennustyöt kuluvana vuonna 31.12. mennessä”.

72. Markkinakartoitusilmoituksen liitteenä olevasta, Corte d’appello di Barin laatimasta ja kiinteistöhuoltolautakunnan hyväksymästä asiakirjasta, jonka otsikko on ”Quadro esigenziale” (Vaatimukset) ja jonka merkitystä suunnitellun sopimuksen tarkastelun kannalta ei ole asetettu kyseenalaiseksi,<sup>22</sup> ilmenee myös, että toimivaltaiset viranomaiset ovat määritelleet tarkemmin tiettyjä rakenteellisia, toiminnallisia ja organisatorisia vaatimuksia, jotka yhtenäistä tuomioistuinkorttelia koskevan rakennushankkeen oli täytettävä, kun otetaan huomioon sovellettava säännöstö ja tietyt Barin tuomioistuinten toimintaan liittyvät tilastotiedot. Mielestäni edellä mainitut vaatimukset, joita on esitetty useita kymmeniä sivuja, ylittävät selvästi vuokralaisen tavanomaiset vaatimukset tietynsuuruisen uuden rakennuksen osalta.<sup>23</sup>

73. Myös kunnanvaltuuston 18.12.2003 tekemässä päätöksessä nro 1045/2003, joka koskee Pizzarottin esittämän tarjouksen valintaa, viitataan nimenomaisesti tuomioistuinten ”yhteisten toimitilojen toteuttamiseen”.

74. Yleisesti olen sitä mieltä, ettei sopimuksen, joka koskee rakennuskohdetta, jonka rakentamista ei vielä ole aloitettu, direktiiveissä 93/37 ja 2004/18 tarkoitettuna välittömänä ja siis ensisijaisena kohteena voida lähtökohtaisesti ja KölnMesse-tapauksessa esitettyjen toteamusten perusteella katsoa olevan rakennuksen vuokraus, riippumatta kansallisen oikeuden perusteella valitusta sopimusmallista. Kyseisen kaltaisen sopimuksen ensisijaisena päämääränä voi siis johdonmukaisesti olla ainoastaan toteuttaa edellä mainitut rakennuskohteet, jotka oli tämän jälkeen tarkoitus antaa hankintaviranomaisen käyttöön vuokrasopimukseksi luonnehditun sopimussuhteen perusteella.<sup>24</sup>

75. Pääasiassa vaikuttaa siltä, ettei Pizzarotti voi missään tapauksessa täyttää vuokralle antamista koskevassa sitoumusluonnoksessa määrättyä veloitetta antaa käyttöön määrättyllä alueella sijaitseva konkreettinen rakennuskohde rakentamatta sitä ensin.

76. Viiteasiakirjoihin sisältyvät lukuisat tekniset eritelvät osoittavat, että hankintaviranomainen on toteuttanut toimenpiteitä rakennusurakan ominaispiirteiden määrittelemiseksi tai ainakin käyttänyt ratkaisevaa vaikutusvaltaa kyseisen urakan suunnittelussa. Nämä seikat sekä lukuisat oikeusriidat, joihin pääasiassa suunnitellun sopimuksen tekemättä jättäminen on johtanut, osoittavat mielestäni selvästi, ettei Pizzarotti olisi ollut valmis toteuttamaan kyseessä olevaa rakennusurakkaa, ellei Barin kunnan erikseen ilmoittamia vaatimuksia olisi ja ellei Barin kunta olisi hyväksynyt julkisen markkinakartoitusilmoituksen johdosta laadittua toteuttamishdotusta.

22 — Luonnoksessa vuokralle antamista koskeva sitoumuksiksi, joka on päivätty toukokuussa 2012, viitataan erityisesti kyseisen asiakirjan johdanto-osan kymmenenteen perustelukappaleeseen ja 7 §:ään.

23 — KölnMesse-tapaus (58 kohta).

24 — KölnMesse-tapaus (56 kohta).

