JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PAOLO MENGOZZI
17 päivänä marraskuuta 2009[1]

1. Nyt käsiteltävä asia, joka perustuu Oberlandesgericht Düsseldorfin esittämiin useisiin ennakkoratkaisukysymyksiin, antaa yhteisöjen tuomioistuimelle mahdollisuuden tarkastella vielä kerran ongelmaa, joka koskee julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten ja viranomaisten harjoittaman kaupunkisuunnittelutoiminnan välistä eroa.

2. Kansallisen tuomioistuimen ratkaistavana olevan asian keskiössä on tarkemmin sanoen se, että viranomaiset ovat myyneet maa-alueen yksityiselle oikeussubjektille. Tällainen tilanne saattaa tyypillisesti herättää ajatuksia mahdollisen valtiontuen olemassaolosta.[2] Nyt käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan näytä olevan tällaista huolta. Tapauksen erityispiirteenä on sitä vastoin se, että viranomainen on päättänyt luovuttaa maa-alueen tarjoajalle, joka on osoittanut, että sillä on itse maa-alueen osalta käyttö- ja rakennussuunnitelmia, joita alueen kaupunkisuunnittelusta vastaavat kunnan viranomaiset ovat pitäneet kiinnostavampina ja ansioituneempina. Kansallinen tuomioistuin pohtii, onko tällaisessa tilanteessa sovellettava julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin sovellettavia säännöksiä ja tarkemmin sanoen julkisiin käyttöoikeusurakkoihin (eli urakkakonsessioihin) liittyviä säännöksiä.

I Asiaa koskeva lainsäädäntö

3. Säännökset, joista yhteisöjen tuomioistuimen on annettava ratkaisu, sisältyvät direktiiviin 2004/18/EY[3] (jäljempänä myös direktiivi).

1 – Alkuperäinen kieli: italia.

2 – On ilmeistä, että kyseessä on mahdollisesti valtiontuki silloin, jos julkista omaisuutta luovutetaan markkinahintaa alempaan hintaan. Ks. tästä erityisesti komission tiedonanto julkisten viranomaisten tekemiin maa-alueita ja rakennuksia koskeviin kauppoihin sisältyvistä tuista (EYVL 1997, C 209, s. 3).

3 – Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114).

4. Direktiivin 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Tässä direktiivissä sovelletaan 2–15 kohdassa olevia määritelmiä.

2. 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 rakennusurakan tai -työn toteuttaminen tai sekä toteuttaminen että suunnittelu, taikka hankintaviranomaisen asettamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttaminen millä tahansa tavalla. ’Rakennusurakka’ on talon- tai maan- tai vesirakennustöiden kokonaisuuden tulos, joka sellaisenaan riittää täyttämään jonkin taloudellisen tai teknisen tehtävän.

– –

3. ’Julkisella käyttöoikeusurakalla’ [eli urakkakonsessiolla] tarkoitetaan muutoin samanlaista sopimusta kuin julkisia rakennusurakoita koskevaa sopimusta, paitsi että toteutettavan rakennustyön vastikkeena on joko yksinomaan rakennettavan kohteen käyttöoikeus [eli oikeus hyödyntää kohdetta] tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.”

II Tosiseikat, pääasian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

5. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (liittovaltion viranomainen, joka hallinnoi julkista kiinteistövarallisuutta, jäljempänä Bundesanstalt) julkaisi lokakuussa 2006 lehti-ilmoituksissa ja internetissä aikomuksensa myydä noin 24 hehtaarin suuruinen alue Wildeshausenin kunnassa. Maa-alueella sijaitsi erityisesti kasarmi, joka vapautui vuoden 2007 ensimmäisinä kuukausina.

6. Bundesanstaltin julkaisemassa ilmoituksessa täsmennettiin, että maa-alueen sallituista käyttötavoista piti sopia Wildeshausenin kunnan kanssa.

7. Bundesanstaltin tilaamassa asiantuntijalausunnossa arvioitiin toukokuussa 2007 maa-alueen arvoksi 2,33 miljoonaa euroa.

8. Helmut Müller GmbH -niminen yhtiö (jäljempänä Helmut Müller) oli tehnyt jo marraskuussa 2006 maa-alueesta ostotarjouksen 4 miljoonan euron hintaan, kuitenkin sillä edellytyksellä, että alue kaavoitettaisiin sen käyttösuunnitelmien mukaisesti. Tarjousta ei hyväksytty.

9. Bundesanstalt pyysi tammikuussa 2007 mahdollisia kiinnostuneita tekemään tarjouksen kaavoittamattomasta maa-alueesta. Helmut Müller teki tässä yhteydessä 1 miljoonan euron suuruisen ostotarjouksen. Toinen yhtiö, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (jäljempänä GSSI), teki sen sijaan 2,5 miljoonan euron suuruisen tarjouksen.

10. Tämän jälkeen Wildeshausenin kunta pyysi tarjoajia esittämään omat suunnitelmansa alueen käytöstä. Suunnitelmista keskusteltiin kunnan kanssa myös Bundesanstaltin ollessa edustettuna. Wildeshausenin kunnan hallinto ilmaisi 24.5.2007 pitävänsä GSSI:n hanketta parempana ja ilmoitti olevansa valmis panemaan vireille menettelyn, jossa alue kaavoitettaisiin tämän suunnitelman perusteella. Kunnan päätöksessä ilmoitettiin kuitenkin nimenomaisesti, että tätä päätöstä ei pidetty kunnan kaupunkisuunnitteluun liittyvää toimivaltaa sitovana, vaan kunta varasi itselleen oikeuden käyttää tätä toimivaltaa vapaasti.

11. Bundesanstalt myi maa-alueen GSSI:lle 6.6.2007. Myyntisopimuksessa ei viitata millään tavoin luovutetun maa-alueen tulevaan käyttöön.

12. Helmut Müller on riitauttanut maa-alueen myynnin kansallisissa tuomioistuimissa ja väittää erityisesti, että maa-alue olisi pitänyt myydä julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien säännösten mukaisesti.

13. Riitaa käsittelevä tuomioistuin on esittänyt seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko [direktiivin 2004/18] 1 artiklan 2 kohdan b alakohdassa tarkoitettu julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus kyseessä vain, jos hankintaviranomainen hankkii rakennustyöt aineellisessa

tai esineellisessä mielessä itselleen ja jos rakennustöistä on tälle välitöntä taloudellista hyötyä?

2) Mikäli direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan b alakohdassa säädetyn julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen määritelmän mukaan hankintaa koskeva tekijä on välttämätön, onko säännöksessä tarkoitetun toisen vaihtoehdon perusteella katsottava kyseessä olevan hankinta, kun hankintaviranomaiselle toteutettavilla rakennustöillä on tietty julkinen käyttötarkoitus (sillä esimerkiksi kehitetään jotain kunnan osaa osana kaupunkisuunnittelua) ja kun hankintaviranomainen on saanut sopimuksen nojalla oikeudelliset valtuudet varmistaa, että julkinen päämäärä saavutetaan ja että rakennustöiden kohde on käytettävissä tätä tarkoitusta varten myös tulevaisuudessa?

3) Edellyttääkö direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan b alakohdassa tarkoitetun julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitteen ensimmäinen ja toinen vaihtoehto, että yritys suoraan tai välillisesti velvoitetaan toteuttamaan rakennustöitä? Onko tämän velvollisuuden oltava tarvittaessa kannekelpoinen?

4) Edellyttääkö direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan b alakohdassa tarkoitetun julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitteen kolmas vaihtoehto, että yritys velvoitetaan toteuttamaan rakennustöitä tai että rakennustyöt ovat sopimuksen kohteena?

5) Kuuluvatko sopimukset, joilla on hankintaviranomaisen asettamien vaatimusten avulla tarkoitus varmistaa, että toteutettava rakennustöiden kohde on käytettävissä tiettyä julkista päämäärää varten, ja joilla samalla annetaan (sopimusperusteisesti) hankintaviranomaiselle oikeudelliset valtuudet varmistaa (välillisesti sen oman edun mukaisesti), että rakennustöiden kohdetta voidaan käyttää julkiseen käyttötarkoitukseen, direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan b alakohdan kolmannessa vaihtoehdossa tarkoitettuihin julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin?

6) Onko kyse direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan b alakohdassa tarkoitetuista ’hankintaviranomaisen asettamista vaatimuksista’, kun rakennustyöt on toteutettava julkisen hankintaviranomaisen tutkimien ja hyväksymien suunnitelmien mukaisesti?

7) Onko katsottava, että kyse ei ole direktiivin 2004/18 1 artiklan 3 kohdassa

tarkoitetusta julkisesta urakkakonsessiosta, jos konsessionsaaja on tai siitä tulee sen kiinteistön omistaja, jolla rakennusurakalla on tarkoitus toteuttaa, tai jos urakkakonsessiota ei rajoiteta ajallisesti?

8) Onko direktiiviä 2004/18 sovellettava – mistä seuraa oikeudellisesti hankintaviranomaisen velvollisuus järjestää tarjouskilpailu – myös silloin, kun se että kolmas osapuoli myy kiinteistön, ja julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekeminen tapahtuvat eri ajankohtina ja kun julkista rakennusurakkaa koskevaa sopimusta ei ole vielä tehty kiinteistökaupan tekemisen ajankohtana, jolloin hankintaviranomaisen tavoitteena on kuitenkin jo ollut tehdä tällainen sopimus?

9) Onko toisistaan eroavia mutta toisiinsa liittyviä kiinteistön luovutusta ja julkista rakennusurakkaa koskevaa sopimusta tarkasteltava yhtenä kokonaisuutena hankintamenettelyä koskevien säännösten kannalta, jos kiinteistön luovutusta koskevaa sopimusta tehtäessä suunnitelmissa oli jo julkista rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekeminen ja jos asianosaiset muodostivat tietoisesti sekä aineellisesti – ja mahdollisesti myös ajallisesti – tiiviin yhteyden näiden sopimusten välille (vrt. tältä osin asia C-29/04, komissio v. Itävalta, ns. Stadt Mödling -tapaus, tuomio 10.11.2005, Kok., s. I-9705)?”

III Alustavia huomautuksia

A *Kansallisen tuomioistuimen oikeuskäytäntö*

14. Kansallisen tuomioistuimen esittämien ennakkoratkaisukysymysten ymmärtäminen edellyttää yhtä selvennystä. On erityisesti huomauttava, kuten kansallinen tuomioistuinkin korostaa välipäätöksessään, että ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen (Oberlandesgericht Düsseldorf) tämänhetkisessä oikeuskäytännössä on joitain erityispiirteitä, jotka ovat suureksi osaksi vastakkaisia julkisia hankintoja koskevaan lainsäädäntöön liittyvään oikeuskäytäntöön ja oikeuskirjallisuuteen nähden.

