JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ANTONIO LA PERGOLA
19 päivänä helmikuuta 1998 *

I Johdanto

1. Käsiteltävänä olevassa asiassa yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyillä ennakkoratkaisukysymyksillä pyritään määrittelemään julkisoikeudellisen laitoksen käsite julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY [1] (jäljempänä direktiivi tai palveluhankintadirektiivi) tarkoittamassa merkityksessä, ja erityisesti selvittämään ilmaisun "laitos(ta), —— joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja joka ei harjoita teollista tai kaupallista toimintaa" täsmällinen merkitys.

II Asiaan liittyvät tosiseikat

2. Riita-asiassa kantajina olevat kaksi kuntaa (jäljempänä kunnat) perustivat heinäkuussa 1994 uuden yhtiön, ARA Holding BV:n (jäljempänä ARA), tarkoituksenaan uskoa sen hoidettavaksi jätteidenkeräyksen ja käsittelyn. Näitä toimia hoitivat tätä ennen kunnalliset toimivaltaiset elimet. Kunnat päättivät luopua kyseisten palvelujen tarjoamisesta ja antaa ne ARA:n, hoidettavaksi, koska se palvelujen laajuuden ja niistä aiheutuvien kustannusten kannalta oli järkevää, [2] samoin kuin tästä syntyvien säästöjen perusteella, sekä yhdistää näiden palvelujen hallinto ja uskoa ne toiselle yksikölle, joka oli perustettu tätä tarkoitusta varten.

3. Arnhemin kunnanvaltuuston 25.5.1994 tekemän päätösehdotuksen 10 kohdassa todettiin erityisesti seuraavaa: "Kunnat, jotka ovat osakkaina ARA-osakeyhtiössä, antavat sille toimiluvan hoitaa ne tehtävät, jotka liittyvät jollakin tavoin kuntien lainmukaisiin velvoitteisiin jätteiden keräyksen ja kaatopaikkojen hoitamisen osalta. Nämä tehtävät koskevat talousjätteiden keruuta ja sen liitännäistoimia sekä yleisten teiden ja aukioiden puhtaanapitoa, hiekoitusta, rikkaruohojen kitkemistä, katuojien puhdistamista ja kuivaustöitä. Myöntäessään toimiluvan näiden palvelujen hoitamiseen Arnhemin kunta ei ole velvollinen noudattamaan yhteisön oikeuden säännöksiä, jotka koskevat julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjä. Julkisia palveluhankintoja koskevaa direktiiviä

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL L 209, s. 1.

2 — Päätös yhdistää kuntien jätehuoltopalvelut ja uskoa ne tätä varten perustetulle elimelle nojautui kuntien hankkimaan konsulttiselvitykseen, jossa esitetyt ehdotukset kunnat sittemmin hyväksyivät ja toimeenpanivat.

ei siis ole sovellettava. Arnhemin kunta ja ARA-osakeyhtiö tekevät 'puitesopimuksen', jonka nojalla osapuolet takaavat 'periaatteessa' toimiluvan jatkamisen".

4. Kansallinen tuomioistuin ilmoittaa, että tämän ehdotuksen perusteella Arnhemin kunnanvaltuusto päätti 6.6.1994 perustaa ARA Holding NV:n ja uskoa sille yleisen edun nojalla "jätteidenkeräystä ja kaatopaikkojen hoitamista koskevan toimiluvan ja laissa säädetyt velvoitteet —— nämä täsmennetään sopimuksessa, joka tehdään kunnan ja ARA-osakeyhtiön välillä". Rhedenin kunta teki 28.6.1994 vastaavan päätöksen, joka ei kuitenkaan koskenut kaatopaikkojen hoitamista.

5. Arnhemin kunta muutti 4.7.1994 kunnallisen jäteasetuksensa 2 §:n seuraavanlaiseksi:

"Jätteiden keruusta vastaa Dienst Milieu en Openbare Werken lain ja tämän asetuksen toimeenpanemiseksi. Tämän palvelun suorittaa 1.7.1994 alkaen ARA-osakeyhtiö, joka on riippumaton kunnallinen siivouspalvelu."

6. ARA perustettiin 1.7.1994. Sen yhtiöjärjestyksen 2 §:n mukaan sen toimialaan kuuluvat seuraavat tehtävät:

"a) kaikkien sellaisten taloudellisten toimintojen hoitaminen, joiden tarkoituksena on kerätä/keräyttää (ja jos mahdollista, kierrättää) tehokkaasti ja ekologisesti talous- ja yritysjätteiden kaltaiset jätteet ja tarkemmin määriteltävät osittaiset jätemäärät, sekä kaatopaikkojen puhdistusta, loiseläinten hävittämistä ja desinfiointia koskevien tehtävien hoitaminen;

b) yritysten (yhteinen) perustaminen, yhteistoiminta yritysten kanssa, osallistuminen yritysten toimintaan, yritysten (yhteis)johtaminen ja valvonta, sekä sellaisten yritysten hankinta ja rahoittaminen, joiden toiminta läheisesti tai etäisesti liittyy kohdassa a kuvattuihin toimintoihin;

c) sellaisten taloudellisten liiketoimien hoitaminen, jotka liittyvät edellä oleviin kohtiin tai joilla edistetään niissä määriteltyjä liiketoimia, toimenpiteitä ja toimintoja (sillä edellytyksellä, että näin tyydytetään yleisen edun mukaisia tarpeita)."

7. Arnhemin kunta teki 21.10.1994 ARA:n kanssa palveluja koskevan puitesopimuksen.

Sen jälkeen Rhedenin kunta teki ARA:n kanssa vastaavan sisältöisen sopimuksen.

Näiden sopimusten 8 §:ssä, jonka otsikkona on "Palveluista maksettava palkkio", määrätään seuraavaa:

"8.1. Rheden/Arnhem maksaa ARA:lle tämän suorittamista palveluista tarkemmin määriteltävät palkkiot.

8.2. Edellisessä kohdassa tarkoitetut palkkiot määritellään lisäämällä osasopimuksissa oleviin toiminnoittain jaoteltuihin erittelyihin ja laatunormeihin rahoitusta koskeva kohta.

8.3. Tosiasialliset palkkiot suoritetuista palveluista vahvistetaan

a. joko ennakolta toimenpidettä, tulosta tai suoritusyksikköä kohden sovittujen yksikköhintojen perusteella,

b. tai ennakolta määrättyä tehtävää varten vahvistetun hinnan perusteella,

c. tai tosiasiallisesti aiheutuneiden kustannusten laskutusten perusteella.

8.4. Vähintään kerran kalenterivuodessa ja ottaen huomioon kuntien vuosittaiset budjettikaudet, ARA esittää ennakolta:

— 8.3 §:n a kohdassa tarkoitetussa tapauksessa toimenpide-, tulos- tai suoritusyksikkökohtaisen hintatarjouksen kullekin tehtävälle säädettyjen vaatimusten ja laatunormien mukaisesti;

— 8.3 §:n b kohdassa tarkoitetussa tapauksessa hintatarjouksen kyseessä olevasta tehtävästä;

— 8.3 §:n c kohdassa tarkoitetussa tapauksessa arvion odotettavissa olevista kustannuksista.

8.5. Tämän pykälän 2 momentissa tarkoitettujen rahoitusta koskevien kohtien mukaisesti maksettavien palkkioiden kokonaissumma määrätään vuosittain *yhteistyössä toimivaltaisten* budjettiviranomaisten kanssa. Jos yhteisymmärrykseen ei päästä, riippumaton asiantuntija, jonka valitsee kyseisen toiminnan lähinnä parhaiten tunteva järjestö, esittää osapuolia sitovan lausunnon palkkioiden todellisesta kokonaissummasta."