77. Minusta vaikuttaa toiseksi varsin selvältä, että vaikka pääasiassa tarkoitettu sopimus eroaa tältä osin KölnMesse-tapauksessa kyseessä olleesta sopimuksesta,<sup>25</sup> se on tehty vastiketta vastaan.

78. On toki niin, että vuosittaisina vuokrina maksettava korvaus, jonka Barin kunnan oletetaan suorittavan kyseessä olevan sopimuksen 18 vuoden ajan, ei kata lähimainkaan rakennusurakan toteuttamiskustannuksia.

79. Tämä toteamus ei kuitenkaan voi johtaa kyseessä olevan sopimuksen vastikkeellisuuden kiistämiseen.

80. Rakennustöistä saatavan taloudellisen vastikkeen määrällä ei voida katsoa olevan ratkaisevaa merkitystä julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen erottamisessa julkisia rakennusurakoita koskevasta sopimuksesta,<sup>26</sup> toisin kuin Pizzarotti sekä Italian ja Saksan hallitukset näyttävät esittävän.<sup>27</sup> Kuten oikeuskäytännössä on todettu, julkisia hankintoja koskevan sopimuksen luonnehtimisen kannalta ratkaiseva seikka on kyseisen sopimuksen pääasiallinen kohde eikä urakoitsijan saaman korvauksen määrä tai korvauksen maksamista koskevat yksityiskohdat.<sup>28</sup> Se, ettei 18 vuoden ajan maksettava vuosivuokra, josta suunnitellussa sopimuksessa määrätään, kata kokonaan rakennusurakan toteuttamiskustannuksia, ei missään tapauksessa muuta sopimuksen vastikkeellista luonnetta eikä siis sulje pois julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen olemassaoloa. Tässä yhteydessä se, että taloudellinen toimija saa tosiasiallisesti etua, ei voi olla välttämätön edellytys sille, että sopimus luonnehditaan julkista rakennusurakkaa koskevaksi sopimukseksi.<sup>29</sup>

81. Hankintaviranomaisen välittömään taloudelliseen intressiin liittyvä edellytys ei välttämättä tarkoita, että hankintaviranomaisesta tulee rakennuskohteen omistaja, sillä kyseinen edellytys voidaan täyttää vuokrausoikeudella, jolla rakennuskohde annetaan kyseessä olevan viranomaisen käyttöön.<sup>30</sup>

82. Kun nämä seikat otetaan huomioon, ehdotan, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan siten, että vielä valmistumattoman rakennuskohteen vuokrasopimus, jolla on pääasiassa tarkoitettuna kaltaisen vuokrasopimuksen piirteitä, on luonnehdittava direktiivin 93/37 1 artiklan a alakohdassa tarkoitetuksi julkista rakennusurakkaa koskevaksi sopimukseksi.

*C Toinen ennakkoratkaisukysymys: vilpitöntä yhteistyötä ja oikeusvoiman kunnioittamista koskevista periaatteista johtuvat vaatimukset tilanteessa, jonka oletetaan olevan ristiriidassa unionin oikeuden kanssa*

83. Toisella kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, voiko se katsoa, että käsiteltävässä asiassa mahdollinen oikeusvoimaisesti todettu on tehoton, koska se on mahdollistanut julkisia rakennusurakoita koskevan unionin oikeuden vastaisen oikeudellisen tilanteen vallita, ja onko kyseisen oikeuden kanssa ristiriitainen ratkaisussa todettu siis mahdollista panna täytäntöön.

84. Aluksi haluan tuoda esiin hämmennykseni siitä, miten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tarkkaan ottaen määrittelee ”oikeusvoiman” eli *thema decidendum* ja *ratio decidendi*, joka osoittaa sen mielestä ongelmalliseksi unionin oikeuden noudattamisen näkökulmasta.

25 — KölnMesse-tapaukseen johtaneessa asiassa Saksan hallitus mainitsi, että Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR:lle vuokrina maksettava kokonaissumma, joka loppujen lopuksi oli noin 600 miljoonaa euroa, ylitti selvästi kohteiden rakennuskustannukset, jotka olivat noin 235 miljoonaa euroa.