15. Kansallisen tuomioistuimen näkemyksen lähtökohtana on erityisesti, että se, että menettely liittyy lähinnä kaupunkisuunnitteluun, ei lähtökohtaisesti sulje pois julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien yhteisön oikeussääntöjen soveltamista. Kansallinen tuomioistuin tukeutuu tässä yhteydessä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön asioissa Ordine degli architetti ym.[4] ja komissio vastaan Ranska.[5]

16. Toiseksi kansallinen tuomioistuin johtaa asiassa Auroux ym. annetusta tuomiosta[6] periaatteen, jonka mukaan julkisia hankintoja

4 – Asia C-399/98, Ordine degli Architetti ym., tuomio 12.7.2001 (Kok., s. I-5409).

5 – Asia C-264/03, komissio v. Ranska, tuomio 20.10.2005 (Kok., s. I-8831).

6 – Asia C-220/05, Auroux ym., tuomio 18.1.2007 (Kok., s. I-385).

koskeviin sopimuksiin liittyvien yhteisön oikeussääntöjen sovellettavuus ei riipu lainkaan siitä, aikooko hankintaviranomainen hankkia suunnitellut rakennukset omistukseensa vai ainoastaan hallita ja käyttää niitä. Julkisia hankintoja koskevaa yhteisön lainsäädäntöä voitaisiin toisin sanoen soveltaa riippumatta siitä, hankkiiko hankintaviranomainen omaisuuden aineellisesti itselleen. Hankintaviranomaisen tavoittelema hyöty voisi erityisesti olla myös aineetonta ja koostua esimerkiksi, kuten nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, kunnan alueen kaupunkisuunnittelun tiettyjen tavoitteiden saavuttamisesta.[7]

17. Kansallinen tuomioistuin tulkitsee tämän oikeuskäytännön perusteella pääasian kohteena olevaa tilannetta seuraavasti. GSSI-yhtiön kanssa on sovittu julkisesta urakkakonsessiosta,[8] mistä syystä olisi pitänyt soveltaa asiaa koskevia yhteisön oikeussääntöjä.[9] Se, että GSSI-yhtiö saa kyseiseen omaisuuteen omistusoikeuden, ei ole sen mielestä ristiriidassa tämän tulkinnan kanssa, koska direktiivissä määritellyn konsession käsitteen perusteella ei ole mahdotonta, että se on kestoltaan määrittelemätön tai että konsessionsaajalle annetaan omistusoikeus konsession kohteena olevaan omaisuuteen.

18. Se, että Wildeshausenin kunta on kyllä ilmaissut oman mieltymyksensä GSSI-yhtiön esittämään hakemusjärjestelyyn mutta ei ole virallisesti sitoutunut tämän järjestelyn hyväksymiseen, ei ole kansallisen tuomioistuimen mielestä seikka, joka voisi kumota sen tulkinnan tilanteesta. Kansallinen tuomioistuin viittaa erityisesti asiassa komissio vastaan Itävalta annettuun yhteisöjen tuomioistuimen tuomioon (ns. Stadt Mödling -tapaus)[10] ja väittää, että myös ajallisesti hankintamenettelyn ratkaisemisen jälkeinen tapahtuma on voitava ottaa huomioon tilanteen oikeudellisessa arvioinnissa, jos se on konkreettisesti ratkaiseva hankintamenettelyn kannalta. Päinvastaisessa tapauksessa

7 – Saksan lainsäädäntöä on muutettu ennakkoratkaisupyynnön esittämisen jälkeen julkisia hankintoja koskevista sopimuksista annetun lainsäädännön uudenaikaistamisesta 20.4.2009 annetulla lailla (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts; BGBl. I, s. 790), jolla on muutettu kilpailun rajoituksista annetun lain (GWB) 99 §:ää täsmentämällä muun muassa, että hankintaviranomaisen saama välitön taloudellinen hyöty on julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten määritelmän kolmannen vaihtoehdon välttämätön edellytys. Ks. myös jäljempänä alaviite 35.

8 – Ei ole kuitenkaan täysin selvää, mikä olisi oikeussubjekti, joka on antanut tämän konsession. Komissionkin, joka on osoittautunut tältä osin kansallisen tuomioistuimen kannanottoja avoimemmaksi, täytyi myöntää istunnossa, että sekä Bundesanstaltilla että Wildeshausenin kunnalla on tässä tapauksessa joitakin piirteitä, jotka ovat tyypillisiä tällaiselle roolille, mutta ei ole mahdollista todeta, että toinen olisi tältä osin toiseen nähden etusijalla.

9 – Ennakkoratkaisupyynnön mukaan ei ole epäilystäkään siitä, että direktiivin soveltamista varten säädetyt kynnykset on nyt käsiteltävässä asiassa huomattavasti ylitetty. Todellisuudessa siksi, että maa-alueen arvo ei sinänsä ylitä kynnyksiä, kansallisen tuomioistuimen päättelyyn liittyy selvästi hypoteettisia aineksia. Kun otetaan toisaalta huomioon vakiintunut oikeuskäytäntö, jonka mukaan on lähtökohtaisesti kansallisen tuomioistuimen tehtävänä arvioida kysymysten merkitystä riidan ratkaisemisen kannalta, katson, että yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi tässä tapauksessa vastata Oberlandesgericht Düsseldorfin kysymyksiin. Ks. tästä esim. asia C-415/93, Bosman, tuomio 15.12.1995 (Kok., s. I-4921, 61 kohta); asia C-355/97, Beck ja Bergdorf, tuomio 7.9.1999 (Kok., s. I-4977, 22 kohta); yhdistetyt asiat C-222/05-C-225/05, van der Weerd ym., tuomio 7.6.2007 (Kok., s. I-4233, 22 kohta) ja asia C-500/06, Corporación Dermoestética, tuomio 17.7.2008 (Kok., s. I-5785, 23 kohta).

10 – Asia C-29/04, komissio v. Itävalta, ns. Stadt Mödling -tapaus, tuomio 10.11.2005 (Kok., s. I-9705).

yhteisön oikeussääntöjen tehokasta vaikutusta voitaisiin helposti kiertää.

19. Kuten olen edellä kuitenkin korostanut, kansallinen tuomioistuinkin myöntää sen, että sen esittämästä yhteisön oikeuden tulkinnasta, niiltä osin kuin se on sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan, ei missään tapauksessa vallitse yksimielisyyttä. Oberlandesgericht Düsseldorf tiedustelee siis ennakkoratkaisukysymyksillään yhteisöjen tuomioistuimelta lähinnä, onko tämä tulkinta oikea.

B *Direktiivin 1 artiklan kieliversioiden väliset erot*

20. Direktiivin 1 artiklassa erotellaan useimmissa kieliversioissa[11] kolme erilaista ”julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten” tyyppiä. Kyseessä ovat erityisesti seuraavat:

– liitteessä I tarkoitettuun toimintaan liittyvän *rakennustyön*[12] toteuttaminen tai sekä toteuttaminen että suunnittelu (ensimmäinen vaihtoehto)

– *rakennusurakan*[13] toteuttaminen tai sekä toteuttaminen että suunnittelu (toinen vaihtoehto) ja

– hankintaviranomaisen asettamia vaatimuksia vastaavan *rakennusurakan*[14] toteuttaminen millä tahansa tavalla (kolmas vaihtoehto).

21. Direktiivissä yksilöidään tämän jälkeen, että ”rakennusurakka”[15] on ”talon- tai maantai vesirakennustöiden kokonaisuuden tulos, joka sellaisenaan riittää täyttämään jonkin taloudellisen tai teknisen tehtävän”.

22. Huomautettakoon heti, että direktiivin eri kieliversioissa on joitakin merkittäviä eroja.

23. On ensinnäkin eroja, jotka johtuvat siitä, että on käytetty terminologiaa, joka ei ole aina johdonmukainen esitettyjen kolmen

11 – Ei kuitenkaan kaikissa: esim. mainitulla toisella vaihtoehdolla ei ole vastinetta portugalinkielisessä versiossa.

12 – Italiaksi ”di lavori”, saksaksi ”von Bauvorhaben”, englanniksi ”of works”, ranskaksi ”de travaux”, espanjaksi ”de obras”, hollanniksi ”van werken”, portugaliksi ”de trabalhos”, kreikaksi ”εργασιών”.

13 – Italiaksi ”di un'opera”, saksaksi ”eines Bauwerks”, englanniksi ”a work”, ranskaksi ”d'un ouvrage”, espanjaksi ”de una obra”, hollanniksi ”van een werk”, kreikaksi ”ενός έργου”.

14 – Italiaksi ”di un'opera”, saksaksi ”einer Bauleistung”, englanniksi ”of a work”, ranskaksi ”d'un ouvrage”, espanjaksi ”de una obra”, hollanniksi ”van een werk”, portugaliksi ”de uma obra”, kreikaksi ”ενός έργου”.

15 – Italiaksi ”opera”, saksaksi ”Bauwerk”, englanniksi ”work”, ranskaksi ”ouvrage”, espanjaksi ”obra”, hollanniksi ”werk”, portugaliksi ”obra”, kreikaksi ”έργο”.

vaihtoehdon kesken: tämä ilmenee erityisesti, kun tutkitaan sanamuotoja, joita on käytetty joissakin kieliversioissa, kuten kyseisiä vaihtoehtoja koskevissa alaviitteissä esitetään.

24. Saksankielisessä versiossa on kaksi muutakin merkittävää eroa. Ensinnäkin kolmannessa vaihtoehdossa täsmennetään, että siinä säädetyn toiminnan toteuttajana on oltava ”kolmas osapuoli” (durch Dritte): tällaista täsmennystä ei ole muissa kieliversioissa.[16] Toiseksi kolmannen vaihtoehdon mukaista toimintaa ei kutsuta ”rakennusurakaksi” (Bauwerk) vaan ”rakennussuoritukseksi” (Bauleistung): tästä seuraa, että myöhempi ”rakennusurakan” määritelmä näyttäisi olevan sovellettavissa saksankielisen sanamuodon mukaan vain toiseen vaihtoehtoon mutta ei kolmanteen vaihtoehtoon.[17]

25. Edellä korostettujen sanamuotoon liittyvien ongelmien olemassaolo puoltaa vahvasti sitä, että ei pitäisi etsiä säännösten ”oikeaa” tulkintaa niiden tiukan sanamuodon mukaisen tarkastelun perusteella siten, että tarkastelu saattaisi jopa rajoittua vain yhteen kieliversioon. Todellisuudessa ainoastaan systemaattinen ja teleologinen tulkinta voivat yhdessä tulkinnassa käytettävän terveen järjen kanssa ohjata säännösten merkityksen etsimistä.

