

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JULIANE KOKOTT

1 päivänä maaliskuuta 2005¹

I Johdanto

1. Yksi keskeisistä kysymyksistä julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä on se, miten erotetaan toisistaan ne hankintamenettelyt, joihin liittyy tarjouskilpailun järjestämistä koskeva velvoite, ja ne hankintamenettelyt, joihin ei liity tällaista velvoitetta. Tässä yhteydessä erityisen ajankohtainen on jaottelu ulkoisiin hankintoihin ja niin sanottuihin viranomaisen sisäisiin hankintoihin, joita kutsutaan myös talonsisäisiksi hankinnoiksi.

2. *Talonsisäisiä hankintoja suppeassa merkityksessä* ovat menettelyt, joissa julkisoikeudellinen laitos tekee sopimuksen sellaisen oman toimipaikkansa kanssa, joka ei ole itsenäinen oikeushenkilö. *Laajassa merkityksessä* talonsisäisiin hankintoihin voidaan kuitenkin lukea myös tietyt tilanteet, joissa hankintaviranomaiset tekevät sopimuksia sellaisten määräysvallassaan olevien yhtiöiden kanssa, jotka ovat itsenäisiä oikeushenkilöitä. Kun talonsisäisillä hankinnoilla suppeassa merkityksessä ei selvästikään ole merkitystä julkisia hankintoja koskevan lain-

säädännön kannalta, koska kyseessä ovat täysin hallinnonsisäiset menettelyt,² talonsisäisiin hankintoihin laajassa merkityksessä (joita kutsutaan osittain myös lähes talonsisäisiksi sopimuksiksi)³ liittyy yleensä hankalia rajauskysymyksiä siitä, onko tarjouskilpailun järjestämistä koskeva velvoite olemassa vai ei. Yhteisöjen tuomioistuin käsittelee nyt käsiteltävässä asiassa jälleen kerran⁴ tätä ongelma-aluetta.

3. Brixenin kunta teki ilman edeltävää hankintamenettelyä sopimuksen kahden maksullisen yleisen pysäköintialueen hoitamisesta tytäryhtiönsä Stadtwerke Brixen AG:n kanssa. Yksityinen yhtiö Parking Brixen GmbH on valittanut päätöksestä. Italialainen tuomioistuin, Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen (jäljempänä myös kansallinen tuomioistuin), on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle kaksi ennakkoo-

2 — Asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121, 49 ja 50 kohta), joka liittyy julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1; jäljempänä direktiivi 93/36).

3 — Vrt. tältä osin julkisasiamies Stix-Hacklin asiassa C-26/03, Stadt Halle ym., 23.9.2004 antaman ratkaisuehdotuksen (Kok. 2005, s. I-1) 49 kohta.

4 — Vrt. lähtökohtaisesti edellä alavitteessä 2 mainitussa asiassa Teckal annettu tuomio. Juuri äskettäin eli 11.1.2005 annettiin tuomio asiassa C-26/03, Stadt Halle ym. (Kok. 2005, s. I-1). Vielä vireillä ovat tällä hetkellä esimerkiksi asiat C-231/03 (Coname), C-29/04 (komissio v. Itävalta) ja C-216/04 (Saba Italia).

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.

ratkaisukysymystä, joiden pääasiallisena kohteena on ensinnäkin rajanveto julkisia palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten ja julkisten palveluhankintojen välillä ja toiseksi rajanveto tarjouskilpailun järjestämisestä koskevan veloitteen piiriin kuuluvien ulkoisten hankintojen ja kyseisen veloitteen piiriin kuulumattomien sisäisten hankintojen välillä.

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

A Yhteisön oikeus

4. Nyt käsiteltävän asian yhteisön oikeuteen liittyvän perustan muodostavat ensinnäkin julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY⁵ (jäljempänä direktiivi 92/50) ja toiseksi EY 43 ja EY 49 artikla sekä EY 86 artiklan 1 kohta.

5. Direktiivin 92/50 1 artiklan a ja b alakohdassa säädetään muun muassa seuraavaa:

”Tässä direktiivissä:

5 — Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1). Tämä direktiivi kumottiin ja korvattiin julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetuilla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114; jäljempänä direktiivi 2004/18). Ajallisesti nyt käsiteltävään asiaan sovelletaan kuitenkin direktiiviä 92/50.

a) *’julkisia palveluhankintoja koskevalla sopimuksella’* tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken, — —

b) *’hankintaviranomaisilla’* tarkoitetaan valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia, yhden tai useamman edellä tarkoitettun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

— —”

6. EY 43 artiklassa määrätään sijoittautumisvapaudesta ja EY 49 artiklassa palvelujen tarjoamisen vapaudesta. EY 48 artiklan 1 kohdan ja EY 55 artiklan mukaan näitä molempia perusvapauksia sovellettaessa jäsenvaltioiden oikeussääntöjen mukaan perustetut yhtiöt, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on yhteisön alueella, rinnastetaan luonnollisiin henkilöihin, jotka ovat jäsenvaltion kansalaisia.

7. EY 86 artiklan kahdessa ensimmäisessä kohdassa määrätään vielä seuraavaa:

”1. Jäsenvaltiot eivät toteuta eivätkä pidä voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee

julkisia yrityksiä taikka yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia ja joka on ristiriidassa tämän sopimuksen, etenkin 12 ja 81–89 artiklan määräysten kanssa.

oikeudet ja velvoitteet ja ottavat itselleen alkuperäisten erityisten liikeyritysten varat ja vastuut. Kulloinenkin alueellinen yhteisö voi tämän säännöksen mukaan pysyä tällaisen yhtiön ainoana osakkaana, kuitenkin enintään kahden vuoden ajan muutoksesta.

2. Yrityksiin, jotka tuottavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, sekä fiskaalisiin monopoleihin sovelletaan tämän sopimuksen määräyksiä ja varsinkin kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä. Kaupan kehitykseen ei saa vaikuttaa tavalla, joka olisi ristiriidassa yhteisön etujen kanssa.”

9. Trentino-Südtirolin autonomisen alueen kuntien organisaatiota koskevien säännösten yhtenäisen tekstin 88 §:n 6 momentissa säädetään seuraavaa:

B Kansallinen lainsäädäntö

8. Italiassa on 18.8.2000 annetun tasavallan presidentin asetuksen (decreto legislativo)⁶ nro 267 (jäljempänä decreto legislativo nro 267/2000)⁷ mukaan sallittua, että kunnat ja muut alueelliset yhteisöt muuttavat yksipuolisella oikeustoimella omia yrityksiään (joita kutsutaan myös erityisiksi liikeyrityksiksi) osakeyhtiöiksi. Nämä yhtiöt säilyttävät siinä yhteydessä ennen muutosta voimassa olleet

”Kunnat säätävät asetuksella menettelystä ja perusteista, joiden mukaan valitaan taloudellisesti ja yritystoiminnan kannalta merkityksellisille julkisille palveluille jäljempänä mainitut organisaatiomuodot:

a) erityisten liikeyritysten perustaminen;

b) sellaisten osakeyhtiöiden tai rajavastuuyhtiöiden perustaminen, jotka ovat suurimaksi osaksi viranomaisten vaikutusvallassa, tai osakkuus tällaisissa yhtiöissä;

⁶ — Lakiasetus tai lainsäädännöllinen määräys.

⁷ — Decreto legislativo nro 267/2000 otsikkona on ”Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali” (Yhtenäinen teksti alueellisista yhteisöistä annetuista säännöksistä), ja se on julkaistu GURI:ssa nro 227, 28.9.2000, Supplemento Ordinario n°162.

c) julkisten palvelujen hoitamisen antaminen kolmansille, jolloin on järjestettävä asianmukaisia tarjouskilpailumenettelyjä sopimuksen tekemiseksi. — —”⁸

rakentaminen ja hoito oli annettu jo aikaisemmin eli vuonna 2000 Stadtwerke Brixenin tehtäväksi. Kuten suullisessa käsittelyssä on ilmennyt, näitä pysäköintialueita eivät kuitenkaan käytä yksinomaan uimahallissa kävijät.

10. Lisäksi kuntien organisaatioon sovellettavista säännöksistä annetun yhtenäisen tekstin 88 §:n 18 momentissa säädetään, että 6 momentissa tarkoitettujen perustettujen yhtiöiden osakkaina olevat alueelliset yhteisöt voivat — tietyin, siinä tarkemmin määritellyin edellytyksin — antaa niiden tehtäväksi muiden sellaisten julkisten palvelujen hoitamisen, jotka ovat yhtiön tavoitteiden kanssa yhteensopivia.

12. Kansallisen tuomioistuimen antamien tietojen mukaan nämä pysäköintialueet sijaitsevat kahdella eri tontilla, joiden numerot ovat 491/6 ja 491/11.

III Tosiseikasto

A Asiasisältö ja pääasian oikeudenkäynti

11. Italiassa Trentino-Südtirolin autonomisella alueella sijaitseva Brixenin kunta antoi vuosina 2001 ja 2002 — molemmissa tapauksissa ilman edeltävää hankintamenettelyä — kahden yleisen pysäköintialueen hallinnonin Stadtwerke Brixen AG:n tehtäväksi. Molemmat pysäköintialueet liittyvät kunnalliseen yleiseen uimahalliin, jonka

13. Kunta myönsi tonttia 491/11 varten⁹ Stadtwerke Brixen AG:lle joulukuussa 2001 maanpäällisen ja maanalaisen rakennusoikeuden pysäköintipaikkojen rakentamista varten. Suunnitellun maanalaisen pysäköintihallin valmistumiseen saakka tontille oli aluksi tarkoitus rakentaa väliaikainen maanpäällinen pysäköintialue. Tätä tarkoitusta varten alue (siihen saakka jalkapallokenttä) rakennettiin väliaikaisesti ja muutettiin noin 200 paikan pysäköintialueeksi.

14. Lisätilojen raivaamiseksi pysäköintiä varten Stadtwerke Brixen AG:lle siirrettiin marraskuussa 2002 yhdeksän vuoden ajaksi myös vieressä olevalla tontilla 491/6 sijaitse-

8 — Tämä säännös ilmenee 4.1.1993 annetun alueellisen lain nro 1 44 §:stä (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* nro 3, 19.1.1993, *Ordentliches Beiblatt* nro 1), sellaisena kuin se on muutettuna 23.10.1998 annetun alueellisen lain nro 10 10 §:llä (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* nro 45, 27.10.1998, *Beiblatt* nro 2).