26 — Toisin kuin julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen ja julkisia tavaranhankintoja koskevan sopimuksen erottamiseksi (ks. erityisesti direktiivin 92/50 2 artikla ja direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan toinen alakohta).

27 — Ne viittaavat muun muassa julkisasiamies Trstenjakin 4.6.2009 asiassa komissio v. Saksa (C-536/07, EU:C:2009:340) esittämään ratkaisuehdotukseen, jonka mukaan myös ”kulloisetkin hintakustannukset” on arvioitava (ratkaisuehdotuksen 105 kohta).

28 — Ks. KölnMesse-tapaus (61 kohta).

29 — Tuomio Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ym. (C-159/11, EU:C:2012:817).

30 — Ks. vastaavasti tuomio Helmut Müller (EU:C:2010:168, 50 ja 51 kohta).

85. Vaikka olenkin hyvin tietoinen siitä, että on viime kädessä vain kansallisen tuomioistuimen tehtävä määrittää se tuomioistuimen ratkaisu tai ne ratkaisut, jotka estävät unionin oikeuden täysimääräisen soveltamisen, totean seuraavaa antaakseni esitettyihin kysymyksiin vastauksen, josta on ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle mahdollisimman paljon hyötyä.

86. Käsiteltävässä asiassa ainoa ”oikeusvoima”, johon ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa,<sup>31</sup> muodostuu sen tuomiosta nro 4267/2007 ja tarkemmin sanoen kyseiseen tuomioon sisältyvästä päätöksestä, jonka mukaan Barin kunnan ”täytyy kohtuullisuusperiaatteen, vilpittömän mielen periaatteen ja luottamuksensuojan periaatteen mukaisesti toimia omien päätöstensä suhteen johdonmukaisesti ja saattaa menettely uskottavaan asianmukaiseen päätökseen selvittämällä saatujen ehdotusten perusteella mahdollisuus toteuttaa urakka muuttuneen taloudellisen tilanteen asettamissa rajoissa”.

87. Consiglio di Stato on todennut, että edellä mainittu päätös on ”altis monille erilaisille täytäntöönpanoratkaisuille”, mutta suoralta kädeltä on silti vaikea ymmärtää, millä perusteilla edellä mainitun tuomion täytäntöönpano olisi välttämättä vastoin unionin oikeutta, tarkemmin sanoen vastoin merkityksellisen julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia koskevan säännösten soveltamista.

88. Kuten Barin kunta on todennut, vaikuttaa siltä, että ainoa Consiglio di Staton tuomioon nro 4267/2007 sisältyvä (lopullinen) oikeusvoima liittyy kunnalle (sekä täytäntöönpanosta vastaavalle virkamiehelle) määrättyyn velvoitteeseen saattaa julkisella markkinakartoitusilmoituksella käynnistetty menettely päätökseen. Mikään ei anna aihetta sulkea ennalta pois sitä, että kyseisen menettelyn päätökseen saattaminen edellä mainitussa tuomiossa tarkoitetulla tavalla voitaisiin toteuttaa käynnistämällä uusi hankintamenettely julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevien unionin sääntöjen mukaisesti.

89. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on ainakin osittain<sup>32</sup> omaksunut Pizzarottin puoltaman tulkinnan, jonka mukaan edellä mainittua tuomiota ja sen jälkeen tehtyjä tuomioistuimen ratkaisuja on tulkittava siten, että niissä edellytetään suunnitellun ”vuokrasopimuksen” tekemistä Pizzarottin kanssa, mikä on omiaan aiheuttamaan unionin oikeuden vastaisen tilanteen. Vaikuttaa myös siltä, että täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen tekemillä täytäntöönpanopäätöksillä on katsottu olevan tietty autoriteetti (ks. päätös nro 8420/2010). Italian hallintomenettelylain (codice del processo amministrativo) säännöksistä ymmärrän kuitenkin, että tuomioistuin tutkii kaikki moitteettomaan noudattamiseen liittyvät kysymykset, mukaan lukien oikeusviranomaisen avustajana toimivan täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen toimista johtuvat kysymykset.