IV Oikeudellinen arviointi

A *Johdanto: julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsite*

26. Jotta kansallisen tuomioistuimen kysymyksiin kyettäisiin antamaan mahdollisimman täydellinen vastaus, on aluksi välttämätöntä yksilöidä julkisen rakennusurakkaa koskevan sopimuksen olennaiset ominaispiirteet.

27. On hyvä täsmentää heti, että kyseessä on yksinomaan yhteisön oikeuteen perustuva käsite, joten tilanteen määrittelemisellä yhden

16 – Korostan kuitenkin, että kuten erityisesti Itävallan hallitus huomautti istunnossa, saksankieliseen sanamuotoon sisältyvä täsmennys ei tee siitä ehkä niinkään poikkeavaa kuin pikemminkin ”täsmällisemmän” muihin kieliversioihin nähden. Kun otetaan näet huomioon tutkittavan säännöksen rakenne, on vaikeaa löytää kolmanteen vaihtoehtoon kuuluvaa tilannetta, jossa rakennustöitä ei suorittaisi ”kolmas osapuoli”, vaikka tutkittaisiin muitakin kieliversioita. On joka tapauksessa muistettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan jossakin kieliversiossa käytettyä yhteisön säännöksen sanamuotoa ei voida käyttää tämän säännöksen ainoana tulkintaperusteena eikä sille voida antaa tältä osin etusijaa muihin kieliversioihin nähden. Ks. tästä esim. asia C-372/88, Cricket St Thomas, tuomio 27.3.1990 (Kok., s. I-1345, 18 kohta) ja asia C-455/05, Velvet & Steel Immobilien, tuomio 19.4.2007 (Kok., s. I-3225, 19 kohta).

17 – Tällainen saksankielisen version erityispiirre perustuu jo julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta 18.7.1989 annettuun neuvoston direktiiviin 89/440/ETY (EYVL L 210, s. 1). Direktiivillä 89/440 otettiin yhteisön oikeusjärjestykseen ensi kertaa nykyinen julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten ”kolmijako”.

jäsenvaltion kansallisen oikeuden perusteella ei ole tässä yhteydessä merkitystä.[18]

28. Kuten edellä todettiin, direktiivissä 2004/18 yksilöidään sopimuksen kohteen osalta kolme perustyyppiä. Yhteenvetona voidaan kuitenkin todeta, että kyseisen direktiivin 1 artiklan perusteella julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten käsitteeseen kuuluvat yhtäältä liitteessä I tarkoitettuun toimintaan liittyvän rakennustyön toteuttaminen ja toisaalta rakennusurakan toteuttaminen. Käsite sisältää toisin sanoen sekä rakennustoiminnan, riippumatta siitä, onko rakennustöiden tuloksena omaisuus, jolla on määrätty ja/tai lopullinen muoto, että tietyn ”tuloksena olevan” omaisuuden toteutustyöt, mahdollisesti myös kolmansien osapuolten toimesta. Tämä omaisuus, joka yksilöidään direktiivissä viittaamalla lopputulokseen eli huomauttamalla, että omaisuus täyttää ”jonkin taloudellisen tai teknisen tehtävän”, määritellään normaalisti ”rakennusurakaksi”.

29. Arvioitavien yksittäisten erityistilanteiden kuulumista direktiivin 2004/18 soveltamisalaan on luonnollisesti tarkasteltava tapauskohtaisesti. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että yleensä joustava lähestymistapa, joka perustuu pikemminkin kahtiajakoon rakennustyön/-urakoiden välillä, kuten edellisessä kohdassa esitettiin, kuin kolmijakoon, kuten suurimmassa osassa 1 artiklan kieliversioita, antaa useimmissa tapauksissa mahdollisuuden ratkaista direktiivin soveltamisen objektiivisten edellytysten olemassaoloon liittyvä ongelma.

30. Riippumatta noudatetusta lähestymistavasta ei saa unohtaa sitä, että seikka, joka on ominainen kaikille julkisille rakennusurakoille, on rakentaminen. Jotta kyseessä olisi direktiivissä tarkoitettu julkinen rakennusurakka, toiminnan on toisin sanoen sisällettävä omaisuuden luomista. Pelkkä jo olemassa olevan omaisuuden kauppa on näet jätetty nimenomaisesti direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.[19]

31. Direktiivin 1 artiklassa yksilöidään nimenomaisesti julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten muut olennaiset piirteet. Siinä näet säädetään, että tällainen sopimus on *sopimus*, joka on tehty *kirjallisesti* ja *vastiketta vastaan*. Viimeksi mainittu seikka edellyttää siis, että valitun tarjoajan suoritusta vastaa viranomaisen vastasuoritus,

18 – Vrt. edellä alaviitteessä 6 mainittu asia Auroux ym., tuomion 40 kohta.

19 – Vrt. direktiivin 16 artikla.

jonka ei tarvitse välttämättä olla rahaa mutta jolla on oltava tietty taloudellinen arvo.[20]

32. Direktiivissä säädetään kuitenkin tunnetusti vaihtoehdosta ”tyypilliselle” mallille, jossa viranomainen maksaa (laajassa merkityksessä, kuten edellä todettiin) rakentajalle rakennusurakasta. Vaihtoehtoisessa mallissa, joka on julkisen urakkakonsession malli, toteutettavan rakennustyön vastikkeena on joko yksinomaan oikeus hyödyntää rakennettavaa kohdetta tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä. Kansallisen tuomioistuimen mukaan nyt käsiteltävään asiaan pitäisi soveltaa julkisia urakkakonsessioita koskevaa sääntelyä, koska viranomaiset ainoastaan antavat oikeussubjektille, joka aikoo tehdä joitakin rakennustöitä, mahdollisuuden hyötyä omistusoikeutta koskevien säännösten mukaisesti kaikilta osin rakennustoimintansa tuloksista. Tätä ongelmaa tarkastellaan jäljempänä yksityiskohtaisesti erityisesti seitsemännen ennakkoratkaisukysymyksen tutkimisen yhteydessä.

33. Toinen huomautus, joka on esitettävä, koskee päämäärää, jota viranomaiset tavoittelevat rakennusurakoilla ja/tai -töillä, joita ne aikovat toteuttaa. Kuten yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on täsmennetty, direktiivillä tavoitellulla päämäärällä ei ole merkitystä direktiivin säännösten sovellettavuuden kannalta.[21] Merkitystä on siis ainoastaan sillä, että lainsäädännössä luonnostellut objektiiviset edellytykset ovat olemassa.

34. Se, että yhteisön oikeudessa ei kiinnitetä huomiota siihen, mitkä ovat viranomaisten tavoittelemat päämäärät yksittäisissä konkreettisissa tapauksissa, selittyvät sillä, kun huomataan, että kuten direktiivin johdanto-osassa esitetään, julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön pääasiallisena tarkoituksena on poistaa perusvapauksien rajoitukset ja edistää tehokasta kilpailua.[22] Asiaa tarkastellaan näin ollen sellaisten oikeussubjektien kannalta, jotka saattavat olla kiinnostuneita toteuttamaan rakennustöitä, ja tällaisten oikeussubjektien kannalta päämäärällä, jota viranomaiset tavoittelevat, ei ole merkitystä, kuten on selvää.

35. Direktiivin laajat ja kunnianhimoiset päämäärät, jotka on otettava huomioon sen tulkinnassa, eivät saa kuitenkaan antaa aihetta katsoa, että kyseisen lainsäädännön

20 – Tietyn rahasumman maksamisen sijasta viranomainen voi esim. vapauttaa oikeussubjektin maksamasta joitain veroja: vrt. edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Ordine degli Architetti ym., tuomion 76–86 kohta.

21 – Asia C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomio 15.1.1998 (Kok., s. I-73, 32 kohta). Ks. myös asia C-126/03, komissio v. Saksa, tuomio 18.11.2004 (Kok., s. I-11197, 18 kohta) ja asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005 (Kok., s. I-1, 26 kohta).

22 – Vrt. erityisesti direktiivin 2004/18 johdanto-osan toinen perustelukappale sekä aikaisemmin julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun, nyttemmin kumotun neuvoston direktiivin 93/37/EY (EYVL L 199, s. 54) johdanto-osan toinen ja kymmenes perustelukappale. Vrt. tältä osin myös edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Ordine degli Architetti ym., tuomion 52 kohta ja asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002 (Kok., s. I-11617, 51 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

soveltamisalaa voitaisiin laajentaa rajattomasti sen tavoitteen perusteella. On erityisesti huomautettava, että jotkin erityiset alat, joilla direktiiviä ei sovelleta, ilmoitetaan jo sen sanamuodossa: ne löytyvät erityisesti 10–16 artiklasta. Näin ollen ei ole sallittua tulkita direktiiviä yksinomaan ”toiminnallisesti” eli siten, että otettaisiin huomioon vain sen perustavanlaatuiset tavoitteet.

36. Jos näet tavoitellaan ”toiminnallista” tulkintaa, jota erityisesti komissio näyttää puoltavan, tulee esiin merkittävä ongelma yksilöitäessä sitä, mikä olisi parametri, jonka perusteella direktiiviä on sovellettava. Komissio esittää itsekin, että sen pääasiallinen huoli on se, että jotkin oikeussubjektit voisivat saada edullisen aseman ilman että ne on ensin asetettu samanarvoiseen tilanteeseen muiden tämän aseman hankkimisesta mahdollisesti kiinnostuneiden oikeussubjektien kanssa. Nyt käsiteltävän kaltaisissa asioissa edullinen asema perustuisi siihen, että maa-alueen arvo suurenisi sen vuoksi, että viranomaiset sallivat jotakin rakennustoimintaa kyseisellä maa-alueella. Näin ollen komission mukaan aina silloin, kun kiinteistön ”arvonnousu” johtuu viranomaisten toiminnasta, sen pitäisi kuulua direktiivin säännösten soveltamisalaan. On kuitenkin selvää, että jos tällainen näkemys hyväksytään, otetaan se riski, että on hyväksyttävä se absurdi näkemys, jonka mukaan direktiivin säännösten soveltamisalaan kuuluu *kaikki kaupunkisuunnittelutoiminta.* Lähtökohtaisesti näet toimenpiteillä, jotka koskevat mahdollisuuksia toteuttaa rakennusurakoita, muutetaan huomattavastikin niiden maa-alueiden arvoa, joihin ne liittyvät.