9 — Kunnanvaltuuston päätös nro 118, 18.12.2001.

van maanpäällisen pysäköintialueen hallinnointi.¹⁰ Brixenin kunta hallinnoi aikaisemmin 10 vuoden ajan suoraan kyseistä pysäköintialuetta, johon kuuluu niin ikään noin 200 pysäköintipaikkaa.

15. Stadtwerke Brixen AG saa Brixenin kunnan kanssa 19.12.2002 tehdyn sopimuksen perusteella perii viimeksi mainitun, tontilla 491/6 sijaitsevan pysäköintialueen käyttäjiltä maksun. Vastavuoroisesti se sitoutui maksamaan kunnalle vuosittaisena korvauksena 151 700 euroa, jota oli määrä vielä korottaa samassa suhteessa kuin pysäköintimaksuja korotettaisiin.¹¹ Sen lisäksi Stadtwerke Brixen AG otti palvelukseensa Brixenin kunnan palveluksessa aikaisemmin olleen tämän pysäköintialueen henkilöstön, sitoutui hoitamaan maa-alueen tavanomaisen ja epätavanomaisen ylläpidon ja otti siitä täyden vastuun. Lisäksi Stadtwerke Brixen AG ilmoitti olevansa valmis jatkamaan Brixenin kunnan pysäköintialueella aikaisemmin hoitamaa polkupyörien lainausta ja sallimaan siellä edelleen myös viikoittaisen torin pitämisen.

16. Maanpäällisen pysäköintialueen käyttämisestä tontilla 491/11 ei kansallisen tuo-

mioistui men esittämien tietojen mukaan sitä vastoin tehty vastaavaa sopimusta.

17. Parking Brixen GmbH valittaa siitä, että pysäköintialueet on annettu Stadtwerke Brixen AG:n hoidettaviksi. Sillä on jo toisaalla Brixenissä pysäköintihalli, ja myös se on kiinnostunut molempien riidanalaisten pysäköintialueiden hoitamisesta. Se on tehnyt kansalliselle tuomioistuimelle 17.1.2003 valituksen ja vaatii hankinnan tekemistä koskevien oikeustoimien kumoamista.

B Stadtwerke Brixen AG:tä ja aikaisempaa kunnan omaa yritystä koskevat täydentävät tiedot

18. Stadtwerke Brixen AG on Brixenin kunnan aikaisemman oman yrityksen (jota nimitetään myös erityiseksi likeyritykseksi) Stadtwerke Brixenin oikeudellinen seuraaja. Tämä oma yritys oli jo 1.1.1999 alkaen erillinen oikeushenkilö ja itsenäinen yritys, ja kunta muutti sen lokakuussa 2001 decreto legislativo nro 267/2000 115 §:n nojalla osakeyhtiöksi, jonka nimi on Stadtwerke Brixen AG.¹²

10 — Kunnanvaltuuston päätös nro 107, 28.11.2002.

11 — Ennakkoratkaisupyyntöön mukaan pysäköintimaksun korottamisesta seuraa vuotuisen korvauksen korottaminen ”80 prosentilla vastaavasta prosentuaalisesta hinnankorotuksesta”.

12 — Kunnanvaltuuston päätös nro 97, 25.10.2001.

19. Stadtwerke Brixen AG:n tehtävät ilmevät sen yhtiöjärjestyksen 4 §:stä, jonka mukaan se saa toimia lukuisilla, laajassa mielessä julkisiin palveluihin kuuluvilla alueilla, erityisesti vesi- ja jätevesihuollon, lämpö- ja energiahuollon, tietöiden, jätehuollon, henkilö- ja tavarakuljetusten sekä tietotekniikan ja televiestinnän aloilla paikallisella, kansallisella ja kansainvälisellä tasolla. Myös pysäköintialueiden ja pysäköintihallien hoitaminen ja siihen liittyvät toiminnot kuuluvat sen tehtäviin.

20. Stadtwerke Brixen AG:n ainoa osakkeenomistaja oli molempien pysäköintialueiden luovutuksen aikana ja sen jälkeenkin Brixenin kunta. Stadtwerke Brixen AG:n yhtiöjärjestyksen 5 §:n 2 momentissa määrätään, että Brixenin kunnan osuus yhtiön kantapääomasta ei saa missään tapauksessa alittaa ehdotonta enemmistöä kantaosakkeista.

21. Stadtwerke Brixen AG:tä hallinnoi sen yhtiöjärjestyksen 17 §:n nojalla hallitus, jossa on kolmesta seitsemään jäsentä ja jonka nimittää yhtiökokous, ja Brixenin kunta¹³ saa joka tapauksessa nimittää enemmistön hallituksen jäsenistä. Yhtiöjärjestyksen 18 §:n mukaan hallituksella on valtuudet yhtiön tavanomaiseen hallinnointiin, jolle tosin asetetaan useita rajoituksia ja erityisesti se

rajoitus, jonka mukaan oikeustoimet ovat joissakin tapauksissa mahdollisia ainoastaan 5 000 000 euron arvoon asti yksittäistä liiketointa kohti. Tämän lisäksi yhtiössä on yhtiöjärjestyksen 24 §:n mukaan kolmesta varsinaisesta jäsenestä ja kahdesta varajäsenestä koostuva hallintoneuvosto, ja heistä Brixenin kunta nimittää vähintään kaksi varsinaista jäsentä ja yhden varajäsenen.

22. Aikaisemmalla erityisellä liikeyrityksellä Stadtwerke Brixenillä oli asiallisesti vastaavat tehtävät kuin nykyisellä Stadtwerke Brixen AG:llä, mutta ne rajoittuivat kunnan toimivallan alaan ja muiden vastaavien yritysten kanssa tehtävään alueen rajat ylittävään yhteistyöhön. Sen tehtäväkenttä kattoi jo pysäköintialueiden ja pysäköintihallien hallinnoimisen, mutta ei vielä esimerkiksi tietotekniikan ja televiestinnän aloja. Stadtwerken hallituksen valitsi aikanaan kunnanvaltuusto, ja sen toimintaan sovellettiin kunnanvaltuuston antamia ohjeita.

IV Ennakkoratkaisupyyntö ja menettely yhteisöjen tuomioistuimessa

23. Kansallinen tuomioistuin on 23.7.2003 tekemällään välipäätöksellä lykännyt asian käsittelyä ja esittänyt yhteisöjen tuomioistui-

13 — Kuten suullisessa käsittelyssä ilmeni, toimivaltainen elin on kunnanvaltuusto.

melle kaksi ennakkoratkaisukysymystä. Näillä ennakkoratkaisukysymyksillä, joiden johdanto-osassa viitataan myös EY 43 artiklaan ja sitä seuraaviin artikloihin, EY 49 artiklaan ja sitä seuraaviin artikloihin sekä EY 86 artiklaan, tiedustellaan,

1) onko nyt käsiteltävän asian kohteena olevassa maksullisten yleisten pysäköintipaikkojen hallinnointia koskevassa sopimuksessa kysymys direktiivissä 92/50 tarkoitetusta julkisia palveluhankintoja koskevasta sopimuksesta vai julkisia palveluja koskevasta käyttöoikeussopimuksesta, johon on sovellettava EY:n kilpailusääntöjä ja erityisesti yhdenvertaista kohtelua koskevaa periaatetta ja avoimuutta koskevia velvollisuuksia;

2) jos kysymys on tosiasiallisesti paikallisen julkisen palvelun hallinnointia koskevasta käyttöoikeussopimuksesta, onko maksullisten yleisten pysäköintialueiden hallinnointia koskevan sopimuksen tekeminen, joka 4.1.1993 annetun alueellisen lain nro 1 44 §:n 6 momentin b kohdan, sellaisena kuin se on muutettuna 23.1.1998 annetun alueellisen lain nro 10 10 §:llä ja kuntien organisaatioon sovellettavista säännöksistä annetun yhtenäisen tekstin 88 §:n 6 momentin a ja b kohdan mukaan voidaan tehdä ilman julkista tarjouskilpailua, yhteisön oikeuden ja erityisesti palvelujen tarjoamisen vapauden ja vapaan kilpailun periaatteiden, syrjintäkiellon periaatteen sekä siihen perustuvan yhdenmukaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen sekä suhteellisuusperiaatteen mukainen, kun kyseessä on yhtiö, joka on perustettu lakiasetuksen nro 267/2000 115 §:n

mukaisesti muuttamalla kunnan oma yritys osakeyhtiöksi, jonka osakepääoma on sopimuksen tekoajankohtana 100-prosenttisesti kunnan itsensä omistuksessa ja jonka hallituksella on kuitenkin kaikki tavanomaisen hallinnon edellyttämät laajat toimivaltuudet tehdä liiketoimia 5 000 000 euron arvoon asti yksittäistä liiketointa kohti.

24. Yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamo ilmoitti 16.12.2004 päivätyllä kirjeellä asianomaisille siitä, että asiassa Stadt Halle¹⁴ annettaisiin tuomio 11.1.2005, jotta niille annettaisiin tilaisuus ottaa nyt käsiteltävässä asiassa 13.1.2005 järjestettävässä suullisessa käsittelyssä kantaa kyseiseen tuomioon.

25. Parking Brixen AG, Stadtwerke Brixen AG, Brixenin kunta, Italian hallitus, Itävallan hallitus ja komissio esittivät kirjallisia ja suullisia huomautuksia yhteisöjen tuomioistuimen oikeudenkäynnissä. Tämän lisäksi Alankomaiden hallitus esitti huomautuksia suullisessa käsittelyssä.