90. Vaikka ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen edellä mainitun hallintomenettelylain<sup>33</sup> säännöksistä tekemän tulkinnan perusteella vaikuttaakin siltä, että kyseisellä tuomioistuimella on valta täydentää tuomion nro 4267/2007 tuomiolauselmaa, mikä johtaa siihen, mitä se luonnehtii niin sanotuksi ”vaiheittain muodostuneeksi oikeusvoimaksi”, minun on vaikea katsoa, että oikeusvoiman koskemattomuuden periaate vaarantuu. On näet niin, että kun lainkäyttöelimellä on valta täsmentää aiemmin tehtyä ratkaisua tai käsitellä se uudelleen, tämä mahdollisuus on annettava samoin edellytyksin unionin oikeuden täysimääräisen soveltamisen varmistamiseksi.

91. Tällaisessa tilanteessa on viime kädessä kansallisen tuomioistuimen tehtävä antaa useampia tulkintoja mahdollistavista tuomioistuimen ratkaisuista täytäntöönpanossa etusija sille, jolla varmistetaan, että hallintoviranomaiset toimivat unionin oikeuden mukaisesti.

31 — Vaikka asianosaiset näyttävätkin vaatineen tuomion nro 8420/2010 noudattamista.

32 — Ks. tältä osin selvitys niistä päätöksistä, jotka Consiglio di Stato on tehnyt erityisesti täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen 27.5.2010 toteuttamien toimien johdosta (edellä tämän ratkaisuehdotuksen 23–25 kohta).

33 — Asetus nro 104, annettu 2.7.2010 (GURI nro 156, 7.7.2010).



92. Jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin sitä vastoin päätyy toteamaan, että sen tuomiossa nro 4267/2007 tai myöhemmin tehdyissä ratkaisuissa todettu on väistämättä ristiriidassa julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia koskevan unionin oikeuden moitteettoman soveltamisen kanssa,<sup>34</sup> mikä vain sillä on toimivalta tutkia, oikeusvoiman toteuttamista koskevat yksityiskohtaiset säännöt kuuluvat jäsenvaltioiden menettelyllisen itsemääräämisoikeuden alaan, jollei vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden noudattamisesta muuta johdu.

93. Tässä yhteydessä unionin tuomioistuin on toistuvasti muistuttanut oikeusvoimaa koskevan periaatteen tärkeydestä sekä unionin oikeusjärjestyksessä että kansallisissa oikeusjärjestyksissä. Itse asiassa sekä oikeusrauhan ja oikeussuhteiden vakauden että hyvän lainkäytön varmistamiseksi on tärkeää, että käytettävissä olevien oikeussuojakeinojen käytön tai näitä oikeussuojakeinoja varten säädettyjen määräaikojen päättymisen jälkeen lainvoimaisiksi tulleita tuomioistuinten ratkaisuja ei voida enää saattaa kyseenalaisiksi.<sup>35</sup> Näin ollen unionin oikeudessa ei edellytetä, että kansallinen tuomioistuin jättää soveltamatta kansallisia menettelysääntöjä, joiden perusteella ratkaisu on oikeusvoimainen, vaikka tällaisella soveltamatta jättämisellä olisi mahdollista lopettaa kyseisellä ratkaisulla tapahtunut unionin oikeuden loukkaus.<sup>36</sup>

94. Koska unioni ei ole antanut tästä seikasta säännöksiä, jäsenvaltion asiana on antaa sisäisessä oikeusjärjestyksessään oikeusvoiman periaatteen toteuttamisen yksityiskohtaiset säännöt jäsenvaltioiden menettelyllisen autonomian periaatteen nojalla. Nämä säännöt eivät kuitenkaan saa olla epäedullisempia kuin ne säännöt, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia tilanteita (vastaavuusperiaate), eikä niillä saada tehdä unionin oikeusjärjestyksessä tunnustettujen oikeuksien käyttämistä käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi (tehokkuusperiaate).<sup>37</sup>

95. Yhteisöjen tuomioistuin itse rajasi oikeusvoiman periaatteen ilmeisen sivuuttamisen, joka tapahtui tuomiossa Lucchini,<sup>38</sup> koskemaan valtioneuvosten hyvin erityistä alaa.

