# YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (suuri jaosto)
21 päivänä heinäkuuta 2005 *

Asiassa C-231/03,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia) on esittänyt 14.2.2003 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 28.5.2003, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

**Consorzio Aziende Metano (Coname)**

vastaan

**Comune di Cingia de' Botti,**

**Padania Acque SpA**:n osallistuessa asian käsittelyyn,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (suuri jaosto),

toimien kokoonpanossa: presidentti V. Skouris, jaostojen puheenjohtajat P. Jann, C. W. A. Timmermans (esittelevä tuomari), A. Rosas, R. Silva de Lapuerta ja A. Borg Barthet sekä tuomarit R. Schintgen, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský ja J. Klučka,

* Oikeudenkäyntikieli: italia.

julkisasiamies: C. Stix-Hackl,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies L. Hewlett,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 1.3.2005 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Consorzio Aziende Metano (Coname), edustajanaan avvocato M. Zoppolato,

— Italian hallitus, asiamiehenään I. M. Braguglia, avustajanaan avvocato dello Stato G. Fiengo,

— Alankomaiden hallitus, asiamiehenään D. J. M. de Grave,

— Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

— Suomen hallitus, asiamiehenään A. Guimaraes-Purokoski,

— Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään X. Lewis, K. Wiedner ja C. Loggi,

kuultuaan julkisasiamiehen 12.4.2005 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

**tuomion**

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee EY 43, EY 49 ja EY 81 artiklan tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Consorzio Aziende Metano (jäljempänä Coname) ja comune di Cingia de' Botti (jäljempänä Cingia de' Bottin kunta) ja siinä on kyse viimeksi mainitun Padania Acque SpA:n (jäljempänä Padania) kanssa tekemästä metaanikaasuverkon ylläpitoa, hoitoa ja valvontaa koskevasta palvelusopimuksesta.

**Asiaa koskevat oikeussäännöt**

3 Paikallisesta itsehallinnosta 8.6.1990 annetun Italian lain nro 142 (legge nro 142, recante ordinamento delle autonomie locali) (GURI, Supplemento ordinario nro 135, 12.6.1990; jäljempänä laki nro 142/1990) 22 §:n 3 momentissa säädetään, että julkisyhteisöt voivat hoitaa metaanikaasuverkon hoidon, jakelun ja ylläpidon kaltaisten palvelujen tarjoamisen itse, tekemällä ulkopuolisten kanssa konsessiosopimuksen, antamalla tehtävän ulkopuolisille yrityksille, tai, kyseisen 22 §:n

3 momentin e alakohdan mukaan, "käyttämällä osakeyhtiöitä tai rajavastuuyhtiöitä, joiden osake-enemmistön omistaa kokonaan tai osittain julkisen hankintasopimuksen haltijana oleva paikallinen viranomainen, ja, jos se osoittautuu tarkoituksenmukaiseksi palvelun kattaman alueen luonteen tai laajuuden vuoksi, jossa on osakkaina useita julkisia tai yksityisiä toimijoita".

## Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

4 Coname oli tehnyt Cingia de' Bottin kunnan kanssa metaanikaasuverkon ylläpitoa, hoitoa ja valvontaa koskevan palvelusopimuksen 1.1.1999–31.12.2000 väliseksi ajaksi.

5 Mainittu kunta ilmoitti Conamelle 30.12.1999 päivätyllä kirjeellä, että kunnanvaltuusto oli 21.12.1999 tekemällään päätöksellä päättänyt tehdä metaanikaasuverkon ylläpitoa, hoitoa ja valvontaa koskevan palvelusopimuksen Padanian kanssa 1.1.2000 ja 31.12.2005 väliseksi ajaksi. Viimeksi mainitun yhtiön osakepääomasta pääosa on julkisessa omistuksessa siten, että sen omistavat Cremonan maakunta ja lähes kaikki tämän maakunnan kunnat. Cingia de' Bottin kunta omistaa 0,97 prosenttia tämän yhtiön pääomasta.