V Oikeudellinen arviointi

26. Ennakkoratkaisupyyntöä pyritään lähinnä selvittämään, onko yhteisön oikeu-

¹⁴ — Mainittu alaviitteessä 4.

nessa oikeusohjeita hankintaviranomaisten ja niiden tytäryhtiöiden välisistä liiketoimista ja mitä nämä oikeusohjeet ovat; tämä on kansallisen tuomioistuimen toisen kysymyksen kohteena. Sitä ennen on kuitenkin ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen yhteydessä annettava ratkaisu siitä, mistä yhteisön oikeusnormeista mahdollisia oikeusohjeita on ylipäänsä löydettävissä — direktiivistä 92/50 vai yleisistä, EY:n perustamissopimukseen sisältyvistä oikeusperiaatteista; tätä tarkoitusta varten on erotettava toisistaan julkiset palveluhankinnat ja julkisia palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset.

A Ensimmäinen kysymys: julkisen palveluhankinnan ja julkisia palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen välinen rajanveto

27. Kansallinen tuomioistuin tiedustele ensimmäisellä kysymyksellään lähinnä sitä, onko kyseessä direktiivissä 92/50 tarkoitettu julkinen palveluhankinta vai julkisia palveluja koskeva käyttöoikeussopimus, kun hankintaviranomainen antaa yleisen pysäköintialueen hoitamisen yrityksen tehtäväksi, tämä yritys saa periä pysäköintialueen käyttämisestä maksun ja sitoutuu vastineeksi suorittamaan kunnalle vuotuisen korvauksen.

28. Tähän kysymykseen annettava vastaus ei riipu vielä lainkaan edellä mainitusta rajanvedosta tarjouskilpailun järjestämistä koskevan velvoitteen piiriin kuuluvien ulkoisten hankintojen ja kyseisen velvoitteen piiriin kuulumattomien talonsisäisten sopimus-

ten¹⁵ välillä. Tässä vaiheessa on pikemminkin riittävää tutkia, voiko pelkkä liiketoimen *kohde*, sellaisena kuin se on tässä tapauksessa toteutettu Brixenin kunnan ja Stadtwerke Brixen AG:n välillä, ylipäänsä kuulua direktiivin 92/50 soveltamisalaan. Tähän pitäisi vastata myöntävästi, mikäli tämä liiketoimi olisi julkinen *palveluhankinta*, mutta siihen pitäisi sen sijaan vastata kieltävästi, mikäli kyseessä olisi *julkisia palveluja koskeva käyttöoikeussopimus*. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä, joka aluksi kehitettiin niin sanottua sektoridirektiiviä 93/38¹⁶ varten ja jota sittemmin sovellettiin myös palveludirektiiviin 92/50, on katsottu, että tällaiset käyttöoikeussopimukset eivät ole näissä molemmissa direktiiveissä tarkoitettuja *rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia*¹⁷ siinäkään tapauksessa, että ne koskevat jommankumman direktiivin liitteissä mainittuja toiminnan aloja. Tämän vahvistaa lisäksi tulevaisuudessa voimassa olevaan direktiiviin 2004/18, jossa julkisia palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset mainittiin ensimmäisen ker-
ran, perustuva vastakohtaispäätelmä.¹⁸

29. Toisin kuin julkiselle palveluhankinnalle, julkisia palveluja koskevalle käyttöoikeusso-

15 — Vrt. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen 1 ja 2 kohta.

16 — Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja telotoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84), joka on sittemmin kumottu ja 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).

17 — Vrt. palveludirektiivin 92/50 1 artiklan a kohdan osalta asia C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, määräys 30.5.2002 (Kok. 2002, s. I-4685, 29 ja 30 kohta); vrt. sektoridirektiivin 93/38 1 artiklan 4 kohdan osalta asia C-324/98, Teleaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-10745, 57 ja 58 kohta).

18 — Direktiivin 2004/18 1 artiklan 1 kohta.

pimukselle on ominaista, että kyseisen palvelun suorittaja saa korvauksekseen hankintaviranomaiselta oikeuden käyttää omaa suoritustaan hyödykseen.¹⁹

30. Kuten komissio sekä Itävallan ja Italian hallitukset osuvasti esittävät, silloin kun kyseessä on *julkisia palveluja koskeva käyttöoikeussopimus*, yrittäjä näet kantaa palveluun liittyvät riskit ja saa korvauksensa — ainakin osittain — palvelun käyttäjältä esimerkiksi maksun muodossa.²⁰ Hankintaviranomaisen, palvelun suorittajan ja palvelun käyttäjän välillä on siten kolmikantasuhde. Julkinen *palveluhankinta* johtaa sitä vastoin ainoastaan kahdenväliseen oikeussuhteeseen, jossa hankintaviranomainen, joka kantaa myös hankintaan liittyvän riskin, suorittaa itse vastikkeen suoritetusta palvelusta.

31. Nyt käsiteltävässä asiassa tiedossa olevan tosiseikaston perusteella vastikkeena, jonka Brixenin kunta myöntää Stadtwerke Brixen AG:lle pysäköintialueen hoitamisesta tontilla 491/6, on yksinomaan Stadtwerke Brixen AG:lle annettu lupa periä pysäköintialueen käyttäjiltä maksu. Taloudellisesti arvioiden Stadtwerke Brixen AG voi tällä tavoin saada

hyödyn suorittamistaan palveluista eli pysäköintialueen hoitamisesta ja ylläpidosta. Samaan aikaan se kantaa kuitenkin myös taloudellisen riskin pysäköintialueen hoitamisesta, koska sen on rahoitettava perimistään maksuista paitsi juoksevat kulut, myös pysäköintialueen ylläpitokulut ja kunnalle suoritettava vuotuinen korvaus. Kaikki tämä puhuu sitä vastaan, että kyseessä olisi julkinen palveluhankinta, ja puoltaa sitä, että kyseessä olisi julkista palvelua koskeva käyttöoikeussopimus.

32. Käytettävissä olevien tietojen perusteella ei kyetä lopullisesti ratkaisemaan, päteekö sama myös tontilla 491/11 olevaan pysäköintialueeseen. On kuitenkin ilman muuta selvää, että yhteisön oikeudessa asetettujen perusteiden soveltaminen pääasian tosiseikastoon ei ole yhteisöjen tuomioistuimen vaan kansallisen tuomioistuimen tehtävänä.²¹ Tämän tuomioistuimen on erityisesti selvitettävä, sisältyykö vastike, jonka Brixenin kunta antaa Stadtwerke Brixen AG:lle pysäköintialueen hoitamisesta, lupaan periä pysäköintialueen käyttäjiltä maksu.

19 — Edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa Telaustria ja Telefonadress annetun tuomion 58 kohdan toinen luettelukohta ja asiassa Buchhändler-Vereinigung annetun määräyksen 27 kohta. Myös jatkossa sovellettava direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdan legaalimääritelmä on tämän suuntainen.

20 — Komissio viittaa tässä yhteydessä myös tiedonantoon, jonka se on antanut tulkintakysymyksistä käyttöoikeussopimusten alalla yhteisön oikeudessa (EYVL 2000, C 121, s. 2); vrt. siinä erityisesti 2.2 kohta.

21 — Vrt. vastaavasti mm. asia C-235/95, Dumon ja Froment, tuomio 16.7.1998 (Kok. 1998, s. I-4531, 25 kohta); vastaavasti edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa Telaustria ja Telefonadress mainitun tuomion 63 kohta.

33. Kaiken kaikkiaan olen joka tapauksessa Parking Brixen GmbH:n, Itävallan ja Italian hallitusten sekä komission kanssa yhtä mieltä siitä,²² että kun hankintaviranomainen antaa yleisen pysäköintialueen hoitamisen yrityksen tehtäväksi ja tämä yritys saa periä maksun pysäköintialueen käyttämisestä ja sitoutuu vastavuoroisesti suorittamaan hankintaviranomaiselle vuosittaisen korvauksen, kyseessä ei ole direktiivissä 92/50 tarkoitettu julkinen palveluhankinta vaan tämän direktiivin soveltamisalaan kuulumaton julkista palvelua koskeva käyttöoikeussopimus.

B Toinen kysymys: yhteisön oikeussäännöt, jotka koskevat julkisia palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten tekemistä hankintaviranomaisten tytäryhtiöiden kanssa

34. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee toisessa kysymyksessä lähinnä sitä, millä edellytyksillä hankintaviranomainen saa tehdä tytäryhtiönsä kanssa ilman edeltävää tarjouskilpailumenettelyä julkista palvelua koskevan käyttöoikeussopimuksen, kuten antaa pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevan riidanalaisen toimivallan maksullisten yleisen pysäköintialueiden hoitamiseen.

22 — Muut oikeudenkäyntiin osallistuvat osapuolet eivät ole lausuneet mitään tarkempaa tässä esitetystä ongelma-alueesta. Brixenin kunta ja Stadtwerke Brixen AG pikemminkin kiistävät sen, että tässä olisi kyseessä julkisia palveluja koskeva käyttöoikeussopimus, sillä perusteella, että Stadtwerke Brixen ei ole Brixenin kunnan kannalta kolmas osapuoli.

1. Yhteisön oikeuteen perustuva syrjintäkielto ja avoimuusvelvoite myös julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolella

35. Alankomaiden hallituksen käsityksen vastaisesti oikeuskäytännössä on jo selvennetty, että hankintaviranomaisiin sovelletaan myös julkisia hankintoja koskevien direktiivien kulloisenkin soveltamisalan ulkopuolella²³ yhteisön oikeuteen perustuvia velvoitteita, jotka ilmenevät EY:n perustamissopimuksen perussäännöistä, erityisesti perusvapauksista²⁴ ja niihin sisältyvästä syrjintäkiellosta.²⁵

36. Syrjintäkieltoon sisältyy avoimuusvelvoite. Ainoastaan silloin, kun hankintasopimus tai käyttöoikeussopimus tehdään avoimesti, kyetään näet ylipäänsä toteamaan, onko syrjintäkiellon periaatetta tietystä yksittäistapauksessa noudatettu vai onko asiassa

23 — Vrt. direktiivin 92/50 soveltamattomuudesta nyt käsiteltävää asiaa vastaaviin tapauksiin ensimmäisestä kysymyksestä esitetyt näkemykset (tämän ratkaisuehdotuksen 27–33 kohta).

24 — Nyt käsiteltävän kaltaisessa tapauksessa palvelujen tarjoamisen vapaudella (EY 49 artikla) ja — siltä osin kuin ulkomainen palveluntarjoaja harkitsee sijoittautumista Italiaan tarkoituksena tarjota pysäköintipaikkoja — myös sijoittautumisvapaudella (EY 43 artikla) saattaa olla merkitystä.