4. ARA toimittaa kunnalle laskut ja tuloja ja menoja koskevat tositteet jokaisen vuosineljänneksen lopussa.

5. Tilit päätetään jokaisen tilikauden lopussa. Etumaksut kirjataan sopimuksella hyväksytyiksi *menoiksi sekä saaduiksi tuloiksi.*"

8. Kuntien oikeuskäsittelyn aikana esittämistä täsmennyksistä käy ilmi, että ARA:n tarjoamistaan palveluista saama palkkio maksetaan lopullisesti seuraavien yksityiskohtaisten sääntöjen mukaan:

9. Kunnanvaltuustojen ARA:a varten vahvistamissa yrityssuunnitelmissa määrätään lisäksi kuntien kirjelmistä ilmenevien tietojen mukaan, että ARA:n palkkioiden on "katettava tehtävistä aiheutuvat kustannukset ja vastattava hintatasoa, jonka kansalaiset ja yritykset voivat hyväksyä".

"1. ARA antaa kunnan viranomaisille yleisesti tietoja jätteiden keräysalalla tapahtuneesta kehityksestä sekä odotettavissa olevista mahdollisista tuloja ja menoja koskevista tapahtumista.

2. Kunnan viranomaiset laativat budjetin.

10. BFI Holding BV (jäljempänä BFI) on yksityinen yritys, jonka toimialaan kuuluu muun muassa kotitalous- ja teollisuusjätteiden kerääminen ja käsittely. BFI nosti Rechtbank te Arnhemissä kanteen, jolla se vastusti jätteiden keräys- ja käsittelytehtävän antamista ARA:n hoidettavaksi. BFI katsoi, että palveluhankintadirektiivi soveltuu kuntien ja ARA:n väliseen suhteeseen ja että näin ollen kunnat eivät ole noudattaneet tässä direktiivissä säädettyä sopimusten tekomenettelyä.

3. Budjetin perusteella ARA:lle maksetaan neljännesvuosittain etumaksuja.

Kunnat kiistivät alioikeudessa BFI:n väitteen katsoen, että niiden suhde ARA:aan perustuu

toimilupaan, eikä näin ollen direktiiviä ole sovellettava. Ne esittivät lisäksi toissijaisesti, että direktiivin 6 artiklassa säädetty poikkeus ei sovellu käsiteltävänä olevaan asiaan.

11. Rechtbank ei hyväksynyt 18.6.1995 antamassaan tuomiossa kuntien väitettä, jonka mukaan kysymys olisi ollut direktiivin soveltamisalaan kuulumattomasta toimiluvasta. Alioikeus luokitteli siis kyseessä olevan suhteen julkiseksi palveluhankinnaksi. Se katsoi myös, ettei direktiivin 6 artiklassa mainittu poikkeus sovellu tähän asiaan.

Kunnat valittivat tuomiosta Gerechtshof te Arnhemiin, esittäen, että direktiivin 6 artiklassa säädetty poikkeus soveltuu käsiteltävänä olevaan asiaan.

Gerechtshof te Arnhem katsoi, että asian ratkaisemiseksi on tarpeellista päättää, onko ARA palveluhankintadirektiivissä tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos ja voidaanko näin ollen pitää perusteltuna kuntien esittämää näkemystä, jonka mukaan direktiivin 6 artiklassa ne vapautetaan velvollisuudesta noudattaa direktiivissä säädettyä menettelyä silloin, kun riidanalainen palvelu hankitaan ARA:lta direktiivissä tarkoitettuna "julkisoikeudellisena laitoksena".

12. Voidakseen arvioida paremmin, täyttääkö ARA direktiivin edellytykset sille, että se voidaan katsoa julkisoikeudelliseksi laitokseksi, ja kyetäkseen näin ratkaisemaan pääasian, Gerechtshof te Arnhem on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1. Onko julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY 6 artiklaa tulkittaessa kyseisen direktiivin 1 artiklan b alakohdan ensimmäistä luetelmakohtaa, jossa säädetään, että julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan laitosta, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia, muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita, tulkittava siten, että

i) on tehtävä ero toisaalta yleisen edun mukaisten tarpeiden ja toisaalta teollisten ja kaupallisten tarpeiden välillä,

tai

ii) on tehtävä ero toisaalta yleisen edun mukaisten, muiden kuin teollisten tai kaupallisten tarpeiden ja toisaalta

yleisen edun mukaisten teollisten tai kaupallisten tarpeiden välillä?

2. Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan niin, että on tehtävä edellä i) kohdassa tarkoitettu ero,

a) onko yleisen edun mukaisten tarpeiden käsitettä tulkittava niin, ettei kyseessä voi olla yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttäminen, jos yksityiset yritykset tyydyttävät näitä tarpeita

ja

b) jos a-kohdassa esitettyyn kysymykseen vastataan myöntävästi, onko teollisten tai kaupallisten tarpeiden käsitettä tulkittava niin, että kyseessä on teollisten tai kaupallisten tarpeiden tyydyttäminen aina, kun yksityinen yritys tyydyttää tällaiset tarpeet?

3. Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan, että on tehtävä ii) kohdassa tarkoitettu ero, onko yleisen edun mukaisten, muiden kuin kaupallisten tai teollisten tarpeiden käsitettä ja yleisen edun mukaisten kaupallisten tai teollisten tarpeiden käsitettä tulkittava niin, että näiden käsitteiden välinen ero määräytyy sen vastauksen perusteella, joka annetaan kysymykseen siitä, tyydyttävätkö (kilpailevat) yksityiset yritykset tällaisia tarpeita?

4. Onko vaatimusta siitä, että laitos on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia, muita kuin kaupallisia tai teollisia tarpeita, tulkittava niin, että kyseessä on näiden tarpeiden 'nimenomainen tyydyttäminen' vain silloin, kun laitos tyydyttää yksinomaan näitä tarpeita?

5. Jos neljänteen kysymykseen vastataan kieltävästi: onko laitoksen lähes yksinomaisesti, huomattavassa määrin, ratkaisevassa määrin tai jossain muussa määrin tyydytettävä yleisen edun mukaisia, muita kuin kaupallisia tai teollisia tarpeita, jotta se voisi (edelleenkin) täyttää vaatimuksen siitä, että laitos on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään näitä tarpeita?

6. Onko kysymyksiin 1—5 annettavien vastausten kannalta merkitystä sillä, perustuvatko sellaiset yleisen edun mukaiset, muut kuin kaupalliset tai teolliset tarpeet, jotka laitos on perustettu tyydyttämään, muodollisiin lakeihin, hallinnollisiin määräyksiin, hallintoviranomaisen päätöksiin tai johonkin muuhun?

7. Onko neljänteen kysymykseen annettavan vastauksen kannalta merkitystä sillä, että kaupalliset toiminnat on siirretty sellaiselle erilliselle oikeushenkilölle, joka kuuluu sellaiseen ryhmään/konserniin, jonka toimintaan kuuluu myös yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttäminen?"

III Asiaa koskeva yhteisön lainsäädäntö

13. Direktiivin kahdeksannen perustelukappaleen sanamuoto on seuraava:

"Tämä direktiivi koskee palvelujen suorittamista vain, jos se perustuu sopimuksiin; direktiivi ei koske palvelujen suorittamista muilla perusteilla, kuten lakien, asetusten tai työsopimusten perusteella".

14. Direktiivin 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

"a) 'julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla' 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 — —

'Julkisoikeudellisella laitoksella' tarkoitetaan laitosta,

— joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja joka ei harjoita teollista tai kaupallista toimintaa,

— joka on oikeushenkilö

ja

— jonka rahoituksesta suurin osa on peräisin valtiolta, alueellisilta tai paikallisilta viranomaisilta taikka muilta julkisoikeudellisilta laitoksilta tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää enemmän kuin puolet.

Direktiivin 71/305/ETY liitteessä I on luettelo tämän alakohdan toisessa alakohdassa säädetyt edellytykset täyttävistä julkisoikeudellisista laitoksista tai sellaisten ryhmistä. Luettelot laaditaan mahdollisimman täydellisiksi, ja niitä voidaan tarkistaa kyseisen direktiivin 30 b artiklassa säädettyä menettelyä noudattaen".

15. Direktiivin 6 artiklassa säädetään:

"Tätä direktiiviä ei sovelleta palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, joissa sopimuspuolena oleva yksikkö on itse 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettu hankintaviranomainen ja jotka perustuvat tälle viranomaiselle perustamissopimuksen mukaisten julkaistujen lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten nojalla annettuun yksinoikeuteen."

