JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PHILIPPE LÉGER

15 päivänä kesäkuuta 2000 *

1. Useat itävaltalaiset hallintoviranomaiset järjestivät veden laatua koskevan kansallisen lainsäädännön mukaisesti julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn vesinäytteiden ottamiseksi Itävallan järvistä ja joista ja niiden analysoimiseksi.

2. Tukea saavien yksiköiden osallistuminen hankintamenettelyyn täysin yksityisten tarjoajien rinnalla aiheutti oikeusriidan, jonka johdosta pääasiaa käsittelevä itävaltalainen tuomioistuin on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle useita ennakkoratkaisukysymyksiä.

Nämä kysymykset koskevat pääasiallisesti sellaisen julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa, johon saivat osallistua tukea saavat yksiköt, jotka ovat tämän lisäksi kaikki sen jäsenvaltion oikeussubjekteja, jonka hankintaviranomaisesta on kyse, ja joiden kotipaikka on tässä jäsenvaltiossa.

3. Riidanalaisen tarjouskilpailukutsun johdosta syntyneet kysymykset koskevat yhdenvertaisuusperiaatetta kahdessa suhteessa.

On kyse siitä, loukataanko sillä, että tukea saavien yksiköiden sallitaan jättävän tarjouksia, kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää koskevan kiellon periaatetta tai rajoitetaanko sillä vähintäänkin palvelujen vapaata liikkuvuutta, jos kaikki kyseiset yksiköt ovat itävaltalaisia.

Vaikkei palvelujen kauppaa voida todeta millään tavalla rajoitetun, on kuitenkin syytä kysyä, onko se etu, jonka nämä yksiköt voivat saada niille julkisista varoista annetun rahoituksen perusteella muihin tarjoajiin verrattuna, yhteensopiva direktiivin 92/50/ETY [1] mukaisen tosiasiallisen kilpailun turvaamista koskevan tavoitteen kanssa.

* Alkuperäinen kieli: ranska.

1 — Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1; jäljempänä direktiivi).

I Direktiivi

4. Direktiivillä on tarkoitus sovittaa yhteen julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyt. Sillä pyritään tällä tavalla luomaan asteittain sisämarkkinat, jotka määritellään alueeksi, jolla ei ole sisäisiä rajoja ja jolla tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus taataan. [2]

5. Direktiivillä pyritään erityisesti huolehtimaan siitä, että esteiden syntyminen palvelujen vapaalle liikkuvuudelle vältetään. [3] Direktiiviä perustellaan sillä, että sellaisten käytäntöjen poistamiseksi, jotka rajoittavat yleisesti kilpailua ja erityisesti muiden jäsenvaltioiden kansalaisten sopimuspuoleksi pääsyä, on parannettava palvelujen suorittajan mahdollisuuksia osallistua sopimuksen tekomenettelyihin. [4]

6. Direktiivin 3 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

"1. Tehdessään julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tai järjestäessään suunnittelukilpailuja hankintaviranomaisten on noudatettava tämän direktiivin säännösten mukaisia menettelyjä.

2. Hankintaviranomaisten on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti."

7. Direktiivin 6 artiklassa säädetään poikkeuksesta direktiivin soveltamiseen. Siinä säädetään seuraavaa:

"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 ja hallinnollisten määräysten nojalla annettuun yksinoikeuteen."

8. Direktiivin 37 artiklassa säädetään tietyistä velvollisuuksista, joita hankintaviranomaisen on noudatettava, jos se aikoo hylätä poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia. Sen ensimmäisessä kohdassa säädetään seuraavaa:

"Jos tiettyä sopimusta varten jätetyt tarjoukset vaikuttavat suoritettavaan palveluun nähden poikkeuksellisen alhaisilta, hankintaviranomaisen on, ennen kuin se voi hylätä tarjoukset, pyydettävä kirjallisesti asianmukaisina pitämänsä täsmennykset tarjousten eri osista ja tarkastettava nämä osat ottaen huomioon asiasta saadut selvitykset."

2 — Direktiivin ensimmäinen ja toinen perustelukappale.
3 — Direktiivin kuudes perustelukappale.
4 — Direktiivin 20. perustelukappale.

II Tosiseikat ja pääasian käsittelyn vaiheet

9. Salzburgin, Niederösterreichin, Oberösterreichin, Steiermarkin, Kärntenin, Tirolin ja Burgenlandin osavaltioiden hallitukset ja Landeswasserbauamt Vorarlberg (Vorarlbergin osavaltion vesihallitus) järjestivät osana Itävallan liittovaltion välillistä hallintoa avoimen hankintamenettelyn näytteiden ottamiseksi vedestä ja veden analysoimiseksi tarkkailuvuosina 1998/1999 ja 1999/2000 Wassergüte-Erhebungsverordnungin [5] (asetus veden laadun tutkimisesta) mukaisesti.

10. ARGE Gewässerschutz, [6] joka on tie- ja vesirakennusyritysten ja -insinöörien yhdistys, ja eräät muut yksiköt, kuten Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH [7] ja Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH [8] jättivät tässä menettelyssä tarjouksia.

11. Koska ARGE katsoi, että viimeksi mainittujen tarjoajien saamat tuet antavat niille kilpailuetuja ja rajoittavat jäsenvaltioiden välistä kauppaa, se sai Bundes-Vergabekontrollkommissionissa (tarjouskilpailuja valvova liittovaltion lautakunta) vireille sovittelumenettelyn Bundesvergabegesetzin (laki julkisista hankinnoista) mukaisesti.

12. Tarjouskilpailuja valvova liittovaltion lautakunta katsoi, ettei liittovaltion lainsäädäntö ollut esteenä sille, että hankintamenettelyyn osallistui samanaikaisesti täysin yksityisten tarjoajien lisäksi julkisin varoin tuettuja yksiköitä tai julkisoikeudellisia laitoksia, kuten tutkimuslaitoksia tai yliopistojen laitoksia.

13. ARGE valitti tämän jälkeen Bundesvergabeamtiin.

III Ennakkoratkaisukysymykset

14. Koska Bundesvergabeamt katsoi, että asian ratkaisu riippui yhteisön oikeuden tulkinnasta, se päätti esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko hankintamenettelyn osalta sovellettavan tarjoajien ja ehdokkaiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa ristiriidassa sellainen hankintaviranomaisen päätös, että hankinta-

5 — BGBl. 1991, s. 338.

6 — Jäljempänä ARGE.

7 — Seibersdorfin tutkimuskeskus, josta käytetään jäljempänä tätä nimitystä.

8 — Arsenalin tutkimuskeskus, josta käytetään jäljempänä tätä nimitystä.

menettelyyn saavat osallistua yksiköt, jotka saavat tältä hankintaviranomaiselta tai muilta hankintaviranomaisilta jossain muodossa tukea, joka mahdollistaa sen, että tällaiset yksiköt voivat tehdä hankintamenettelyssä tarjouksia hinnoilla, jotka ovat olennaisesti alempia kuin hankintamenettelyyn osallistuvien kaupallisten tarjoajien hinnat?

2) Onko sitä, että hankintaviranomainen sallii tällaisten yksiköiden osallistumisen hankintamenettelyyn, pidettävä peiteltynä syrjintänä, jos nämä tukea saavat yksiköt ovat poikkeuksetta kotimaisia oikeussubjekteja tai niillä on kotipaikkansa hankintaviranomaisen sijaintipaikan jäsenvaltiossa?

3) Onko sitä, että hankintaviranomainen sallii tällaisten yksiköiden osallistumisen hankintamenettelyyn, pidettävä EY:n perustamissopimuksen ja erityisesti sen 59 artiklan ja sitä seuraavien artiklojen vastaisena palvelujen tarjoamisen vapauden rajoittamisena, vaikka tällä hankintaviranomaisen päätöksellä ei syrjittäisikään muita tarjoajia ja ehdokkaita?

4) Saako hankintaviranomainen tehdä palveluhankintasopimuksia sellaisten yksiköiden kanssa, jotka ovat yksinomaan tai ainakin pääosin julkisen vallan omistuksessa ja jotka tarjoavat palvelujaan yksinomaan tai ainakin pääosin hankintaviranomaiselle tai muille valtion laitoksille järjestämättä sellaista direktiivin 92/50/ETY mukaista hankintamenettelyä, johon osallistuisivat myös kaupalliset tarjoajat?"

IV Alustavat huomautukset

15. Kolme ensimmäistä kysymystä koskevat, kuten olen todennut, yhdenvertaisuusperiaatetta yhtäältä kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän (toinen ja kolmas kysymys) ja toisaalta tukea saavien tarjoajien ja muiden tarjoajien välisen syrjinnän (ensimmäinen kysymys) kannalta tarkasteltuna.

16. Neljäs kysymys koskee direktiivin henkilöllistä soveltamisalaa. Siinä on kyse siitä, sovelletaanko direktiiviä palvelua koskeviin hankintasopimuksiin, jotka tehdään hankintaviranomaisen ja sellaisen palvelujen suorittajan välillä, joka on läheisessä riippuvuussuhteessa viranomaiseen sen vuoksi, että tämä viranomainen on sekä kyseisen palvelujen suorittajan pääomistaja että sen tarjoamien palvelujen pääasiallinen vastaanottaja.

17. Ensiksi on syytä tutkia yhdessä toinen ja kolmas kysymys, koska niissä molemmissa viitataan perustamissopimuksen määräyksiin eli tarkemmin sanoen EY:n

perustamissopimuksen 59 artiklaan (josta on muutettuna tullut EY 49 artikla) ja sitä seuraaviin artikloihin, jotka koskevat palvelujen vapaata liikkuvuutta.

18. Tämän jälkeen tarkastelen direktiivin soveltamisalaa koskevaa neljättä ennakkoratkaisukysymystä ja lopuksi ensimmäistä kysymystä, joka koskee tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, sellaisena kuin siitä on säädetty direktiivissä.

V Palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevat rajoitukset (toinen ja kolmas ennakkoratkaisukysymys)

19. Bundesvergabeamt kysyy näillä kysymyksillään, onko perustamissopimuksen 59 artiklaa ja sitä seuraavia artikloja tulkittava siten, että ne ovat esteenä sellaiselle hankintaviranomaisen päätökselle, jolla sallitaan sellaisten yksiköiden osallistuminen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyyn, jotka saavat julkisista varoista tukea, joka mahdollistaa sen, että tällaiset yksiköt voivat tehdä tarjouksia hinnoilla, jotka ovat olennaisesti alempia kuin muiden tarjoajien hinnat, jos kaikki nämä yksiköt ovat sen jäsenvaltion oikeussubjekteja, jossa hankintaviranomainen sijaitsee ja niiden kotipaikka on tämän jäsenvaltion alueella. [9]

9 — Vaikka toisessa kysymyksessä viitataan yksiköihin, jotka ovat kotimaisia oikeussubjekteja *tai* joilla on kotipaikkansa jäsenvaltiossa, jossa hankintaviranomaisella itsellään on sijaintipaikkansa, ennakkoratkaisupyynnön perusteluista ilmenee, että nämä tunnuspiirteet ovat nyt esillä olevassa asiassa samanaikaisia eivätkä vaihtoehtoisia (ennakkoratkaisupyyntö, s. 7).

20. Perustamissopimuksen 59 artiklan ensimmäisessä kohdassa säädetään, että " — siirtymäkauden aikana poistetaan asteittain rajoitukset, jotka koskevat muuhun yhteisön valtioon kuin palvelujen vastaanottajan valtioon sijoittautuneen jäsenvaltion kansalaisen vapautta tarjota palveluja yhteisössä".

21. Perustamissopimuksen 59 artiklan mukaiset palvelujen tarjoamisen vapautta koskevat velvoitteet merkitsevät kaiken sellaisen syrjinnän poistamista, joka kohdistuu palvelujen suorittajaan tämän kansalaisuuden [10] perusteella tai sen vuoksi, että kyseinen palvelujen suorittaja on sijoittautunut muuhun jäsenvaltioon kuin siihen, jossa palvelu on annettava. [11]

22. Tämä sääntö vahvistetaan EY:n perustamissopimuksen 60 artiklan kolmannessa kohdassa (josta on tullut EY 50 artiklan kolmas kohta). Siinä sovelletaan kansallisen käsittelyn periaatetta palvelujen vapaaseen liikkuvuuteen ja määrätään, että "[p]alvelun tarjoaja saa tilapäisesti har-

10 — Se, että oikeushenkilöillä on "kansalaisuus", mikä mahdollistaa niiden kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän, käy ilmi perustamissopimuksesta. EY:n perustamissopimuksen 58 artiklan ensimmäisen kohdan (josta on tullut EY 48 artiklan ensimmäinen kohta) nojalla, jota sovelletaan palveluihin EY:n perustamissopimuksen 66 artiklan (josta on tullut EY 55 artikla) mukaisesti, "[j]äsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetut yhtiöt, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on yhteisön alueella, rinnastetaan tämän luvun määräyksiä sovellettaessa luonnollisiin henkilöihin, jotka ovat jäsenvaltion kansalaisia". Oikeushenkilöiden sääntömääräisen kotipaikan, keskushallinnon tai päätoimipaikan sijainnin perusteella määritellään luonnollisten henkilöiden kansalaisuuden tavoin niiden liittymä jonkin jäsenvaltion oikeusjärjestykseen (ks. asia C-212/97, Centros, tuomio 9.3.1999, Kok. 1999, s. I-1459, 20 kohta).

11 — Yhdistetyt asiat 110/78 ja 111/78, Van Wesemael ym., tuomio 18.1.1979 (Kok. 1979, s. 35, 27 kohta; Kok. Ep. IV, s. 285).

joittaa toimintaansa valtiossa, jossa palvelu tarjotaan, niillä edellytyksillä, jotka tämä valtio asettaa kansalaisilleen — — ".

23. Riita koskee toimenpidettä, jolla Seibersdorfin ja Arsenalin tutkimuskeskusten kaltaisten yksikköjen, joiden väitetään saaneen perusteettoman kilpailuedun niille annettujen tukien johdosta, on sallittu osallistua hankintamenettelyyn. Näillä molemmilla tarjoajilla on läheinen liittymä jäsenvaltioon, jossa hankintaviranomainen sijaitsee, koska niiden molempien kotipaikka on Itävallan alueella ja ne kuuluvat Itävallan oikeuden alaisuuteen. [12]

24. Poistaakseni kaiken epäselvyyden, joka voisi vaikuttaa esitettyjen kysymysten tulkintaan, totean, että toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitetussa syrjintäperusteessa ei ole kyse siitä, että tukea saavien yksiköiden sallittiin osallistua hankintamenettelyyn. Tätä seikkaa koskee ensimmäinen kysymys, jota käsittelen myöhemmin. Olen jo todennut, että ongelmana on se, että kaikki tukea saavat yksiköt ovat itävaltalaisia. Tällä perusteella voitaisiin olettaa, että muista jäsenvaltioista peräisin olevilla tukea saavilla toimijoilla ei ollut oikeutta jättää tarjouksia.

25. Bundesvergabeamt viittaa tältä osin peiteltyä syrjintää koskevaan mahdollisuuteen.

26. Kuten tunnettua, 59 artiklassa erityisesti ilmaistu yhdenvertaisen kohtelun periaate merkitsee kansalaisuuteen perustuvan avoimen syrjinnän kieltämisen lisäksi myös kaikkien sellaisten peiteltyjen syrjintämuotojen kieltämistä, jotka muilla erotteluperusteilla johtavat käytännössä samaan tulokseen. [13]

27. Päättelen tästä ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen viittauksesta peitellyn syrjinnän mahdollisuuteen, että kansallisella tuomioistuimella ei ilmeisestikään ole epäilyksiä sen suhteen, ettei tämä riidanalainen toimenpide merkitse avointa syrjintää, koska toimenpiteellä ei aseteta kansalaisuutta tai yksiköiden sijaintipaikkaa koskevia edellytyksiä, saavatpa ne tukea tai eivät.

Vaikkei asetettaisi mitään kansalaisuutta tai sijoittautumista koskevaa edellytystä, josta oikeus vastata tarjouskilpailukutsuun riippuisi, itävaltalaiset tai Itävallan alueella sijaitsevat yksiköt olisivat suosituimmuusasemassa, jos riidanalaisella toimenpiteellä kohdeltaisiin tarjoajia eri tavalla asettamalla edellytys, jonka mukaan *ainoastaan Itävallan viranomaisilta tukea saavien yksiköiden* sallittaisiin osallistua hankintasopimuksen tekomenettelyyn.

12 — Ennakkoratkaisupyyntö, s. 7.

13 — Ks. esim. asia C-360/89, komissio v. Italia, tuomio 3.6.1992 (Kok. 1992, s. I-3401, 11 kohta).

28. Sellaisella kansallisella oikeussäännöllä, jolla oikeus osallistua julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin varattaisiin ainoastaan Itävallan viranomaisilta tukea saaviin yksiköihin, voitaisiin hyvinkin rajoittaa palvelujen vapaata liikkuvuutta, kuten Itävallan hallitus on perustellusti todennut.[14] Tällaisessa tapauksessa kyseisellä perusteella kohdeltaisiin peitellysti eri tavalla yhtäältä niitä yksiköitä, jotka olisivat vähintäänkin sivuliikkeen muodossa sijoittautuneet Itävallan alueelle ja jotka yksin voisivat vaatia tukea viranomaisilta, ja toisaalta muita yksiköitä. Tukea saavat ulkomaalaiset toimijat eivät voisi hyötyä tästä edusta kilpaillakseen vastaavanlaisessa asemassa olevien itävaltalaisten toimijoiden kanssa ja lisätäkseen mahdollisuuksiaan tehdä sopimuksia itävaltalaisen hankintaviranomaisen kanssa.

29. Vastaus on kuitenkin sama siitä riippumatta, tutkitaanko riidanalaista toimenpidettä välittömänä vai ainoastaan peiteltynä syrjintänä.

30. Mielestäni siitä, että kaikki julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin osallistuvat tukea saavat yksiköt ovat sen valtion oikeussubjekteja, jossa hankintaviranomainen sijaitsee, ei voida päätellä, että syrjivien edellytysten soveltaminen vaikuttaa välttämättä kyseessä olevan menettelyn sääntöjenmukaisuuteen.

14 — Itävallan hallituksen kirjalliset huomautukset, s. 9.

31. Syrjintäkiellon periaate ei nimittäin edellytä, että kaikissa olosuhteissa olisi oltava edustettuina useita sellaisia toimijoita, jotka ovat eri valtioiden oikeussubjekteja. Sen mukaan vaaditaan ainoastaan, ettei näiden taloudellisten toimijoiden liikkumisvapauden käytölle aseteta esteitä sillä perusteella, missä heidän kotipaikkansa yhteisössä on.

32. Katson näin ollen, että päätös sallia sellaisten tukea saavien yksiköiden osallistuminen hankintamenettelyyn, jotka ovat itävaltalaisia oikeussubjekteja, ei riitä osoittamaan kansalaisuuteen, tarjoajien sijoittautumispaikkaan tai tarjoajien saaman tuen alkuperään perustuvan syrjinnän olemassaoloa.

33. Jotta tilanne olisi tällainen, olisi osoitettava, että hankintasopimuksen tekomenettely sisältää oikeudellisesti ja tosiasiallisesti säännön, jonka mukaan taloudellisten toimijoiden oikeus osallistua tähän menettelyyn edellyttää, että ne ovat itävaltalaisia oikeussubjekteja tai että niiden kotipaikka sijaitsee Itävallan alueella.

34. Samoin olisi osoitettava, että tarjoajaksi hyväksyminen edellyttää, että tukea saavat yksiköt saavat tukensa Itävallan viranomaisilta.

35. Vaikka missään vaiheessa ei viitata sellaisen tarjoajan osallistumiseen, joka on toisen jäsenvaltion oikeussubjekti ja jonka kotipaikka on toisen jäsenvaltion alueella tai joka saa tukea muilta viranomaisilta kuin Itävallan viranomaisilta, asiassa ei ole kuitenkaan tullut ilmi, että kyseessä olevassa menettelyssä asetettaisiin edellytyksiä, joiden perusteella tällaiset toimijat voitaisiin sulkea menettelyn ulkopuolelle.