25 — Näin — erityisesti julkisia palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen osalta — edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa Telaustria ja Telefonadress annettun tuomion 60 kohta; vrt. lisäksi asia C-57/01, Makedoniko Metro ja Michaniki, tuomio 23.1.2003 (Kok. 2003, s. I-1091, 69 kohta) ja asia C-59/00, Vestergaard, määräys 3.12.2001 (Kok. 2001, s. I-9505, 20 ja 21 kohta); vastaavasti asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002 (Kok. 2002, s. I-5553, 47 kohta).

tehty mielivaltainen tiettyä tarjoajaa suosiva tai syrjivä päätös.²⁶

37. Kaikki tämä ei tosin merkitse missään tapauksessa sitä, että pitäisi soveltaa julkisia hankintoja koskevia direktiivejä kaikkien yksityiskohtiensä osalta vastaavaa menettelyä. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin todennut asiassa *Telaustria* ja *Telefonadress* antamassaan tuomiossa, hankintaviranomaisen tehtävänä on avoimuusvelvoitteensa nojalla "taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa".²⁷

38. Mainittakoon vain sivumennen, että *Stadtwerke Brixen AG* väittää tässä yhteydessä, että EY 43 artiklaa ja sitä seuraavia artikloja ei sovellettaisi lainkaan nyt käsiteltävässä asiassa, koska pääasian tosiseikastosta puuttuu rajatylittävä liittyminen. Kaikilla pääasian oikeudenkäynnin asianosaisilla on kotipaikka Italiassa.

39. Tähän on huomautettava, että perusvapaudet eivät todellakaan ole sovellettavissa

täysin valtionsisäisiin tosiseikkoihin.²⁸ Kuten komissio, *Parking Brixen GmbH* ja Itävallan hallitus ovat kuitenkin perustellusti huomauttaneet, julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä mahdollinen avoimuusvelvoitteen laiminlyönti ei vaikuta ainoastaan kotimaisiin yrityksiin, kuten *Parking Brixen GmbH*:iin, vaan kaikkiin potentiaalsiin hankinnasta kiinnostuneisiin, myös mahdollisiin toisista jäsenvaltioista peräisin oleviin tarjoajiin.²⁹ Mahdollisella julkistamiseen liittyvällä puutteella loukataan näin ollen aina samalla myös toisista jäsenvaltioista peräisin olevien potentiaalisten kiinnostuneiden perusvapauksia.

2. Mahdolliset liiketoimia omien tytäryhtiöiden kanssa koskevat poikkeukset: asiassa *Teckal* annettuun tuomioon liittyvä oikeuskäytäntö

40. On kuitenkin pohdittava vielä sitä, voiko hankintaviranomainen poikkeuksellisesti vapautua edellä kuvatuista yhteisön oikeuteen perustuvista velvoitteista, kun palveluja suorittavat niiden itsensä määräysvallassa olevat toimijat.

28 — Vakiintunut oikeuskäytäntö, vrt. viimeksi asia C-293/03, *My*, tuomio 16.12.2004 (Kok. 2004, s. I-12013, 40 kohta). Vrt. erityisesti sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden osalta jo asia I-15/78, *Knoors*, tuomio 7.2.1979 (Kok. 1979, s. 399, Kok. Ep. IV, s. 321, 24 kohdan ensimmäinen virke).

29 — Vrt. myös asia C-87/94, komissio v. *Belgia*, tuomio 25.4.1996 (Kok. 1996, s. I-2043, 33 kohta), jonka mukaan hankintasopimus voi koskea toisissa jäsenvaltioissa sijaitsevia yrityksiä välittömästi tai välillisesti. Vastaavasti hankintamenettelylle asetettuja vaatimuksia on noudatettava riippumatta tarjoajan kansalaisuudesta tai sijoittautumispaikasta. Tämä tulkinta ei vastaa ainoastaan julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä asetettuja vaatimuksia, vaan se on sovellettavissa myös nyt käsiteltävän kaltaisiin tapauksiin, joissa on noudatettava yhteisön yleisiä oikeusperiaatteita.

26 — Edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa *Telaustria* ja *Telefonadress* annetun tuomion 61 kohta ja alaviitteessä 25 mainitussa asiassa *HI* annetun tuomion 45 kohta; asia C-275/98, *Unitron Scandinavia* ja 3-S, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8291, 31 kohta).

27 — Edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa *Telaustria* ja *Telefonadress* annetun tuomion 62 kohta.

41. Mikäli hankintaviranomainen harkitsee tässä yhteydessä organisatorisesti itsenäisen julkisen yrityksen eli tytäryhtiön käyttämistä, vastaus näyttää aluksi olevan selvä: erityisesti EY 86 artiklan 1 kohdassa ilmaistun julkisten ja yksityisten yritysten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen perusteella julkisia yrityksiä ei — EY 86 artiklan 2 kohtaan sisältyviä poikkeuksia lukuun ottamatta — saa kohdella paremmin kuin yksityisiä kilpailijoita. Hankintaviranomainen ei siis saa antaa suoralta kädeltä palvelujen suorittamista omassa määräysvallassaan olevan yrityksen tehtäväksi ilman, että se ensin ottaa muut mahdolliset tarjoajat ylipäänsä harkintaan ja järjestää tässä tarkoituksessa avoimen valintamenettelyn.

42. Toisaalta viranomaisilla on luonnollisesti myös vapaus hoitaa niille kuuluvat tehtävät täysin *omin voimin* eli talonsisäisesti käyttämättä lainkaan oikeudellisesti itsenäisten — julkisten tai yksityisten — yritysten palveluja. Tällöin siihen ei myöskään sovelleta julkisia hankintoja koskevaan lainsäädäntöön³⁰ eikä EY 86 artiklaan perustuvia velvoitteita.

43. Kuten edellä on jo mainittu, tällaisten talonsisäisten liiketoimien ja ulkoisten hankintojen väliseen rajanvetoon liittyy yksitapaistapauksissa usein vaikeuksia. Yhteisöjen tuomioistuimissa on — direktiivin 93/36 yhteydessä — esittänyt tästä perustavanlaatuisia

näkemyksiä asiassa Teckal antamassaan tuomiossa.³¹ Kyseisestä tuomiosta voidaan päätellä, että julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä on lähtökohtaisesti sovellettava silloin, kun tehdään *sopimus kahden erillisen henkilön välillä*³² eli heti kun kyseessä on siis *sopimus*.

44. Ratkaisevaa julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisen kannalta eivät kuitenkaan ole ainoastaan täysin muodolliset näkökohdat vaan myös arvioiva suhtautumistapa. Silloinkin kun oikeustoimen molemmat osapuolet ovat erillisiä oikeushenkilöitä, niiden välinen liiketoimi voidaan näet samalla tavoin poikkeuksellisesti rinnastaa talonsisäiseen liiketoimeen, jos seuraavat kaksi oikeuskäytännössä kehitettyä päällekkäistä edellytystä täyttyvät:³³

— hankintaviranomaisen³⁴ on valvottava liikekumppaniaan³⁵ samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan (*ensimmäinen Teckal-edellytys*), ja

31 — Edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 46, 49 ja 50 kohta.

32 — Henkilöllisen soveltamisalan osalta on välttämätöntä mutta myös riittävää, että sopimuskumppanina on hankintaviranomainen (edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 42 kohdan toinen virke ja alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 47 kohta; vrt. lisäksi asia C-94/99, ARGE, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11037, 40 kohta).

33 — Nämä edellytykset sisältyvät alkuperäisessä muodossaan edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohdan toisen virkkeeseen, ja ne on mainittu myös asiassa C-84/03, komissio v. Espanja, 13.1.2005 annetussa tuomiossa (Kok. 2005, s. I-139, 38 kohta). Näitä edellytyksiä kehitellään edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetussa tuomiossa (49 kohdan toinen virke), mutta kielellisesti hieman muutetussa muodossa. Viimeksi mainittu sanamuoto on jäljempänä esittämieni näkemysten perustana, ellei muuta ilmoiteta.

34 — Sanatarkasti asiassa Stadt Halle annetussa tuomiossa käytetään hankalaa sanamuotoa ”hankintaviranomaisena oleva viranomainen”, asiassa Teckal annetussa tuomiossa puhutaan — kyseiseen toiseikastoon sopivalla tavalla — ”alueellisesta viranomaisesta”.

35 — Sanatarkasti asiassa Teckal annetussa tuomiossa liikekumppanista käytetään nimitystä ”kyseinen oikeushenkilö”, asiassa Stadt Halle annetussa tuomiossa ”tämä yksikkö”.

30 — Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 48 kohta.

- tämän liikekumppanin on puolestaan harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavien hankintaviranomaisen tai hankintaviranomaisten kanssa³⁶ (*toinen Teckal-edellytys*).

viranomaiseen sovellettaisiin ankarampia vaatimuksia direktiivien soveltamisalan *ulko-puolella* kuin sen sisällä, eli siihen sovellettaisiin *poikkeuksettomasti* voimassa olevaa velvoitetta avoimuuden ja julkisuuden varmistamiseen.

45. Yhteisöjen tuomioistuin on sittemmin soveltanut tätä oikeuskäytäntöä paitsi direktiiviin 93/36, myös direktiiveihin 92/50 ja 93/37.^{37, 38}

46. Samalla tavoin Teckal-edellytykset ovat sovellettavissa nyt käsiteltävän kaltaisiin tapauksiin, joita yksikään julkisista hankinnoista annetuista direktiiveistä ei koske.³⁹ Mikäli näet jo hankintadirektiiveissä, joissa hankintamenettelylle on asetettu yksityiskohtaisia vaatimuksia, sallitaan talonsisäisiä liiketoimia koskevat poikkeukset, tämän on pädeettävä erityisesti silloin, kun sovelletaan joka tapauksessa vähemmän yksityiskohtaisia menettelyllisiä vaatimuksia — ainoastaan yleisiä, syrjintäkiellosta ja avoimuusvelvoitteesta johtuvia vaatimuksia. Muutoin syntyisi se järjenvastainen lopputulos, että hankinta-

47. Lisäksi on otettava huomioon, että julkisia hankintoja koskevilla direktiiveillä pyritään puolestaan yksinomaan EY:n perustamissopimuksen perussääntöjen täytännönpanoon, sellaisina kuin ne ilmenevät erityisesti perusvapauksista.⁴⁰ Direktiivistä tehtävät poikkeukset ovat siten viime kädessä näistä periaatteista tehtäviä poikkeuksia. Myös tämä puoltaa Teckal-oikeuskäytännön soveltamista tapauksiin, joissa syrjintäkielto ja avoimuusvelvoite ovat johdettavissa välittömästi perusvapauksista eivätkä konkreettisesti vasta hankintadirektiiveissä.