16. Direktiivin 8 artiklan mukaan:

"Liitteessä I A lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä III—VI osaston säännösten mukaisesti."

17. Direktiivin 9 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Liitteessä I B lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti."

18. Direktiivin 10 artikla kuuluu seuraavasti:

"Sopimukset, jotka koskevat sekä liitteessä I A että liitteessä I B lueteltuja palveluja, on tehtävä III—VI osaston säännösten mukaisesti, jos liitteessä I A lueteltujen palvelujen arvo on suurempi kuin liitteessä I B lueteltujen palvelujen arvo. Muissa tapauksissa sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti."

19. Liitteen I A, jonka otsikkona on "Palvelut, joita tarkoitetaan 8 artiklassa", 16 kohdassa on seuraava maininta:

"jätevesi- ja jätehuoltopalvelut; puhtaanapito ja vastaavat palvelut. CPC-viitenumero 94."

20. Liitteen I B, jonka otsikkona on "Palvelut, joita tarkoitetaan 9 artiklassa", 27 kohdassa on seuraava maininta:

"Muut palvelut. CPC-viitenumero —".

IV Riita-asian tarkastelu

A *Direktiivin asiallinen soveltamisala*

a) Palvelun käsite

21. Ensimmäinen tarkasteltava näkökohta käsiteltävänä olevassa asiassa liittyy tässä direktiivissä tarkoitettuun palvelun käsitteeseen. On tarpeen selvittää aluksi, kuuluvatko riidanalaiset palvelut niihin, joiden osalta direktiivissä säädetään sovellettavaksi kilpailuttamismenettelyä.

Tältä osin on tuskin tarpeellista muistuttaa, että direktiivin 8 artiklassa velvoitetaan noudattamaan kaikkia siinä säädettyjä menettelysäännöksiä, kun kyse on liitteessä I A mainituista palveluista, kun taas 9 artiklassa tyydytään periaatteessa vain säätämään, että liitteessä I B lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä syrjintäkiellon periaatetta ja direktiivissä asetettuja teknisiä täsmennyksiä koskevia perusteita noudattaen. [3] Direktiivissä säädetään sopimusta koskevien ilmoitusten julkaisemisesta ja muista julkisia palveluja koskevien sopimusten tekomenettelyssä noudatettavista säännöistä vain liitteessä I A tarkoitettujen palvelujen osalta. [4]

Liitteessä I A mainitaan siinä tarkoitettujen palvelujen joukossa 16 kohdassa, "jätevesi- ja jätehuoltopalvelut; puhtaanapito ja vastaavat palvelut". Näiden palvelujen konkreettisen sisällön osalta liitteessä I A viitataan CPC-viitenumeroon (Yhdistyneiden Kansakuntien yhteinen tavaraluokitus), joka mainitaan kyseisten palveluluokkien kohdalla. Syy siihen, miksi yhteisön lainsäätäjä päätyi käyttämään tällaista tunnistustapaa direktiivissä tarkoitettujen palvelujen kohdalla, selviää direktiivin seitsemännestä perustelukappa-

3 — Hankintamenettelyn lopputulosta koskevan ilmoituksen julkaisuvelvollisuutta, johon 9 ja 16 artiklan yhdistetyt säännökset viittaavat, ei ole liitteessä I B mainittujen palvelujen kyseessä ollessa, joten näissä tapauksissa se on vapaaehtoista. Ks. Flamme ja Flamme: "Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation", *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, s. 150; Greco: "Gli appalti pubblici di servizi", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, s. 1285; La Marca: "Gli appalti pubblici di servizi et l'attività bancaria", *Rivista di diritto europeo*, 1996, s. 13; Mensi: "L'ouverture à la concurrence des marchés publics de services", *Revue du marché unique européen*, 1993, s. 59.

4 — Tältä osin oikeuskirjallisuudessa ollaan yksimielisiä. Ks. em. teokset Flamme ja Flamme sekä La Marca.

leesta. Lainsäätäjä katsoi, että "menettelysääntöjen soveltamista sekä seurantaa varten palvelujen alaa voidaan parhaiten kuvata jakamalla ne tiettyjä yhteisen nimikkeistön nimikkeitä vastaaviin luokkiin; tämän direktiivin liitteissä I A ja I B viitataan Yhdistyneiden Kansakuntien CPC-nimikkeistöön (yhteiseen tavaraluokitukseen)".

22. Oikeuskirjallisuudessa on jo ehditty painottaa niitä rajoja ja ongelmia, joita tällainen viittaaminen yhteisön oikeuden ulkopuolisiin *oikeuslähteisiin aiheuttaa juridisesta näkökulmasta.* [5] Omalta osaltani haluaisin vielä huomauttaa, ettei CPC-nimikkeistöä ole saatavilla kaikilla yhteisön kielillä. Tämä ei varmasti edesauta jäsenvaltioiden kansalaisten asettamista täysin yhdenvertaiseen asemaan kielelliseltä kannalta ja se merkitsee ilmeisiä ongelmia kansallisille hallintoviranomaisile ja laitoksille, joiden on sovellettava kyseistä direktiiviä ja jotka käyttävät eri kieltä kuin sitä, jolla CPC on laadittu.

23. Oikeuskirjallisuudessa katsotaan, [6] että liite I A sisältää täydellisen ja tyhjentävän luettelon palveluista, joiden kohdalla on noudatettava direktiiviä. Liitteessä I B taas on palveluluettelo, jossa siinäkin viitataan CPC-nimikkeistöön, mutta se päättyy täydentävään ja yleiseen ilmaisuun "muut palvelut". Tämä tosiasia viittaa siis yhtäältä siihen, että viittausta CPC-viitenumeroon on tulkittava kirjaimellisesti, ja toisaalta se näyttää sulkevan pois sen, että liitteessä I A mainittuja luokituksia voitaisiin tulkita laajasti.

On siis tarpeen tarkistaa ensin, kuuluuko kyseessä oleva palvelu niihin, joihin liitteessä I A viitataan. [7] Jos ei, palvelu kuuluu välttämättä niihin palveluihin, joista direktiivissä säädetään liitteessä I B tarkoitettujen palvelujen osalta vahvistettujen sääntöjen mukaan.

24. Liitteessä I A olevassa 16 kohdassa käytetty ilmaisu tekee riidanalaisiin palveluihin verrattuna tarpeellisekseksi valottaa toista näkökohtaa: jätteiden keräyspalvelut, jotka muodostavat huomattavan osan kuntien ARA:lle uskomista tehtävistä, eivät ensi näkemältä näytä sisältyvän niihin, jotka liitteen 16 kohdassa käytetyn ilmaisun mukaan koskevat sitä vastoin jätehuoltopalveluja. CPC-nimikkeistön numerossa 94, joka on ilmoitettu tämän luokittelun kohdalla, luetellaan kuitenkin komission yhteisöjen tuomioistuimelle toimittaman tekstin mukaan alaotsikon "94020 Refuse disposal services" alla seuraavanlaiset palvelut: "Collection service

5 — Ks. em. teos La Marca, erityisesti s. 42.

6 — Ks. em. teokset La Marca, s. 28, sekä Flamme ja Flamme, s. 152.

7 — Tai onko palvelu suljettu kokonaan pois direktiivin soveltamisalasta sen 1 artiklan tarkoittamassa merkityksessä.

of garbage, trash, rubbish and waste, whether from households or from industrial and commercial establishments, transport services and disposal services by incenerators or by any other means. Waste reduction services are also included".

Edellä mainitusta ilmenee siis selkeästi, että jätteiden keräys- ja käsittelypalvelut kuuluvat direktiivin liitteessä I A mainittuihin palveluihin ja niihin on sovellettava direktiivin säännöksiä kaikilta osin.

b) Palveluhankinnan käsite

25. Direktiivin aineelliseen soveltamisalaan kuuluu toinenkin tarkasteltava näkökohta eli kuntien ja ARA:n välisen suhteen luonteeseen liittyvä näkökohta.