6 Pääasiassa kyseessä oleva palvelusopimus tehtiin Padanian kanssa lain nro 142/1990 22 §:n 3 momentin e alakohdassa säädetyn suoran menettelyn mukaisesti.

7 Coname, joka vaatii kansallista tuomioistuinta muun muassa kumoamaan 21.12.1999 tehdyn päätöksen, väittää, että kyseinen palvelusopimus olisi pitänyt tehdä tarjouskilpailumenettelyssä.

8 Koska Tribunalle amministrativo regionale per la Lombardia katsoi, että sen käsiteltävänä olevan asian ratkaiseminen edellyttää EY:n perustamissopimuksen tiettyjen määräysten tulkintaa, se päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

"Onko EY 43, EY 49 ja EY 81 artiklaa, joilla kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle, rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta tarjota palveluja yhteisössä, sekä sellaiset yritysten kauppatavat ja menettelytavat, joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua Euroopan unionissa, tulkittava siten, että niiden vastaista on se, että kaasunjakelua koskeva julkinen palveluhankintasopimus tehdään tarjouskilpailumenettelyä toimittamatta suoraan sellaisen yrityksen kanssa, jonka yhtiöpääomasta kunta omistaa sellaisen osan, ettei sillä ole mahdollisuutta yritysjohdon välittömään valvontaan, ja onko näin ollen todettava, että sisäisen (in house) hallinnon edellytykset eivät täyty, kun, kuten käsiteltävänä olevassa tapauksessa, kunnan osuus on 0,97 prosenttia?"

**Ennakkoratkaisukysymys**

9 Aluksi on syytä todeta, että pääasiassa näyttää olevan kyse, kuten kansallisen tuomioistuimen yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksensä 104 artiklan 5 kohdan nojalla esittämään selvennyspyyntöön antamasta vastauksesta ilmenee, konsessiona pidettävästä palvelusta, joka ei kuulu julkisia palveluhankintoja koskevien sopimus-

ten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) eikä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84) soveltamisalaan (ks. vastaavasti asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000, Kok. 2000, s. I-10745, 56 kohta ja asia C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, määräys 30.5.2002, Kok. 2002, s. I-4685, 28 kohta).

10 Tämä tuomio perustuu siis olettamaan, jonka mukaan pääasian riidassa on kyse konsessiosopimuksen tekemisestä, mikä olettama kansallisen tuomioistuimen on tarkistettava.

11 Tämän tultua täsmennetyksi kansallinen tuomioistuin kysyy kysymyksessään, miten EY 43, EY 49 ja EY 81 artiklaa on tulkittava.

*EY 81 artikla*

12 On syytä muistuttaa, että EY 81 artiklaa, jota sen sanamuodon mukaan sovelletaan "yritysten välisiin" sopimuksiin, ei lähtökohtaisesti sovelleta sellaisiin konsessiosopimuksiin, jotka tehdään viranomaisen ominaisuudessa toimivan kunnan ja julkista palvelua hoitavan konsessionsaajan välillä (ks. vastaavasti asia 30/87, Bodson, tuomio 4.5.1988, Kok. 1988, s. 2479, 18 kohta).

13 Näin ollen, kuten Suomen hallitus ja komissio perustellusti huomauttavat, kyseistä määräystä ei voida soveltaa pääasiassa, sellaisena kuin se kuvataan ennakkoratkaisupyynnössä.

14 Kysymykseen ei siis tältä osin ole syytä vastata.

*EY 43 ja EY 49 artikla*

15 Kansallinen tuomioistuin haluaa kysymyksellään selvittää, onko EY 43 ja EY 49 artiklan vastaista, jos kunta tekee kaasunjakelua koskevan julkisen palveluhankintasopimuksen suoraan, siis ilman tarjouskilpailua, sellaisen yrityksen kanssa, jonka yhtiöpääomasta suurin osa on julkisessa omistuksessa ja jonka pääomasta tämä kunta omistaa 0,97 prosenttia.