36 — Sanan ”kanssa” käyttäminen asiassa Stadt Halle annetussa tuomiossa ja useimmissa asiassa Teckal annetun tuomion eri kieliversioissa on kielellisesti epätavanomaista, kun otetaan huomioon, että yleensä ei ole kyse kahden yrityksen yhteistoiminnasta vaan suhteesta, jossa julkinen yritys suorittaa taustallaan olevan laitoksen, normaalityötapauksessa alueellisen yhteisön, puolesta tiettyjä tehtäviä tai palveluja.

37 — Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54), joka on sittemmin kumottu ja korvattu direktiivillä 2004/18.

38 — Vrt. direktiivin 92/50 osalta edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 47 ja 49 kohta; samansuuntainen viittaus sisältyi myös jo alaviitteessä 32 mainitussa asiassa ARGE annettuun tuomioon (40 kohta). Vrt. direktiivin 93/37 osalta edellä alaviitteessä 33 mainitussa asiassa komissio v. Espanja annetun tuomion 39 kohta.

39 — Vrt. direktiivin 92/50 soveltumattomuudesta nyt käsiteltävän kaltaiseen tapaukseen ensimmäisen kysymyksen yhteydessä esitetyt toteamukset (tämän ratkaisuehdotuksen 27–33 kohta).

40 — Vrt. tästä esim. direktiivin 92/50 johdanto-osan kuudes perustelukappale ja direktiivin 2004/18 johdanto-osan toinen perustelukappale sekä asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8035, 16 kohta) ja asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002 (Kok. 2002, s. I-11617, 51 kohta). Vrt. lisäksi tämän ratkaisuehdotuksen 35–37 kohta.

hankintaviranomaisen vapautus yhteisön oikeuden velvoitteista voi olla voimassa, riippuu kaikkia yksittäistapaukseen liittyviä seikkoja koskevasta kokonaisarvioinnista.

a) Ensimmäinen Teckal-edellytys: liikeyrityksiä valvotaan samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja

49. Ensimmäisen Teckal-edellytyksen mukaan rinnastaminen talonsisäiseen liikeyritykseen edellyttää sitä, että hankintaviranomainen valvoo liikeyrityksiä samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja.

50. Komissio epäilee kahdesta syystä sitä, voidaanko tähän vastata myöntävästi Stadtwerke Brixen AG:n kaltaisen yrityksen osalta: ensinnäkin Stadtwerke Brixen AG:n osakepääoma on lakisääteisen veloitteen nojalla tulevaisuudessa mahdollisesti avattava kolmansien osapuolten omistukselle, ja toiseksi tämän osakeyhtiön elimet saavat hoitaa varsin itsenäisesti juoksevia liiketoimia. Myös Parking Brixen GmbH ja Itävallan hallitus ovat maininneet jälkimmäisen seikan.

i) Liikeyrityksiä ei ole mahdollista valvoa samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja, kun myös yksityiset ovat liikeyrityksen omistajia

51. Tarkastelun lähtökohtana pitäisi olla asiassa Stadt Halle äskettäin annettu tuomio. Yhteisöjen tuomioistuin täsmensi siinä ensimmäistä Teckal-edellytystä siten, että

yksityisen yrityksen osakkuus — jopa vähemmistöosakkuus — sulkee pois sen, että hankintaviranomainen voisi *valvoa kyseistä yhtiötä vastaavalla tavalla kuin omia toimipaikkojaan*.⁴¹

52. Tämä selvennys osoittaa, että oikeuskäytännössä asetetaan edellytykselle, jonka mukaan liikeyrityksiä on valvottava *samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja*, ankarammat vaatimukset kuin esimerkiksi kilpailuoikeudessa yleensä asetetaan. Se, että hankintaviranomaisella on siis enemmistöosuus tytäryhtiönä yhtiöpääomasta, että sillä on käytettävissään enemmistö äänioikeuksista ja että se asettaa tämän yrityksen hallintoelinten edustajien enemmistön, kaikki tämä — samoin kuin osakkaiden kesken mahdollisesti tehdyt sopimukset — ovat peruste päätellä, että kyseessä on kilpailuoikeudessa tarkoitettu määräysvalta⁴² ja että tytäryhtiö on EY 86 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu julkinen yritys;⁴³ tällaiset lähtökohdat eivät kuitenkaan ole vielä riittävä peruste olettaa, että kyseessä olisi niin pitkälle menevä määräysvalta, että liikeyrityksiä valvottaisiin *samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja*.

53. Jo yksinomaan yksityisen kolmannen osapuolen olemassaolo, vaikka vain vailla

41 — Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 49 ja 52 kohta.

42 — Vrt. tästä — yrityskeskittymiin liittyvän määräysvallan käsitteen osalta — esim. komission tiedonanto yrityskeskittymän käsitteestä yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 mukaan (EYVL C 66, 2.3.1998, s. 5), 13 ja 14 kohta sekä 18 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

43 — Vrt. myös jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta 25 päivänä kesäkuuta 1980 annetun komission direktiivin 80/723/ETY (EYVL L 195, s. 35) 2 artikla, sellaisena kuin kyseinen direktiivi on muutettuna 26.7.2000 annetulla komission direktiivillä 2000/52/EY (EYVL L 193, s. 75).

veto-oikeutta olevana vähemmistöosakkaana, estää nimittäin sen, että hankintaviranomainen kykenisi valvomaan liikekumppaniaan *samalla tavoin kuin omia toimipaikkojaan*. Yksityisen kolmannen osapuolen olemassaolo edellyttää näet aina sitä, että viranomainen ottaa edes vähäisessä määrin huomioon myös sen taloudelliset intressit — ainoastaan siinä tapauksessa yksityinen kolmas osapuoli näet ylipäänsä antaa tietämyksensä tai rahoitusvaransa julkisen tahon käytettäväksi. Mikäli siis yksityinen kolmas osapuoli — mahdollisesti julkisen tarjouskilpailun toteuttamisen jälkeen — on osakkaana yrityksessä, sen taloudellisten intressien huomioon ottaminen saattaa merkitä sitä, että julkinen taho joutuu pidättäytymään julkisoikeudellisten intressiensä täysimääräisestä ajamisesta, vaikka se olisikin oikeudellisesti mahdollista. Tämän julkisten ja yksityisten intressien välisen yhteyden vuoksi niin sanotussa sekaomistuksessa olevat yritykset eroavat olennaisesti viranomaisen toimipaikoista.⁴⁴

54. Koska julkinen taho *ei* siis kykene valvomaan sekaomistuksessa olevia yrityksiä samalla tavoin kuin omia toimipaikkojaan, kaikkiin hankintaviranomaisen sekaomistuksessa olevien yhtiömuotoisten tytäryhtiöidensä kanssa tekemiin oikeustoimiin sovelletaan lähtökohtaisesti julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, erityisesti syrjintäkieltoa ja avoimuusvelvoitetta.

ii) Yhtiöpääoman tuleva avaaminen kolmansien osapuolten omistukselle

55. Stadtwerke Brixen AG *ei* ollut molempien pysäköintialueiden luovutuksen aikoihin eikä sen jälkeenkään tällainen sekaomistuksessa oleva yritys vaan Brixenin kunnan 100-prosenttisesti omistama tytäryhtiö. Kunnan piti kuitenkin luovuttaa asemansa ainoana osakkeenomistajana viimeistään kahden vuoden kuluttua aikaisemman oman yrityksen muuttamisesta ja tyytyä pelkkään enemmistöosakkuuteen.⁴⁵

56. Oikeusvarmuuden periaate edellyttää, että velvoitetta hankintamenettelyn toteuttamiseen arvioidaan aina *ex ante* eli oikeustoimen toteuttamisajankohtana. Sekä hankintaviranomaisen ja sen liikekumppanin että huomiotta jätetyn kilpailijan kannalta on näet oltava jo sopimuksentekohetkellä todettavissa, olisiko hankintamenettely pitänyt toteuttaa vai ei. Myöhempien seikkojen huomioon ottaminen tulee kyseeseen mahdollisesti silloin, kun niiden toteutuminen oli jo sopimusta tehtäessä varmuudella ennustettavissa.

44 — Tähän viitataan myös edellä alaviitteessä 4 mainitun asiassa Stadt Halle annettun tuomion 50 kohdassa. — Vrt. sekaomistuksessa olevan yrityksen käsitteestä esim. julkisasiamies Stix-Hacklin edellä alaviitteessä 3 mainitun asiassa Stadt Halle antaman ratkaisuehdotuksen 58 kohta.

45 — Vrt. yhtäältä decreto legislativo nro 267/2000 115 § ja kunnallisasetuksen 88 §:n 6 momentin b kohta ja toisaalta Stadtwerke Brixen AG:n yhtiöjärjestyksen 5 §:n 2 momentti.

57. Se, että kunta menettäisi 100-prosentti-
sen osuuden tytäryhtiössään, olisi ollut
varmuudella ennustettavissa joka tapauk-
sessa silloin, jos se, että *konkreettinen kolmas
henkilö* hankkii osakkuuden yhtiöstä, *olisi
ollut jo välittömästi tapahtumassa*.

58. Komissio menee tosin vieläkin pidem-
mälle katsoessaan, että nyt käsiteltävän
kaltaisessa tapauksessa se, että kunta menet-
täisi 100-prosenttisen osuutensa, oli jo voi-
massa olevan laintilan vuoksi riittävällä
tavalla ennustettavissa ja että tämä seikka
olisi pitänyt sen vuoksi ottaa huomioon jo
silloin, kun pysäköintialueet luovutettiin.