37. Mikään osapuoli ei todellisuudessa puolla näin äärimmäistä näkemystä. On kuitenkin korostettava, että se on johdonmukainen seuraus direktiivin yksinomaan toiminnallisesta tulkinnasta.

38. Kuten tiedetään, yhteisöjen tuomioistuimen oikeudenkäytännön joillain aloilla on tosin ilmoitettu noudatettavan yhteisön oikeussääntöjen ”toiminnallista” tulkintaa. Erityisesti julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvän oikeuden alalla tätä on tapahtunut käsitteiden ”hankintaviranomainen” ja ”julkisoikeudellinen laitos” osalta.[23] Tästä on kuitenkin aluksi huomautettava, että tällaisissa tilanteissa toiminnallista tulkintaa on käytetty selventämään tietyn käsitteen ulottuvuutta eikä määrittelemään yleisesti koko julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalaa. Lisäksi edellä mainituissa tapauksissa toiminnalliseen tulkintaan on turvauduttu lähinnä sen vuoksi, että vältettäisiin sellaisten selvästi havaittavissa olevien aukkojen syntyminen, joilla mahdollistettaisiin laajalti väärinkäyttö: viittaan esimerkiksi tapaukseen, jossa julkisoikeudellisen laitoksen tyypilliseen toimintaan on ryhdytty yhtiön perustamisen jälkeen

23 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Universale-Bau ym., tuomion 53 kohta; asia C-337/06, Bayerischer Rundfunk ym., tuomio 13.12.2007 (Kok., s. I-11173, 37 kohta) ja asia C-393/06, Ing. Aigner, tuomio 10.4.2008 (Kok., s. I-2339, 37 kohta).

ilman sen yhtiösopimuksen muuttamista[24] tai jossa julkista rahoitusta (kyseisessä tapauksessa yleisradiolaitoksen julkinen rahoitus) ei ole otettu suoraan julkisista varoista vaan kaikkien vastaanottimien haltijoiden on pitänyt maksaa lupamaksu.[25]

39. On siis mielestäni selvää, että direktiivin soveltamisala on sitä vastoin yksilöitävä siten, että siinä viitataan ensisijaisesti objektiivisiin edellytyksiin, jotka yksilöidään itse direktiivissä. Tämä ei tietenkään merkitse sitä, että tulkitsijan pitäisi välttää kaikkia ”toiminnallisia” näkökohtia. Kuten on selvää, direktiivillä tavoitellut päämäärät ovat todellisuudessa yksi tärkeimmistä tulkinnassa huomioon otettavista seikoista.[26] Ne eivät voi kuitenkaan olla ainoa viiteparametri, eikä niillä voida kiertää lainsäätäjän tahtoa määritellä säännöksen soveltamisalan määrittämisen yhteydessä.

40. Käsittelen seuraavassa ennakkoratkaisukysymykset. Kysymysten loogiseen yhteyteen liittyvistä syistä käsittelen ensin ensimmäisen, toisen, viidennen ja kuudennen kysymyksen.

24 – Edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Universale-Bau ym.

25 – Edellä alaviitteessä 23 mainittu asia Bayerischer Rundfunk ym. Ks. vastaavanlaisen tilanteen osalta myös asia C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, tuomio 11.6.2009 (Kok., s. I-4779, 57 kohta).

26 – Ks. esim. asia 292/82, Merck, tuomio 17.11.1983 (Kok., s. 3781, 12 kohta); asia C-223/98, Adidas, tuomio 14.10.1999 (Kok., s. I-7081, 23 kohta) ja asia C-17/03, VEMW ym., tuomio 7.6.2005 (Kok., s. I-4983, 41 kohta).

B *Ensimmäinen ja toinen kysymys*

41. Kansallinen tuomioistuin pyytää kahdella ensimmäisellä kysymyksellään, jotka voidaan käsitellä yhdessä, yhteisöjen tuomioistuinta selventämään, onko yleisesti tarpeen, että sopimuksen kohde on viranomaisten aineellisesti hankkima omaisuus, josta on sille välitöntä taloudellista hyötyä, jotta kyseessä olisi direktiivissä 2004/18 tarkoitettu julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus. Mikäli kysymykseen vastataan myöntävästi eli mikäli, käyttääkseni kansallisen tuomioistuimen terminologiaa, ”hankintaa koskeva osatekijä on välttämätön”, se tiedustelee, voidaanko tämä osatekijä todeta pelkästään sillä perusteella, että yleisesti tavoitellaan julkista päämäärää, esimerkiksi päämäärää kehittää jotain kaupunginosaa osana kaupunkisuunnittelua.

1. Asianosaisten lausumat

42. Nyt käsiteltävässä asiassa huomautuksiaan esittäneiden tahojen kannat kattavat melko laajan kirjon.

43. Yhtäältä Saksan hallitus väittää Bundesanstaltin ja suureksi osaksi myös Itävallan hallituksen tältä osin tukemana painokkaasti, että jotta voitaisiin puhua

julkisesta rakennusurakasta, on välttämätöntä, että mukana on hankintaan liittyvä osatekijä. Kyseinen hallitus väittää, että kyseessä ei todellisuudessa tarvitse välttämättä olla aineellinen hankinta ja että myös pelkkä taloudellinen hyöty viranomaiselle voi riittää. Saksan hallituksen mielestä ei kuitenkaan riitä pelkästään se, että yleisesti tavoitellaan julkista päämäärää, kuten nyt käsiteltävässä asiassa. Saksan hallitus huomauttaa yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Auroux ym. antamasta tuomiosta, joka on edellä kuvatulla tavalla yksi kansallisen tuomioistuimen näkemyksen peruspilareista, että kyseisen tuomion taustalla olleessa asiassa viranomaisille koituva välitön taloudellinen hyöty oli selvä, joten yhteisöjen tuomioistuin ei pitänyt tarpeellisena keskittää omaa huomiotaan tähän seikkaan. Tätä ei pitäisi kuitenkaan missään tapauksessa tulkita siten, että taloudellista hyötyä koskeva vaatimus ei olisi tarpeellinen: vaikka tätä vaatimusta ei ole nimenomaisesti asetettu direktiivissä, se on implisiittisesti mukana sen yleisessä rakenteessa. Saksan hallituksen mukaan direktiivin tehokkaan vaikutuksen takaamisen ja väärinkäytösten riskin estämisen tarpeellisuuteen perustuvat perustelut eivät voi olla hyväksyttävä syy soveltaa direktiiviä mielivaltaisesti sen luonnollisen soveltamisalan ulkopuolella. Mahdollinen tarve estää väärinkäytökset julkisten rakennusurakoiden sektorin ulkopuolella pitäisi tyydyttää käyttämällä muita normatiivisia keinoja kuin direktiiviä 2004/18.

44. Komission näkemys on sitä vastoin täysin päinvastainen kuin Saksan hallituksen. Komissio katsoo erityisesti, että ainoa ratkaiseva seikka annettaessa vastausta kansalliselle tuomioistuimelle on se, että direktiivin sanamuodossa ei edellytetä viranomaisten hankkivan mitään ulkopuoliselta oikeussubjektilta, jotta kyseessä olisi julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus. Jos edellytettäisiin hankintaa koskevan osatekijän olemassaoloa, tämä merkitsisi siis sitä, että otettaisiin käyttöön edellytys, jota ei aseteta lainsäädännössä.

45. Alankomaiden hallituksen näkemys on puolestaan näiden näkemysten puolivälissä. Alankomaiden hallitus katsoo erityisesti, että vaikka se, että viranomaiset hankkivat rakennusurakan omistukseensa, ei ole tarpeen, ja tämä perustuu myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, on kuitenkin välttämätöntä, että viranomaisella on välitön taloudellinen intressi, jotta kyseessä olisi julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus. Tämä välitön taloudellinen intressi voi olla tapauksen mukaan joko viranomaiselle koituva taloudellinen hyöty tai intressi, jonka Alankomaiden hallitus määrittelee viranomaisen ”tappionvaaraksi”. Alankomaiden hallituksen mielestä kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa tapauksessa tällaista taloudellista intressiä ei ole tai se ei ole ainakaan nähtävissä kansallisen tuomioistuimen esittämien tietojen perusteella.

2. Oikeudellinen arviointi

46. Direktiivin 2004/18 oikea tulkinta sijoittuu mielestäni kahden ”äärimmäisen” näkemyksen eli Saksan hallituksen ja komission näkemysten puoliväliin. En toisaalta yhdy täysin myöskään Alankomaiden hallituksen näkemykseen, jossa nojaudutaan mielestäni liikaa taloudelliseen osatekijään julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitteen määrittelemiseksi.

47. Jotta kykenisin antamaan vastauksen yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyyn kysymykseen, on mielestäni tärkeää pitää lähtökohtana tulkintaa, joka on annettava edellä mainitussa asiassa Auroux ym. annetulle tuomiolle.[27] Kuten tunnettua, kunnalliset viranomaiset olivat kyseisen tuomion taustalla olleessa tilanteessa tehneet tarjouskilpailua järjestämättä toisen hankintaviranomaisen kanssa sopimuksen aluekehittämishankkeen toteuttamisesta. Siinä yhteydessä jälkimmäisen hankintaviranomaisen oli tarkoitus käyttää osittain kunnan myöntämiä varoja ja toteuttaa erilaisia rakennusurakoita, jotka oli osittain tarkoitettu myytäviksi kolmansille osapuolille, ja osittain ne oli tarkoitus antaa kunnallisille viranomaisille. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tällainen tilanne merkitsi julkista rakennusurakkaa riippumatta siitä, tuliko ensimmäisestä hankintaviranomaisesta eli kunnasta kokonaan tai osittain kyseisen urakan kohteen omistaja.[28]

48. Kuten Saksan hallitus huomauttaa, kyseisen asian taustalla olleessa tilanteessa ei vallinnut epätietoisuutta siitä, että joistakin toteutetuista rakennusurakoista olisi koitunut ainakin osittain välitön hyöty kunnalliselle viranomaiselle. Yhteisöjen tuomioistuimen valitseman varsin laajan sanamuodon perusteella on kuitenkin mielestäni mahdotonta, että olisi tarpeen pitää viranomaisen hyödyksi tulevaa välitöntä hankintaa edellytyksenä sille, että kyseessä voi olla julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus.