36. Erityisesti en ole voinut todeta olevan olemassa seikkaa, jonka perusteella riidanalaisen toimenpiteen voitaisiin katsoa edellyttävän, että tukea voidaan saada ainoastaan Itävallan viranomaisilta. Jollei Bundesvergabeamt tältä osin vahvista toisin,[15] itävaltalaisten tukea saavien yksiköiden yksinomaisen osallistumisen on katsottava johtuvan seikoista, jotka jäävät sovellettavan oikeuden ja voimassa olevan käytännön ulkopuolelle.

37. Jos ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin toteaisi, että tällainen säännös on olemassa, sen pitäisi epäilemättä tehdä siitä johtuvat menettelyn sääntöjenmukaisuutta koskevat päätelmät ja katsoa, ettei tällaista yhteisön oikeuden vastaista sääntöä tule soveltaa.

38. Totean lisäksi, että jos riidanalainen toimenpide ei ole syrjivä, päätöksen, jolla menettelyyn osallistuminen sallitaan, voidaan tuskin katsoa rajoittavan palvelujen vapaata liikkuvuutta, koska toisen jäsenvaltion oikeussubjektilla, joka saa tukea tältä valtiolta, on joka tapauksessa muiden taloudellisten toimijoiden tapaan oikeus jättää tarjous.

39. Näin ollen on syytä katsoa, että perustamissopimuksen 59 artiklaa ja sitä seuraavia artikloja on tulkittava siten, että ne eivät ole esteenä pääasiassa kyseessä olevan päätöksen kaltaiselle toimenpiteelle, jolla hankintaviranomainen sallii sellaisten yksiköiden osallistumisen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyyn, jotka saavat julkisista varoista tukea, joka mahdollistaa sen, että tällaiset yksiköt voivat tehdä tarjouksia hinnoilla, jotka ovat olennaisesti alempia kuin muiden tarjoajien hinnat, vaikka kaikki nämä yksiköt ovat sen jäsenvaltion oikeussubjekteja, jossa hankintaviranomainen sijaitsee ja niiden kotipaikka on tämän jäsenvaltion alueella, kun tähän toimenpiteeseen ei sisälly mitään toimijoiden kansalaisuuteen, niiden sijoittautumispaikkaan tai niiden mahdollisesti saaman tuen alkuperään liittyvää edellytystä.

15 — Todettakoon, että Bundesvergabeamtin mukaan "[o]n tosin täysin mahdollista, että myös muissa jäsenvaltioissa on yksiköitä, jotka saavat vastaavia tukia omalta jäsenvaltioltaan ja jotka voisivat osallistua kyseessä olevaan hankintamenettelyyn — — " (ennakkoratkaisupyyntö, s. 9). Se, että myös kotijäsenvaltionsa toimivaltaisilta viranomaisilta tukea saavat ulkomaalaiset toimijat voivat osallistua menettelyyn, ei ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen näkemyksen mukaan kuitenkaan riitä sulkemaan pois kansalaisuuteen, tarjoajien sijoittautumispaikkaan tai saatujen tukien alkuperään perustuvaa syrjintää. Niinpä se toteaa samassa virkkeessä, että " — — muiden jäsenvaltioiden kaupalliset palveluyritykset eivät voi eikä niiden täydy varautua siihen, että hankintamenettelyyn osallistuu itävaltalaisia tarjoajia, jotka saavat näihin kaupallisiin tarjoajiin nähden olennaisen kustannushyödyn itävaltalaisilta julkisyhteisöiltä saamansa tuen vuoksi — — ". Bundesvergabeamt näyttää tällä toteamuksella hylkäävän perustelun, jolla voitaisiin osoittaa, ettei palvelujen vapaata liikkuvuutta ole rajoitettu — eli sen, että tukea saavilla ulkomaalaisilla yrityksillä on mahdollisuus vastata tarjouskilpailukutsuun samalla tavalla kuin tukea saavilla kotimaisilla yrityksillä — sillä se vetoaa perusteluihin, jotka nojautuvat tälle ongelmakentälle vieraaseen harkintaan — toimijoiden välisen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamiseen tukea saavien yritysten osallistumisen perusteella toimijoiden kansallisesta alkuperästä riippumatta. Tutkin tätä näkökohtaa ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen yksityiskohtaisen käsittelyn yhteydessä.

VI Direktiivin soveltamisala: hankintayksikön ja hankintayksiköihin riippuvuussuhteessa olevan palvelujen suorittajan väliset palvelusopimukset (neljäs ennakkoratkaisukysymys)

40. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin kysyy neljännellä ennakkoratkaisukysymyksellään, onko direktiiviä tulkittava siten, että sen soveltamisalaan kuuluu hankintaviranomaisen ja palvelujen suorittajan välinen palvelujen hankintaa koskeva sopimus, jos palvelujen suorittaja on pääosin hankintaviranomaisen omistama ja sen suorittamat palvelut on pääasiallisesti tarkoitettu hankintaviranomaisille, kuten sille hankintaviranomaiselle, jonka omistuksessa se on.

41. Bundesvergabeamt tuo esiin sen mahdollisuuden, ettei direktiivin vaatimuksia sovelleta hankintaviranomaisen ja sellaisten yksiköiden välisiin sopimussuhteisiin, jotka ovat kokonaisuudessaan hankintayksikön omistamia ja jotka toimivat vain sille. Se katsoo kuitenkin, että nämä edellytykset rajoittavat liikaa, ja että hankintaviranomainen ja palvelujen suorittaja voivat toiminnallisesti olla sidoksissa toisiinsa, vaikkei palvelujen suorittaja ole hankintaviranomaisen yksinomaisessa omistuksessa eikä suorita palvelujaan ainoastaan hankintaviranomaiselle. Myös tässä tapauksessa hankintaviranomaisen ja kyseisen yksikön välisen läheisen suhteen johdosta olisi perusteltua, että niiden väliset sopimussuhteet jäisivät direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

A *Tutkittavaksi ottaminen*

42. Tämän kysymyksen tutkittavaksi ottamisesta voidaan keskustella, kuten ARGE ja Itävallan hallitus ovat esittäneet kirjallisissa huomautuksissaan. Ennakkoratkaisupyynnöstä ei nimittäin ilmene, että direktiivin sovellettavuus hankintasopimuksen tekomenettelyyn olisi saatettu kyseenalaiseksi itävaltalaisessa tuomioistuimessa.

43. Kuitenkin yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. Kansallisen tuomioistuimen esittämä ennakkoratkaisupyyntö voidaan jättää tutkimatta vain, jos on ilmeistä, että tämän tuomioistuimen pyytämällä yhteisön oikeuden tulkinnalla ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen taikka jos yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeellisia hyödyllisen vastauksen antamiseksi yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyihin kysymyksiin. [16]

44. Ei voida kuitenkaan väittää, että direktiivin soveltamisalalla ei ole yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsi-

16 — Asia C-275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S, tuomio 18.11.1999, Kok. 1999, s. I-8291, 18 kohta.

teltävään asiaan. Jos ilmenisi, ettei direktiiviä sovelleta tukea saavien tarjoajien kaltaisiin yksiköihin niille ominaisten tunnuspiirteiden takia, tällä perusteella ei voitaisi lähtökohtaisesti sulkea pois sitä, ettei ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin voisi sovellettavan kansallisen menettelyn mukaisesti ja sen asettamissa rajoissa tehdä direktiivin perusteella päätelmiä, jotka voisivat myötävaikuttaa asian ratkaisuun esimerkiksi siten, että se soveltaisi viran puolesta direktiivin säännösten sijaan muita sääntöjä.

45. Asiakirja-aineistosta ilmenevät seikat ovat lisäksi riittävän täsmällisiä sellaisten periaatteiden määrittämiseksi, joihin ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin voi pääasian ratkaisemiseksi tukeutua, kuten tulemme havaitsemaan.

46. Näiden seikkojen perusteella katson näin ollen tarpeelliseksi vastata esitettyyn kysymykseen, vaikka asiakirja-aineiston perusteella yksikään esitetty väite ei näytä saattavan kyseenalaiseksi niitä asiaa koskevia oikeussääntöjä, joiden mukaan hankintaviranomainen alun perin valitsi palvelujen suorittajan.

47. Tämän vuoksi on tutkittava, sovelletaanko direktiiviä nyt esillä olevassa asiassa.

B *Asiakysymys*

48. Direktiivin kahdeksannen perustelukappaleen mukaan " — — tämä direktiivi koskee palvelujen suorittamista vain, jos se perustuu sopimuksiin — — ". Direktiivin 1 artiklan a kohdan mukaan julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla tarkoitetaan direktiivissä eräitä sopimuksia lukuun ottamatta rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken.

49. Se, että palvelujen suorittajan ja palvelujen vastaanottajan välinen oikeussuhde perustuu sopimukseen, edellyttää, että on olemassa kaksi oikeushenkilöä, joilla sellaisina on kelpoisuus sitoutua vapaalla tahdonilmaisullaan. Palvelujen suorittajalla on tämän vuoksi oltava eräitä ominaispiirteitä, jotka osoittavat, että se toimii taloudellista toimintaansa harjoittaessaan riittävän itsenäisesti siihen viranomaiseen nähden, joka antaa sille tehtävän.

On toisin sanoen tarpeen, kuten julkisasiamies Cosmas on selvästi todennut asiassa Teckal esittämässään ratkaisuehdotuksessa [17], että hankintaviranomaisen sopimusosapuoli on *todellisuudessa kolmannen osapuolen asemassa* täl-

17 — Asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999, Kok. 1999, s. I-8121, ratkaisuehdotuksen 53 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

laiseen hankintaviranomaiseen nähden, eli sen on oltava hankintaviranomaisesta erillinen henkilö. Julkisasiamies Cosmas toteaa lisäksi julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten [18] osalta, että yhteisön oikeudessa " — — ei edellytetä, että hankintaviranomaiset noudattavat asianomaisten välisen tehokkaan kilpailun turvaamista koskevaa menettelyä sellaisessa tapauksessa, jossa kyseiset hankintaviranomaiset haluavat itse vastata tarvitsemiensa tavaroiden hankinnasta".

50. Tämän takia niin sanotut "in house" -palvelut eli palvelut, jotka viranomainen tuottaa itse omien toimipaikkojensa avulla tai sellaisten toimipaikkojen välityksellä, jotka ovat viranomaisesta riippuvaisia, vaikka ne on tosin organisoitu erillisiksi, eivät kuulu direktiivin soveltamisalaan. [19]

51. Edellä mainitussa asiassa Teckal antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuimelta kysyttiin, onko tilanteessa, jossa alueellinen tai paikallinen viranomainen antaa tavaroiden hankinnan ryhmittymälle, johon se kuuluu, järjestettävä direktiivissä 93/36/ETY säädetty tarjouskilpailumenettely.