59. Decreto legislativo nro 267/2000
115 §:n kaltaisesta lain säännöksestä seuraa
kuitenkin — jos ylipäänsä mitään⁴⁶ —
ainoastaan *velvoite* myydä osakkeita tietyn
määräajan kuluessa. Se, myydäänkö ja luovutetaanko yhtiön osakkeita *tosiasiallisesti*
kolmannelle osapuolelle ja milloin ne myy-
dään ja luovutetaan, riippuu kuitenkin
useista muista seikoista, joiden toteutumi-
sesta pelkkä lakisäätöisen veloitteen olemas-
saolo ei vielä sano mitään. Missään tapauk-
sessa ei voida poissulkea varsinkaan sitä, että
ei olisi olemassa lainkaan sellaista tahoja, joka
olisi valmis hankkimaan itselleen osuuden
asianomaisesta yrityksestä tarjotuun ehdoin.
Tätä havainnollistaa myös nyt käsiteltävä
tapaus erityisen hyvin: Brixenin kunnan ja

Stadtwerke Brixen AG:n suullisessa käsitte-
lyssä antamien tietojen mukaan tähän men-
nessä yksikään kolmas osapuoli ei ole
hankkinut osuutta Stadtwerke Brixen AG:n
osakepääomasta.

60. Myöskään osakkaiden intressitilanne ei
ole tässä vaiheessa vielä verrattavissa sekao-
mistuksessa olevan yhtiön osakkaiden tila-
nteeseen. Niin kauan kuin on olemassa
ainoastaan velvoite avata *myöhemmin* tytäryhtiön
yhtiöpääoma, mutta mitään konkreet-
tista kolmatta osapuolta ei ole vielä löytynyt
tytäryhtiön omistajaksi, hankintaviranomai-
sella ei ole hankintasopimuksia tai käyttöoi-
keussopimuksia tytäryhtiönsä kanssa tehdes-
sään näet vielä syytä ottaa huomioon tämän
yksityisen sijoittajan intressejä.

61. Komissio ilmaisee huolensa siitä, että
tehdyin (mahdollisesti pitkäaikaisen)⁴⁷ käyt-
töoikeussopimuksen *voimassaolon aikana*
kolmas osapuoli tulisi osakeyhtiön osak-
kaaksi ja saattaisi tällöin saada osakkuutensa
perusteella osuuden myös käyttöoikeussopi-
muksen taloudellisesta tuotosta. Tähän liit-
tyvää vaaraa siitä, että myöhempiä yksityistä
sijoittajaa suositetaan muihin yksityisiin sijoit-
tajiin nähden,⁴⁸ ei tarvitse kuitenkaan käsi-
tellä vielä silloin, kun itse käyttöoikeussopi-
mus tehdään kunnallisen tytäryhtiön kanssa,
vaan riittää, että vastaavat *toimenpiteet*
toteutetaan kolmatta osapuolta valittaessa

46 — Kuten yhteisöjen tuomioistuimen suullinen käsittely on osoittanut, asianosaisten välillä on nyt käsiteltävässä asiassa riitä siitä, säädetäänkö decreto legislativo nro 267/2000 115 §:ssä ylipäänsäkään kuntien lakisäätöisestä *velvoitteesta* avata Stadtwerke Brixen AG:n osakepääoma vai saako kunta pysyä myös jatkossa ainoana osakkaana. Brixenin kunta vetoaa tässä yhteydessä Italian siviililakikirjan 2632 §:ään (Codice civile, sellaisena kuin se on muutettuna 17.1.2003 annetulla tasavallan presidentin decreto legislativo nro 6, julkaistu GURL:ssa nro 17, 22.1.2003, Ordentliches Beiblatt nro 8), jonka mukaan Italiassa osakeyhtiöillä voi olla myös vain yksi osakas.

47 — Nyt käsiteltävässä asiassa pysäköintialueesta tontilla 491/6 sovittiin yhdeksäksi vuodeksi, vrt. tämän ratkaisuehdotuksen 14 kohta.

48 — Edellä alaviiteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 51 kohta.

eli ennen yhtiön osuuden luovuttamista sille. Perusvapaudet⁴⁹ edellyttävät näet syrjintäkiellon ja avoimuusveloitteen sekä erityisesti tietynasteisen julkisuuden noudattamista silloin, kun yksityinen kolmas osapuoli on osakkaana julkisessa yrityksessä.⁵⁰

62. Edellä esitetyistä syistä se, että yhtiötä valvotaan samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja, ei ole poissuljettua pelkästään sen vuoksi, että kunta on lain nojalla veloitettu tulevaisuudessa avaamaan tämän yhtiön kolmansien osapuolten omistukselle tietyn määräjän kuluessa.

iii) Osakeyhtiön elinten toimivalta hoitaa itsenäisesti juoksevia liiketoimia

63. Epäily siitä, valvotaanko liikekumppania samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja, saattaa omistussuhteista täysin riippumatta aiheutua myös yleisesti siitä, että Stadtwerke Brixen AG:n kaltainen yritys on osakeyhtiö, jonka elimet saavat hoitaa juoksevia liiketoi-

mia hyvin itsenäisesti.⁵¹ Tämän epäilyksen ovat ilmaisseet Parking Brixen GmbH:n, Itävallan hallituksen ja komission lisäksi myös ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin.

64. Tässä yhteydessä on erotettava toisistaan julkisen yrityksen ulkoinen suhde muihin markkinoilla toimijoihin ja sen sisäinen suhde kuntaan.

65. Julkisen yrityksen elinten laajojen toimivaltuuksien olemassaolo *ulkoisessa suhteessa* ei vielä missään tapauksessa poissulje sitä, että kunta valvoo tätä yritystä samalla tavoin kuin omia toimipaikkojaan. Tällaiset toimivaltuudet ulkoisessa suhteessa ovat pikemminkin säännönmukaisesti tarpeen, jotta toimintakyky turvattaisiin, juoksevien liiketoimien hoitamista ei vaarannettaisi ja varsinkin myös ulkopuolisten etuja suojeltaisiin.⁵² Hallinnossakaan ei ole aivan tavanomaisen hallinnon edellyttämät laajat toimivaltuudet tehdä liiketoimia 5 000 000 euron arvoon asti yksittäistä liiketointa kohti.

51 — Kuten kansallinen tuomioistuin toisessa kysymyksessään korostaa, Stadtwerke Brixen AG:n hallituksella on "kaikki tavanomaisen hallinnon edellyttämät laajat toimivaltuudet tehdä liiketoimia 5 000 000 euron arvoon asti yksittäistä liiketointa kohti".

52 — Vrt. niiden takeiden yhteensovittamisesta samanveroisiksi, joita jäsenvaltioissa vaaditaan perustamissopimuksen 58 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuilta yhtiöiltä niiden jäsenten sekä ulkopuolisten etujen suojaamiseksi, 9 päivänä maaliskuuta 1968 annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 68/151/ETY (EYVL L 65, s. 8; jäljempänä direktiivi 68/151) 9 artikla ja johdanto-osan toinen perustelukappale.

49 — Sijoittautumisvapaus (EY 43 artikla) tai pääomien vapaa liikkuvuus (EY 56 artiklan 1 kohta).

50 — Vrt. tästä tämän ratkaisuehdotuksen 35–39 kohta.

66. Nyt käsiteltävän asian kohteena olevan *valvontaa* koskevan kysymyksen kannalta merkityksellisempi on sen vuoksi *sisäinen suhde* kunnan ja Stadtwerke Brixen AG:n kaltaisen yrityksen välillä. Kansallinen tuomioistuin katsoo tältä osin, että Stadtwerke Brixen AG on edeltäjänsä, omaan yritykseen Stadtwerke Brixeniin verrattuna selvästi itsenäisempi. Kun oma yritys näet oli kunnanvaltuuston välittömässä määräysvallassa ja vaikutuspiirissä, kunnalla on osakeyhtiöön nähden ainoastaan yhtiöoikeudelliset keinot käytettävissään. Komissio ja Parking Brixen GmbH esittävät tästä samankaltaisia näkemyksiä.

67. Viranomaisten omiin toimipaikkoihinsa kohdistamaan valvontaan kuuluvat oikeudellisesti yleensä ohjeidenanto-oikeus ja valvontavaltuudet. Viranomaisen sisällä esimerkiksi viranomaisen johtohenkilöillä on yleensä oikeus antaa ohjeita alapuolellaan oleville toimipaikoille. Ohjeidenanto-oikeus tai joka tapauksessa mahdollisuus valvoa ja oikaista päätöksiä valvontavaltuuksien avulla on normaalisti olemassa myös alemmantasoisiin viranomaisiin nähden.

68. Julkisten yritysten johtoelimiin kohdistuvat ohjeidenanto- tai valvontavaltuudet lienevät poikkeuksellisia ainakin silloin, kun nämä yritykset ovat osakeyhtiöitä tai rajavastuuyhtiöitä. Mikäli siis edellytettäisiin, että julkisoikeudellisella osakkeenomistajalla

olisi liikeyrityksiinsä nähden samat *oikeudelliset* vaikutusmahdollisuudet kuin omiin toimipaikkoihinsa nähden, ensimmäinen Teckal-edellytys täytyisi yksityisoikeudellisiin pääomayhtiöihin nähden tuskin koskaan. Julkisten hankintaviranomaisten pitäisi silloin ennen sopimusten tekemistä jopa sellaisten osakeyhtiömuotoisten ja rajavastuuyhtiömuotoisten tytäryhtiöidensä kanssa, *joiden ainoa osakas se on*, aina noudattaa julkisia hankintoja koskevia säännöksiä ja antaa tehtäviensä hoitaminen mahdollisesti paremman tarjouksen tehneille yksityisille kolmansille osapuolille. Tällaisessa tilanteessa jo pelkkä tehtävien siirtäminen tällaisille yhtiöille, myös niinkin herkillä alueilla kuin esimerkiksi vesihuollossa, vastaisi viime kädessä pakollista *näiden tehtävien yksityistämistä*.