Seitsemännessä perustelukappaleessa [8] todetaan, että direktiiviä sovelletaan vain sopimusperusteisiin palvelujen suorittamisiin. Palvelujen suorittamisen muut muodot, jotka perustuvat muuntyyppisille oikeussuhteille, eivät kuulu sen soveltamisalaan. Lisäksi tiedämme 1 artiklan a alakohdan perusteella, että direktiivissä tarkoitetut julkiset palveluhankinnat ovat "rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken".

26. Tässä yhteydessä on myös todettava, että edellä mainitussa seitsemännessä perustelukappaleessa asetetun rajoituksen syyt ovat palveludirektiivin syntymisvaiheissa. Komission alun perin tekemän palveludirektiiviehdotuksen mukaan [9] siinä olisi säädetty niin palveluhankinnoista kuin toimiluvistakin. Lainsäädäntöprosessin myöhemmässä vaiheessa neuvosto poisti toimiluvat direktiivin soveltamisalasta. [10] Voimassa oleva direktiivi kattaa siis vain palvelu*hankinnat*.

Palveluhankintojen ja toimilupien erottelu yhteisön oikeudessa perustuu yleisen mielipiteen mukaan [11] ja normatiivista arvoa omaavan yhteisön määritelmän puuttuessa [12] useampiin kriteereihin. Ensimmäinen niistä koskee palvelun saajaa tai siitä hyötyvää. Palveluhankinnan tapauksessa hankintayksikön oletetaan olevan se, joka palvelusta hyötyy, kun taas toimiluvan ollessa kyseessä palvelusta hyötyvä on kolmas, joka ei ole sopimussuhteen osapuoli, yleensä siis yhteisö, joka ottaa vastaan palvelusuorituksen ja joka maksaa saamastaan palvelusta tietyn hinnan. Yhteisön oikeudessa palvelutoimiluvalta edellytetään myös, että kyseinen palvelu on yleishyödyllistä toimintaa siitä syystä, että sen suorittaminen kuuluu institutionaalisesti viranomaisille. Siitä, että palvelun tarjoajana on kolmas, seuraa, että toimiluvan saajasta tulee sen antaja

8 — Ks. edellä 13 kohta.

9 — EYVL 1991, C 23, s. 1.

10 — Ks. perustelut direktiiviä koskevassa neuvoston yhteisessä kannassa 25.2.1992 julkaistussa asiakirjassa Doc. 4444/92 ADD1.

11 — Ks. tältä osin em. teokset Flamme ja Flamme sekä Greco.

12 — Komission direktiiviehdotuksessa palveluja koskeva toimilupa määriteltiin seuraavasti: "muu kuin direktiivin 71/305/ETY 1 artiklan d alakohdassa tarkoitettua julkista käyttöoikeusurakkaa koskeva sopimus, joka tehdään hankintaviranomaisen ja tämän valitseman toisen yksikön välillä ja jonka perusteella edellinen uskoo vastuullaan olevan toiminnan suorittamisen jälkimmäiselle ja jonka perusteella jälkimmäinen lupautuu harjoittamaan tätä toimintaa joko palvelun käyttöoikeutta tai tietynhintaista oikeutta vastaan".

niiden velvoitteiden osalta, jotka jälkimmäiselle on asetettu sen varmistamiseksi, että tietty yhteisö saa palvelun. Toinen toimiluvan keskeinen tekijä on palkkio, joka perustuu kokonaisuudessaan tai osittain toimiluvan saajan suorittamiin palveluihin. Toinen merkittävä tekijä palveluja koskevissa toimiluvissa yhteisön oikeudessa liittyy juuri todettuun ja perustuu siihen, että toimiluvan saaja ottaa kantaakseen toimiluvan kohteena olevien palvelujen tarjoamisesta ja hoitamisesta koituvan taloudellisen riskin.

Nämä kriteerit, jotka on osittain lainattu rakentamista ja hallintoa koskevista käyttöoikeuksista, tarkemmin sanoen julkisia rakennusurakoita koskevasta direktiivistä, [13] on vahvistettu yhteisöjen tuomioistuimen asiassa komissio v. Italia 26.4.1994 anntamassa tuomiossa, [14] joka koski lottopelin automatisointijärjestelmää koskevaa toimilupaa.

27. Hankinnan määritelmässä edellä todettu puute, joka koskee sopimuksen tarkoitusta ja suorituksen kohdetta, [15] sallii siis sen, että päätellään hankintasopimuksen kohteen muodostuvan siitä, että tarjotaan palvelu tiettyä maksua vastaan. Sen sijaan yhteisön lainsäätäjä painottaa direktiivissä annetussa määritelmässä yhtä oikeussuhteen osatekijää, vastikkeen luonnetta. Lainsäätäjän käyttämän ilmaisun mukaan ("vastiketta vastaan") sen on joka tapauksessa oltava rahasumma eli korvaus.

28. Tutkikaamme nyt, täyttyvätkö nämä edellytykset esillä olevassa asiassa. Kuntien ja ARA:n välillä vallitsevalle suhteelle on ominaista viimeksi mainitun velvollisuus suorittaa tietty palvelu. Ensin on tarpeen selvittää, ketkä hyötyvät ARA:n suorittamista palveluista. Kansallinen tuomioistuin mainitsee päätökset, jotka kunnat tekivät siirtääkseen ARA:lle kyseiset, aiemmin kuntien itsensä suorittamat tehtävät, sekä sopimukset, jotka kuntien ja ARA:n välillä myöhemmin tehtiin. Näistä seikoista ilmenee, että ne, jotka hyötyvät ensin kuntien ja sitten ARA:n tarjoamista jätteiden keräys- ja käsittelypalveluista, pysyvät samoina. Kuten aiemminkin, kyseessä ovat henkilöt ja yritykset, jotka asuvat tai toimivat näiden kahden kunnan alueella.

Vaikka onkin totta, etteivät juuri esittämäni näkökohdat kyseisistä palveluista mahdollisesti hyötyvien tunnistamiseksi tee edellä mainittujen kriteerien perusteella tarpeettomaksi sen tarkistamista, voidaanko kuntien ja ARA:n välistä suhdetta luonnehtia hankinnaksi, ne ilmentävät kuitenkin tiettyjä erityispiirteitä, jotka erottavat tämän suhteen todellisesta palveluhankinnasta.

13 — Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta 18 päivänä heinäkuuta 1989 annettu neuvoston direktiivi 89/440/ETY (EYVL L 210, s. 1).

14 — Asia C-272/91 (Kok. 1994, s. I-1409, 22— 25 ja 32 kohta).

15 — Ks. tältä osin em. teoksissa Flamme ja Flamme sekä La Marca olevat huomiot.

29. Tämän ongelman osalta on syytä viitata Ranskan hallituksen esittämään kantaan, jonka mukaan kyseessä olevaa suhdetta olisi pidettävä lähinnä palveluja koskevana toimilupana.

Tiedämme lisäksi ennestään, että jos tämä näkemys hyväksytään, direktiivin mukaisen järjestelmän soveltaminen kuntien ja ARA:n väliseen sopimukseen ei tulisi kyseeseen. Ottaen huomioon Ranskan hallituksen esittämän näkokannan oli perusteltua, että yhteisöjen tuomioistuin pyysi osapuolia täsmentämään tutkittavan suhteen sisältöä.

30. Erityisesti Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on ottanut kantaa tähän asiaan, katsoen, ettei kuntien ja ARA:n välistä suhdetta voida pitää hankintana. Tämän hallituksen mielestä suhde on lähempänä palvelua koskevaa toimilupaa johtuen valtuutuksesta, jolla viranomaiset sallivat yhteisön, joka on oikeushenkilö, tarjota alun perin toimiluvan antajan itsensä hoitamia palveluita. Kyseessä olisi siis Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen mukaan vain yksi tapa muiden joukossa suunnitella ja organisoida hallintoa. Näin ollen toimiluvan antajan ja sen saajan välinen suhde olisi tavanomaisten, hankinnoille tyypillisten sopimussuhteiden ulkopuolella ja se olisi siten paremminkin luonteeltaan hallinnollinen suhde.