96. Edellä mainitussa tuomiossa täsmennettiin nimittäin, että koska sen arvioiminen, ovatko tukitoimenpiteet tai tukijärjestelmä yhteismarkkinoille soveltuvia, kuuluu komission yksinomaiseen toimivaltaan, jonka käyttämistä yhteisöjen tuomioistuimet valvovat, yhteisön oikeus on esteenä sellaisen kansallisen oikeuden säännöksen soveltamiselle, jossa säädetään oikeusvoiman periaatteesta, kuten Italian siviililain 2909 §:n, siltä osin kuin sen soveltaminen estää perimästä takaisin yhteisön oikeuden vastaisesti myönnettyä valtioneuvosta, jonka on todettu komission lopulliseksi tulleella päätöksellä olevan yhteismarkkinoille soveltumaton.<sup>39</sup>

97. Asiaan Lucchini liittyviä erityispiirteitä on korostettu myös tuomiossa Fallimento Olimpiclub,<sup>40</sup> jossa täsmennettiin, että kyseinen asia koski aivan erityistä tilannetta, jossa oli kyse periaatteista, jotka koskevat toimivallan jakoa jäsenvaltioiden ja Euroopan yhteisön välillä valtioneuvostasioissa, sillä komissiolla on yksinomainen toimivalta tutkia kansallisen valtioneuvoston toimivallan soveltuvuus yhteismarkkinoille.

34 — Consiglio di Stato antaman käsityksen mukaan on näet niin, että sen (15.4.2010 ja 3.12.2010 tekemät) täytäntöönpanopäätökset, jotka koskevat täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen toimia, ovat johtaneet mahdollisesti unionin oikeuden vastaiseen tilanteeseen, kun niissä on veloitettu toteuttamaan toimet, joita vielä valmistumattoman kohteen vuokrasopimuksen, jonka kyseessä oleva yritys oli esittänyt viranomaisille lopullisena ehdotuksena taloudellisen tilanteen muututtua ratkaisevasta vuonna 2004, tekeminen edellyttää.

35 — Ks. erityisesti tuomio Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, 38 kohta); tuomio Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, 20 kohta) ja tuomio Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506, 22 kohta).

36 — Tuomio Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, 48 kohta); tuomio Kapferer (EU:C:2006:178, 21 kohta) ja tuomio Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, 23 kohta).

37 — Tuomio Kapferer (EU:C:2006:178, 22 kohta) ja tuomio Fallimento Olimpiclub, (EU:C:2009:506, 24 kohta).

38 — C-119/05, EU:C:2007:434.

39 — Ks. em. tuomion 62 ja 63 kohta.

40 — Tuomio Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, 25 kohta).

98. Hallintoelinten vilpittömän yhteistyön velvoitteeseen perustuvien velvoitteiden, sellaisena kuin ne on määritelty erityisesti tuomioissa Kühne & Heitz,<sup>41</sup> ja tämän saman velvoitteen nojalla kansallisille tuomioistuimille kuuluvien velvoitteiden rinnastaminen toisiinsa ei vakuuta minua lainkaan.

99. Sekä hallinnollisen päätöksen lopullisuuden kunnioittaminen että tuomioistuimen päätökseen liittyvä auktoriteetti perustuvat oikeusvarmuuden periaatteen näkökulmasta tarpeeseen säilyttää oikeudellisten tilanteiden vakaus. Pääasia liittyy myös poikkeukselliseen tilanteeseen, jossa Consiglio di Stato voi antamiensa tietojen mukaan täydentää yhden lainvoimaiseksi tulleen tuomionsa tuomiolauselmaa ja tarvittaessa muuttaa täytäntöönpanosta vastaavan virkamiehen kyseisien tuomion johdosta tekemiä täytäntöönpanopäätöksiä.