52. Yhteisöjen tuomioistuin tutki, paitsi tiettyjen kyseisen direktiivin soveltamisalaa koskevia oikeudellisia edellytyksiä, kuten sitä, onko alueellisella tai paikallisella viranomaisella hankintaviranomaisen ominaisuus tai onko sopimus tehty rahallista vastiketta vastaan, myös hankintaviranomaisen ja tämän sopimusosapuolen välisiä suhteita.

53. Kuten nyt käsiteltävänä olevaa direktiiviä, myös direktiiviä 93/36/ETY sovelletaan silloin, kun hankintaviranomaisen tarkoituksena on tehdä sopimus taloudellisen toimijan kanssa. Tutkiessaan sitä, oliko sopimus tehty kahden tosiasiallisesti eri oikeushenkilön välillä, yhteisöjen tuomioistuin totesi, että " — — riittää pääsääntöisesti, että sopimus on tehty alueellisen tai paikallisen viranomaisen ja tästä oikeudellisesti erillisen henkilön välillä". [20] Yhteisöjen tuomioistuin täsmensi kuitenkin, että "toisin on ainoastaan niissä tapauksissa, joissa alueellinen tai paikallinen viranomainen valvoo kyseistä oikeushenkilöä *samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan* ja joissa tämä oikeushenkilö *harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa*". [21]

54. Näin todetut perustavanlaatuiset arviointiperusteet pohjautuvat ajatukseen siitä, että yksikkö, jonka kanssa hankintaviranomainen tekee sopimuksen, on tosiasiallisesti itsenäinen. Edellä mainitussa asiassa Teckal annetusta tuomiosta ilmenee, että tämän yksikön on oltava hankintaviranomaiseen nähden muodollisesti erillinen ja päätöksenteon osalta itsenäinen yksikkö, jotta direktiiviä sovellettaisiin. [22]

18 — Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1).

19 — Ks. myös julkisasiamies Alberin ratkaisuehdotus asiassa C-108/98, RI.SAN, tuomio 9.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5219, ratkaisuehdotuksen 46 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

20 — Em. asia Teckal, tuomion 50 kohta.

21 — Em. asia Teckal, tuomion 50 kohta; kursivointi tässä.

22 — Em. asia Teckal, tuomion 51 kohta.

55. On valitettavaa, että nämä arviointiperusteet eivät ole täsmällisempiä. Erillisen yksikön olemassaolo on helposti havaittavissa ja yksilöitävissä, sillä riittää, kun todetaan, että taloudellisen toimijan oikeudellinen muoto on eri kuin hankintaviranomaisen. Yksikön käytettävissä olevan itsenäisyyden määrä ei sitä vastoin ole helposti määriteltävissä. Huomattavaa epätietoisuutta voivat aiheuttaa erityisesti viranomaisen oikeudellisesti erilliseen yksikköön kohdistaman valvonnan luonne tai se toiminnan taso, josta alkaen voidaan perustellusti katsoa, että kyseinen yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen viranomaisen kanssa, josta se on riippuvainen.

56. On kuitenkin pidettävä mielessä, että yksikön tosiasiallisesti itsenäinen luonne on määritettävissä lukuisten tekijöiden avulla. Kansallinen tuomioistuin voi kuitenkin parhaiten arvioida halutulla tarkkuudella, mikä on tällaisen toimijan toimintavapaus hankintaviranomaiseen nähden, koska ainoastaan sillä on käytettävissään kaikki tosiseikat ja oikeudelliset seikat, joista on hyötyä sen käsiteltävänä olevan asian ratkaisemiseksi, ja koska sen tehtävänä on soveltaa kyseisessä asiassa yhteisön oikeutta.

57. Niitä läheisiä suhteita, jotka yhdistävät Seibersdorfin ja Arsenalin tutkimuskeskukset itävaltalaisiin viranomaisiin, on joka tapauksessa tarkasteltava edellä mainittujen periaatteiden valossa. Tällä tavalla voidaan todeta, osoittavatko nämä suhteet, että on olemassa sellainen riippuvuus, joka oikeuttaa antamaan näiden yksiköiden hoidettaviksi vesinäytteiden ottamista ja vesien laadun analysointia koskevien palvelujen suorittamisen ilman, että on tarpeen noudattaa direktiivin määräyksiä.

1. Hankintaviranomaisen harjoittama valvonta

58. Jotta sopimukseen ei sovellettaisi direktiivin mukaista järjestelmää, on osoitettava, että alueellinen tai paikallinen viranomainen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan,[23] kuten olen todennut.

59. Jos hankintaviranomaisella on valta valvoa toimijaa samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan, kyseiselle toimijalle annettavia tehtäviä ei käsitellä eri tavalla kuin niitä, jotka hankintaviranomainen yksinkertaisesti delegoi omassa keskuudessaan. Jos viranomaisella on valta vaikuttaa palvelujen suorittajan toimintaan ja jos palvelujen suorittaja ei tämän vuoksi ole itsenäinen, viranomaisen ja palvelujen suorittajan välinen sopimus ei ole todellinen aito sopimus.

60. Bundesvergabeamtin mukaan Itävallan liittovaltio tai sen osavaltio omistaa pääosan kyseessä olevista tutkimuslaitoksista. Tutkimuslaitoksia omistava julkisyhteisö nimittää niiden johtoelimet tai nämä joh-

23 — Em. asia Teckal, tuomion 50 kohta.

toelimet ovat kyseisen julkisyhteisön valvonnan alaisia.[24] ARGE sitä vastoin ei ole viitannut minkään osavaltion omistukseen. Se toteaa, että Itävallan liittovaltio omistaa yli 50,5 prosentin yhtiöosuuden Seibersdorfin tutkimuskeskuksesta ja loput 49,5 prosenttia ovat yksityisten yritysten omistuksessa. ARGE:n mukaan Itävallan liittovaltio omistaa Arsenalin tutkimuskeskuksen kokonaan.[25]

Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen tehtävänä on nimenomaan tutkia sen käytettävissä oleva näyttö. Ottamalla huomioon ARGE:n esittämät lisäseikat pidän omalta osaltani lähtökohtana sitä, mikä näille näkemyksille on yhteistä, eli että valtio on vähintään pääomistaja.

61. Arsenalin tutkimuskeskuksen osalta katson, että nyt esillä olevassa asiassa voidaan soveltaa julkisasiamies Alberin edellä mainitussa asiassa RI.SAN esittämässä ratkaisuehdotuksessa omaksumaa kantaa. Hän toteaa siinä, että "se, että Italian valtio omistaa 100 prosenttia [tämän yhtiön] osakkeista, johtaa — — siihen lopputulokseen, että tämä yhtiö on osa Italian valtiota, vaikka kaikkia [sen] sisäiseen rakenteeseen liittyviä yksityiskohtia ei tunnetakaan".[26]

62. Seibersdorfin tutkimuskeskusta koskeva tilanne ei ole yhtä selvä. Tältä osin on tutkittava, missä määrin tämä yksikkö säilyttää valtioon nähden itsenäisyytensä siitä huolimatta, että julkinen valta omistaa siitä pääosan.

63. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen on tämän tehdäkseen arvioitava, onko ARGE:n ilmoitus, jonka mukaan kyseisen toimijan yksityisomistajat päättävät sen toiminnasta siitä huolimatta, että sen pääosa on julkisen vallan omistuksessa, perusteltu.[27] Sen on tutkittava, kuinka monta edustajaa yksityisillä toimijoilla on tämän yksikön päättävissä elimissä ja mikä on heidän asemansa, ja ratkaistava, missä määrin tällä tavalla jakautunut päätäntävalta vaikuttaa sovellettavan kansallisen lain mukaan tutkimuskeskuksen taloudellisiin päämääriin.

64. Tällainen harkinta on tosin tarpeen vain, jos ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin katsoo kansallista oikeutta soveltaessaan, ettei se seikka, että nämä " — — yksikö[t] — — ovat yksinomaan tai ainakin pääosin julkisen vallan omistuksessa", kuten kansallinen tuomioistuin on itse todennut,[28] riitä takaamaan julkisen vallan omistamiinsa yksiköihin kohdistamaa tosiasiallista valvontaa.

24 — Ennakkoratkaisupyyntö, s. 7.

25 — ARGE:n kirjalliset huomautukset, s. 8.

26 — Ratkaisuehdotuksen 53 kohta.

27 — ARGE nimittäin esittää, että "koska yksityisillä omistajayrityksillä on suuri määrä hallituspaikoista tai neuvoa-antavan komitean paikoista, niillä on joka tapauksessa määräävä asema" (ks. ARGE:n kirjalliset huomautukset, s. 8).

28 — Neljäs ennakkoratkaisukysymys.

65. Missään tapauksessa ei riitä, että osoitetaan, että on kyse julkisista yksiköistä. Jotta Bundesvergabeamtille voitaisiin antaa vastaus, josta on sille hyötyä, on varmistuttava siitä, että viranomainen, joka valvoo tutkimuslaitoksia kyseessä olevassa pääasiassa, ja hankintaviranomainen ovat yksi ja sama oikeushenkilö.

66. Edellä mainitussa asiassa Teckal annetussa tuomiossa ilmaistu varaus perustuu periaatteeseen, jonka mukaan taloudelliselta yksiköltä puuttuva itsenäisyys sitä omistavaan viranomaiseen nähden aiheuttaa näiden kahden oikeushenkilön oikeudellisesta itsenäisyydestä huolimatta sen, että sopimuksen tekeminen niiden välillä on mahdotonta tai harhauttavaa. Olettamus oikeussuhteesta, johon ei sovelleta direktiiviä, edellyttää näin ollen, että hankintaviranomainen, joka antaa toimijan suoritettavaksi eri palveluita, on nimenomaan sama viranomainen, jonka läheisen valvonnan alainen kyseinen toimija on, eikä joku muu viranomainen.

67. Sitä vastoin viranomaisen ja muun kuin alisteisessa suhteessa tähän viranomaiseen olevan palvelujen suorittajan välinen sopimussuhde kuuluu direktiivin soveltamisalaan, vaikka joku muu viranomainen omistaisikin kyseisen palvelujen suorittajan.