16 On syytä muistuttaa, että tällaisen konsessiosopimuksen tekemistä ei säännellä yhdessäkään niistä direktiiveistä, joilla yhteisöjen lainsäätäjä on säännellyt julkisia hankintoja. Koska tällaista sääntelyä ei ole, yhteisön oikeudesta tällaisten konsessiosopimusten tekemiselle aiheutuvia seurauksia on tutkittava primaarioikeuden ja etenkin perustamissopimuksessa määrättyjen perusvapauksien valossa.

17 Tältä osin on syytä todeta, että tilanteessa, jossa kyseinen konsessiosopimus saattaa kiinnostaa myös muussa jäsenvaltiossa kuin siinä, jossa Cingia de' Bottin kunta sijaitsee, sijaitsevaa yritystä, sillä, että tämä sopimus tehdään täysin vailla avoimuutta viimeksi mainitussa jäsenvaltiossa sijaitsevan yrityksen kanssa, loukataan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan yrityksen vahingoksi (ks. vastaavasti em. asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 61 kohta).

18 Kaiken avoimuuden puuttuessa viimeksi mainitulla yrityksellä ei nimittäin ole mitään todellista mahdollisuutta ilmaista kiinnostustaan kyseisen konsessiosopimuksen tekemiseen.

19 Tällainen erilainen kohtelu, joka kaikki muussa jäsenvaltiossa sijaitsevat yritykset poissulkemalla toimii lähtökohtaisesti niiden vahingoksi, on EY 43 ja EY 49 artiklassa kiellettyä kansalaisuuteen perustuvaa välillistä syrjintää, ainakin jollei se ole perusteltavissa objektiivisilla näkökohdilla (ks. vastaavasti mm. asia C-111/91, komissio v. Luxemburg, tuomio 10.3.1993, Kok. 1993, s. I-817, Kok. Ep. XIV, s. I-35, 17 kohta; asia C-337/97, Meeusen, tuomio 8.6.1999, Kok. 1999, s. I-3289, 27 kohta ja asia C-294/97, Eurowings Luftverkehr, tuomio 26.10.1999, Kok. 1999, s. I-7447, 33 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

20 Pääasiaan liittyvistä asiakirjoista ei ilmene, että hyvin vähäisen taloudellisen intressin kaltaisten erityisten seikkojen vuoksi voitaisiin kohtuudella väittää, että jossakin muussa jäsenvaltiossa kuin siinä, jossa Cingia de' Bottin kunta sijaitsee, sijaitseva yritys ei olisi kiinnostunut kyseisestä konsessiosopimuksesta ja että vaikutuksia kyseisiin perusvapauksiin olisi näin ollen pidettävä liian satunnaisina ja välillisinä, jotta niitä voitaisiin katsoa mahdollisesti loukatun (ks. vastaavasti asia C-69/88, Krantz, tuomio 7.3.1990, Kok. 1990, s. I-583, 11 kohta; asia C-44/98, BASF, tuomio 21.9.1999, Kok. 1999, s. I-6269, 16 kohta ja asia C-431/01, Mertens, määräys 12.9.2002, Kok. 2002, s. I-7073, 34 kohta).

21 Näin ollen kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, vastaako menettely, jossa Cingia de' Bottin kunta on tehnyt konsessiosopimuksen Padanian kanssa, niitä avoimuuden asettamia vaatimuksia, jotka — vaikka ne eivät välttämättä edellytäkään tarjouskilpailun pitämistä — mahdollistavat sen, että jonkin muun jäsenvaltion kuin

Italian tasavallan alueella sijaitseva yritys on voinut saada kyseistä konsessiosopimusta koskevia asianmukaisia tietoja ennen sopimuksen tekemistä siten, että tämä yritys on halutessaan voinut ilmaista kiinnostuksensa tuon konsessiosopimuksen tekemiseen.

22 Jollei näin ole, on katsottava, että vallitsee erilainen kohtelu kyseisen yrityksen vahingoksi.

23 Niistä objektiivisista seikoista, joilla tällaista erilaista kohtelua voidaan perustella, on todettava, ettei se, että Cingia de' Bottin kunta omistaa 0,97 prosenttia Padanian osakepääomasta, ole yksinään tällainen objektiivinen seikka.