100. Vaikka tämän mahdollisuuden katsottaisiin heikentävän lainvoimaisesti ja oikeusvoimaisesti todetun koskemattomuutta, mitä ei ole selvästi osoitettu (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 90 kohta), mahdollisuus tarkastella uudelleen lopulliseksi tullutta hallinnollista päätöstä ja mahdollisuus muuttaa lainvoimaiseksi tullutta tuomioistuimen ratkaisua poikkeavat toisistaan merkittävästi. Tuomioissa Kühne & Heitz (EU:C:2004:17) vahvistettu hallintoelimen velvollisuus muuttaa lopulliseksi tullutta hallinnollista päätöstä tietyin edellytyksin perustuu lähtökohtaisesti siihen, ettei kyseisen kaltainen uudelleentarkastelu loukkaa kolmansien oikeuksia. Tämä edellytys ei nähdäkseni täyty, kun on kyse oikeusvoimaisten tuomioistuimen ratkaisujen uudelleentarkastelusta. Mielestäni voidaan myös katsoa, että kyseisessä tuomioissa viimekädessä sovelletaan tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita, kun otetaan huomioon kansallisessa lainsäädännössä annettu mahdollisuus muuttaa tietyin edellytyksin lopullisiksi tulleita hallinnollisia päätöksiä.

101. Edellä esitetystä seuraa, että kun tuomioistuimen ratkaisu on, mahdollisesti tuomioistuimen myöhempien täytäntöönpanopäätösten vaikutuksesta, aiheuttanut unionin oikeuden vastaisen tilanteen, ei ole lähtökohtaisesti kansallisen tuomioistuimen tehtävä muuttaa kyseistä ratkaisua

102. Unionin oikeuden vastainen tilanne on myös mahdollista korjata. On nimittäin niin, että jos lainvoimaisuus estää unionin oikeuden soveltamisen, on mahdollista nostaa kanne yksityisille aiheutuneen vahingon korvaamisesta.<sup>42</sup>

103. Näin ollen ehdotan, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan, että on yksinomaan kansallisen tuomioistuimen asiana määritellä lainvoimaiseksi tulleen tuomioistuimen ratkaisun tarkka sanamuoto. Jäsenvaltioiden asiana on antaa sisäisessä oikeusjärjestyksessään tuomioistuimen lainvoimaisen ratkaisun täytäntöönpanon yksityiskohtaiset säännöt, jollei vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden noudattamisesta muuta johdu. Jos kansallisella tuomioistuimella on kansallisten sääntöjen nojalla valta täydentää ratkaisussa todetun sanamuotoa tai jopa korvata se, sen on käytettävä tätä valtaa unionin oikeuden panemiseksi asianmukaisesti täytäntöön.

#### IV Ratkaisuehdotus

104. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Consiglio di Staton esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- 1) Vielä valmistumattoman kohteen vuokrasopimus, jolla on pääasiassa tarkoitettuna kaltaisen sopimuksen piirteitä, on luonnehdittava julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun direktiivin 93/37/ETY 1 artiklan a alakohdassa tarkoitetuksi ”julkista rakennusurakkaa koskevaksi sopimukseksi”.

41 — Tuomio Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, 28 kohta). Ks. myös tuomiot i-21 Germany ja Arcor (C-392/04 ja C-422/04, EU:C:2006:586, 51–55 kohta) sekä Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78).

42 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 35 mainittu tuomio Köbler (EU:C:2003:513, 51 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

- 2) On yksinomaan kansallisen tuomioistuimen asiana määritellä lainvoimaiseksi tulleen tuomioistuimen ratkaisun tarkka sanamuoto. Jäsenvaltion asiana on sisäisessä oikeusjärjestyksessään antaa tuomioistuimen lainvoimaisen ratkaisun täytäntöönpanon yksityiskohtaiset säännöt, jollei vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden noudattamisesta muuta johdu. Jos kansallisella tuomioistuimella on kansallisten sääntöjen nojalla valta täydentää ratkaisussa todetun sanamuotoa tai jopa korvata se, sen on käytettävä tätä valtaa unionin oikeuden panemiseksi asianmukaisesti täytäntöön.