31. Asiassa on sivumennen syytä huomata, että kysymys riidanalaisen oikeussuhteen toimiluvan luonteesta on kansallisen tuomioistuimen mukaan yhteydessä sen käsiteltävänä olevaan asiaan liittyvään prosessuaaliseen näkökohtaan. Ennakkoratkaisupyyntöä koskevassa päätöksessä todetaan, että alioikeus antoi kielteisen vastauksen kysymykseen siitä, oliko tutkittavana ollut oikeussuhde luonteeltaan toimiluvan myöntämistä. Tästä päätöksen osasta ei valitettu, eikä ennakkoratkaisukysymyksen esittänyt tuomioistuin voi tältä osin muuttaa tuomiota, vaikka yhteisöjen tuomioistuin mahdollisesti päätyisikin toiseen tulokseen kuin alioikeus.

Tämä kanta, jota BFI tukee ja jonka komissio on osittain omaksunut, [16] on vahvistettu yhteisöjen tuomioistuimen viimeaikaisessa oikeuskäytännössä, asiassa Van Schijndel ja Van Veen annetussa tuomiossa. [17] Tässä yhteydessä yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että "yhteisön oikeus ei velvoita kansallista tuomioistuinta ottamaan viran puolesta huomioon yhteisön oikeussääntöjen rikkomista koskevaa perustetta, jos tuomioistuimen olisi tutkiakseen tällaisen perusteen luovuttava sille kuuluvasta passiivisuudesta, koska sen pitäisi ylittää asianosaisten määrittämän riita-asian rajat ja/tai nojautua muihin tosiseikkoihin ja olosuhteisiin kuin niihin, joihin asianosainen, jonka edun mukaista on soveltaa sanottuja oikeussääntöjä, on perustanut vaatimuksensa".

16 — Komissio esittää kuitenkin näkemyksensä perusteeksi sen, että asianosaiset ovat myöntäneet, etteivät ne pidä kyseistä sopimusta toimilupana.

17 — Yhdistetyt asiat C-430/93 ja C-431/93, tuomio 14.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4705).

BFI:n mukaan kysymykset esittäneen tuomioistuimen kuvaama prosessuaalinen tilanne viittaisi siihen, että jos yhteisöjen tuomioistuin katsoisi kyseisen oikeussuhteen olevan luonteeltaan toimilupa, kansallinen tuomioistuin ei voisi hyötyä yhteisöjen tuomioistuimen tuomiosta. Se ei saa muuttaa tuomiota siltä osin, kuin siitä ei ole valitettu. Tässä tuomiossa todettiin, ettei kyseinen suhde ollut luonteeltaan toimilupa, ja tällä toteamuksella on jo lainvoima.

32. Juuri mainitsemani vastaajan väite ei kuitenkaan vakuuta minua. Yhteisöjen tuomioistuin on velvollinen tulkitsemaan yhteisön säännöksiä täydellisesti sijoittamalla ne niiden normatiiviseen ympäristöön ja liittämällä ne tosiasioihin, joihin ne viittaavat tai joihin niitä pitäisi soveltaa. Tulkinta, joka irrotetaan oikeasta asiayhteydestä, aiheuttaa abstraktisuutensa takia äärimmäisiä vaikeuksia ja lisäksi se voi harhauttaa tuomioistuinta, joka sitä pyytää, koska vaarana olisi, ettei siinä otettaisi huomioon ratkaistavana olevaa asiaa tarpeeksi täsmällisesti. Näkemystäni tukee runsas määrä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, jossa on jätetty tutkimatta kansallisen tuomioistuimen esittämä ennakkoratkaisukysymys sen vuoksi, ettei käsiteltävän tapauksen tosiasiallista ja normatiivista asiayhteyttä ole määritelty kattavasti. [18] Kansalliset prosessisäännökset muodostavat kyllä joiltakin osin ylipääsemättömiäkin rajoja, joita kansallisen tuomioistuimen, kuten yhteisöjen tuomioistuimenkin, on noudatettava. Yhteisöjen tuomioistuin tunnusti ja hyväksyi tämän näkökohdan edellä mainitussa asiassa Van Schijndel ja Van Veen antamassaan tuomiossa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että yhteisöjen tuomioistuin vapautuisi velvoitteestaan luokitella ensin se oikeussuhde, johon sitten sovelletaan *kyseisessä asiassa tulkittavana olevia säännöksiä*. Tähän tulkintatehtävään on minusta ryhdyttävä riippumatta siitä, havaitseeko yhteisöjen tuomioistuin myöhemmin, etteivät riidanalaiset säännökset ole käsiteltävänä olevassa asiassa merkityksellisiä. Siinä tapauksessa, että kansallinen tuomioistuin on antanut virheellisen tuomion, josta ei ole enää mahdollisuutta valittaa, yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä *olisi vain täsmentää kyseessä* olevan normin tulkinnalliset rajat osoittamalla tarpeen vaatiessa, että kansallisen tuomioistuimen esiin nostamalla ongelmalla ei yhteisön oikeuden näkökulmasta ole yhteyttä tapauksessa selvitettyihin tosiasioihin. [19]

33. Mielestäni näyttää kuitenkin siltä, että tässä asiassa tilanne on erilainen kuin juuri kuvaamani. Vastaajan esittämä ongelma ilmenee toisessa muodossa. Nähdäkseni alioikeus on itse asiassa ratkaissut aivan oikein kysymyksen riidanalaisen oikeussuhteen luonteesta katsoessaan, ettei kyseessä ollut palveluja koskeva toimilupa. Minäkin päädyn tähän lopputulokseen, vaikka kunnat ja ARA ovatkin käyttäneet tällaista ilmaisua päätöksissään, yhtiöjärjestyksessä ja sopimuksissa, joilla tämä suhde on pantu täytäntöön.

18 — Ks. tältä osin myös yhteisöjen tuomioistuimen lokakuussa 1996 antama tiedonanto ennakkoratkaisupyyntöä koskevien menettelyjen aloittamisesta kansallisissa tuomioistuimissa sekä siinä mainitut oikeustapausviittaukset. Tiedonantoa koskevista lyhyistä kommentaareista mainittakoon Manzella: "Giudice nazionale e diritto comunitario", *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, s. 1084, ja Condinanzi: "Istruzioni per l'uso dell'art. 177: la nota informativa della Corte di Giustizia sulla proposizione delle domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionale", *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, s. 883.

19 — Ks. esim. asia C-104/96, Rabobank, tuomio 16.12.1997 (Kok. 1997, s. I-7211).

Avaintekijä, joka nyt käsiteltävässä asiassa puuttuu, jotta kyseinen suhde voitaisiin liittää toimilupia koskevaan järjestelmään, on vastuu palvelun suorittamiseen liittyvästä riskistä. Asiakirja-aineistosta ilmenee täsmällisesti ja epäilyksettä, että ARA:n palveluistaan saamaa korvausta ei ole "vahvistettu abstraktilla tavalla". [20] Näiden asiakirjojen mukaan maksetaan tosiasiassa tietty summa, jonka konkreettinen määrittäminen ei riipu ennalta määritetyistä kustannuksista, kuten jokaisen toimen yksikköhinnasta, eikä sille ole myöskään vahvistettu kokonaishintaa; näissä tapauksissa taloudellinen vastuu palvelun tuottamisesta kuuluu palvelun suorittajalle. ARA:n toiminnastaan saama korvaus on sitä vastoin suora seuraus sen vastuulla olevista palveluista tälle yritykselle aiheutuvista kustannuksista. Tämä summa maksetaan kausittain, kuten yhteisöjen tuomioistuimelle luovutetuista asiakirjoista selviää, erityisesti palvelujen suorittamisesta johtuvien tulojen ja menojen vahvistamista varten tarkoitettujen tilien perusteella, mikä tekee kunnille mahdolliseksi pitää ARA:n tase tasapainossa. Yleisön palveluista maksamat taksat eivät ole myöskään viiteluku, jolla ARA:n toiminnastaan saama korvaus olisi määriteltävissä; ne sopeutetaan tarpeiden mukaan, jotta tulot ja menot saadaan pysymään tasapainossa, ottaen huomioon se merkittävä vaatimus, ettei palvelu saa tulla kohtuuttoman kalliiksi siitä hyötyville.