69. Tietyissä tapauksissa omien yritysten muuttaminen osakeyhtiöiksi tai rajavastuuyhtiöiksi saatetaan tosin tosiasiallisesti tarkoittaakin ensi askeleeksi kyseisten tehtävien yksityistämiseen. Asia ei ole kuitenkaan välttämättä näin. Yhtä hyvin kyseessä saattaa olla myös pelkkä sisäinen uudelleenjärjestely, jolla pyritään esimerkiksi edullisempaan ja näin tehokkaampaan palvelujen tuottamiseen sekä henkilöstön joustavampiin työehtoihin, ilman että kyseinen yhteisö haluaisi tässä yhteydessä välttämättä myös luopua tehtäviensä hoidosta. Sovellettavien tilinpäätössääntöjen vuoksi se, että yhtiömuodoksi valitaan osakeyhtiö tai rajavastuuyhtiö, saat-

taa lisäksi johtaa toivottavaan avoimuuden lisäämiseen.⁵³

70. Mikäli julkisia hankintoja koskevia säännöksiä sovellettaisiin myös hankintaviranomaisten ja niiden 100-prosenttisesti omistamien tytäryhtiöiden välisiin oikeustoimiin, yksityisen osakeyhtiön tai rajavastuuyhtiön muotoa ei voitaisi jatkossa enää käyttää täysin sisäisen uudelleenjärjestelyn yhteydessä. Asianomaisella yhteisöllä olisi silloin enää lähinnä mahdollisuus valita vain joko tehtäviensä yksityistäminen⁵⁴ tai tehtävien hoitaminen talonsisäisesti viranomaisen toimipaikoissa tai omissa yrityksissä, jotka kuuluvat hallintohierarkiaan ja joilla ei ole mainittavaa itsenäisyyttä. Olemassa olevat tytäryhtiöt voitaisiin joissain tapauksissa jopa muuttaa jälleen takaisin omiksi yrityksiksi.

71. Näin pitkälle menevä puuttuminen jäsenvaltioiden organisointivaltuuksiin ja eri-

tyisesti useiden kuntien itsehallintoon⁵⁵ ei olisi kuitenkaan — kun otetaan huomioon myös julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön tehtävä markkinoiden avaamisessa — lainkaan tarpeen. Julkisia hankintoja koskevalla lainsäädännöllä pyritään näet varmistamaan avoin ja syrjimätön sopimus-kumppanien valinta kaikkialla, missä viranomaiset ovat päättäneet hoitaa tehtävät kolmansien osapuolten avulla. Julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön tavoitteena ei sitä vastoin ole johtaa "takaoven kautta" myös sellaisten julkisten tehtävien yksityistämiseen, jotka julkinen taho edelleen haluaisi hoitaa omin keinoin;⁵⁶ tähän tarvittaisiin pikemminkin lainsäätäjän konkreettisia vapauttamistoimia.⁵⁷

72. Lisäksi Teckal-oikeuskäytäntö, jossa käytetään sanamuotoa "valvoo — — *samalla*

53 — Vrt. erityisesti direktiivin 68/151 2 artikla ja sitä seuraavat artikkelit sekä yhtiömuodoltaan tietynlaisten yhtiöiden tilinpäätöksistä perustamissopimuksen 54 artiklan 3 kohdan g alakohdan nojalla 25 päivänä heinäkuuta 1978 annettun neljännen neuvoston direktiivin 78/660/ETY (EYVL L 222, s. 11) 2 ja 47 artikla.

54 — Viranomaisen määräämisvallassa olevan osakeyhtiö- tai rajavastuuyhtiömuotoisen yrityksen pitäisi mahdollisesti kyseisen hankinnan tai käyttöoikeussopimuksen yhteydessä ilmoittautua yhdeksi useammista potentiaalisista tarjoajista.

55 — Tässä yhteydessä lähtökohtana voi olla useimpien jäsenvaltioiden 15.10.1985 Eurooppa-neuvoston yhteydessä ratifioima Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja (SopS 66/91). Sen 6 artiklan 1 kohdassa edellytetään, että paikallisviranomaisen on "saatava päättää sisäisestä hallintorakenteestaan voidakseen sovittaa sen paikallisiin tarpeisiin ja varmistaakseen tehokkaan hallinnon". Kunnallisen itsehallinnon merkitystä korostetaan lisäksi siten, että se mainitaan nimenomaisesti Euroopan perustuslaista tehdyn sopimuksen I-5 artiklan 1 kohdassa (allekirjoitettu Roomassa 29.10.2004, EUVL C 310, s. 1).

56 — Vrt. tästä myös tämän ratkaisuehdotuksen 42 kohta.

57 — Tässä yhteydessä on muistutettava esimerkiksi televiestintäalan vapauttamisesta, vrt. tältä osin viimeksi kilpailusta sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen markkinoilla 16 päivänä syyskuuta 2002 annettu komission direktiivi 2002/77/EY (EYVL L 249, s. 21). Vrt. lisäksi muutettu ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi rautateiden, maanteiden ja sisävesien henkilöliikenteeseen liittyviä julkisen palvelun vaatimuksia ja julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevista jäsenvaltioiden toimista (KOM(2002) 107 lopullinen, EYVL 2002, C 151 E, s. 146).

tavoin kuin”,⁵⁸ viittaa siihen, että omiin toimipaikkoihin ja julkisiin yrityksiin kohdistuvien vaikutusmahdollisuuksien ei tarvitse olla täysin samat. Ratkaisevaa sen kannalta, onko yritys verrattavissa hallinnolliseen toimipaikkaan vai muihin markkinoiden toimijoihin, ei ole se, onko viranomaisella *muodollisesti arvioiden* samat *oikeudelliset* vaikutusmahdollisuudet kuin omiin toimipaikkoihinsa nähden, esimerkiksi ohjeidenanto-oikeus yksittäistapauksessa. Ratkaisevaa on pikemminkin se, onko hankintaviranomaisella *tosiasiallisesti* aina mahdollisuus ajaa kyseisessä yrityksessä omia julkisen edun mukaisia tavoitteitaan täydessä laajuudessa. Ainoastaan silloin, jos yritys on todellisuudessa niin itsenäinen (autonominen),⁵⁹ että hankintaviranomainen ei enää kykene ajamaan kyseisen yrityksen sisällä omia etujaan täydessä laajuudessa, ei enää voida puhua siitä, että yritystä valvottaisiin samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja.

73. Tämä intressikeskeinen lähestymistapa ilmenee erityisesti asiassa Stadt Halle annetusta tuomiosta,⁶⁰ jossa viitataan ensimmäisen Teckal-edellytyksen tulkinnan osalta hyvin merkityksellisesti *yleisen edun mukaisen tavoitteiden saavuttamiseen*. Asiassa Stadt Halle annetun tuomion mukaan vaatimus, jonka mukaan tätä yleistä etua on ajettava, sanelee sen, mitä mahdollisuuksia

vaikuttaa toimipaikkoihinsa viranomaiset tosiasiallisesti tarvitsevat.⁶¹

74. Näiden tosiasiallisten vaikutusmahdollisuuksien osalta pätee vastaavasti tämän ratkaisuehdotuksen 53 kohdan toteamus: Mikäli yksityinen kolmas osapuoli on vaikkapa vain vähemmistöosakkaana yrityksessä, sen taloudellisten intressien huomioon ottaminen saattaa merkitä sitä, että viranomaisen joutuu pidättäytymään yleisen edun mukaisten tavoitteiden täysimääräisestä ajamisesta, vaikka tämä olisikin oikeudellisesti mahdollista. Mikäli hankintaviranomainen on sen sijaan tytäryhtiönsä ainoa osakas, sen ja sen tytäryhtiön intressien voidaan normaalisti katsoa olevan olennaisilta osin kattavuudeltaan samat, vaikka tytäryhtiön yhtiömuoto olisi osakeyhtiö tai rajavastuuyhtiö. Ainoa osakas saa erityisesti taloudellisessa mielessä 100-prosenttisesti voitot ja voi päättää yksin niiden käytöstä.

75. Mikäli yksityisten kolmansien osapuolten taloudellisten intressien huomioon ottaminen ei ole kuitenkaan tarpeen, koska viranomaisilla on yhtiön osakkeet 100-prosenttisesti hallussaan, yleisen edun ajaminen yhtiössä voidaan varmistaa riittävällä tavalla myös ilman ohjeidenantoa koskevaa toimivaltaa teknisessä mielessä jo yhteisöoikeu-

58 — Kursivointi tässä. Toisin kuin useimmissa kieliversioissa, asiassa Teckal annetun tuomion saksankielisestä versiosta puuttui vielä sana "ähnlich" (samalla tavoin). Tämä virhe korjattiin asiassa Stadt Halle annetussa tuomiossa.

59 — Edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 51 kohtaan sisältyy tältä osin käsite hankintaviranomaisesta erillinen päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö (ranskankielisessä versiossa käytetään adjektiivia *autonome*, oikeudenkäyntikielillä eli italiansankielisessä versiossa adjektiivia *autonomo*).

60 — Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 50 kohta.

61 — Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 50 kohdassa todetaan sanatakkasti seuraavaa: "— hankintaviranomaisena olevan viranomaisen ja sen omien toimipaikkojen välistä suhdetta sääntelevät yleisen edun tavoitteiden saavuttamiselle ominaiset seikat ja vaatimukset."

dellisin keinoin ja erityisesti siten, että yhtiön elimissä on ainoastaan viranomaisten nimitämiä edustajia. Vaikuttaa erittäin kaukaa haetulta, että nämä elimet, joilla normaalitapauksessa on lisäksi läheisiä henkilöllisiä yhteyksiä julkiseen tahoon, poikkeaisivat juoksevassa liikkeenjohdossa siinä määrin ne nimittäneen alueellisen yhteisön käsityksistä, että se saattaisi vesittää yleisen edun mukaisten tavoitteiden ajamisen. Asianomaisten edustajien pitäisi silloin myös varautua siihen, että heidät tulevaisuudessa erotettaisiin tai heitä ei ainakaan nimitettäisi uudelleen.