24 Vaikka kunnan tarve käyttää määräysvaltaa julkista palvelua tuottavaan konsessionsaajaan nähden voisi olla sellainen objektiivinen seikka, jolla voitaisiin perustella mahdollista erilaista kohtelua, on todettava, että 0,97 prosentin omistusosuus on niin pieni, ettei tällaista määräysvaltaa voi sen nojalla syntyä, kuten kansallinen tuomioistuin itse huomauttaa.

25 Italian hallitus on istunnossa väittänyt pääasiallisesti, että — toisin kuin Italian muutamilla isoilla kaupungeilla — suurimmalla osalla kunnista ei ole varoja sisäisin keinoin varmistaa kaasunjakelun kaltaisten julkisten palvelujen saatavuutta alueellaan ja että niiden on siis pakko käyttää Padanian kaltaisia rakenteita, joiden pääomasta useat kunnat omistavat osuuksia.

26 Tältä osin on syytä todeta, ettei Padanian rakenteen kaltaisia rakenteita voida rinnastaa rakenteeseen, jolla jokin kunta tai kaupunki hoitaa sisäisesti julkista palvelua. Kuten asiakirjoista ilmenee, Padania on yhtiö, joka on ainakin osittain avoinna yksityiselle pääomalle, minkä vuoksi sitä ei voida pitää niiden kuntien, joilla on siitä osuus, julkisen palvelun "sisäisen" hallinnon rakenteena.

27 Yhteisöjen tuomioistuimen tietoon ei ole tullut mitään muuta objektiivista seikkaa, jolla mahdollista erilaista kohtelua voitaisiin perustella.

28 Näin ollen esitettyyn kysymykseen on vastattava siten, että EY 43 ja EY 49 artiklan vastaista on, että kunta tekee pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa kaasunjakelua koskevan julkisen palvelun hoitamista koskevan konsessiosopimuksen sellaisen yhtiön kanssa, jonka osake-enemmistön omistavat julkisyhteisöt ja jonka osakepääomasta kyseisellä kunnalla on 0,97 prosenttia, jos sopimusta tehtäessä ei ole noudatettu sellaisia avoimuuden asettamia vaatimuksia, jotka — vaikka ne eivät välttämättä edellytäkään tarjouskilpailun pitämistä — erityisesti mahdollistavat sen, että jonkin muun kuin sen jäsenvaltion alueella, jossa kyseinen kunta sijaitsee, sijaitseva yritys voi saada kyseistä konsessiosopimusta koskevia asianmukaisia tietoja ennen sopimuksen tekemistä siten, että tämä yritys on halutessaan voinut ilmaista kiinnostuksensa tuon konsessiosopimuksen tekemiseen.

## Oikeudenkäyntikulut

29 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä yhteisöjen tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla yhteisöjen tuomioistuin (suuri jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

**EY 43 ja EY 49 artiklan vastaista on, että kunta tekee pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa kaasunjakelua koskevan julkisen palvelun hoitamista koskevan konsessiosopimuksen sellaisen yhtiön kanssa, jonka osake-enemmistön omistavat julkisyhteisöt ja jonka osakepääomasta kyseisellä kunnalla on 0,97 prosenttia, jos sopimusta tehtäessä ei ole noudatettu sellaisia avoimuuden asettamia vaatimuksia, jotka — vaikka ne eivät välttämättä edellytäkään tarjouskilpailun pitämistä — erityisesti mahdollistavat sen, että jonkin muun kuin sen jäsenvaltion alueella, jossa kyseinen kunta sijaitsee, sijaitseva yritys voi saada kyseistä konsessiosopimusta koskevia asianmukaisia tietoja ennen sopimuksen tekemistä siten, että tämä yritys on halutessaan voinut ilmaista kiinnostuksensa tuon konsessiosopimuksen tekemiseen.**

Allekirjoitukset