68. Asiakirja-aineiston perusteella voidaan katsoa olevan ilmeistä, että Itävallan liittovaltio omistaa pääosan molemmista tutkimuslaitoksista, kun taas hankintaviranomainen koostuu osavaltioista ja yhdestä erityisestä paikallishallintoviranomaisesta (Landeswasserbauamt Vorarlberg).

Bundesvergabeamtin asiana on todeta tässä tilanteessa, jossa omistava viranomainen ja hankintaviranomainen ovat eri viranomaisia, valvovatko hankintaviranomaisen muodostavat viranomaiset kansallisen oikeuden nojalla kuitenkin Seibersdorfin ja Arsenalin tutkimuskeskuksia samalla tavoin kuin ne valvovat omia toimipaikkojaan.

69. Direktiiviä sovelletaan, jos ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tulee toteamustensa perusteella siihen tulokseen, että tutkimuslaitosten ja hankintaviranomaisen väliset suhteet eivät osoita hankintaviranomaisella olevan minkäänlaista edellä mainitussa asiassa Teckal annetussa tuomiossa tarkoitettua valvontavaltaa.

70. Jos hankintaviranomainen sitä vastoin harjoittaa tosiasiallista valvontaa, on tehtävä muunlaisia johtopäätöksiä. Kyseessä olevien yksiköiden suoritusten luonnehdinta "in house" -palveluiksi ei nimittäin riipu pelkästään tästä seikasta. Se, että todetaan olevan olemassa rakenteellinen riippuvuus viranomaisesta, jonka tarkoituksena on tehdä julkinen hankintasopimus, ei riitä tekemään näiden yksiköiden tarjoamista palveluista niihin suorituksiin verrattavissa olevia suorituksia, jotka kyseisillä viranomaisilla on käytettävissään, jos ne turvautuvat omiin sisäisiin resursseihinsa.

71. Tämän takia on otettava huomioon myös näiden yksiköiden harjoittaman taloudellisen toiminnan vastaanottaja yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitussa asiassa Teckal antaman tuomion mukaisesti.

2. Palvelujen tarjoajan suoritusten vastaanottaja

72. Edellä mainitussa asiassa Teckal annetusta tuomiosta ilmenee, että sopimusta ei voida katsoa tehdyn erillisten oikeushenkilöiden välillä, jos toimija harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa. [29]

73. Kuten olen todennut, tässä tuomiossa mainittu periaate perustuu toimijan itsenäisyyttä koskevaan arviointiperusteeseen. Yksikkö ei ole vailla toimintavapautta ainoastaan sen vuoksi, että sen omistava viranomainen tekee sitä koskevat päätökset, jos se voi lisäksi suorittaa huomattavan osan taloudellisesta toiminnastaan muille toimijoille.

74. Tällaisen yksikön on sitä vastoin katsottava olevan täysin riippuvainen sitä valvovasta viranomaisesta, jos yksikön viranomaiselimiin yhdistävä suhde on sellainen, että viranomaisella on lähes yksinoikeus yksikön suorittamiin palveluihin. Tällainen tilanne on osoitus siitä, että viranomainen ei halua ainoastaan käyttää yksikön palveluja julkisiin tarkoitusperiin vaan se haluaa myös määrätä niistä ensisijaisesti omaksi hyödykseen.

75. Ainoastaan tässä tilanteessa voidaan katsoa olevan kyse viranomaisen hallinnollisesta jatkeesta siten, että viranomainen on vapautettu direktiivissä säädettyjen kilpailusääntöjen noudattamisesta, mikäli se päättää toteuttaa itse tarvitsemansa taloudelliset toiminnot.

76. Kun yksikkö toimii pääasiallisesti viranomaiselle, joka sitä valvoo, nämä kaksi yksikköä yhdistävä omistussuhde oikeuttaa toisen yksikön antamaan toiselle palvelusuorituksia samaan tapaan kuin jos sisäinen toimipaikka palvelisi omaa elintään. Tämän takia on perusteltua, ettei kyseiseen yksikköön sovelleta direktiivin pakottavia säännöksiä, joilla pyritään säilyttämään kilpailu, jota tässä tapauksessa ei kuitenkaan ole olemassa.

77. Sitä vastoin on vähemmän ymmärrettävää, että kyseinen julkisilla varoilla tuettu yksikkö tarjoaa palvelujaan muille toimijoille tai viranomaisille olematta velvollinen noudattamaan julkisia hankintoja koskevia oikeussääntöjä silloin, kun se toimii vastaavissa olosuhteissa kuin perinteinen taloudellinen toimija. Sen julkisoikeudellinen alkuperä ja luonne eivät riitä erottamaan sitä muista palvelujen suorittajista, jos se tarjoaa samantyyppisiä palveluja vastaavassa kaupallisessa tarkoituksessa kuin muut palvelujen suorittajat.

29 — Em. asia Teckal, tuomion 50 kohta.

78. Tällaisen taloudellisen toimijan toimintojen monipuolistaminen on osoitus siitä, että sillä on erikoisasema sen viranomaisen sisäisiin toimipaikkoihin verrattuna, johon se on sidoksissa, ja että tätä asemaa ei voida pitää pelkkänä viranomaiselimiä koskevana erikoispiirteenä.

79. Tämän vuoksi kilpailun turvaamista koskevat perustelut, jotka ovat perustana yhteisön julkisten hankintojen tekemistä koskeville säännöille, pätevät yhtä hyvin tällaisen toimijan suhteen kuin muihin palvelujen suorittajiin nähden.

80. Samalla tavalla palvelujen suorittaja, jonka tarkoituksena on tehdä sopimus muun viranomaisen kanssa kuin sen, johon se on sidoksissa, ei eroa jostakin toisesta toimijasta sen enempää palvelun suorittajan kilpailijoiden kuin sopimuksen tekevän viranomaisen kannalta katsottuna. Koska tämän yksikön ei oleteta olevan hankintaviranomaisen jatke, sen tälle tarjoamat palvelut ovat hankintaviranomaisen kannalta katsottuna kolmannen tahon tarjoamia palveluja.

81. Vaikka sen viranomaisen, jonka tarkoituksena on tehdä sopimus, palvelujen suorittajaan kohdistama valvonta on välttämätön edellytys sille, että palvelujen suorittajan suorituksia voidaan pitää "in house" -palveluina, se ei, kuten havaitaan, ole läheskään riittävä. Palvelujen suorittajan toiminnan täytyy palvella suurimmaksi osaksi sitä viranomaista, johon se on sidoksissa. Näin ollen direktiiviä tulee jälleen soveltaa, jos palvelujen suorittaja harjoittaa kaupallista toimintaa, paitsi jos tällaisen toiminnan osuus sen koko toiminnasta on marginaalisen pieni.

82. Nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa Seibersdorfin ja Arsenalin tutkimuskeskukset harjoittavat ARGE:n mukaan lukuisia kaupallisia toimintoja markkinoilla. [30]

83. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen on direktiivin sovellettavuuden ratkaisemiseksi tutkittava tämä seikka, vaikka tuomioistuin näyttääkin tulleen siihen johtopäätökseen, että riidanalaisten yksiköiden toiminta tapahtuu yksinomaan tai ainakin pääasiallisesti viranomaisille, kuten neljännen kysymyksen muotoilusta voidaan päätellä. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen täytyy ennen kaikkea ratkaista, harjoittavatko kyseessä olevat yksiköt suurinta osaa toiminnastaan sen hankintaviranomaisen kanssa, joka niitä edellä esittämäni lähtökohtaolettaman mukaisesti valvoo. [31]

84. Mikäli katsottaisiin, että direktiiviä sovelletaan pääasiassa, olisi kuitenkin tutkittava, kuuluuko kyseessä oleva sopimus direktiivin 6 artiklan nojalla sellaisiin sopimuksiin, joiden osalta direktiivistä voidaan poiketa.

30 — ARGE:n kirjalliset huomautukset, s. 8.

31 — Ks. tämä ratkaisuehdotus, 70 kohta.

3. Direktiivin 6 artiklan soveltaminen

85. On huomattava, että direktiivin 6 artiklan mukaan direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävät sopimukset, joissa sopimuspuolena oleva yksikkö on itse hankintaviranomainen ja jotka perustuvat tälle viranomaiselle perustamissopimuksen mukaisen asianmukaisesti julkaistun kansallisen sääntelyn nojalla annettuun yksinoikeuteen.

86. Tämä säännös on ilmaistu myös direktiivin 18. perustelukappaleessa, jonka mukaan "sopimukset, joissa on nimetty vain yksi hankintalähde, voidaan tietyissä olosuhteissa jättää kokonaan tai osittain tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle".

87. Tämäntyyppisten sopimusten osalta tehdyllä varauksella direktiivissä otetaan huomioon palvelut, joita tietyissä valtioissa vain tietyt määrätyt julkiset yksiköt voivat suorittaa viranomaisille siten, että kaikki muut palvelujen suorittajat on suljettu tämän mahdollisuuden ulkopuolelle. Muut palvelujen suorittajat suljetaan ulkopuolelle siitä riippumatta, minkä valtion oikeussubjekteja ne ovat. [32]

32 — Ks. Flamme, P., Flamme, M.-A.,"Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation", *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nro 365, helmikuu 1993, s. 150 ja sitä seuraavat sivut, 9 kappale, 10 kohta.

88. Direktiivin soveltaminen riippuu näin ollen ensiksikin siitä, minkä tyyppisiä kyseessä olevat palvelujen suorittajat ovat. Nyt esillä olevassa tapauksessa voidaan jo nyt todeta, että tukea saavat yksiköt täyttävät direktiivissä säädetyt kolme arviointiperustetta sen määrittämiseksi, mikä on "julkisoikeudellinen laitos", joka on käsite, jota käytetään muista hankintaviranomaista kuin valtiosta, alueellisista tai paikallisista viranomaisista tai yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen muodostamista yhteenliittymistä. [33]

89. On selvää, että kyseiset yksiköt on perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja että ne eivät harjoita teollista tai kaupallista toimintaa sekä että ne ovat oikeushenkilöitä, joita toinen hankintaviranomainen johtaa, valvoo ja rahoittaa pääasiallisesti. [34]

33 — Direktiivin 1 artiklan b alakohdan mukaan "'hankintaviranomaisilla' tarkoitetaan valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia, yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.
'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."
Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., 15.1.1998 antamassaan tuomiossa (Kok. 1998, s. I-73, 21 kohta) tulkinnut näitä edellytyksiä, sellaisina kuin niistä on säädetty myös julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54) 1 artiklan b alakohdan toisessa kappaleessa, ja todennut niiden olevan samanaikaisesti sovellettavia. Tätä tulkintaa voidaan käyttää tulkittaessa nyt käsiteltävänä olevaa artiklaa, joka on edellä mainitun artiklan kanssa täysin samansisältöinen.