49. Toisaalta on korostettava kuitenkin toista piirrettä, joka liittyi edellä mainitussa tuomiossa tutkittuun tilanteeseen: kyseisessä tapauksessa kunnalliset viranomaiset olivat suorittaneet merkittävän summan rahaa ja toimineet suoraan toisen hankintaviranomaisen kanssa saadakseen haluamansa rakennusurakat toteutetuiksi.

50. Vaikka julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitettä olisi tutkittava laajasti mahdollisten väärinkäytösten välttämiseksi, sitä ei voida laajentaa rajattomasti, kuten edellä huomautettiin.[29] Tällaisessa ”toiminnallisessa” tulkinnassa ei voida jättää direktiivin soveltamisalan rajoja kokonaan huomiotta. Vaikka julkisista hankinnoista annettujen direktiivien pääasiallisena tavoitteena on edistää yritysten välistä kilpailua ja avata markkinat, tätä päämäärää on samaan

27 – Mainittu edellä alaviitteessä 6.

28 – Sama asia, tuomion 47 kohta.

29 – Vrt. edellä 35 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

aikaan tavoiteltava direktiivin soveltamisalan ulkopuolellakin siten, että käytetään erilaisia asianmukaisia lainsäädäntöinstrumentteja laajentamatta julkisia hankintoja koskevien säännösten soveltamisalaa suhteettomasti.

51. On siis välttämätöntä yksilöidä riittävän tarkasti tämän soveltamisalan rajat, joita ei voida ylittää direktiivin säännösten soveltamiseksi.

52. Vaikuttaa siltä, että lainsäädännön kokonaistarkastelusta, jossa otetaan huomioon myös yhteisöjen tuomioistuimen sille tähän saakka antama tulkinta, olisi mahdollista johtaa perusperiaate, jonka mukaan on välttämätöntä, että on olemassa selvä *välitön yhteys* viranomaisen ja toteutettavien rakennustöiden tai -urakoiden välillä, jotta tietty toiminta voisi kuulua julkisia rakennusurakoita koskevan oikeuden soveltamisalaan. Tällainen yhteys perustuu normaalisti siihen, että rakennustyöt tai -urakat toteutetaan viranomaisten aloitteesta.

53. Toisin kuin kansallinen tuomioistuin katsoo, pelkästään aineettoman ja välillisen hyödyn olemassaolo ei riitä. Ei myöskään voi riittää pelkästään se, että arvioitava toiminta vastaa yleisesti yleistä etua. On näet huomautettava, että niissä tapauksissa, joissa toiminta edellyttää viranomaisen antamaa lupaa (kuten normaalisti kaikenlainen rakennustoiminta), luvan saaminenkin edellyttää selvästi yleisen edun mukaisuutta, joka on viranomaisten harjoittaman lupatoiminnan perustana. Yleisluonteinen yleisen edun olemassaolo, joka oikeuttaa luvan antamisen toiminnan harjoittamiseen, ei voi siis olla ratkaiseva peruste direktiivin soveltamisalaan kuuluvien tapausten yksilöimiseksi, koska muuten soveltamisalaa laajennettaisiin hallitsemattomasti. On otettava erityisesti huomioon, että rakennusluvalla eli *objektiivisesti* kaupunkisuunnittelun alaan kuuluvalla viranomaisten toimivallan tyypillisellä ilmaisumuodolla yleensä ainoastaan poistetaan rajoitus sellaisen ajatuksen toteuttamiselta, jonka on esittänyt yksityinen oikeussubjekti eikä viranomainen.

54. Katson, että se, että edellytetään välitöntä yhteyttä viranomaisen ja toteutettavien rakennusurakoiden tai -töiden välillä, antaisi mahdollisuuden sovittaa yhteen usein vastakkaiset tarpeet yhtäältä estää väärinkäytökset ja toisaalta välttää direktiivin soveltamisalan

hallitsematon laajentaminen. Näin määritellyllä edellytyksellä kyetään erityisesti noudattamaan kaikilta osin sitä, mitä yhteisöjen tuomioistuin totesi jo useaan kertaan mainitussa asiassa Auroux ym. antamassaan tuomiossa, jonka mukaan se, että viranomainen hankkii rakennuksen omistukseensa, ei ole välttämätön edellytys lainsäädännön soveltamiseksi julkisiin hankintasopimuksiin. Tätä tuomiota ei voida kuitenkaan käyttää perustelemaan näkemystä, jossa jätetään kokonaan huomiotta selkeä yhteys viranomaisten ja toteutettavien rakennusurakoiden välillä: juuri välitöntä yhteyttä koskeva peruste voi mielestäni olla asianmukainen tällaista välttämätöntä liitäntää koskeva sanamuoto.

55. Välitön yhteys on nähtävissä selvästi ennen kaikkea tilanteissa, joissa viranomainen saa rakennettavan omaisuuden välittömästi omistukseensa. Kuten on selvää, tämä on tyypillisin tapaus, ja tällaiseen viitemalliin kuuluu suurin osa tapauksista, joissa direktiiviä on sovellettava. Tällaiseen tyypilliseen tilanteeseen luetaan myös tilanteet, joissa viranomaiset eivät hanki rakennettavaa omaisuutta omistukseensa, mutta siitä aiheutuu kuitenkin viranomaisille *välitöntä taloudellista hyötyä*. Tällaisia voivat esimerkiksi olla tapaukset, joissa viranomaiset hankkivat rakennettuun omaisuuteen oikeuden, joka on erilainen kuin omistusoikeus mutta joka antaa ainakin jossain määrin mahdollisuuden omaisuuden hyödyntämiseen.

56. Toinen mahdollinen välitön yhteys viranomaisen ja toteutettavien rakennusurakoiden tai -töiden välillä voidaan mielestäni havaita tapauksissa, joissa viranomainen käyttää julkisia varoja rakennustöiden ja/tai -urakoiden toteuttamiseen. Kyseessä ovat selvästi useimmissa tapauksissa tilanteet, jotka kuuluvat myös edellisessä kohdassa mainitun ensimmäisen vaihtoehdon soveltamisalaan, koska rakennustöiden tai -urakoiden toteuttamiseen kohdennettavien varojen käytön perinteisimmässä mallissa eli julkisissa hankinnoissa viranomaiset suorittavat maksun saadakseen omistusoikeuden rakennettavaan omaisuuteen. Kuten edellä on todettu, lisäksi myös julkista urakkakonsessiota koskevassa mallissa voi olla julkisten varojen käyttöä, vaikka niillä ei voida kattaa kokonaan toteutettavien rakennusurakoiden tai -töiden arvoa.

57. Tämä jälkimmäinen vaihtoehto käsittäisi kuitenkin myös tilanteet, joissa viranomaiset eivät hanki rahavaroin tai muin julkisin varoin omistusoikeutta rakennettavaan omaisuuteen. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on täsmentänyt asiassa Auroux ym. antamassaan tuomiossa, omistusoikeuden hankkiminen ei näet ole välttämätön osatekijä. Vaikuttaa lisäksi täysin kohtuuden ja direktiivin perustana olevien periaatteiden mukaiselta, että silloin kun viranomaiset aikovat käyttää julkisia varoja, näitä varoja saavat oikeussubjektit

valitaan siten, että direktiivissä tarjotut takeet ovat olemassa.

58. On itsestään selvää, että tämän vaihtoehdon piiriin kuuluvat myös ne tilanteet, joissa julkisia varoja ei käytetä suorittamalla maksua rahassa: ajatellaan esimerkiksi tapausta, jossa valitulle tarjoajalle tai konsession saajalle annetaan rakennusurakoiden tai -töiden toteuttamista varten käyttöön julkisia maa-alueita veloituksetta tai markkinahintaa alempaan hintaan.

59. Kolmas viranomaisten ja toteutettavien rakennusurakoiden tai -töiden välittömän yhteyden vaihtoehto on jäännösluokka, joka kattaa tapaukset, joissa tällaiset rakennusurakat ja/tai -työt eivät kuulu ensimmäisen tai toisen vaihtoehdon piiriin mutta ovat viranomaisen itsensä tekemän aloitteen tulosta. Tällainen tilanne toteutuu erityisesti silloin, jos viranomaiset panevat omasta aloitteestaan vireille menettelyn, joka johtaa rakennusurakoiden tai -töiden toteuttamiseen. Yhteisöjen tuomioistuin arvioi tämän tyyppistä tilannetta edellä mainitussa asiassa Auroux ym. antamassaan tuomiossa.[30]

60. Kolmas ja viimeinen vaihtoehto edellyttää kuitenkin tärkeää täsmennystä. Viranomaisten siinä yhteydessä harjoittamalla toiminnalla on mentävä pidemmälle kuin että käytettäisiin pelkästään niille yleisesti kaupunkisuunnittelun alalla myönnettyjä valtuuksia. Ainoastaan tällä tavoin on näet mahdollista vetää selvä raja direktiivin soveltamisalaan kuuluvan toiminnan ja ”normaalin” kaupunkisuunnittelutoiminnan välille, joka puolestaan sellaisenaan jää soveltamisalan ulkopuolella. Konkreettisesti viranomaisten yksittäistapauksissa harjoittaman toiminnan tyypin arviointi on tehtävä kansallisessa tuomioistuimessa tapauskohtaisen arvioinnin perusteella.

61. Tässä yhteydessä ei voida katsoa, etteikö myös tietynlainen kaupunkialueiden kehittäminen voisi olla direktiivin soveltamisalaan kuuluvan sopimuksen kohteena. Tämän edellytyksenä on kuitenkin edellisissä kohdissa mainitun kaltainen viranomaisten ja toteutettavien rakennustöiden tai -urakoiden välitön yhteys. Pelkkä yleisen edun tavoitteleminen turvautumalla tavanomaisiin kaupunkisuunnitteluun liittyviin valtuuksiin ei riitä siihen, että pitäisi soveltaa julkisia hankintoja ja julkisia urakkakonsessiota koskevia yhteisön oikeussääntöjä.