Edellä esittämäni sulkee mielestäni pois sen mahdollisuuden, että tapauksessa olisi kyse palveluja koskevan toimiluvan myöntämisestä yhteisön oikeuden tarkoittamassa merkityksessä. Tästä ei kuitenkaan seuraa automaattisesti, että riidanalaista suhdetta olisi pidettävä palveluhankintana.

34. Kuten olen aiemmin esittänyt, tämän direktiivissä olevan käsitteen määritelmä perustuu suorituksen vastikkeellisuuteen. Jotta suhdetta voitaisiin pitää hankintana, vaaditaan siis, että summa, johon tarjouskilpailun voittajalla on oikeus, on määritetty etukäteen. Niin kuin olemme edellä todenneet, yhteisöjen tuomioistuin on tarkentanut tätä palveluhankinnan erityispiirrettä edellä mainitussa tuomiossaan komissio v. Italia. [21]

Kuten olen edellä huomauttanut, nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kunnat eivät ole yhteisöjen tuomioistuimen käyttämän ilmaisun mukaan "vahvistaneet abstraktilla tavalla" [22] palveluista maksettavaa korvausta juuri siksi, että niin kuin olen todennut, niiden taloudellinen puuttuminen ARA:aan riippuu sen toiminnan aikana ilmenevistä tarpeista. Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa ei ole olemassa etukäteen määriteltyä tai määriteltävissä olevaa "hintaa", johon voitaisiin viitata. ARA:n saamaan palkkioon ei myöskään sisälly vähäisintäkään voittoa. Kyse on siis palveluista maksettavasta korvauksesta, joka perustuu yksinomaan toiminnan taloudellisiin kriteereihin ja johon ei sisälly lainkaan riskitekijöitä. Nämä erityispiirteet viittaavat siihen,

20 — Em. asia komissio v. Italia.

21 — 26 kohta.

22 — Em. asia komissio v. Italia.

että ottaen huomioon tavan, jolla ARA korvauksensa saa, sen toiminta ei ole kaupallista tai teollista eikä sitä näin ollen voida tosiasiallisesti kilpailuttaa.

35. Mutta ei tässä kaikki. Jos tutkitaan sitä taloudellista järjestelmää, johon kuntien ja ARA:n välinen suhde perustuu, on tämän suhteen keskeisin taloudellinen elementti kuntien budjetti. ARA:n taloudellinen selviäminen ei riipu pääasiallisesti niinkään jätteiden keräys- ja käsittelytehtävien määrästä tai sen palvelutoiminnan tehokkuudesta, vaan yksinomaan kuntien valmiudesta siirtää ARA:lle riittävästi budjettivaroja ja vahvistaa suoritetuille palveluille hyväksyttävä tariffitaso. ARA:lle maksettavia korvauksia koskevan sopimuksen sanamuoto perustuu "yksinomaan osapuolten sopimustahdosta riippuvaan" ehtoon, jonka mukaan kunnat toimivat kiistämättöminä päätöksentekijöinä niin ARA:lle siirrettävien resurssien perusteiden kuin niiden määränkin suhteen ja ne voivat näin tosiasiallisesti päättää ARA:n toiminnan jatkumisesta.

36. Jos tarkastellaan vielä kuntien ja ARA:n suhdetta, huomataan, että sen taustalla on tarve yhdistää kunnalliset jätteiden keräys- ja käsittelypalvelut, jotta voitaisiin vastata kysyntään, jota näiden kahden kunnan aikaisemmat erilliset rakenteet eivät enää voineet tyydyttää määrällisesti ja laadullisesti.

ARA:n perustaminen antamalla sen hoidettavaksi aikaisemmin kuntien tarjoamat palvelut johtuu siis paremminkin pyrkimyksestä keskittää nämä palvelut kuin siitä, että ne haluttaisiin antaa kolmannen hoidettaviksi ja siirtää ne pois kuntien toimivallasta. Kuntien päätös yhdistää palvelunsa ja siirtää ne yhdessä perustetun yksikön hoidettaviksi heijastuu myös perustetun yrityksen rakenteessa: kantajina olevat kunnat ovat yhtiön ainoat osakkeenomistajat. Lisäksi, huolimatta siitä tosiasiasta, että ARA on perustettu osakeyhtiömuotoon, ei se mielestäni eroa perustavanlaatuisella tavalla kuntien hallintorakenteesta. Luonteensa perusteella se voidaan liittää julkishallinnollisen laitoksen käsitteeseen, [23] vaikkakin laajassa ja epäsuorassa merkityksessä. [24] Edellä esitetyt huomiot ARA:n erityispiirteistä ja sille maksettavia korvauksia koskevista säännöistä sekä sen täydellinen riippuvuus kuntien tahdosta paitsi sen taloudellisten resurssien, myös sen päättävien elinten muodostamisen suhteen (ainakin enemmistön sen hallituksen jäsenistä kunnat nimittävät) vahvistavat tämän näkökannan.

23 — Ks. tältä osin ja tästä käsitteestä em. teos Greco sekä saman tekijän teos, "Appalti di lavori affidati da SpA in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1995, s. 1062.

24 — Ks. tältä osin em. teos Greco sekä Righi, "La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, s. 347.

37. Viranomaisen vapaus järjestää hallintorakenteensa tavalla, joka vastaa parhaiten yhteisön tarpeita, ei vaikuta mielestäni kysymykseltä, johon olisi puututtava tarkemmin. Hallintoviranomaisen valitsema organisaatiomalli ei missään tapauksessa voi oikeuttaa soveltamaan säännöksiä, jotka koskevat toisenlaista, täsmällisesti määriteltyä tilannetta eli sitä, että yksityinen suorittaa palvelun viranomaiselle vastiketta vastaan. Direktiivi osoittaa tämän. Yhteisön lainsäätäjä ei ole pelkästään sulkenut pois sitä mahdollisuutta, että tässä esillä olevan kaltaiset hallinnolliset organisaatiomuodot tai muut samanlaiset tai vastaavat organisaatiomuodot, kuten toimiluvan myöntäminen, kuuluisivat direktiivin soveltamisalaan, vaan se on mennyt vielä pidemmälle vapauttaessaan direktiivissä säädetystä menettelystä todelliset hankintasopimukset, jotka on tehty kahden hankintayksikön kesken.

38. Lopputulos mielestäni on, ettei ARA ole kolmas osapuoli suhteessa kuntiin eli se ei pääasiallisesti erotu niistä. Kyseessä on hallinnon sisäisen delegoimisen muoto, joka ei ylitä kuntien hallinnollista piiriä. Siirtäessään ARA:lle kyseessä olleet tehtävät kunnat eivät millään tavoin pyrkineet *yksityistämään* toimintaa, jota ne harjoittivat aikaisemmin tällä alalla. Lopputulos nähdäkseni on, ettei kuntien ja ARA:n välistä suhdetta voida pitää direktiivissä tarkoitettuna hankintana.

B *Direktiivin henkilöllinen soveltamisala*

39. Edellä toteamani viittaa jo itsessään siihen, ettei direktiiviä sovelleta kuntien ja ARA:n väliseen suhteeseen. Käsitelläkseni yhteisöjen tuomioistuimen tarkasteltavaksi saatetun asian perinpohjaisesti, tutkin kuitenkin vielä, luetaanko ARA mahdollisesti henkilöihin, joiden on noudatettava direktiiviä.

Aikaisemmin toteamani valossa herää kysymys siitä, mihin direktiivissä mainittuun ja siinä tarkoitettuun hankintayksikön kategoriaan kyseinen elin kuuluu.

40. Ranskan hallitus väittää, että ARA on ennemminkin yksinkertaisesti direktiivin 1 artiklan b kohdassa tarkoitettu kuntien muodostama yhteenliittymä kuin julkisoikeudellinen laitos. Tämä väite perustuu siihen jo mainittuun tosiasiaan, että kunnat ovat ARA:n ainoat osakkaat.