34 — Ennakkoratkaisupyyntö, s. 7.

90. Koska ne kumpikin ovat itse hankintaviranomaisia, on vielä osoitettava, että niillä molemmilla on direktiivin 6 artiklassa tarkoitettu julkaistujen lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten nojalla annettu yksinoikeus.

91. Yksikään niistä seikoista, joihin ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tai väliintulijat ovat viitanneet, ei anna aihetta olettaa, että jommallakummalla näistä kahdesta tutkimuslaitoksesta oli tarjouskilpailun järjestämisen aikaan oikeus, joka antoi ainoastaan sille oikeuden sentyyppisten palvelujen suorittamiseen, jota kyseinen hankintamenettely koski. Direktiivin 6 artiklaa ja yksinoikeutta, johon se perustuu, ei edes mainita ennakkoratkaisupyynnössä, mikä vahvistaa sitä käsitystä, ettei kummallakaan näistä kahdesta tarjoajasta, joiden aseman ARGE on saattanut kyseenalaiseksi, ollut minkäänlaista yksinoikeutta.

92. Jos näillä tarjoajilla olisi yksinoikeus, ei voitaisi myöskään käsittää, minkä vuoksi hankintamenettely olisi järjestetty direktiivin mukaisesti, koska sen 6 artiklassa säädetään nimenomaan, ettei direktiiviä sovelleta kyseisenlaiseen sopimukseen.

93. Yhteenvetona totean näin ollen, että direktiiviä sovelletaan silloin, kun hankintaviranomaisen tarkoituksena on tehdä sopimus tästä viranomaisesta muodollisesti erillisen yksikön kanssa ja tämä yksikkö on pääosin muiden viranomaisten omistuksessa kuin niiden, joista hankintaviranomainen koostuu.

Jos yksikkö, vaikka se on muodollisesti hankintaviranomaisesta erillinen yksikkö, on pääosin tämän hankintaviranomaisen omistuksessa, direktiiviä sovelletaan, jos tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan muiden toimijoiden tai muiden viranomaisten kanssa kuin niiden, joista kyseinen hankintaviranomainen koostuu.

Direktiiviä ei sovelleta kummassakaan edellä mainitussa tapauksessa, jos sopimus kuuluu direktiivin 6 artiklan soveltamisalaan.

VII Syrjintä julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyssä (ensimmäinen kysymys)

94. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään Bundesvergabeamt haluaa tietää, onko direktiivin 3 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä hankintaviranomaisen päätökselle, jolla tämä sallii sellaisten yksiköiden osallistumisen julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyyn, jotka saavat hankintaviranomaisilta tukea, joka mahdollistaa sen, että nämä yksiköt voivat tehdä tarjouksia

muiden tarjoajien hintoja olennaisesti alemmilla hinnoilla.

95. Tässä säännöksessä ilmaistulla tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteella ei ole tarkoitus kieltää ainoastaan sellaista syrjintää, joka voisi kohdistua toisen jäsenvaltion taloudellisiin toimijoihin. Tämä säännös, kuten kyseisen direktiivin muutkin säännökset tai muiden julkisia hankintoja koskevien direktiivien säännökset, [35] ei sisällä kansalaisuutta koskevaa edellytystä.

35 — Esimerkiksi direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa säädetään, että hankintaviranomaisten on julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään tai suunnittelukilpailuja järjestäessään noudatettava kyseisen direktiivin säännösten mukaisia menettelyjä. Yhteisöjen tuomioistuin oli selvästi todennut tähän säännökseen verrattavissa olevan säännöksen osalta — kyseessä oli vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelystä 17 päivänä syyskuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/531/ETY (EYVL L 297, s. 1) 4 artiklan 1 kohta, jossa säädetään direktiivin 90/351/ETY soveltamisesta silloin, kun hankintayksiköt tekevät tavaranhankintasopimuksia, ja joka on muotoiltu samalla tavalla — ettei ollut olemassa minkäänlaista tarjoajien kansalaisuutta tai sijoittautumispaikkaa koskevaa edellytystä (asia C-87/94, komissio v. Belgia, tuomio 25.4.1996, Kok. 1996, s. I-2043, 32 kohta). Lisäksi direktiivin 20. perustelukappaleesta ilmenee, että kilpailua rajoittavien käytäntöjen poistaminen ei rajoitu niihin käytäntöihin, jotka estävät muiden jäsenvaltioiden kansalaisia osallistumasta sopimuksen tekomenettelyihin. Yhteisöjen tuomioistuin oli samalla tavalla katsonut asiassa C-243/89, komissio v. Tanska, 22.6.1993 antamassaan tuomiossa (Kok. 1993, s. I-3353, 33 kohta), joka koski julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annettua neuvoston direktiiviä 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5), että vaikkei tässä viimeksi mainitussa direktiivissä mainittu nimenomaisesti urakkatarjouksen tekijöiden yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, velvollisuus kunnioittaa tätä periaatetta vastaa kuitenkin kyseisen direktiivin keskeistä sisältöä, jonka tarkoituksena on erään sen perustelukappaleen mukaan varmistaa tehokas kilpailu julkisissa rakennusurakoissa ja valintaperusteet ja sopimuksen tekoperusteet, joilla kilpailu pyritään varmistamaan. Yhteisöjen tuomioistuimen oli kuitenkin ratkaistava väite siitä, oliko direktiiviä 71/305/ETY rikottu sen tarjoajan kansallisuudesta riippumatta, jolle sopimus oli annettu. Julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tavoiteltuun kilpailun turvaamisen päämäärään on päästävä soveltamalla yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, joka ei rajoitu järjestelmällisesti kansalaisuuteen perustuvaan syrjintään. Mielestäni vapaata kilpailua koskeva periaate on itsenäinen palveluiden vapaata liikkuvuutta koskevaan periaatteeseen nähden, johon direktiivi perustuu, vaikka näiden periaatteiden väliset suhteet ovat läheiset, koska edellinen vaikuttaa jälkimmäisen tehokkuuteen.

96. Direktiivin rikkomisen ja jäsenvaltioiden tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun loukkaamisen välillä ei näin ollen välttämättä ole yhteyttä.

97. Asiaa koskeva kansallinen lainsäädäntö perustuu myös samaan näkemykseen. Niinpä Bundesvergabegesetzin 16 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa: "Sovellettaessa tässä laissa säädettyä menettelyä palveluhankintasopimukset on tehtävä vapaan ja vääristymättömän kilpailun periaatteen ja kaikkien ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertaisuuden periaatteen mukaisesti kohtuullisia hintoja noudattaen sellaisten yritysten kanssa, jotka ovat — viimeistään hankintamenettelyn aloittamiseen mennessä — päteviä, suorituskykyisiä ja luotettavia".

98. Näin ollen sillä seikalla, että nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kaikki tukea saavat toimijat ovat itävaltalaisia yksiköitä, ei ole merkitystä kyseessä olevaan ennakkoratkaisukysymykseen vastaamiseksi.

99. Ensin on syytä tutkia, estääkö jo sinänsä se seikka, että tukea on annettu taloudellisille toimijoille, näiden toimijoiden osallistumisen julkisia hankintoja koskeviin menettelyihin. Mikäli vastaus tähän kysymykseen on kieltävä, tämän jälkeen on tutkittava, onko vastaus edelleen sama, jos kyseessä olevat tuet ovat lainvastaisia.

100. Bundesvergabeamtin mukaan tarjoajien saamat tuet ovat EY:n perustamissopimuksen 92 artiklassa (josta on muutettuna tullut EY 87 artikla) tarkoitettuja tukia tai "erityisiä kustannusetuja".[36] Bundesvergabeamt täsmentää, että tarjoajat saavat "alhaisempien kustannusten muodossa kilpailuedun sitä kautta, että ne saavat tukea joko niin, että niille maksetaan rahallisia avustuksia, tai niin, että niiden käyttöön annetaan henkilökuntaa, toimitiloja tai teknisiä laitteita taikka vielä niin, että kyseessä on näiden mahdollisuuksien yhdistelmä". Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin toteaa lisäksi, että tuen antajana on kulloinenkin julkisyhteisö, liittovaltio tai osavaltio.[37]

101. On syytä huomata, että " — — valtiontuen käsitteen piiriin eivät kuulu vain positiiviset suoritteet, kuten avustukset, vaan myöskin sellaiset toimenpiteet, jotka eri muodoissaan vähentävät yrityksen tavanomaisia kuluja ja jotka tämän vuoksi, vaikka eivät olekaan tukia sanan täsmällisessä merkityksessä, ovat saman luonteisia ja vaikuttavat samalla tavoin".[38] Mikäli Itävallan viranomaiset antavat henkilöitä tai tavaroita käytettäviksi vastikkeetta tai suosivin ehdoin,[39] on katsottava, että siten myönnetyt edut ovat perustamissopimuksen 92 artiklassa tarkoitettua valtiontukea.

102. Valtiontukia koskeva periaatteellinen kielto ei kuitenkaan ole, kuten tunnettua, täydellinen eikä ehdoton. Näin ei ole ainoastaan sen vuoksi, että perustamissopimuksen 92 artiklan 2 kohdan mukaan tietyt tuet ovat yhteismarkkinoille soveltuvia, vaan myös sen vuoksi, että perustamissopimuksen 92 artiklan 3 kohdassa annetaan komissiolle tuen hyväksymistä koskeva laaja harkintavalta, ja se voi poiketa 1 kohdassa määrätystä yleisestä kiellosta.[40]

103. Jos yhteisön oikeuden mukaan tietyt valtiontuet ovat sallittuja, se merkitsee mielestäni sitä, että yhteisön oikeudessa annetaan tukea saaville toimijoille oikeus harjoittaa toimintaansa muiden kanssa samalla tavalla. Mitä hyötyä olisi muutoin siitä, että yrityksiä voitaisiin tukea laillisesti, jos samanaikaisesti niiltä kiellettäisiin normaalin taloudellisen toiminnan harjoittaminen tai jopa yksinkertaisesti tiettyjen sopimusten tekeminen vetoamalla siihen, että niitä koskee tietty sääntely. Tällainen tulkinta olisi sitä paitsi tuskin yhteensopiva sen korvaamista koskevan ajattelutavan kanssa, joka oikeuttaa tiettyjen tukien antamiseen, sillä avustuksena tai logistisena apuna annettu tuki menettäisi nopeasti merkityksensä toiminnalle aiheutuvien rajoitusten vuoksi.

104. Valtiontukien mahdollisesta sallimisesta seuraa näin ollen, ettei ole estettä sille, että laillista tukea saavat taloudelliset yksiköt toimivat täysimääräisesti markkinoilla. Koska markkinat eivät rajoitu sopimusperusteisiin suhteisiin, joita ei ole säännelty, vaan ne käsittävät myös julkiset

36 — Ennakkoratkaisupyyntö, s. 4.

37 — Ennakkoratkaisupyyntö, s. 7.

38 — Asia C-39/94, SFEI ym., tuomio 11.7.1996 (Kok. 1996, s. I-3547, 58 kohta).

39 — Em. asia SFEI, tuomion 59 kohta.

40 — Em. asia SFEI, tuomion 36 kohta.

hankinnat, ei ole olemassa syytä tällaisten toimijoiden jättämiselle julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen ulkopuolelle.

Direktiivissä ei näin ollen suljeta periaatteessa pois sitä, että tukea saava yksikkö osallistuu palveluhankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn.

105. Komissio, jonka kanta on tältä osin syytä hyväksyä, katsoo, että ilmoitettu ja yhteismarkkinoille soveltuvaksi todettu tuki ei voi vaikuttaa hankintaviranomaisen tarjoajan hyväksymistä ja tämän jättämän tarjouksen arviointia koskevaan päätökseen.

107. Tässä tilanteessa direktiivi ei ole esteenä pääasiassa kyseessä olevien kaltaisten yksiköiden osallistumiselle riidanalaiseen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyyn.

106. Totean lisäksi, että tiettyjen kahden hankintaviranomaisen välillä tehtyjen sopimusten jättäminen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle sen 6 artiklan mukaisesti silloin, kun julkista palveluhankintaa koskeva sopimus tehdään yksinoikeuden perusteella, vahvistaa sitä käsitystä,[41] jonka mukaan direktiiviä voidaan soveltaa valtiontukea saaviin yksiköihin, jos tällaista yksinoikeutta ei ole olemassa, kuten Itävallan ja Ranskan hallitukset ovat huomauttaneet. Direktiivin mukainen hankintaviranomaisen määritelmä kattaa, kuten todettua, julkisoikeudelliset laitokset, joiden rahoituksesta suurin osa on peräisin viranomaisilta.[42] Direktiivin soveltamiseksi on näin ollen riittävää, että palvelujen suorittaja täyttää hankintaviranomaisen määritelmän tunnuspiirteet, mistä julkinen rahoitus yleensä on osoituksena, olematta yksinoikeuden perusteella sidoksissa siihen hankintaviranomaiseen, jolle se suorittaa palveluja.

108. Vastaus kysymykseen siitä, miten hankintaviranomaisen on meneteltävä sellaisen tarjoajan suhteen, joka saa lainvastaista valtiontukea, ei sitä vastoin ole yhtä selvä.[43]

109. On luonnollista, että ulkopuolelle jätetyt tarjoajat tai tarjoajat, joiden mahdollisuudet saada sopimus ovat pienemmät sellaisten yksiköiden taholta tulevan kilpailun vuoksi, jotka saavat tällaisia kilpailuetuja, kiistävät hankintaviranomaisen oikeuden sallia näiden viimeksi mainittujen antaa tarjous ilman, että kyseiset viranomaiset olisivat vähäisimmässäkään määrin velvollisia valvomaan tuen lainmukaisuutta.

41 — Itävallan hallituksen kirjalliset huomautukset, s. 7 ja Ranskan hallituksen kirjalliset huomautukset, 16—18 kohta.

42 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 33.

43 — Täsmennän tältä osin, että vaikka kysymys lainvastaisiin valtiontukiin sovellettavasta järjestelmästä on ollut useasti esillä väliintulijoiden kirjallisissa huomautuksissa ja suullisessa käsittelyssä, tämä kysymys on täysin hypoteettinen nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, sillä mikään ei viittaa siihen, että tutkimuslaitosten saamat tuet voitaisiin luonnehtia tällaisiksi tuiksi.

110. Tuen lainvastaisuuden tulisi johtaa siihen, että tukea saavalta toimijalta kielletään kaikenlainen osallistuminen julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyyn. Vaikkei tuki kohdistuisi välittömästi sellaisiin seikkoihin, joilla on tärkeä merkitys hankintaviranomaisen lopullisessa päätöksenteossa, kuten tarjouskilpailumenettelyssä ehdotettuun hintaan, taloudelliselle toimijalle lainvastaisesti myönnetty tuki ei voi kuin vähentää kuluja, mikä vaikuttaa toimijan kilpailukykyyn.

111. Vaikka tämä kanta olisi perusteltu, se ei kuitenkaan poista sitä pääasiallisesti oikeudellista ja menettelyllistä ongelmaa, joka ennakkoratkaisupyynnön esittäneellä tuomioistuimella on pääasiassa. Sen on nimittäin ratkaistava, antaako tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate, sellaisena kuin se on ilmaistu direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa, hankintaviranomaiselle oikeuden kieltää lainvastaisesti tukea saavien tarjoajien osallistumisen hankintamenettelyyn tai jopa tutkia, ovatko tarjoajien saamat tuet sellaisia, että ne voidaan todeta lainvastaisiksi.

112. Direktiivin VI osastossa on säännökset niistä vaatimuksista, jotka tarjoajien, heidän tekemiensä tarjousten ja niitä vastaavien selvitysten on täytettävä, jotta kyseiset toimijat voivat osallistua hankintamenettelyyn ja lopulliseen sopimuksentekoon.

113. Siinä säädetään muun muassa seikoista, jotka antavat hankintaviranomaiselle oikeuden kieltää palvelujen suorittajan hankintamenettelyyn osallistuminen. Useat säännökset koskevat palvelujen suorittajalle asetettuja laillisia velvollisuuksia. Kyseisissä säännöksissä hankintaviranomainen oikeutetaan jättämään menettelyn ulkopuolelle tarjoaja, jonka tilanne on esimerkiksi verotukseen tai sosiaaliturvaan liittyvien velvollisuuksien osalta lainvastainen. [44]

Direktiivissä ei kuitenkaan ole säännöksiä niistä johtopäätöksistä, jotka hankintaviranomaisen olisi tehtävä, jos todetaan, että on annettu tukea, jota ei ole ilmoitettu ja jonka voidaan epäillä olevan tai joka jopa selvästi on lainvastainen.

114. Komissio on tältä osin viitannut direktiivin syntyhistoriaan. Se on muistuttanut, että alkuperäisessä ehdotuksessa [45] oli vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY 34 artiklan 5 kohdan viimeisessä alakohdassa olevan säännöksen kanssa samanlainen säännös. [46] Tämä alakohta kuuluu seuraavasti: "Hankintayksiköt voivat hylätä valtiontuesta johtuvat poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset vain, jos ne ovat kuulleet tarjoajaa, eikä tämä ole voinut osoittaa, että kyseinen tuki on ilmoi-

44 — Esimerkiksi palvelujen suorittaja, joka on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa sen valtion lainsäädännön mukaisia veroja, jossa hankintaviranomainen on, voidaan jättää direktiivin 29 artiklan f kohdan mukaan hankintoihin osallistumisen ulkopuolelle.

45 — EYVL 1991, C 23, s. 1.

46 — EYVL L 199, s. 84.

tettu komissiolle perustamissopimuksen 93 artiklan 3 kohdan mukaisesti tai on komission hyväksymä. Hankintayksiköiden, jotka hylkäävät tarjouksen näissä tapauksissa, on ilmoitettava siitä komissiolle".

115. Komission mukaan neuvosto poisti tämän säännöksen direktiiviä koskevasta ehdotuksesta lainsäädäntömenettelyn aikana.[47] Tiedonannossaan Euroopan parlamentille komissio vastasi tähän muutokseen antamalla lausuman, jonka mukaan neuvosto muuttamalla tällä tavalla ehdotusta direktiiviksi ilmaisi " — — että sen tarkoituksena oli estää syrjintä yksityisten ja julkisten tarjoajien välillä". Samassa lausunnossa se muistutti, että " — — sillä oli perustamissopimuksen nojalla toimivalta estää sellaisten valtiontukien väärinkäyttö, jotka voivat vääristää kilpailua, [ja se voi] näin ollen hyväksyä kyseiset muutokset".

116. Tämä säännöksen kehittyminen antaa valaistusta kahdessa suhteessa.

117. Ensiksikin on selvää, että direktiiviä annettaessa lainsäätäjä ei ollut tietämätön vaikeudesta, joka liittyy taloudellisiin toimijoihin, jotka ovat saamansa valtiontuen johdosta etuoikeutetussa asemassa julkisessa hankintamenettelyssä. Se, että komissio rajoitti tämäntyyppisiä tilanteita koskevat oikeussäännöt ainoastaan tukiin, joita ei ole ilmoitettu tai joita ei ole hyväksytty, merkitsee lisäksi sen periaatteen omaksumista, jonka mukaan laillisesti myönnettyjä valtiontukia saavat yksiköt saavat osallistua palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin. Näin ollen se, mitä edellä on esitetty tämän asiaa koskevan näkökannan osalta, saa tässä yhteydessä yhteisön lainsäätäjän tarkoitukseen perustuvan vahvistuksen.[48]

118. Toiseksi lainsäätäjä otti myös yksiselitteisesti kantaa hankintaviranomaisen julkisia palveluhankintoja koskevan toimintavallan laajuuteen. Lopullisessa muodossaan direktiivin 37 artiklan ensimmäinen kohta koskee erityisesti hankintaviranomaisen oikeutta hylätä suoritettavaan palveluun nähden selvästi alhaiset tarjoukset. Siinä säädetään, että hankintaviranomaisella on velvollisuus ennen tarjouksen hylkäämistä pyytää täsmennykset tarjouksen eri osista sekä tarkastaa saatujen selvitysten perusteella, minkälainen tarjous todellisuudessa on.