76. Yksinomaan siitä seikasta, että Stadtwerke Brixen AG:n kaltainen yhtiö on osakeyhtiö, jonka elimillä on laaja toimivalta juoksevassa liikkeenjohdossa, ei missään tapauksessa voida päätellä, että tämä yhtiö olisi julkisoikeudelliseen omistajaansa nähden itsenäinen eikä tämä valvoisi sitä enää samalla tavoin kuin omia toimipaikkojaan.

b) Toinen Teckal-edellytys: Liikekumppani harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten puolesta

77. Toisen Teckal-edellytyksen mukaan rinnastaminen talonsisäiseen liiketoimeen edellyttää lisäksi sitä, että hankintaviranomaisen

liikekumppani harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten puolesta.

78. Kansallinen tuomioistuin siteeraa ennakoratkaisupyyntönsä ainoastaan Stadtwerke Brixen AG:n yhtiöjärjestyksen määräyksiä. Niiden mukaan tämän yhtiön asiallinen toimiala koostuu laajasta tehtäväluettelosta, joihin sisältyviä tehtäviä voidaan lähinnä luonnehtia yleisiksi palveluiksi, joita suoritetaan paikallisella, kansallisella ja kansainvälisellä tasolla.⁶²

79. Tällaisten yhtiöjärjestyksen määräysten merkitys on kuitenkin vähäinen. Yhtiöjärjestyksen määräyksille on ensinnäkin usein ominaista erityisen laaja sanamuoto, jolla ei pyritä välttämättä kattamaan ainoastaan yhtiön senhetkisiä vaan myös mahdollisia tulevia toimintoja. Toiseksi yhtiöjärjestyksen mukaisiinkaan osakeyhtiön toimialan *rajoi-tuksiin* ei voitaisi vedota kolmansia osapuolia vastaan⁶³ — yhtiön osakkaat asettavat yhtiöjärjestyksessä ainoastaan yhtiön sisäisissä suhteissa rajat, joissa sen toiminta voi liikkua.

80. Mikäli siis oikeudellisesti (lain ja yhtiön yhtiöjärjestyksen perusteella) sallittua osakeyhtiön tai myös rajavastuuyhtiön yleensä

62 — Vrt. tältä osin yksityiskohtaisesti tämän ratkaisuehdotuksen 19 kohta.

63 — Direktiivin 68/151 9 artiklan 1 ja 2 kohta.

verrattain laajaa toimintakenttää pidettäisiin merkityksellisenä, olisi käytännössä mahdollista, että tällaiset yritykset täyttäisivät toisen Teckal-edellytyksen. Hankintaviranomaisen pitäisi silloin ennen sopimusten tekemistä tytäryhtiöidensä kanssa aina noudattaa julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, mikäli nämä olisivat osakeyhtiötä tai rajavastuuyhtiötä. Tämä tekisi osakeyhtiön tai rajavastuuyhtiön valitsemisesta oikeudelliseksi muodoksi, selvästi vähemmän kiinnostavaa.⁶⁴ Näin pitkälle menevä puuttuminen jäsenvaltioiden organisointivaltuuksiin ja erityisesti useiden kuntien itsehallintoon ei olisi julkisia hankintoja koskevan oikeuden markkinoiden avaamista koskevan tehtävän kannalta tarpeen.

81. Pikemminkin riittää, että keskitytään kulloisenkin yrityksen *tosiasialliseen toimintaan*.⁶⁵ Riippumatta yrityksen oikeudellisesta organisaatiomuodosta sen tosiasiallinen toiminta antaa näet parhaan tiedon siitä, toimiiko tämä yritys markkinoilla samalla tavoin kuin muut vai onko se sen sijaan niin vahvasti sidoksissa julkiseen tahoon, että sen ja hankintaviranomaisen väliset sopimukset voidaan rinnastaa talonsisäisiin liiketoimiin ja poikkeuksen tekeminen julkisia hankintoja koskevasta lainsäädännöstä on perusteltavissa.

82. Tässä yhteydessä on otettava huomioon, että poikkeaminen julkisia hankintoja koskevasta lainsäädännöstä on toisen Teckal-edellytyksen mukaan mahdollista jo silloin, jos kyseinen yritys harjoittaa *pääosaa* toiminnastaan sen omistavien hankintaviranomaisen kanssa. Mahdollinen toiminta kolmansien osapuolten toimeksiannosta ei siten vaikuta asiaan, kunhan se on merkitykseltään vähäistä.

83. Tämän arvioimiseksi on esitettävä kokonaisarvio kaikista yksittäistapaukseen liittyvistä seikoista, kuten edellä on jo alustavasti esitetty. Mikäli liiketoimi vastaa talonsisäistä liiketoimea, hankintaviranomaisen liikekumppanin on harjoitettava toimintaansa sekä *määrällisessä* että *laadullisessa* mielessä pääosin sen omistavien hankintaviranomaisen kanssa.⁶⁶ Ensimmäisenä lähtökohdaksi voi tältä osin olla sen liikevaihdon osuus, jonka tämä yritys saa julkisoikeudellisen omistajansa toimeksiannoista. Mikäli yrityksellä — kuten esimerkiksi Stadtwerke Brixen AG:llä — on useampia toimialoja, on lisäksi otettava huomioon, miten monella näistä toimialoista yritys harjoittaa pääosaa toiminnastaan julkisoikeudellisen omista-

64 — Vrt. tältä osin myös tämän ratkaisuehdotuksen 68–71 kohta.

65 — Myös julkisasiamies Stix-Hackl korostaa edellä alaviitteessä 3 mainitun asiassa Stadt Halle annetun ratkaisuehdotuksen 83 kohdassa, että tosiasiallinen toiminta ratkaisee eikä lain tai yhtiöjärjestyksen mukaisesti mahdollinen toiminta.

66 — Näin myös julkisasiamies Stix-Hackl edellä alaviitteessä 3 mainitun asiassa Stadt Halle annetun ratkaisuehdotuksen 89 kohdassa.

jansa kanssa ja mikä painoarvo näillä toimialoilla on yritykselle.⁶⁷

c) Välipäätelmä

86. Yhteenvedona voidaan siis todeta seuraavaa:

84. Tarkempaa tutkimusta edellyttää myös Stadtwerke Brixen AG:n kaltaisen yrityksen alueellinen toimintasäde. Pelkästään se, että kunnallinen julkinen yritys toimii tai voi toimia kunnan rajojen ulkopuolellakin, ei näet välttämättä poissulje sitä, että se harjoittaa *pääosaa toiminnastaan tämän kunnan kanssa*. Pitäisi pikemminkin tutkia, millainen määrällinen ja laadullinen asema yrityksen mahdollisella toiminnalla kunnan rajojen ulkopuolella on verrattuna sen toimintaan sen omistavien julkisoikeudellisten omistajien kanssa.

Se, että kunta antaa maksullisen yleisen pysäköintialueen hoitamisen ilman edeltävää hankintamenettelyä sellaisen osakeyhtiön tehtäväksi, jonka ainoa osakas se on, ei ole ristiriidassa EY 43, EY 49 ja EY 86 artiklan kanssa, jos kunta valvoo kyseistä osakeyhtiötä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja tämä osakeyhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan kunnan kanssa.

85. Pelkästään se, että Stadtwerke Brixen AG:n kaltaisen osakeyhtiön yhtiöjärjestyksen mukainen toimiala on asiallisesti laaja ja toiminta myös kunnan rajojen ulkopuolella on alueellisesti sallittua, ei missään tapauksessa poissulje sitä, että tämä osakeyhtiö tosiasiallisesti harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan kunnan kanssa.

Se, että osakeyhtiötä valvotaan samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja, ei ole poissuljettua pelkästään sen vuoksi, että kunta on lain nojalla velvoitettu tulevaisuudessa avaamaan tämän osakeyhtiön osakepääoman kolmansien osapuolten omistukselle tietyn määrärajan kuluessa tai että tämän osakeyhtiön elimillä on laajat toimivaltuudet juoksevassa liikkeenjohdossa.

Se, että osakeyhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan kunnan puolesta, ei ole poissuljettua pelkästään sen vuoksi, että tämän osakeyhtiön yhtiöjärjestyksen mukaan sen mahdollinen toimiala on sekä asiallisesti että alueellisesti laaja; todellisuudessa harjoitettu toiminta ratkaisee.

67 — Nyt käsiteltävän kaltaisessa tapauksessa olisi esimerkiksi myös tutkittava, mikä merkitys yrityksen toiminnalle on uusilla tehtävillä, joita Stadtwerke Brixen AG:n yhtiöjärjestyksessä on annettu aikaisemman erityisen liikeyrityksen tehtävien lisäksi (ja joita ovat erityisesti tietotekniikka ja televiestintä) ja kenen toimeksiannosta yritys siltä osin toimii.

VI Ratkaisuehdotus

87. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozenin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- 1) Kun hankintaviranomainen tekee yleisen pysäköintialueen hoitamista koskevan sopimuksen yrityksen kanssa ja tämä yrittäjä saa periä maksun pysäköintialueen käyttämisestä ja sitoutuu vastavuoroisesti suorittamaan hankintaviranomaiselle vuosittaisen korvauksen, kyseessä ei ole julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetussa neuvoston direktiivissä 92/50 tarkoitettu julkinen palveluhankinta vaan julkista palvelua koskeva käyttöoikeussopimus.
- 2) Se, että kunta antaa maksullisen yleisen pysäköintialueen hoitamisen ilman edeltävää hankintamenettelyä sellaisen osakeyhtiön tehtäväksi, jonka ainoa osakas se on, ei ole ristiriidassa EY 43, EY 49 ja EY 86 artiklan kanssa, jos kunta valvoo kyseistä osakeyhtiötä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja tämä osakeyhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan kunnan kanssa.

Se, että osakeyhtiötä valvotaan samalla tavoin kuin omia toimipaikkoja, ei ole poissuljettua pelkästään sen vuoksi, että kunta on lain nojalla velvoitettu tulevaisuudessa avaamaan tämän osakeyhtiön osakepääoman kolmansien osapuolten omistukselle tietyn määräajan kuluessa tai että tämän osakeyhtiön elimillä on laajat toimivaltuudet juoksevassa liikkeenjohdossa.

Se, että osakeyhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan kunnan puolesta, ei ole poissuljettua pelkästään sen vuoksi, että tämän osakeyhtiön yhtiöjärjestyksen mukaan sen mahdollinen toimiala on sekä asiallisesti että alueellisesti laaja; todellisuudessa harjoitettu toiminta ratkaisee.