Ranskan hallituksen näkemystä on tarkasteltava lähemmin. Erityisesti on tutkittava, ovatko direktiivin 1 artiklassa tarkoitetun "hankintaviranomaisen" määritelmän

mukaiset ilmaisut "julkisoikeudellinen laitos" ja "yhteenliittymä" erilaisia ja toisilleen vastakkaisia käsitteitä, vai onko sitä vastoin mahdollista, että direktiivissä otetaan huomioon saman määritelmän yhteydessä yksiköt, jotka voivat kuulua samaan aikaan molempiin kategorioihin.

Mielestäni on suljettava pois se mahdollisuus, että nämä kaksi kategoriaa voisivat olla päällekkäisiä. Yhteisön lainsäätäjä on halunnut säätää hankinnoista myös näiden julkisten yhteenliittymien osalta, joiden perusteella syntyy direktiivissä tarkoitettuja yksikköjä, jotka ovat osa julkishallinnollista yhteistyötai organisaatiomuodostelmaa, vaikka niillä ei olisikaan omaa oikeushenkilöllisyyttä. Viittaan tässä esimerkiksi sellaisiin yhteenliittymiin, kuten alueellisten yhteisöjen yhteenliittymiin taikka vastaaviin ryhmittymiin, jotka hoitavat julkisoikeudellisia tehtäviä olematta oikeushenkilöitä ja jotka lainsäätäjä on asettanut direktiivin soveltamisalaan kuuluviksi toiminnallisen kriteerin perusteella. Lisättäköön vielä, ettei näitä elimiä voida mielestäni sijoittaa tähän kategoriaan, jos ne tavoittelevat voittoa.

41. Näin päädymme siihen, että yhteenliittymien kategoria on siis toissijainen. Se koskee kaikkia julkisen yhteistyön muotoja, jonka perusteella syntyy yksikköjä, joilta, kuten edellä todettiin, puuttuu oikeushenkilöllisyys, mutta jotka eivät silti ole paikallisia tai alueellisia yhteenliittymiä eivätkä näin kuulu julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen piiriin.

Esittämässäni päätelmässä oletetaan lisäksi, että yhteisön lainsäätäjä on halunnut antaa hankintaviranomaisen käsitteelle hyvin laajan merkityksen sisällyttämällä siihen kaikki mahdolliset muodot, joilla julkista valtaa voidaan käyttää. Mielestäni on myös poissuljettua, että se olisi käyttänyt päällekkäisiä käsitteitä, jotka ovat turhia ja harhaanjohtavia ja jotka voisivat lisäksi aiheuttaa tulkintavaikeuksia luokiteltaessa elimiä, joilla on velvollisuus noudattaa direktiiviä.

Tämä näkökanta saa tukea asiassa Beentjes annetusta tuomiosta, [25] jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että julkisia rakennusurakoita koskevaa direktiiviä sovellettaessa elin, jolta puuttuu oma oikeushenkilöllisyys mutta joka on monella tapaa riippuvainen julkishallinnosta "kuuluu valtioon vaikkei se muodollisesti olisikaan osa sitä". On kuitenkin syytä muistuttaa, että tässä tapauksessa tulkittiin julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annetun neuvoston direktiivin 71/305/ETY [26] 1 artiklaa. Kyse oli siis määritelmästä, joka direktiivissä oli annettu "hankintaviranomaista" koskevissa säännöksissä, jotka eivät tuohon aikaan

25 — Asia 31/87, tuomio 20.9.1988 (Kok. 1988, s. 4635).
26 — EYVL L 185, s. 5.

vielä sisältäneet "yhteenliittymiä", jotka lisättiin julkisia hankintoja koskevien direktiivien muutettuihin versioihin. Katson myös, että yhteisöjen tuomioistuin halusi poistaa säännöksissä olevan aukon sisällyttämällä direktiivin noudattamiseen velvollisten henkilöiden joukkoon elimet, jotka julkisasiamies Darmonin käyttämän ilmaisun mukaan ovat "tavanomaisten hallintorakenteiden ulkopuolella, mutta suorittavat yleensä valtiolle tai sen elimille kuuluvia tehtäviä, olematta kuitenkaan oikeushenkilöitä". Muotoillessaan uudelleen hankintaviranomaisen käsitettä yhteisön lainsäätäjä halusi erityisesti sisällyttää siihen toisaalta yhteenliittymät ja toisaalta julkisoikeudelliset laitokset. Näin se on sisällyttänyt nimenomaisesti julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan ensinnäkin elimet, joilla ei ole omaa oikeushenkilöllisyyttä ja jotka ovat usein muodoltaan eri julkisyhteisöjen yhteenliittymiä, joiden erityispiirteet ja oikeudellinen luonne ovat vaikeasti määriteltävissä edeltä käsin, ja toiseksi direktiivin soveltamisalaan on sisällytetty julkisoikeudelliset laitokset, joita koskevassa erityissäännöksessä sitävastoin edellytetään, että ne ovat oikeushenkilöitä. Se tosiasia, että ARA on oikeushenkilö, viittaa siis siihen, ettei tämä elin voi kuulua "yhteenliittymien" kategoriaan.

42. Mitä tulee yleisen edun mukaisten, muiden kuin teollisten tai kaupallisten tarpeiden käsitteeseen, en usko, että kansalliselle tuomioistuimelle annettavassa vastauksessa voidaan jättää ottamatta huomioon kunkin tilanteen erityispiirteitä. En siis usko, että yhteisöjen tuomioistuin voisi määritellä kyseisen säännöksen yleisiä tulkintaperiaatteita, joissa ei otettaisi huomioon käsiteltävänä olevaa asiaa. Kyseessä oleva säännös on huonosti tulkittavissa yleisellä ja abstraktilla tavalla juuri siksi, että yhteisön lainsäätäjä on halunnut antaa säännökselle tämän täysin toiminnallisen ominaisuuden, kuten edellä on huomautettu. Juuri esittämääni tulkintaperiaatetta sovellettiin yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Beentjes [27] ja hiljattain asiassa Mannesmann Anlagebau Austria ym. [28] antamissa tuomioissa. Kyseisessä periaatteessa on minusta pitäydyttävä tässäkin tapauksessa.

43. Kyseistä käsitettä on kuitenkin varmasti tulkittava yhteisöjen tuomioistuimen aikaisemman oikeuskäytännön valossa. [29] Siinä annetaan suuri merkitys sen riskin puuttumiselle, jonka on oltava ominaista kyseessä olevan elimen toiminnan järjestämisessä, jotta se voisi kuulua direktiivissä tarkoitettuihin julkisyhteisöihin. Tässä tulkinnassa korostetaan enemmän toiminnan kaupallista tai teollista luonnetta kuin sitä, että tyydytettävät tarpeet ovat yleisen edun mukaisia. Tämä viimeksimainittu on luokitus, joka vaihtelee suuresti sekä eri jäsenvaltioissa että ajankohdan mukaan. Yleisen edun mukaisilla tarpeilla, kun ne on tunnistettu, on lisäksi kaupallinen tai teollinen luonne, joka liittyy läheisesti valtiojärjestelmän rakenteeseen. Tarpeiden kaupallinen tai teollinen merkitys riippuu huomattavasti myös esimerkiksi siitä, kuinka laajaalaista näitä tarpeita tyydyttävien julkisten

27 — Edellä alaviitteessä 25 mainittu asia.

28 — Asia C-44/96, tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-73).

29 — Em. asiat Beentjes, komissio v. Italia ja Mannesmann Anlagebau Austria ym.

palvelujen yksityistäminen on kansallisella tasolla ollut. Direktiivin ei muutenkaan ole tarkoitettu viittaavan yhdenmukaisiin luokituksiin koko yhteisön alueella. Tältä osin riittää sen tosiseikan toteaminen, että direktiivillä ainoastaan yhteensovitetaan — eikä yhdenmukaisteta — voimassa olevia kansallisen tason säännöksiä, jotka koskevat hankintoja. Kyseisellä määritelmällä ei mielestäni myöskään ole direktiivissä luotu yhteisön oikeuden mukaista luokitusta. Siinä vain viitataan siihen, mitä jäsenvaltioiden kansallisissa lainsäädännöissä on tältä osin säädetty.