62. Nyt käsiteltävässä asiassa on luonnollisesti kansallisen tuomioistuimen tehtävänä arvioida tällaisen välittömän yhteyden olemassaoloa. Huomautettakoon kuitenkin, että kansallisen tuomioistuimen yhteisöjen tuomioistuimelle toimittamien tietojen perusteella näyttäisi olevan vaikeaa ajatella, että välitön yhteys voisi olla olemassa. Yhtäältä

30 – Ks. edellä alaviitteessä 6 mainittu asia Auroux ym., tuomion 42 kohta.

näet vaikuttaa kiistattomalta, että viranomaiset eivät hanki nyt käsiteltävässä asiassa mitään omaisuutta eikä niille koidu minkäänlaista välitöntä taloudellista hyötyä. Muutkaan mahdolliset tilanteet, joissa välitön yhteys voidaan todeta, eivät näytä toteutuvan, koska Wildeshausenin kunta ei ole tehnyt erityistä aloitetta rakennustöiden toteuttamiseksi vaan on sen sijaan tyytynyt arvioimaan erilaisia hankkeita, joita sille on esitetty, eikä sille ole aiheutunut rakentamisesta mitään kuluja. Tällaisia liittymäkohtia ei näytä olevan havaittavissa myöskään Bundesanstaltin osalta.

C *Viides ja kuudes kysymys*

1. Asianosaisten lausumat

63. Viides ja kuudes ennakkoratkaisukysymys liittyvät vain julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitteen kolmanteen ”vaihtoehtoon”,[31] ja niissä tietyllä tavoin toistetaan tämän vaihtoehdon osalta kahden ensimmäisen kysymyksen ja erityisesti toisen kysymyksen yhteydessä esiin tulleet ongelmat.

64. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee tarkemmin sanoen viidennellä kysymyksellään, voiko kolmannessa vaihtoehdossa tarkoitettuihin ”hankintaviranomaisen asettamiin vaatimuksiin” kuulua yksinkertaisesti se, että hankintaviranomaisella on toimivalta taata, että toteutettavat rakennusurakat ovat yleisen edun mukaisia.

65. Kuudennella kysymyksellä yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään sitä vastoin selventämään, voiko ”hankintaviranomaisen asettamiin vaatimuksiin” kuulua tosiasiallisesti viranomaisille annettu toimivalta tutkia ja hyväksyä rakennussuunnitelmat.

66. Kaikki huomautuksiaan esittäneet asianosaiset, luonnollisesti Helmut Mülleriä lukuun ottamatta, yhtyvät lähtökohtaisesti siihen, että nyt käsiteltävän asian kohteena olevan kaltaisessa tilanteessa eivät täyty edellytykset sille, että kyseessä voisi olla kolmannessa vaihtoehdossa tarkoitettu julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus.

67. Erityisesti komissio sekä Alankomaiden ja Ranskan hallitukset korostavat tarvetta erottaa toisistaan viranomaisten ”aktiivinen” rooli, jossa viranomaiset tekevät aloitteen

31 – Ks. edellä 20 kohta.

rakennusurakoiden toteuttamisesta tai käyttävät ainakin ratkaisevaa vaikutusvaltaa, ja viranomaisten pelkkä ”passiivinen” rooli, joka sisältää vain sen, että ne hyväksyvät yksityisten oikeussubjektien toimittamat suunnitelmat ja valvovat niitä. Jälkimmäisessä tapauksessa ei ole kyseessä julkinen hankinta vaan se, että viranomaiset hoitavat tavanomaisia suunnittelu-, hyväksymis-, valvonta- ja muita tehtäviään.

68. Saksan hallitus nojautuu puolestaan omassa kannanotossaan siihen, että niiden edellytysten täyttyminen, joiden täyttymistä Saksan hallitus pitää välttämättöminä, jotta kyseessä olisi jompikumpi kahdesta ensimmäisestä vaihtoehdosta, on tarpeen myös julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitteen kolmatta vaihtoehtoa varten, ja näihin edellytyksiin kuuluu erityisesti viranomaiselle koituva välitön taloudellinen hyöty.

2. Oikeudellinen arviointi

69. Kansallisen tuomioistuimen päätös erottaa yhteisöjen tuomioistuimelle esittämiensä kysymysten yhteydessä toisistaan ongelmat, jotka liittyvät julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitteen kahteen ensimmäiseen vaihtoehtoon ja jotka ovat erityisesti toisen kysymyksen kohteena, ja ongelmat, jotka liittyvät kolmanteen vaihtoehtoon ja jotka ovat viidennen ja kuudennen kysymyksen kohteena, perustuu mielestäni haluun laajentaa direktiivin soveltamisalaa huomattavasti kolmannen vaihtoehdon sanamuodon perusteella.

70. On kiistatonta, kuten komissiokin on hyvin korostanut huomautuksissaan, että julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitteen kolmas vaihtoehto on laadittu tosiasiallisesti oikeussäännön kiertämisen välttämiseksi, jolloin siihen voivat kuulua erityyppiset tilanteet, joita olisi ollut mahdotonta yksilöidä tyhjentävästi etukäteen.

71. Kuten olen edellä huomauttanut, ei ole kuitenkaan mahdollista käyttää lainsäädännön sanamuotoa siten, että sen ulottuvuutta laajennetaan täysin hallitsemattomasti. Erityisesti silloin, jos ”hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset” voisivat sisältää kaikki viranomaisten hyväksymiseen ja kaupunkisuunnitteluun liittyvät tehtävät, direktiivin soveltamisalaa laajennettaisiin suhteettomasti.

72. Todellisuudessa myös kolmannen vaihtoehdon osalta on sovellettava näkemyksiä, jotka olen esittänyt edellä kahden ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen osalta. Ei ole mitään syytä katsoa, että viranomaisen ja

toteutettavien rakennusurakoiden välittömän yhteyden välttämättömyys voitaisiin jättää kolmannen vaihtoehdon osalta huomiotta direktiivin 2004/18 soveltamiseksi.

D *Osittaiset päätelmät*

73. Tutkittuani ensimmäisen, toisen, viidennen ja kuudennen ennakkoratkaisukysymyksen ehdotan siis yhteisöjen tuomioistuimelle, että se ratkaisisi ne siten, että jotta kyseessä olisi direktiivissä 2004/18 tarkoitettu julkista rakennusurakkaa koskeva sopimus tai julkinen urakkakonsessio, edellytetään hankintaviranomaisen ja toteutettavien rakennusurakoiden tai -töiden välitöntä yhteyttä. Tällainen välitön yhteys voi olla kyseessä erityisesti silloin, kun hankintaviranomainen hankkii rakennusurakan itselleen tai kun rakennusurakasta on sille välitöntä taloudellista hyötyä taikka kun hankintaviranomainen on tehnyt aloitteen rakennusurakan toteuttamisesta tai vastaa sen kustannuksista ainakin osittain.

E *Kolmas ja neljäs kysymys*

74. Oberlandesgericht Düsseldorf tiedustelee kolmannella ja neljännellä kysymyksellään lähinnä, onko julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsitteen kannalta olennaista, että valittu tarjoaja sitoutuu toteuttamaan rakennusurakat tai -työt. Kysymykset, jotka ovat ilmeisesti erillisiä, selittyvät sillä, että kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävässä tilanteessa on selvää, että maa-alueiden hankkija ei ole sitoutunut maa-alueen hankkimisen yhteydessä minkäänlaiseen rakentamisvelvoitteeseen.

75. Lähes kaikki huomautuksia esittäneet oikeussubjektit ovat yleisesti yhtä mieltä siitä, että kysymyksiin on vastattava myöntävästi, ilman että niiden näkemykset poikkeaisivat olennaisesti toisistaan. Ainoastaan pääasian kantaja Helmut Müller -yhtiö ehdottaa ilmeisistä syistä yhteisöjen tuomioistuimelle, että se hyväksyisi sitä vastoin kansallisen tuomioistuimen näkemyksen, jonka mukaan tällainen sitoutuminen ei ole välttämätöntä.

76. Minusta vaikuttaa kuitenkin selvältä, että kysymyksiin on vastattava myöntävästi ja että velvollisuus toteuttaa rakennustyöt ja/tai -urakat on välttämätön osatekijä, jotta kyseessä voisi olla julkinen rakennusurakka tai julkinen urakkakonsessio.

77. Tämä johtuu ensisijaisesti ja perustavanlaatuisesti direktiivin 2004/18 säännöksistä,

joissa määritellään edellä kuvatulla tavalla julkinen rakennusurakkaa koskeva sopimus vastikkeelliseksi sopimukseksi. Jo tämän käsitteen perusteella on siis olemassa ajatus suoritusten vaihtamisesta hinnan maksavan (tai vaihtoehtoisesti hyödyntämisoikeuden antavan) hankintaviranomaisen ja rakennustyöt tai -urakat toteuttavan valitun tarjoajan välillä. Julkisen hankinnan vastavuoroinen luonne on siten ilmeinen. Olisi selvästi tämän vastavuoroisuuden vastaista, jos valittu tarjoaja voisi valinnan tekemisen jälkeen vain päättää yksipuolisesti ja ilman mitään seurauksia olla toteuttamatta suunniteltuja töitä. Päinvastaisessa tapauksessa lopputuloksena olisi se, että valitulle tarjoajalle annettaisiin oikeus vapaaseen harkintaan hankintaviranomaisten vaatimusten ja tarpeiden osalta.

78. Erilainen ja käsitteellisesti erillinen kysymys, jonka kansallinen tuomioistuin niin ikään esittää, koskee sitä, onko tarpeen, että mahdollinen valitun tarjoajan viranomaiselle antama sitoumus on kannekelpoinen, jotta kyseessä olisi julkinen rakennusurakka. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee siis, onko säädettävä siitä, että hankintaviranomainen voi nostaa kanteen tuomioistuimessa velvoittaakseen valitun tarjoajan sovittuun suoritukseen, mikäli se ei toteuta sitä.

79. Jos kansallinen tuomioistuin pyrkii tällä sanamuodolla tiedustelemaan yhteisöjen tuomioistuimelta, onko välttämätöntä, että kansallisessa oikeusjärjestyksessä säädetään direktiivissä 2004/18 tarkoitettujen julkisten rakennusurakoiden osalta mekanismeista, joilla valittu tarjoaja voidaan velvoittaa toteuttamaan sopimuksen mukaiset rakennustyöt, vastauksen on mielestäni oltava kielteinen, koska direktiivistä ei ole mahdollista johtaa mitään tämänsuuntaisia viitteitä.

80. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että mahdollinen valitun tarjoajan velvoitteiden laiminlyönti voisi olla merkityksetön. Ei saa nimittäin unohtaa sitä, että kuten olen edellä todennut, julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus on kaikilta vaikutuksiltaan sopimus eli oikeustoimi, jolle on erilaisissa kansallisissa oikeusjärjestyksissä aina ominaista sitovuus. Kuten Saksan hallitus huomauttaa perustellusti huomautuksissaan, on välttämätöntä, että valittu tarjoaja on sopimuksen mukaan velvollinen sopimuksen mukaiseen suoritukseen, jotta voidaan puhua julkista rakennusurakkaa koskevasta sopimuksesta. Mahdollisen laiminlyönnin seurauksista määrätään puolestaan kansallisessa oikeudessa: mikään ei estä sitä, että siinä tapauksessa, että valittu tarjoaja ei toimi sopimuksen mukaisesti, valtion kansallisessa oikeudessa säädetään esimerkiksi sopimuksen purkamisesta, sopimuksen tekemisestä toisen tarjoajan kanssa ja viranomaisten oikeudesta vaatia ensimmäiseltä valitulta tarjoajalta vahingonkorvausta.

81. Ehdotan siis, että yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee kolmannen ja neljännen

ennakkoratkaisukysymyksen siten, että julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsite ja julkisen urakkakonsession käsite edellyttävät, että valittu tarjoaja velvoitetaan sopimuksella viranomaiseen nähden sovittuun työsuoritukseen. Siitä, että valittu tarjoaja ei mahdollisesti täytä velvoitettaan, aiheutuvat seuraukset on määritettävä kansallisen oikeuden perusteella.

F *Seitsemäs kysymys*

82. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee seitsemännellä kysymyksellään, voiko kyseessä olla direktiivissä 2004/18 tarkoitettu julkinen urakkakonsessio, jos konsessionsaajalla on omistusoikeus, joka jo sellaisenaan antaa oikeuden käyttää konsession kohteena olevaa omaisuutta.[32] Kysymys koskee yleisemmin sitä, onko konsession myöntäminen rajoittamattomaksi ajaksi yhteisön oikeuden perusteella sallittua.

32 – Kansallinen tuomioistuin viittaa tarkemmin sanoen kysymyksen sanamuodossa sen *maa-alueen* omistusoikeuteen, jolla rakennustyöt tai -urakat on tarkoitus suorittaa. Kuten kansallinen tuomioistuin kuitenkin huomauttaa välipäätöksensä perusteluissa, Saksan lainsäädännön perusteella rakennuksen käyttöoikeus on välitön seuraus omistusoikeudesta maa-alueeseen, jolle rakennus on rakennettu. Näin ollen kysymyksen perustana oleva todellinen ongelma on nimenomaan konsession ja omistusoikeuden välinen suhde.

1. Asianosaisten lausumat

83. Selkeimmän kannanoton tähän ongelmaan esittää Saksan hallitus, jonka mielestä on yleisesti mahdotonta, että konsession myöntäminen sopisi yhteen omistusoikeuden olemassaolon kanssa. Asia on sen mielestä näin sen vuoksi, että konsessio edellyttää lähtökohtaisesti sitä, että oikeudet, jotka siirretään konsession saajalle, ovat konsession antajan hallussa.

84. Alankomaiden ja Itävallan hallitukset eivät puolestaan pidä konsession yhteensopivuutta omistusoikeuden kanssa täysin mahdottomana mutta katsovat, että nyt käsiteltävässä asiassa viranomaisen rooli on ollut liian vähäinen, jotta kyseessä voisi olla konsession myöntäminen. Tähän olisi näet tarvittu edellä mainittujen hallitusten mukaan sitä, että viranomaiset olisivat antaneet konsession saajalle ainakin täsmälliset ohjeet toteutettavista rakennustöistä ja/tai -urakoista.

85. Ainoastaan komission näkemys on sen sijaan avoimempi. Komissio korostaa erityisesti, että julkiselle urakkakonsessiolle ominainen piirre on se, että konsessionsaaja kantaa rakennustöiden tai -urakoiden toteuttamiseen liittyvän taloudellisen riskin, ja katsoo, että nyt käsiteltävässä asiassa voitaisiin pitää tällaisena taloudellisena riskinä sitä, että ”konsessionsaaja” on epävarma siitä, saako se viranomaisilta hyväksymisen

rakennushankkeilleen, joiden toteuttamiseksi se on joutunut ensin hankkimaan kalliin maa-alueen.

88. Tämän termin etymologian perusteella konsessio on oikeussubjektille annettu mahdollisuus hyödyntää omaisuutta, johon sillä ei muutoin voisi olla mitään oikeutta.

2. Oikeudellinen arviointi

89. Direktiivissä 2004/18 puhutaan puolestaan julkisten käyttöoikeusurakoiden eli urakkakonsessioiden määritelmän yhteydessä rakennettavan kohteen hyödyntämistä koskevasta oikeudesta, joka annetaan vastikkeeksi rakennustyön toteuttajalle.

86. Seitsemäs kysymys on tietyssä mielessä ainakin periaatteellisesti ongelmallisin. Julkisen urakkakonsession ja omistusoikeuden yhteensopivuudella on näet merkittäviä vaikutuksia sekä teoreettiselta kannalta että käytännön kannalta.

87. Se, että viranomaiset ovat päättäneet turvautua urakkakonsessioon, voi johtua useista syistä. Ne saattavat joissakin tapauksissa haluta hyödyntää yksityisen sektorin erityiskokemusta tai rakennuttaa rakennukset tehokkaammin. Ei ole kuitenkaan epäilystäkään siitä, että useimmissa tapauksissa konsessio valitaan rahoitukseen liittyvien vaatimusten vuoksi. Tätä vaihtoehtoa käyttämällä on näet mahdollista toteuttaa yleisen edun mukaisia rakennusurakoita yhteiskunnan varoja kuormittamatta.[33]

90. Vaikka tällaista hyödyntämisoikeutta voidaan tulkita laajasti, minusta vaikuttaa siltä, että kun otetaan huomioon kyseisen lainsäädännön tarkoitus ja yleinen rakenne, siinä suljetaan pois mahdollisuus sellaiseen julkiseen urakkakonsessioon, jonka mukaan konsessionsaajalle annetaan omistusoikeus toteutettaviin rakennustöihin.

91. Kuten erityisesti Saksan hallitus on näet huomauttanut, ensinnäkin se, että direktiivissä puhutaan konsessionsaajalle annetusta hyödyntämisoikeudesta, näyttää merkitsevän

33 – Ks. tämän tarkoituksen (ratio legis) osalta komission tulkitseva tiedonanto käyttöoikeussopimuksista (konsessio) yhteisön oikeudessa (EYVL 2000, C 121, s. 2, 1.2 kohta) ja äskettäin komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta, 15.11.2005 (KOM(2005) 569 lopullinen, 1 kohta).

loogisesti sitä, että konsessionsaajalla ei voi olla omaisuuteen laajempaa oikeutta, kuten omistusoikeutta.

92. Tällainen tilanne olisi vaikea sovittaa yhteen säännöksen sanamuodon kanssa, minkä lisäksi siinä evättäisiin viranomaisilta se, mikä on mielestäni yksi julkisten urakkakonsessioiden olennainen piirre: viranomaisten mahdollisuus saada jonain päivänä rakennukset itselleen, edes vain siten, että se voi siirtää eteenpäin niitä koskevan hyödyntämisoikeuden.

93. Ongelma aiheutuu toisin sanoen pikemminkin siitä, että tällainen oikeus on yleensä ajallisesti rajoittamaton, kuin omaisuuden hyödyntämismahdollisuuteen liittyvän omistusoikeuden objektiivisista piirteistä. Konsessionsaajalle annettua hyödyntämisoikeutta ei siten koskaan voida myöntää rajoittamattomaksi ajaksi, riippumatta siitä, millä oikeudellisella perusteella sitä voidaan käyttää.

94. Ei pidä unohtaa myöskään sitä, että yhteisön oikeuden perusteella tyypillisessä konsessiomallissa olennainen erottava seikka, jolla pyritään erityisesti erottamaan konsessio julkisesta hankinnasta, on se, että konsessiossa taloudellinen riski on konsessionsaajalla, kun riskiä ei puolestaan ole julkisten hankintojen yhteydessä.[34] Nyt käsiteltävässä asiassa komissio johtaa tällaisen riskin siitä, että viranomaiset voisivat hoitaessaan kaupunkisuunnitteluun liittyviä tehtäviään evätä suunniteltuihin rakennustöihin liittyvät rakennusluvat sen jälkeen kun asianomainen oikeussubjekti on ostanut maa-alueen. Tällainen ”epävarmuustekijä” näyttää kuitenkin olevan pikemminkin normaalia epävarmuutta, jota on jokaisella yksityisellä oikeussubjektilla, joka tarvitsee viranomaisten harkintavaltaan kuuluvan päätöksen, kuin rakennusurakoiden taloudelliseen hyödyntämiseen liittyvä riski.

95. Muutoin direktiivissä säädetyille julkisille urakkakonsessioille ominainen taloudellinen riski on itse asiassa välitön seuraus myös siitä, että konsessiota on ajallisesti rajoitettu. Ajallisesti rajoittamaton oikeus rakennettavaan omaisuuteen antaa sitä vastoin lähtökohtaisesti mahdollisuuden poistaa aina taloudellisen riskin olemassaolo, koska ajan myötä on

34 – Ks. asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok., s. I-8585, 40 kohta) ja asia C-437/07, komissio v. Italia, tuomio 13.11.2008 (29–31 kohta). Tämän riskin ei tarvitse välttämättä olla suuri, jos on toimintoja, joissa se on lähtökohtaisesti vähäinen; konsessionsaajan on kuitenkin vastattava koko siitä riskistä ja sen riskin merkittävästä osasta, joka viranomaisella olisi, jos se harjoittaisi kyseistä toimintaa suoraan (asia C-206/08, Eurawasser, tuomio 10.9.2009 (Kok., s. I-8377, 69-77 kohta)).

aina mahdollista korjata mahdolliset omaisuuden hyödyntämisessä kohdatut hankalat vaiheet.

96. On lopuksi vielä yksi seikka, joka puoltaa yleisesti konsessioita koskevien sopimusten ajallista rajoittamista yhteisön oikeuden piirissä. Edellä tässä ratkaisuehdotuksessa on jo huomautettu useaan kertaan, että julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön perustavanlaatuisena tavoitteena on yleisesti se, että kilpailua edistetään mahdollisimman paljon poistamalla kaikki perusvapauksien rajoitukset. Tässä mielessä se, että annettaisiin mahdollisuus ajallisesti rajoittamattomiin konsessioihin, merkitsisi sitä, että poistettaisiin kilpailun ja tehokkuuden vahingoksi se mahdollisuus, että tulevaisuudessa rakennusurakoiden lopputuloksen hyödyntämisen suorittavat mahdollisesti muut oikeussubjektit tehokkaammalla tavalla ja tehokkaammin perustein.

97. Edellä esitetystä aiheutuu kaksi seurausta. Yhtäältä voidaan todeta yleisesti, että ajallisesti rajoittamattomia konsessioita ei voida antaa.[35] Toisaalta oikeussubjektille ei voida antaa konsessiota omaisuuteen, jonka omistaja hän on, ellei viranomainen saa kansallisen oikeuden perusteella tietyn ajan kuluttua omaisuuteen omistusoikeutta tai vastaavaa oikeutta.

98. Ehdotan näin ollen, että yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee seitsemännen kysymyksen siten, että direktiivissä 2004/18 tarkoitetussa julkisessa urakkakonsessiossa ei voida koskaan määrätä siitä, että konsessionsaajalle annettaisiin ajallisesti rajoittamaton oikeus konsession kohteena olevaan omaisuuteen.

G *Kahdeksas ja yhdeksäs kysymys*

99. Myös kahdeksas ja yhdeksäs kysymys voidaan tutkia yhdessä, kun otetaan niiden kohde huomioon. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee kahdeksannella kysymyksellään, onko direktiivin 2004/18 sääntelyä sovellettava jo siitä hetkestä, jona viranomaiset eivät ole vielä muodollisesti päättäneet julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelystä mutta luovuttavat maa-alueen tarkoituksenaan tehdä tämän jälkeen siihen liittyvä sopimus. Yhdeksäs kysymys

35 – Edellä alaviitteessä 7 mainittu uusi Saksan laki vaikuttaa siis mielestäni oikealta ja yhteisön oikeuden mukaiselta, kun siinä on muun muassa otettu käyttöön julkisten urakkakonsessioiden määritelmä, jossa nimenomaisesti viitataan siihen, että konsessionsaajalle annettua oikeutta on rajoitettu ajallisesti.

koskee puolestaan mahdollisuutta tarkastella maa-alueen luovutusta ja myöhemmin tehtävää sopimusta oikeudellisesti yhtenä kokonaisuutena.

100. Kuten havaitaan, molemmat kysymykset koskevat mahdollisuutta estää mahdollinen oikeuden väärinkäyttö, johon ryhdytään julkisia hankintoja koskevien yhteisön oikeussääntöjen soveltamisen välttämiseksi, soveltamalla tällaisia oikeussääntöjä, joissa jätetään huomiotta myös direktiivissä huomioon otettu tyypillinen ajallinen järjestys.

101. Huomautettakoon, että kun otetaan huomioon vastaukset, jotka ehdotan annettavaksi edellä mainittuihin ennakkoratkaisukysymyksiin ja erityisesti seitsemänteen kysymykseen, on todennäköisesti tarpeetonta antaa kansalliselle tuomioistuimelle ratkaisua myös kahdeksanteen ja yhdeksänteen kysymykseen, sillä on katsottava, että yhteisön oikeudessa tarkoitettu julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus tai julkinen urakkakonsessio eivät sovi yhteen oletetulla rakennusurakan/konsession saajalla kyseisiin esineisiin olevan omistusoikeuden kanssa. Täydellisyyden vuoksi ja siltä varalta, että yhteisöjen tuomioistuin ei yhtyisi edellisiin kysymyksiin liittyvään kantaani, esitän seuraavassa muutamia lyhyitä näkemyksiä tästä seikasta.

102. Nyt käsiteltävässä asiassa huomautuksiaan esittäneistä ainoastaan komissio näyttää pitävän kansallisen tuomioistuimen puoltamaa näkemystä mahdollisena. Vaikka komissio näet huomauttaa, että on kansallisten tuomioistuinten tehtävänä suorittaa arviointi kussakin yksittäistapauksessa, se myöntää, että lähtökohtaisesti pääasian kohteena olevan kaltaisessa tilanteessa voidaan soveltaa direktiiviä 2004/18 jo siitä hetkestä alkaen, jona viranomaiset päättävät luovuttaa maa-alueen. Kaikki muut asianosaiset katsovat sitä vastoin, vaikkakin eri perustein, että pelkällä viranomaisten aikomuksella ei ole merkitystä.

103. Ei ole epäilystäkään siitä, kuten kansallinen tuomioistuinkin huomauttaa, että vastattaessa kahdeksanteen ja yhdeksänteen kysymykseen ei voida jättää huomiotta sitä, mitä yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Stadt Mödling antamassaan tuomiossa.[36] Yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltävänä oli kyseisessä asiassa tilanne, jossa itävaltalainen kunta oli tehnyt jätteistä huolehtimista koskevan sopimuksen suoraan kunnan itsensä määräysvallassa olevan yhtiön kanssa, minkä jälkeen se oli muutamia päiviä myöhemmin luovuttanut 49 prosenttia kyseisestä yhtiöstä yksityiselle oikeussubjektille. Yhteisöjen tuomioistuin totesi näin ollen, että kyseessä oli selvästi ”keinotekoinen järjestely”,[37] jonka seurauksena on lähinnä se, että julkisia hankintoja koskevien direktiivien tehokas vaikutus mitätöidään, joten oikeudellinen arviointi

36 – Mainittu edellä alaviitteessä 10.

37 – Sama asia, tuomion 40 kohta.

voidaan kyseisessä tilanteessa tehdä siten, että otetaan ”huomioon kaikki mainitut vaiheet ja niiden tarkoitus, eikä siten, että tarkastellaan ainoastaan kyseisten vaiheiden ajallista kulkua”.[38]

104. On mielestäni selvää, että yhteisöjen tuomioistuin nojautuu asiassa Stadt Mödling antamassaan tuomiossa noudattamassaan päättelyssä kahteen perusteeseen. Ensimmäinen, nimenomaisesti mainittu peruste on tarve säilyttää direktiivin tehokas vaikutus.[39] Toinen, implisiittinen peruste, joka on kuitenkin saman mitalin toinen puoli, on halu estää oikeuden väärinkäyttö.

105. Se, mitä yhteisöjen tuomioistuin on todennut asiassa Stadt Mödling antamassaan tuomiossa, voidaan varmasti yleistää ja voidaan siis sanoa, että jotta kyettäisiin välttämään oikeuden väärinkäyttö ja takaamaan julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön tehokas vaikutus, voidaan pitää samanaikaisina kahta erillistä toimea, jotka ovat muodollisesti ja myös ajallisesti erillisiä, tai niiden voidaan myös katsoa muodostavan yhden oikeustoimen.

106. Arviointi kuuluu luonnollisesti kansalliselle tuomioistuimelle, joka on ainoa elin, jolla on käytettävissään kaikki tähän tarvittavat tosiseikat ja oikeudelliset seikat. On kuitenkin välttämätöntä, että tälle asetetaan oikeusvarmuuden takaamisen tarpeeseen liittyvistä ilmeisistä syistä tiukat edellytykset. Erityisesti maa-alueen luovutuksen ja sopimuksen tekemisen välillä ei saa kulua liian pitkää aikaa, ja on oltava olemassa vakuuttavia seikkoja, jotka osoittavat, että viranomaisten aikomus tehdä sopimus oli olemassa jo silloin, kun maa-alue luovutettiin. Lukuun ottamatta niitä selvästi havaittavissa olevia tapauksia, joissa on kyse ilmeisestä väärinkäytöstä ja säännösten kiertämisen tahto on täysin selvä alusta saakka, kaikki ilmoitetut seikat voidaan ottaa huomioon asianmukaisella tavalla vain jälkikäteen suoritettavassa arvioinnissa.

107. Ehdotan siis, että kahdeksas ja yhdeksäs ennakkoratkaisukysymys ratkaistaan tarvittaessa siten, että kun on käytettävissä selkeitä indisioita, jotka viittaavat tahtoon kiertää julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin ja julkisiin urakkakonsessioihin sovellettavia yhteisön oikeussääntöjä, tilanteen oikeudellisen arvioinnin yhteydessä voidaan katsoa, että kaksi muodollisesti ja myös ajallisesti erillistä toimea eli maa-alueen luovuttaminen ja julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus tai julkista urakkakonsessiota koskeva sopimus muodostavat yhden oikeustoimen. On kansallisen tuomioistuimen tehtävänä selvittää kaikkien tapaukseen liittyvien seikkojen perusteella, onko tällainen kiertämisaikomus ollut olemassa.

38 – Sama asia, tuomion 41 kohta.
39 – Sama asia, tuomion 42 kohta.

V Ratkaisuehdotus

108. Ehdotan näin ollen, että yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee Oberlandesgericht Düsseldorfin kysymykset seuraavasti:

Jotta kyseessä olisi julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/18/EY tarkoitettu julkista rakennusurakkaa koskeva sopimus tai julkista käyttöoikeusurakkaa koskeva sopimus eli urakkakonsessio, edellytetään hankintaviranomaisen ja toteutettavien rakennusurakoiden tai -töiden välitöntä yhteyttä. Tällainen välitön yhteys voi olla kyseessä erityisesti silloin, kun hankintaviranomainen hankkii rakennusurakan itselleen tai kun rakennusurakasta on sille välitöntä taloudellista hyötyä taikka kun hankintaviranomainen on tehnyt aloitteen rakennusurakan toteuttamisesta tai vastaa sen kustannuksista ainakin osittain.

Direktiivissä 2004/18 tarkoitettujen julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen käsite ja julkisen urakkakonsession käsite edellyttävät, että valittu tarjoaja velvoitetaan sopimuksella viranomaiseen nähden sovittuun työsuoritukseen. Siitä, että valittu tarjoaja ei mahdollisesti täytä velvoitettaan, aiheutuvat seuraukset on määritettävä kansallisen oikeuden perusteella.

Direktiivissä 2004/18 tarkoitetussa julkisessa urakkakonsessiossa ei voida koskaan määrätä siitä, että konsessionsaajalle annettaisiin ajallisesti rajoittamaton oikeus konsession kohteena olevaan omaisuuteen.

Kun on käytettävissä selkeitä indisioita, jotka viittaavat tahtoon kiertää julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin ja julkisiin urakkakonsessioihin sovellettavia yhteisön oikeussääntöjä, tilanteen oikeudellisen arvioinnin yhteydessä voidaan katsoa, että kaksi muodollisesti ja myös ajallisesti erillistä toimea eli maa-alueen luovuttaminen ja julkisia rakennusurakoita koskeva sopimus tai julkista urakkakonsessiota koskeva sopimus muodostavat yhden oikeustoimen. On kansallisen tuomioistuimen tehtävänä selvittää kaikkien tapaukseen liittyvien seikkojen perusteella, onko tällainen kiertämisaikomus ollut olemassa.