Direktiivin mukaan hankintaviranomaisella ei kuitenkaan ole direktiivin 93/38/ETY 34 artiklaan verrattavissa olevan säännöksen puuttuessa oikeutta hylätä tarjousta, jonka on tehnyt laitonta tukea saava tarjoaja tai tarjoaja, joka saa komissiolle ilmoittamatta jätettyä tukea. Tällainen ratkaisu on valitettava, etenkin kun syy direktiivissä 93/38/ETY ja direktiivissä 92/50/ETY säädettyihin erilaisiin oikeudellisiin järjestelmiin ei käy selvästi ilmi.

47 — Komission kirjalliset huomautukset, 22 kohta.

48 — Ks. tämä ratkaisuehdotus, 99—106 kohta.

119. Sillä, että direktiivissä ei tältä osin ole säännöstä, on historiallinen tausta, joka on näin ollen syytä ottaa huomioon säännöstä tulkittaessa.

120. Neuvoston komission ehdotukseen tekemä muutos, kuten myös komission antama lausuma, jossa se hyväksyi tämän muutoksen, osoittavat, mikä on yhteisön lainsäätäjän käsitys lainvastaisten valtiontukien valvontamekanismista, joka on pääasiallisesti komission vastattavana.

121. Ranskan hallituksen ja komission mukaan se, että direktiivissä ei ole säännöstä hankintaviranomaisen oikeudesta hylätä lainvastaisesti tukea saavan tarjoajan tarjousta, ei merkitse välttämättä, että hankintaviranomainen ei voisi tehdä tämäntyyppisen tuen olemassaoloon perustuvia päätelmiä.

122. Ranskan hallitus katsoo, että direktiivissä ei nimenomaisesti velvoiteta eikä oikeuteta hankintaviranomaista olemaan ottamatta huomioon tukea saavan yksikön tekemää tarjousta. Se kuitenkin korostaa sitä riskiä, joka hankintaviranomaiselle aiheutuu, jos se tekee sopimuksen lainvastaista tukea saavan tarjoajan kanssa. Ranskan hallitus katsoo, että jos hankintaviranomainen toteaisi poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen olevan rahoitetun lainvastaisella tuella, sillä olisi oikeus hylätä kyseinen tarjous. Tarjoajan uhkana olisi nimittäin vaara siitä, että perusteettomasti saatu tuki olisi palautettava, ja tämä saattaisi vaarantaa koko sopimuksen täyttämisen.

123. Komissio katsoo, että lainvastainen tuki voidaan ottaa huomioon yritysten valintavaiheessa eli toisin sanoen silloin, kun hankintaviranomainen arvioi palvelujen suorittajan taloudellista ja rahoituksellista pätevyyttä. Komissio katsoo Ranskan hallituksen tavoin, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti valtiontuet, jotka eivät ole yhteismarkkinoille soveltuvia tai joita ei ole ilmoitettu komissiolle, voidaan vaatia maksettaviksi takaisin. Komission mukaan hankintayksikköä ei voitaisi moittia siitä, että se suojautuu vaaralta, joka liittyy sopimuksen tekemiseen sellaisen taloudellisen toimijan kanssa, jonka voidaan epäillä saavan lainvastaista tukea, jättämällä kyseinen toimija sen rahoituksellisten ja taloudellisten edellytysten tutkimisen perusteella hankintoihin osallistumisen ulkopuolelle. Komissio esittää tämän vuoksi, että ennakkoratkaisukysymykseen olisi vastattava, ettei yhteisön oikeus ole esteenä sille, että hankintaviranomainen ottaa kansallisen oikeuden mukaisesti tarjoajien valintavaiheessa huomioon tarjoajan rahoituksellisten edellytysten määrittämiseksi sen, että kyseinen tarjoaja on saanut lainvastaista tukea, joka näin ollen on sellaista, että se voidaan periä takaisin.

124. Riippumatta siitä, miten vakuuttavia nämä väitteet ovat, katson, että ne on tutkittava vain siltä osin kuin ne vaikuttavat kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävänä olevan asian ratkaisemiseen.

Kuten olen todennut, ensimmäinen kysymys, sellaisena kuin se on muotoiltu ja sellaisena kuin sitä on tulkittava ennakkoratkaisupyynnön valossa, koskee kuitenkin hankintaviranomaisen sellaisen päätöksen sääntöjenmukaisuutta, jolla se *on sallinut* tukea saavien yksiköiden *osallistumisen* hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyyn.

125. Nyt esillä olevassa tapauksessa ei näin ollen ole kyse siitä, että ennakkoratkaisupyynnön esittäneelle tuomioistuimelle annettaisiin vastaus kysymykseen, joka koskee hankintaviranomaisen oikeutta jättää tarjoaja hankintamenettelyyn osallistumisen ulkopuolelle tai hylätä tämän tekemä tarjous tuen laillisuutta koskevien syiden perusteella. Kyse on sitä vastoin tietojen antamisesta kyseiselle tuomioistuimelle siitä, onko hankintaviranomainen mahdollisesti velvollinen menettelemään tällä tavalla, jos kyseessä on lainvastainen valtiontuki.

Yhteisön oikeuden nykyvaiheessa on katsottava, ettei hankintaviranomaisella ole oikeutta tehdä ilmoittamatta jätetyn tai lainvastaisen tuen perusteella minkäänlaisia tukea saavan yksikön osallistumista koskevia päätelmiä. Tilanne ei poikkeaisi tästä, vaikkei direktiivin 37 artiklalle alun perin ehdotettua muotoa olisikaan muutettu. Kyseinen säännös antoi hankintaviranomaiselle nimittäin vain oikeuden sellaisen tarjouksen hylkäämiseen, joka oli perusteettomasti saadun tai ilmoittamatta jätetyn tuen johdosta poikkeuksellisen alhainen.

126. Itävallan hallitus vetoaa lopuksi perustamissopimuksen pakottaviin kilpailusääntöihin ja direktiivin 37 artiklan soveltamiseen, jos osoittautuu, että tarjous on poikkeuksellisen alhainen suoritettavaan palveluun nähden. Sen mukaan kyseisen artiklan soveltamiseksi olisi perusteellisesti tutkittava, mistä eri kustannuksista riidanalainen tarjous muodostuu. Se katsoo, että tarjous on pakko hylätä, jos kustannusten jakautuminen osoittaa, että tarjous on kilpailunvastainen sellaisten tukien johdosta, joita ei ole hyväksytty.

127. Itävallan hallituksen esittämä näkemys perustuu samalla sekä direktiivissä tällä hetkellä säädettyyn poikkeuksellisen alhaista tarjousta koskevaan menettelyyn että yhteisön oikeuden kilpailusääntöihin. Tältä osin riittää — ilman, että on tarpeen ratkaista, onko tämä näkemys perusteltu — kun todetaan, että Itävallan tasavallan kanta perustuu olettamukseen, joka koskee riidanalaisen hyväksymispäätöksen jälkeistä aikaa, jolloin poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen tason toteava hankintaviranomainen osoittaisi aikovansa hylätä tarjouksen. Se ylittää näin ollen ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen kohteen, joka rajoittuu hyväksymismenettelyyn.

128. Edellä esitetyn perusteella katson, että direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa säädetty tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate ei ole esteenä hankintaviranomaisen päätökselle, jolla se sallii sellaisten yksiköiden osallistumisen julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyyn, jotka saavat hankintaviranomaisilta tukea, joka mahdollistaa sen, että nämä yksiköt voivat tehdä tarjouksia muiden tarjoajien hintoja olennaisesti alemmilla hinnoilla.

Ratkaisuehdotus

129. Näillä perusteilla ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Bundesvergabeamtin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) EY:n perustamissopimuksen 59 artiklaa (josta on muutettuna tullut EY 49 artikla) ja sitä seuraavia artikloja on tulkittava siten, että ne eivät ole esteenä pääasiassa kyseessä olevan päätöksen kaltaiselle toimenpiteelle, jolla hankintaviranomainen sallii sellaisten yksiköiden osallistumisen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyyn, jotka saavat julkisista varoista tukea, joka mahdollistaa sen, että tällaiset yksiköt voivat tehdä tarjouksia hinnoilla, jotka ovat olennaisesti alempia kuin muiden tarjoajien hinnat, vaikka kaikki nämä yksiköt ovat sen jäsenvaltion oikeussubjekteja, jossa hankintaviranomainen sijaitsee ja niiden kotipaikka on tämän jäsenvaltion alueella, kun tähän toimenpiteeseen ei sisälly mitään toimijoiden kansalaisuuteen, niiden sijoittautumispaikkaan tai niiden mahdollisesti saaman tuen alkuperään liittyvää edellytystä.

2) Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta kesäkuun 18 päivänä 1992 annettua neuvoston direktiiviä 92/50/ETY sovelletaan silloin, kun hankintaviranomaisen tarkoituksena on tehdä sopimus tästä viranomaisesta muodollisesti erillisen yksikön kanssa ja tämä yksikkö on pääosin muiden viranomaisten omistuksessa kuin niiden, joista hankintaviranomainen koostuu.

   Jos yksikkö, vaikka se on muodollisesti hankintaviranomaisesta erillinen yksikkö, on pääosin tämän hankintaviranomaisen omistuksessa, direktiiviä 92/50/ETY sovelletaan, jos tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan muiden toimijoiden tai muiden viranomaisten kanssa kuin niiden, joista kyseinen hankintaviranomainen koostuu.

Direktiiviä 92/50/ETY ei sovelleta kummassakaan edellä mainitussa tapauksessa, jos sopimus kuuluu kyseisen direktiivin 6 artiklan soveltamisalaan.

3) Direktiivin 92/50/ETY 3 artiklan 2 kohdassa säädetty tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate ei ole esteenä hankintaviranomaisen päätökselle, jolla se sallii sellaisten yksiköiden osallistumisen julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyyn, jotka saavat hankintaviranomaisilta tukea, joka mahdollistaa sen, että nämä yksiköt voivat tehdä tarjouksia muiden tarjoajien hintoja olennaisesti alemmilla hinnoilla.