44. Tällaisessa tilanteessa direktiivin kannalta merkityksellisten tarpeiden määrittely on hankalaa ellei mahdotonta. Tulkitsija voi vain etsiä siitä yhteydestä, joka liittää tarpeiden tyydyttämisen valtion rakenteeseen (luonnollisesti laajasti ymmärrettynä) ja eritoten taloudellisesta riippuvuussuhteesta jälkimmäiseen ainoaa yleistä kriteeriä, jota voidaan soveltaa nyt tarkasteltavana olevalla alalla.

Selvä oire riippuvuussuhteesta julkishallintoon on juuri riskin puute tehtävissä, jotka annetaan kyseessä olevan elimen hoidettavaksi. Sitä vastoin silloin, kun elimen toiminta sisältää vaikkapa vain satunnaisia voittomahdollisuuksia, tai kun sen hallinto perustuu taloudellisille kriteereille ja se on taloudellisesti itsenäinen, ollaan mielestäni näin kuvailtujen puitteiden ulkopuolella, eikä siis ole syytä lukea kyseistä elintä direktiivissä tarkoitettujen joukkoon. Huomautan vain, että kyseessä olevien säännösten tällainen tulkinta on täysin sopusoinnussa valtionyhtiöitä [30] ja niitä säätelevää yhteisön lainsäädäntöä [31] koskevan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa.

Mielestäni palveluhankintadirektiivin tarkoittamaan julkisoikeudellisen laitoksen käsitteeseen *sisältyvät siis elimet, jotka tyydyttävät* yleisen edun mukaisia tarpeita "tavanomaista kaupallista toimintaa koskevista säännöistä riippumatta", [32] edellyttäen, että muutkin kyseisen määritelmän mukaiset edellytykset täyttyvät.

45. Edellä sanotun valossa kysymys siitä, kuuluuko ARA *julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen* piiriin vai ei, vaikuttaa selvältä. On epäilyksetöntä, että sekä ne tehtävät, joita suorittamaan tämä elin perustettiin [33] ja joita

30 — Asia 118/85, komissio v. Italia, tuomio 16.6.1987 (Kok. 1987, s. 2599) ja viimeksi asia C-343/95, Diego Calì, tuomio 18.3.1997 (Kok. 1997, s. I-1547).

31 — Jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta 25 päivänä kesäkuuta 1980 annettu komission direktiivi 80/723/ETY (EYVL L 195, s. 35).

32 — Edellä alaviitteessä 30 mainittu asia komissio v. Italia.

33 — Ilmaisua "nimenomaisesti perustettu tyydyttämään — — tarpeita", joka sisältyy kyseiseen direktiivin määritelmään, on luonnollisesti tulkittava dynaamisesti. Elimen perustamispäätöksessä alun perin mainittuja tavoitteita on verrattava tämänhetkiseen tilanteeseen ja päämääriin, joihin elin konkreettisesti pyrkii, kuten niihin, jotka on ilmoitettu yhtiön tarkoitukseksi yhtiömuotoon perustettujen elinten osalta.

se harjoittaa institutionaalisesti, että ne yksityiskohtaiset säännöt, joiden mukaisesti se toimintaansa harjoittaa, kuuluvat niihin, jotka direktiivissä määritellään yleisen edun mukaisiksi, muihin kuin kaupallisiin tai teollisiin tarpeisiin vastaaviksi.

46. On vielä tarpeen huomauttaa toissijaisesti, ettei sillä ennakkoratkaisupyyntöä koskevasta päätöksestä johdettavissa olevalla tosiasialla, että ARA tuottaa kuntien siltä tilaamien palvelujen lisäksi suoraan tai kokonaan omistamansa yhtiön kautta samankaltaisia palveluja kolmansille korvausta vastaan, ole merkitystä. Kyseinen toiminta näyttää muodostavan vähäisen osan ARA:n tehtävistä [34] eikä sillä ole taloudelliselta kannalta merkittävää vaikutusta ARA:n rahoitukselliseen rakenteeseen eikä se mielestäni ainakaan muuta johtopäätöstä, johon olen edellä päätynyt. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on jo päättänyt asiassa Mannesmann Anlagebau Austria ym. taannoin antamassaan tuomiossa, [35] että muun toiminnan olemassaolo elimen perustavanlaatuisena tarkoituksena olevan pääasiallisen toiminnan rinnalla ei itsessään muuta kyseisen elimen luonnetta hankintadirektiivien soveltamisen kannalta. ARA:n olemassaolo riippuu taloudellisesta näkökulmasta katsottuna kuntien osallistumisesta sen budjettiin, kuten olemme edellä nähneet. Tämä sulkee selvästi pois sen, että ARA:n harjoittamaa muuta toimintaa voitaisiin hoitaa täysin kaupallisin perustein: kuntien taloudellinen osallistuminen vääristää kaupallisten suhteiden perustana olevan kriteerin, joka perustuu kustannusten ja korvauksen parhaaseen ja tehokkaimpaan suhteeseen. Se tosiasia, että kyseinen elin on joka tapauksessa taloudellisesti tasapainossa kuntien puuttumisen kautta, ja se, ettei riskitekijöitä ole lainkaan, tekee mahdottomaksi katsoa, että tätä toimintaa harjoitetaan todellisen kilpailun puitteissa.

ARA:n tuottamat palvelut tyydyttävät kyseisen yhteisön välttämättömän tarpeen eli

34 — Asiakirjoista selviää, että ARA:n kokonaisliikevaihto vuonna 1995 oli 39 392 000 NLG, josta yhdyskuntajätteiden keräys- ja käsittelypalveluiden osuus oli 32 791 000 NLG ja teollisuusjätteiden keräys- ja käsittelypalveluiden osuus 6 601 000 NLG.

35 — Em. asia. Tässä tapauksessa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että itävaltalaisen elimen pääasiallisten tehtäviensä ohella harjoittama toiminta kuului väistämättä julkisia rakennusurakoita koskevan direktiivin soveltamisalaan. Yhteisöjen tuomioistuin päätyi tähän lopputulokseen erottamalla institutionaalisen, nimenomaisesti yleisen edun mukaisia tarpeita tyydyttävän toiminnan, joka ei ole luonteeltaan teollista tai kaupallista, toiminnasta, jolla ei ole näitä ominaispiirteitä. Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisua, jota pidän sen lopputuloksen kannalta oikeana, on kuitenkin täsmennettävä. Huomautan tältä osin, että on mielestäni mahdotonta erottaa toisistaan teollinen ja kaupallinen toiminta toiminnasta, jolla ei ole tällaista luonnetta silloin, kun kyseessä oleva elin on rakennusurakoita tai palveluja koskevissa direktiiveissä tarkoitettu hankintaviranomainen. Riskin puuttumisesta, joka leimaa tällaisen yksikön toimintatapoja, seuraa, että vaikka tämä yksikkö voisikin teoriassa tavoitella voittoa, on lopulta mahdotonta erottaa liiketaloudellisessa mielessä sen harjoittama toiminta sen institutionaalisista tehtävistä, joihin muu toiminta sulautuu ja jotka vääristävät sen kaupallisen tai teollisen luonteen.

jätteiden keruun ja käsittelyn. Tämä tehtävä suoritetaan voittoa tavoittelematta, kilpailulle perustuvien järjestelmien ulkopuolella. Ne kaksi edellytystä, jotka yhteisön lainsäätäjä on asettanut julkisoikeudellisen laitoksen määritelmän ensimmäisessä osassa, eli julkisen edun mukaisten tarpeiden erityistä tyydyttämistä sekä kaupallisen ja teollisen luonteen puuttumisen näistä tarpeista koskevat edellytykset, täyttyvät näin kokonaan.

Ratkaisuehdotus

Edellä esitettyjen näkökohtien perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Gerechtshof te Arnhemin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

1) Kahden kunnan ja niiden perustaman elimen välinen oikeussuhde ei ole julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetussa neuvoston direktiivissä 92/50/ETY tarkoitettu palveluhankinta silloin, kun nämä kunnat ovat antaneet jätteiden keräyksen ja käsittelyn alueellaan tämän elimen tehtäväksi ja maksavat budjeteistaan sille korvauksen, joka turvaa tämän elimen taloudellisen tasapainon.

2) Kuvatunlainen elin on myös direktiivissä 92/50/ETY tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos.