JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

VERICA TRSTENJAK

4 päivänä kesäkuuta 2008 [1]

1. Conseil d'État'n (Belgia) ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön soveltamisalaa. Se esittää kysymyksen siitä, sovelletaanko julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, jos alueellinen julkisyhteisö, tässä tapauksessa kunta, delegoi kaapelitelevisioverkkonsa hallinnoinnin toimijalle, joka on pelkästään kuntienvälisen yhteistoiminnan [2] muoto, johon edellä mainittu kunta osallistuu ja jossa yksityinen pääoma ei ole millään tavoin mukana. Nyt käsiteltävässä asiassa on kyseessä kuntien osuuskunnan muodossa harjoittama yhteistoiminta, ja kansallisen tuomioistuimen esittämät kysymykset koskevat ensimmäistä kahdesta Teckal-edellytyksestä: ”vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä”.

2. Pääasian oikeudenkäynnissä ovat vastakkain belgialainen kaapeliverkkoyhtiö Coditel Brabant SPRL (jäljempänä Coditel) ja kolme vastaajaa: Ucclen kunta (jäljempänä myös kunta), Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision -niminen osuuskunta (jäljempänä Brutélé) sekä Région de Bruxelles-Capitale (Brysselin pääkaupunkiseudun hallintoalue), jota edustaa sen hallitus.

I Asiaa koskeva lainsäädäntö

A *Yhteisön oikeus*

3. EY 12 artiklan ensimmäisessä kohdassa määrätään seuraavaa:

”Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä tämän sopimuksen soveltamisalalla, sanotun kuitenkaan rajoittamatta tämän sopimuksen erityismääräysten soveltamista.”

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

2 – Käsitteen ”kuntienvälinen yhteistoiminta” tai ”kuntienvälinen yhteistyö” piiriin kuuluu hyvin erilaisia sekä epävirallisia että virallisia hallinnollisen yhteistoiminnan muotoja (vrt. Schmidt, *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tübingen, 2005, s. 2–) yksinkertaisista kunnallisista työyhteisöistä oikeudellisesti monitahoisiin institutionaalisiin toimintamuotoihin, kuten esimerkiksi kuntayhtymiin tai osuuskuntiin. Vrt. myös käsite ”sekaomistuksessa olevat julkiset yhtiöt” tai ”sekaomistuksessa olevat julkiset yksiköt”, esim. julkisasiamies Stix-Hacklin asiassa C-340/04, Carbotermo ja Consorzio Alisei, 12.1.2006 antama ratkaisuehdotus (Kok. 2006, s. I-4137, 29 kohta ja sitä seuraavat kohdat); sekä Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 2007, s. 167–.

4. EY 43 artiklan sanamuoto on seuraava:

”Jäljempänä olevien määräysten mukaisesti kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle. – –

Jollei pääomia koskevan luvun määräyksistä muuta johdu, sijoittautumisvapauteen kuuluu oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä, erityisesti 48 artiklan toisessa kohdassa tarkoitettuja yhtiöitä, niillä edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia.”

5. EY 49 artiklan ensimmäisessä kohdassa määrätään seuraavaa:

”Jäljempänä olevien määräysten mukaisesti kielletään rajoitukset, jotka koskevat muuhun yhteisön valtioon kuin palvelujen vastaanottajan valtioon sijoittautuneen jäsenvaltion kansalaisen vapautta tarjota palveluja yhteisössä.”

B *Kansallinen lainsäädäntö*

6. Belgian perustuslain 162 §:n mukaan kunnilla on mahdollisuus muodostaa yhteenliittymiä.

7. Kuntayhtymistä annetussa laissa (loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales) säädetään kuntienvälisen yhteistoiminnan yksityiskohtaisista säännöistä. Tämän lain 1 §:n mukaan useat kunnat voivat tämän lain säännösten mukaisesti liittyä yhteenliittymiin, joilla on tiettyjä kuntien edun mukaisia tavoitteita. Lain 3 §:ssä säädetään, että kuntayhtymät ovat julkisoikeudellisia oikeushenkilöitä, jotka riippumatta rakenteestaan ja tavoitteestaan eivät harjoita liiketoimintaa. Tämän lain 10 §:ssä vahvistetaan, että kussakin kuntayhtymässä on yleiskokous, hallitus ja valvontaelin (collège des commissaires). Lain 12 §:n mukaan yleiskokouksen edustajat valitsee kunkin kunnan kunnanvaltuusto kunnanvaltuutettujen, pormestarin ja raatimiesten joukosta. Siinä säädetään myös siitä, että kunkin kunnan yleiskokouksessa käytettävissä olevat äänet vastaavat niiden osuutta kuntayhtymän osuuksista.

II Pääasian oikeudenkäynnin tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

8. Kaapelitelevisioyhtiö Coditel hallinnoi Belgian Ucclen kunnan kaapelitelevisioverkkoa sopimusten perusteella vuodesta 1969 vuoteen 1999. Sopimuksen päätyttyä 31.12.1999 kunta käytti sille sopimuksessa annettua mahdollisuutta ostaa Coditelilta alueellaan sijaitsevan kaapelitelevisioverkon.

9. Ucclen kunnanvaltuusto päätti lokakuussa 1999 yhtäältä antaa tarjouskilpailulla kunnallisen kaapelitelevisioverkon käytön ja parantamisen käyttöoikeuden (konsession) haltijan tehtäväksi 1.7.2000 ja 30.6.2009 väliseksi ajaksi. Toisaalta hyväksyttiin aloite siitä, että Coditelin kanssa tehtäisiin vielä lisäsopimus julkisen kaapelitelevisiopalvelun tarjoamisesta siihen saakka, kunnes tuleva käyttöoikeuden haltija nimettäisiin. Lopuksi Coditelin suorittamasta hallinnoinnista tehtiin lisäsopimus, joka oli voimassa 31.12.2001 saakka.

10. Coditel ilmoitti vuoden 1999 lopussa olevansa halukas tekemään käyttöoikeussopimuksen Ucclen kunnan kaapelitelevisioverkon käytöstä. Kunnan huhtikuussa 2000 esittämän tiedustelun perusteella Coditel teki lisäksi tarjouksen kaapelitelevisioverkon ostosta,[3] kuten tekivät myös muut yhtiöt, jotka olivat osallistuneet tarjouskilpailuun.

11. Ucclen kunnanvaltuusto päätti toukokuussa 2000 luopua käyttöoikeussopimuksen tekemisestä ja myydä verkon. Coditel teki tätä koskeneen tarjouskilpailun perusteella lokakuussa 2000 ostotarjouksen. Hintatarjoukset vaihtelivat 750 miljoonasta 1 miljardiin Belgian frangiin (BEF); ainoa tarjouspyynnön ehdot täyttänyt ja muodollisesti hyväksyttävä tarjous – Coditelin tarjous – oli alin.

12. Myyntiä koskeneeseen tarjouskilpailuun oli osallistunut myös muun muassa Brutélé, mutta ei osto- vaan liittymistarjouksella.

13. Koska Ucclen kunnalle esitetyt hintatarjoukset olivat selvästi alempia kuin aikai-

3 – Ucclen kunnan esittämän tiedustelun jälkeen Coditel kysyi tältä, käytetäänkö verkon ostotarjousta perusteena verkon käyttöoikeussopimuksen tekemistä koskevassa tarjouskilpailussa saatavien tarjousten arvioimisessa, korvaako ostotarjous käynnissä olevan tarjouskilpailumenettelyn ja oliko samanlainen tarjous esitetty muille tarjouskilpailuun osallistuneille ehdokkaille. Ucclen kunta vastasi 28.4.2000, että tiedustelu oli esitetty neljälle tarjouskilpailuun osallistuvalle yritykselle, että verkon ostotarjous ei korvaa tarjouskilpailua eikä sitä käytetä tarjousten arviointiperusteena ja että ”kollegio, joka on saanut verkosta yhden (toistaiseksi ehdollisen) ostotarjouksen, on kuitenkin katsonut, että verkon myynti on mahdollisuus, jota ei voida kokonaan sulkea pois, ja että se on yksi vaihtoehto, jota harkitaan päätettäessä verkon tulevaisuudesta. Lisäksi kollegio on päättänyt tasapuolisuuden vuoksi ja kattavien tietojen saamiseksi kuulla ensin jokaisen ehdokkaan ostotarjoukset, ennen kuin kunnanvaltuustolle esitetään mitään päätöksiä käyttöoikeussopimuksen tekemisestä (tai siitä luopumisesta)”.

semmin oli arvioitu,[4] se luopui kunnanvaltuustonsa 23.11.2000 tekemällä päätöksellä kunnallisen kaapelitelevisioverkon myynnistä (ensimmäinen riidanalainen päätös pääasian oikeudenkäynnissä).

14. Samoin Ucclen kunnanvaltuusto päätti 23.11.2000 kunnan liittymisestä Brutélé-osuuskuntaan (toinen riidanalainen päätös pääasian oikeudenkäynnissä). Kyseisessä päätöksessä todetaan muun muassa, että Brutélé oli tehnyt Ucclen kunnalle liittymistarjouksen, joka käsitti kunnan verkon luovuttamisen Brutélélle apporttina ja yhtiöosuuksien merkitsemisen, sisälsi vuosimaksun[5] suorittamisen sekä tarjouksen, jonka mukaan Ucclen kunta muodostaisi liittyessään palvelualueen erillisen alialueen, jolla olisi itsenäinen päätösvalta.[6] Kunnanvaltuusto ilmaisee tässä päätöksessä lisäksi, että liittymisestä Brutélé-osuuskuntaan koituu Ucclen kunnalle lukuisia etuja: itsenäinen päätösvalta, huomattavat tulot, verkon omistusoikeuden säilyttäminen ja sopimus siitä, että sillä on mahdollisuus irtautua helposti ja nopeasti osuuskunnasta, jos se saa tulevaisuudessa houkuttelevan ostotarjouksen.

15. Coditel teki 30.11.2000 Région de Bruxelles-Capitalen hallituksen pääministerille perustellun valituksen, jossa se vaati tätä kumoamaan 23.11. tehdyn Ucclen kunnanvaltuuston päätöksen Ucclen kunnan liittymisestä Brutélé-osuuskuntaan.

16. Brutélén ylimääräinen yleiskokous hyväksyi 7.12.2000 Ucclen kunnan liittymisen osuuskuntaan (kolmas riidanalainen päätös pääasian oikeudenkäynnissä).

4 – Kunnanvaltuusto totesi tästä 23.11.2000 tekemässään päätöksessä seuraavaa: "Tähän eroon on epäilemättä syynä yleinen taloudellinen tilanne, sillä viime kuukausina tiettyjen keskeisten toimijoiden teknologiaosakkeiden pörssiarvo on laskenut historiallisen alhaiselle tasolle, joten nykyiset olosuhteet ovat erittäin epäsuotuisat."

5 – Tarjottu vuosimaksu koostuu vastaavan 23.11.2000 tehdyn kunnanvaltuuston päätöksen mukaan seuraavasti:
a) kiinteästä maksusta, jonka määrä on 10 prosenttia kaapelitelevisioverkon perusliittymien tuottamista tuloista (kun liittymiä on 31 000 ja vuosimaksu 3 400 BEF [ilman arvonlisäveroa ja tekijänoikeusmaksuja]: yhteensä 10 540 000 BEF vuodessa);
b) 5 prosentin osuudesta Canal+-kanavan ja Bouquet'n liikevaihdosta;
c) verkon kaikkien palvelujen kokonaistuotosta.

6 – Tästä todettiin 23.11.2000 tehdyssä kunnanvaltuuston päätöksessä seuraavaa:
"Päätösvaltaan sisältyy erityisesti oikeus määrätä
– ohjelmatarjonnasta
– liittymä- ja asennusmaksuista
– investointi- ja laajennusstrategiasta
– tietyille henkilöryhmille myönnettävistä alennuksista tai eduista
– verkon kautta tarjottavien muiden palvelujen luonteesta ja ehdoista sekä mahdollisuudesta siirtää osuuskunnan hoidettaviksi sellaiset kunnan edun mukaiset palvelut, jotka vastaavat osuuskunnan säännöissä määriteltyä tarkoitusta, esim. kunnallisen intranetin ja WWW-sivuston käyttöönotto ja henkilöstön koulutus tätä varten.
Näillä edellytyksillä
– Brutélé laatisi Ucclen verkon palveluista tuloslaskelman ja taseen
– Ucclen kunnalla olisi yksi jäsen Brutélén hallituksessa ja kolme jäsentä Brysselin palvelualueen hallituksessa sekä yksi tilintarkastaja ja yksi kunnallinen asiantuntija."

17. Région de Bruxelles-Capitalen pääministeri ilmoitti 19.12.2000 Ucclen kunnalle, ettei hän nähnyt estettä sen liittymiselle tietyin varauksin [7] Brutélé-osuuskuntaan (neljäs riidanalainen päätös pääasian oikeudenkäynnissä). Région de Bruxelles-Capitalen pääministeri ilmoitti 2.1.2001 Coditelille, että hän ei ollut vastustanut Ucclen kunnan liittymistä Brutélé-osuuskuntaan.

18. Coditel nosti 22.1.2001 kanteen, jossa se vaatii neljän edellä mainitun päätöksen kumoamista.

19. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt Conseil d'État on jo jättänyt pääasian oikeudenkäynnissä tutkimatta kanteen siltä osin kuin se koskee kahta näistä päätöksistä (kolmas ja neljäs riidanalainen päätös). Siltä osin kuin kanne on sen mielestä tutkittava, ratkaisevaa on erityisesti sen päätöksen arviointi, jolla Ucclen kunnanvaltuusto päätti Brutélé-osuuskuntaan liittymisestä.

7 – Liittymisen ehtona oli 23.11.2000 tehdyn liittymispäätöksen mukaan se, että Brutélén osuuskuntakokous tekee päätöksen, jossa kaikki sen jäsenet sitoutuvat välittömästi olemaan vastustamatta Ucclen kunnan myöhempää mahdollista eroamista osuuskunnasta.

20. Conseil d'État on esittänyt 3.7.2007 tehdyllä välipäätöksellä yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

"– Voiko kunta tarjouskilpailua järjestämättä liittyä pelkästään muista kunnista ja kuntien yhteenliittymistä koostuvaan osuuskuntaan (ns. puhdas kuntayhtymä) siirtääkseen sille kaapelitelevisioverkkonsa hallinnoimisen, kun tämä osuuskunta harjoittaa pääosaa toiminnastaan jäsentensä kanssa ja niiden hyväksi ja kun sen toimintaan liittyvät päätökset tehdään osuuskunnan hallituksessa ja hallituksen myöntämien valtuuksien mukaan palvelualueiden hallituksissa, jotka kumpikin ovat viranomaisten edustajista koostuvia ja enemmistöpäätöksiä tekeviä sääntömääräisiä elimiä?

– Voidaanko tällaisen päätösvallan, jota kaikki osuuskunnan jäsenet käyttävät tai – palvelualueiden tai alialueiden tapauksessa – osa sen jäsenistä käyttää osuuskunnan sääntömääräisten elinten välityksellä, katsoa merkitsevän sitä, että niillä on osuuskunnassa vastaava määräysvalta kuin niillä on suhteessa omiin yksikköihinsä?

– Edellyttääkö kyseisten päätös- ja määräysvallan määritteleminen vastaavanlaisiksi sitä, että jokainen osuuskunnan jäsen käyttää niitä yksinään, vai riittääkö, että jäsenet käyttävät niitä enemmistöpäätösten kautta?"

21. Kansallinen tuomioistuin esittää, että Ucclen kunnan liittymisessä Brutélé-osuuskuntaan ei ole kyse julkisia palveluhankintoja koskevasta sopimuksesta vaan julkisia palveluja koskevasta käyttöoikeussopimuksesta. Vaikka julkisia hankintoja koskevista sopimuksista annettuja yhteisön direktiivejä ei siten voida sen mielestä soveltaa, on sovellettava yleisesti yhteisön primäärioikeuden perussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää koskevaa kieltoa, joka sisältää nimenomaan avoimuutta koskevan velvollisuuden.

22. Kansallisen tuomioistuimen mielestä moni seikka puoltaa sitä, että Ucclen kunta ei olisi saanut hankintaviranomaisena välittömästi ja heti turvautua malliin, jonka mukaisesti se liittyi Brutélé-osuuskuntaan järjestämättä tarjouskilpailua tai vastaavaa esitettyjen tarjousten tarkastelua. Kunnan olisi käytännössä pitänyt yhteisön oikeuden vaatimusten täyttämiseksi järjestää uusi tarjouskilpailu sen tutkimiseksi, olisiko sen kaapelitelevisioverkkoa koskevan käyttöoikeussopimuksen tekeminen Coditelin tai jonkin toisen taloudellisen toimijan kanssa ollut edullisempi vaihtoehto kuin lopulta valittu vaihtoehto.

23. Jotta nyt käsiteltävään asiaan liittyviä olosuhteita kyettäisiin kuitenkin viime kädessä arvioimaan, on välttämätöntä saada tarkempia tietoja edellytyksistä, jotka ilmenevät asiassa Teckal annetusta tuomiosta, [8] eli erityisesti konsession myöntävän viranomaisen konsession saavaan yksikköön kohdistaman määräysvallan laatua koskevista edellytyksistä. Yhteisön oikeuden mukaiset avoimuusvaatimukset voitaisiin näet tämän oikeuskäytännön mukaan jättää huomiotta vain silloin, jos kaksi päällekkäistä ja suppeasti tulkittavaa edellytystä täyttyy, eli ensinnäkin edellytetään, että konsession myöntävällä viranomaisella on kyseiseen oikeushenkilöön vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihinsä, ja toiseksi edellytetään, että tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa.

24. Brutélé on vedonnut tältä osin siihen, että se on ”puhdas kuntayhtymä”, joka harjoittaa toimintaansa siihen liittyneiden kuntien ja vain niiden kanssa, ja että sen sääntöjen mukaan Ucclen kunnalla oli mahdollisuus muodostaa palvelualueen erillinen alialue, jolla on itsenäinen päätösvalta, mikä mahdollisti sen, että se määrää täsmälleen samalla tavoin suoraan ja tarkasti osuuskunnan toiminnasta tällä alialueella kuin omien yksiköidensä toiminnasta. Ucclen kunta on Brutélén hallituksen jäsen, ja sillä on kolme jäsentä Brysselin palvelualueen hallituksessa, yksi tilintarkastaja ja yksi kunnallinen asiantuntija. Lisäksi Ucclen kunta voi milloin tahansa erota yhteenliittymästä, mikä on lisätodiste siitä, että se hallitsee täydellisesti kaapelitelevisioverkkonsa käyttöä.

25. Kansallisen tuomioistuimen mukaan Brutélén säännöistä ilmenee, että osuuskuntien jäseninä on kuntia ja kuntayhtymä, johon puolestaan kuuluu vain kuntia. Osuuskunta ei ole avoinna yksityisille toimijoille. Hallitus koostuu kuntien edustajista – enintään kolme

8 – Asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121, 50 kohta).

jokaisesta kunnasta –, jotka nimittää yleiskokous, joka itse koostuu kuntien edustajista. Hallituksella on erittäin laaja toimivalta. Kunnat jaetaan kahteen palvelualueeseen, joista toinen kattaa Brysselin alueen kunnat, jotka voidaan jakaa edelleen alialueisiin. Jokaisen palvelualueen sisällä muodostetaan palvelualueen hallitus, joka koostuu hallituksen jäsenistä, jotka yleiskokous on nimittänyt kuntien ehdotuksesta ja jotka kokoontuvat yhtiöosuussuhteita kullakin palvelualueella kuvaavissa erilaisissa kokoonpanoissa. Hallitus voi siirtää palvelualueiden hallituksille toimivaltaa alialueita koskevien erityiskysymysten osalta – erityisesti hinnoittelua koskevien yksityiskohtaisten sääntöjen, laajennus- ja investointisuunnitelman, investointien rahoituksen ja mainoskampanjoiden osalta – sekä sellaisten kysymysten osalta, jotka ovat palvelualueen useille alialueille yhteisiä. Osuuskunnan muita päättäviä elimiä ovat yleiskokous, jonka päätökset sitovat kaikkia jäseniä, pääjohtaja, kuntien virkamiehistä koostuva asiantuntijakomitea ja valvontaelin. Pääjohtajan, asiantuntijat ja valvontaelimen jäsenet nimittää tapauksen mukaan joko hallitus tai yleiskokous.

26. Kansallinen tuomioistuin tekee tästä sen päätelmän, että Ucclen kunnan itsenäinen päätöksentekovalta ei ole niin laaja kuin Brutélé väittää. Esimerkiksi laajimpia valtuuksia käyttää hallitus, jossa Ucclen kunnalla on (vain) yksi edustaja. Vaikka kaikki päätökset tehdään osuuskunnan elimissä, jotka koostuvat yksinomaan liittyneiden kuntien ja kuntayhtymien edustajista, tämä ei johda siihen, että jokaisella näistä jäsenistä olisi erikseen osuuskunnassa sama ratkaiseva vaikutusvalta kuin silloin, kun tämä toiminta on organisoitu itsenäisesti ja kunnansisäisesti.

27. Kansallinen tuomioistuin ottaa huomioon jälkimmäisen asiassa Teckal annetusta tuomiosta [9] ilmenevän edellytyksen – ”tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa” – ja katsoo, että on riidatonta, että osuuskunta harjoittaa pääosaa toiminnastaan jäsentensä kanssa. Kansallinen tuomioistuin ei ole esittänyt tästä edellytyksestä ennakkoratkaisukysymystä.

III Osapuolten lausumat

28. Kirjallisia lausumiaan ovat yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 23 artiklan mukaisesti esittäneet Coditel, Ucclen kunta,

9 – Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia, tuomion 50 kohta.

Brutélé, Belgian, Saksan ja Alankomaiden hallitukset sekä Euroopan yhteisöjen komissio. Ne esittivät suulliset lausumansa 9.4.2008 pidetyssä istunnossa, lukuun ottamatta Ucclen kuntaa, joka ei ollut siellä edustettuna.

29. Kaikki osapuolet yhtyvät olennaisilta osin näkemykseen, jonka mukaan kyseessä on julkista palvelua koskevan käyttöoikeussopimuksen tekeminen, joka ei kuulu julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan, mutta siihen sovelletaan yleistä avoimuusvaatimusta. [10]

30. Kaikki osapuolet ovat *Coditelia* lukuun ottamatta yhtä mieltä siitä, että *toinen Teckal-edellytys* täyttyy ennakkoratkaisupyynnössä annettujen tietojen perusteella.

31. *Ensimmäisen Teckal-edellytyksen* osalta näkemykset ovat vastakkaisia:

32. Coditel ja komissio katsovat, että tämä edellytys ei täyty, koska Ucclen kunnan suora liittyminen Brutélé-osuuskuntaan on ristiriidassa avoimuusvaatimuksen kanssa.

33. Coditel korostaa, että Ucclen kunnalla ei ollut ennen liittymistä Brutélé-osuuskuntaan tähän minkäänlaista suhdetta, joten asiassa Teckal annettuun tuomioon liittyvää oikeuskäytäntöä ei voida lainkaan soveltaa. Lisäksi Ucclen kunnalla on vain 8,26 prosenttia Brutélén yhtiöosuuksista (76 osuutta kaiken kaikkiaan 920:stä). Tämän lisäksi Brutélé tarjoaa palveluitaan, kuten kaapelitelevisio-, puhelin- ja internetpalveluita, kaupallisesti ja kilpailee muiden, yksityisten tarjoajien kanssa. Brutélén sisäinen rakenne on pääosin samanlainen kuin yksityisen yrityksen sisäinen rakenne. Ucclen kunnalla ei ole mahdollisuutta määrätä Brutélén toiminnasta, ja osuuskunnan jäsenten tosiasiallisesti harjoittama kollektiivinen määräysvalta on pikemminkin kyseenalaista, kun otetaan huomioon jäsenten suuri lukumäärä ja mahdolliset intressiristiriidat. Asiassa Carbotermo ja Consorzio Alisei annetun tuomion [11] perusteella ei ole ratkaisevaa, että 100 prosenttia Brutélén osuuspääomasta on kuntien ja alueellisten yhteisöjen hallussa. Tältä osin ei varsinkaan riitä se, että Ucclen kunta on yhden palvelualueen alialue.

34. Komissio käsittelee kannanotossaan myös Brutélén sisäisiä päätöksentekorakenteita ja katsoo, että yksittäisellä kunnalla,

10 – Alankomaiden hallitus selittää tässä yhteydessä, että ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvät tiedot eivät ole riittävän laajoja, jotta tätä seikkaa kyettäisiin varsinaisesti arvioimaan.

11 – Asia C-340/04, Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomio 11.5.2006 (Kok. 2006, s. I-4137, 37 kohta).

kuten Ucclella, voi tältä osin tuskin olla mahdollisuutta vaikuttaa ratkaisevasti [12] päätöksiin. Brutélén hallituksella on laajat valtuudet, ja se vahvistaa erityisesti myös hinnat. Ucclen kunnalla on kaikilta osin vain ”jaettua” vaikutusvaltaa, eikä se voi vapaasti sanella päätöksiä oman tahtonsa mukaan, mikä olisi kuitenkin välttämätöntä ensimmäisen Teckal-edellytyksen täyttymiseksi.

35. Ucclen kunta ja Brutélé, jotka sen sijaan katsovat, että ensimmäinen Teckal-edellytys täyttyy, korostavat sitä, että kyseinen osuuskunta on pelkästään kuntienvälinen kuntayhtymä sekä sääntöjensä perusteella että myös Belgian lain mukaan.

36. Ucclen kunta korostaa, että se on liittyessään säilyttänyt asiassa Teckal annetussa tuomiossa tarkoitetun ”vastaavan määräysvallan” kunnallisen kaapelitelevisioverkon osalta. On korostettava, että yhteisöjen tuomioistuin ei puhu ”täysin samasta” määräysvallasta vaan ”vastaavasta” määräysvallasta. Mikäli edellytettäisiin, että kunta määrää jostain kuntienvälisen yhteistoiminnan muodosta täydellisesti ja erikseen, tämä merkitsisi tällaisen yhteistoiminnan tekemistä mahdottomaksi, koska se jo määritelmän mukaisesti edellyttää useiden osapuolten yhteisvaikutusta.

37. Brutélé mainitsee ensimmäisen Teckal-edellytyksen täyttymisen vain toissijaisesti ja viittaa erityisesti asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) annetun tuomion 57 kohtaan ja sitä seuraaviin kohtiin. Brutélé perustelee erityisesti, että EY 43 ja EY 49 artiklaa sekä yhdenvertaisuusperiaatetta, syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta on tulkittava siten, että ne eivät sinänsä estä sitä, että kunta liittyy ilman tarjouskilpailua pelkästään kuntienväliseen yhteistoimintaan, jossa yksityinen pääoma ei ole millään tavoin mukana ja jota perustellaan erityisesti hyvin pohdittujen kunnan edun ja yleisen edun mukaisten tavoitteiden toteuttamisella. Sen mielestä asiassa Stadt Halle ja RPL Lochau annetun tuomion 48 kohdasta ilmenee, että kunnilla on mahdollisuus hoitaa itse yleisen edun mukaisia tehtäviään. Se, että kuntienväliseen yhteistoimintaan sovelletaan julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön säännöksiä, merkitsee kuitenkin sitä, että kunnat pakotetaan ulkoistamaan tehtävänsä ottamalla markkinavoimat mukaan. Belgian lainsäädännössä annetaan kunnille nimenomaisesti mahdollisuus kuntienväliseen yhteistoimintaan. [13] Ucclen kunnan ja Brutélé-osuuskunnan välisen suhteen perustana ei ole sopimus vaan liittyminen, josta

12 – Komissio viittaa tässä yhteydessä asiassa C-458/03, Parking Brixen, 13.10.2005 annettuun tuomioon (Kok. 2005, s. I-8585, 65 kohta) ja edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Carbotermo ja Consorzio Alisei annettuun tuomioon.

13 – Brutélé viittaa Belgian perustuslakiin sekä kuntayhtymiä koskevaan Belgian lakiin (mainittu edellä tämän ratkaisuehdotuksen 6 ja 7 kohdassa).

säädetään laissa ja määrätään Brutélén säännöissä. Brutélé perustuu pelkästään kuntienväliseen yhteistoimintaan, se ei sääntöjensä mukaan ole avoinna yksityiselle pääomalle ja se täyttää tehtävänsä kuntien edun mukaisesti. Yhteistoiminnan tavoitteena on asettaa käyttäjien käytettäväksi mahdollisimman laaja valikoima televisio-ohjelmia parhain edellytyksin ja mahdollisesti laajentaa radio-ohjelmien ja eri viestintämahdollisuuksien tarjontaa. Brutélé esittää vielä kolmanneksi, että Ucclen kunta määrää osuuskunnan sisällä, erityisesti myös sisäisen päätöksentekorakenteen kautta ja erillisellä alialueellaan nyt käsiteltävässä asiassa toiminnasta samalla tavoin kuin omien toimipaikkojensa toiminnasta.

38. Belgian hallitus katsoo, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava myöntävästi. Kunta voi liittyä ilman tarjouskilpailua Brutélén kaltaiseen osuuskuntaan, joka koostuu yksinomaan muista kunnista ja alueellisista yhteisöistä, siirtääkseen sille kaapelitelevisioverkkonsa hallinnoinnin, jos osuuskunta harjoittaa pääosaa toiminnastaan jäsentensä kanssa ja niiden hyväksi ja jos hallitus ja palvelualueiden hallitukset hallituksen niille antamien valtuuksien rajoissa tekevät päätökset tämän toiminnan yhteydessä päätöksentekoeliminä, jotka koostuvat viranomaisten edustajista ja jotka tekevät päätöksensä jäsenten enemmistöllä.

39. Brutéléä, joka ei ole avoinna yksityiselle pääomalle, ei voida pitää Ucclen kuntaan nähden kolmantena osapuolena. Kaapelitelevisioverkkoa koskevaa käyttöoikeussopimusta ei ole siis tehty ulkopuolisen kanssa, vaan se on säilynyt sisäisenä verkkona.

40. Muut ennakkoratkaisukysymykset perustuvat puhtaasti siihen, että kuntayhtymä on tietty yhteistyön muoto, johon yhteistoimintaa keskenään harjoittavat eri kunnat liittyvät asian luonteen vuoksi. Tässä yhteydessä on korostettava, että hajautetuilla hallintoelimillä on oikeus päättää yhteistyön tekemisestä varmistaakseen tehokkaan taloudenhoidon. Kyseessä voi olla muun muassa yhteistyö pienten ja suurten alueellisten julkisyhteisöjen välillä. Pienten alueellisten julkisyhteisöjen on usein todellisuudessa välttämätöntä yhdessä hallinnoida päällekkäisiä tehtäviä päällekkäisessä suuremmassa organisaatiossa. Sen ratkaiseminen, miten tällainen alueellisten julkisyhteisöjen yhteistyö organisoidaan sisäisesti ja miten sitä valvotaan, on kunkin jäsenvaltion hallintoviranomaisten oikeus ja tehtävä, jota on kunnioitettava. Tätä tarkoitusta varten on olemassa monenlaisia sisäisiä organisaatioja valvontamalleja. Yhteistoiminnasta, jota koskevassa päätöksenteossa otetaan huomioon, että yhteistyötä tekevät alueelliset julkisyhteisöt ovat erikokoisia, ei voida päätellä, että kyseessä ei olisi vastaava määräysvalta kuin omien toimipaikkojen osalta. Lisäksi kuntienvälisen yhteistoiminnan luonteesta seuraa, että sen sisällä ei määrää yksi

kunta yksin vaan tehdään enemmistöpäätöksiä yhteisen tavoitteen mukaisesti. Määräenemmistöpäätöksin tapahtuvaa päätöksentekoa on pidettävä oikeuskäytännössä tarkoitettuna ”vastaavana määräysvaltana”. Ucclen kunnasta, joka on edustettuna Brutélén päätöksentekoelimissä edustajiensa välityksellä, on tämän perusteella todettava, että se määrää Brutélén toiminnasta samalla tavoin kuin omien yksiköidensä toiminnasta.

41. Saksan hallitus katsoo, että julkisia hankintoja koskevia periaatteita ja sääntöjä ei ensi arviolta sovelleta nyt käsiteltävän kaltaisessa asiassa, koska molemmat Teckal-edellytykset täyttyvät. Kun ”valtaa pitäviä viranomaisia” on useita, näitä edellytyksiä on tulkittava siten, että silloin, jos hankintaviranomainen omistaa yhdessä toisten julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden kanssa toiminnan harjoittajan, tästä eri viranomaisten yhdessä käyttämästä määräysvallasta ei voida päätellä, että määräysvalta olisi heikentynyt. Useat alueelliset julkisyhteisöt voisivat esimerkiksi perustaa yhdessä organisatorisesti yhtenäisiä yksiköitä ja ”harjoittaa” niissä toimintaa yhdessä, jolloin tällaisissa tapauksissa olisi harhaanjohtavaa olettaa tämän perusteella, että yksittäiset alueelliset yhteisöt eivät käyttäisi määräysvaltaa tai että se olisi puutteellista. Saksan hallintoelimiä koskevassa lainsäädännössä on tästä monia esimerkkejä, kuten Oberfinanzdirektion-nimiset yksiköt sekä liittovaltion ja osavaltion yksiköt. Joissakin osavaltioissa on piirihallintoviranomaisia, jotka ovat sekä piirikunnan yksiköitä että myös osavaltion alempia valtiollisia viranomaisia. Joillakin osavaltioilla, esimerkiksi Brandenburgilla ja Berliinillä, on myös yhteinen Oberverwaltungsgericht. Olisi jopa harhaanjohtavaa katsoa, että alueellisilla julkisyhteisöillä ei olisi määräysvaltaa tällaisiin viranomaisiin tai että se olisi puutteellista, kun tätä viranomaistoimintaa harjoittavat useat alueelliset yhteisöt yhdessä. Samalla tavoin ”yhdessä käytettyä” mutta ei sen vuoksi kuitenkaan vähemmän tehokasta on määräysvalta, jota käytetään valittua tarjoajaa kohtaan, kun tämä on useiden julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden omistuksessa. Tällainen on Brutélén tilanne, sillä siihen kuuluu yksinomaan kuntia, jotka käyttävät yhdessä määräysvaltaansa samalla tavoin kuin suhteessa (yhteiseen) toimipaikkaansa.

42. Mikäli haluttaisiin päätellä, että määräysvalta on ”riittämätöntä” ja että julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä on sovellettava, koska hankintaviranomaisen on hallittava valittua tarjoajaa yhdessä muiden viranomaisten kanssa, tällä olisi vakavia vaikutuksia siihen, että kuntienvälisen yhteistoiminnan muodon valitsemiselle on välttämättä jätettävä harkintavaltaa. Tällaisen kuntienvälisen yhteistoiminnan muodon valintaedellytyksenä olisi silloin aina tarjouskilpailumenettely. Kuntienvälinen yhteistoiminta asetettaisiin siis valtion tehtävien organisoimisen yhtenä muotona selvästi taka-alalle verrattuna tehtävien hoitamiseen itse, jolloin julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä ei koskaan tarvitse soveltaa. Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö painostaisi siten täysin järjenvastaisella tavalla kuntia siihen suuntaan, että ne mahdollisesti jättäisivät harjoittamatta

yhteistoimintaa muiden kuntien kanssa. Tämä ei kuitenkaan ole koskaan ollut julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön tarkoituksena. Julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä sovelletaan pikemminkin vasta silloin, kun kunta turvautuu markkinoiden tarjontaan tehtäviensä hoitamiseksi.

43. Saksan hallitus viittaa lopuksi siihen, että oikeutta kunnalliseen itsehallintoon Euroopan tasolla suojaa Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja.[14] Se sisältää kuntien oikeuden hoitaa tehtäviä itse ja samoin liittyä kuntienväliseen yhteistoimintaan, ilman että sitä ennen pitäisi järjestää ”tarjouskilpailu”.

IV Oikeudellinen arviointi

44. Alankomaiden hallitus ehdottaa, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen pitäisi vastata myöntävästi. Toiseen kysymykseen on sen mielestä ensimmäisen Teckaledellytyksen ja siihen perustuvan oikeuskäytännön sekä ennakkoratkaisupyynnössä annettujen tietojen perusteella huomautettava, että jäseninä olevat kunnat ja kuntainliitot kykenevät vaikuttamaan ratkaisevasti Brutélén päätöksiin. Tämän osoittaa jo se, että koko pääoma on niillä yhdessä eikä yksityisen pääoman vastaanottaminen ole mahdollista. Ratkaisevan vaikutusvallan olemassaolon vahvistaa se, että kunnilla ja kuntainliitoilla on Brutélén päätöksentekoelimet kokonaan hallinnassaan, sillä ne koostuvat niiden edustajista. Siten kunnat ja kuntainliitot kykenevät vaikuttamaan ratkaisevasti sekä strategisiin tavoitteisiin että myös tärkeisiin päätöksiin, kuten esimerkiksi hintojen vahvistamiseen. Brutélé ei ole millään tavoin itsenäinen, eikä sitä siis voida pitää kolmantena osapuolena kuntiin ja kuntainliittoihin nähden. Kolmanteen kysymykseen on sen mielestä todettava, että jotta voidaan sanoa, että kunnalla ”on vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihinsä”, on riittävää, että kunnat ja kuntainliitot käyttävät tätä valtaa yhdessä.

45. Koska ennakkoratkaisukysymyksissä käsitellään saman kysymyksen eri puolia, tutkin ne yhdessä.

46. Kysymys on siitä, onko Ucclen kunnan kaltaisen kunnan liittymistä Brutélén kaltaiseen pelkästään kuntienväliseen osuuskuntaan ja siihen liittyvää kunnallisen kaapelitelevisioverkon hallinnoinnin siirtymistä tälle osuuskunnalle pidettävä käyttöoikeussopimuksen tekemisenä (konsessiona), joka kuuluu julkisia hankintoja koskevien yhteisön oikeuden periaatteiden soveltamisalaan, vai onko kyseessä sidosyksikön kautta tapahtuva (in house) tehtävien hoitaminen, jota ei tarvitse kilpailuttaa. Kansallisen tuomioistuimen käsittelemät seikat koskevat erityisesti

14 – Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja eli sopimus, jonka Euroopan neuvoston jäsenvaltiot allekirjoittivat 15.10.1985 Strasbourgissa, tuli voimaan 1.9.1988 (tarkemmat tiedot: http://conventions.coe.int).

sisäistä päätöksentekorakennetta: yhtäältä siis päätöksentekoelinten, kuten hallituksen ja palvelualueiden hallitusten, päätöksiä, toisaalta päätöksiä, jotka eivät suurimmaksi osaksi ole yksittäisen kunnan päätöksiä vaan enemmistöpäätöksiä. Voivatko tällaiset päätöksentekorakenteet olla sopusoinnussa oikeuskäytännössä asetetun edellytyksen ”vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihinsä” kanssa?

47. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että alueelliset julkisyhteisöt käyttävät yhdessä määräysvaltaa osuuskuntaan ja sen päätöksiin osuuskunnan sääntömääräisten elinten kautta ja että elimillä on tietyssä määrin itsemääräämisoikeus jäseniinsä nähden. Siten edellytys ”vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihinsä” ei täyty, mistä syystä kansallinen tuomioistuin ei pidä ensimmäistä kanneperustetta perusteltuna.

48. Kysymyksenasettelun jäsentämiseksi on ensin todettava, että kuten kansallinen tuomioistuin on jo perustellusti huomauttanut, vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan julkisia hankintoja koskevien sopimuksen tekomenettelyjen yhteydessä [15] julkisia palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten tekemiseen [16] ei sovelleta mitään yhteisön direktiiviä. [17] Sen, että pääasian oikeudenkäynnin tilanne kuuluu julkisia palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen alaan eikä julkisten palveluhankintojen alaan, vahvistaa se, että alueellinen julkisyhteisö ei maksa vastiketta suoritetusta palvelusta vaan vastasuoritus koostuu konsession saajan oikeudesta käyttää omaa suoritustaan hyödykseen, [18] mihin liittyy taloudellinen riski. [19]

15 – Esim. julkisia palveluhankintoja koskevien sopimuksen tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1). Julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen päätavoite on palveluiden vapaa liikkuvuus ja hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa, vrt. asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005 (Kok. 2005, s. I-1, 44 kohta).

16 – Neergaard, ”The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competion Law and National Law”, Nielsen ja Treumer (toim.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, viittaa siihen, että on olemassa oikeudellisen asiayhteyden mukaan hyvin erilaisia konsessiomalleja ja että konsessioiden malli julkisia hankintoja koskevassa yhteisön oikeudessa poikkeaa huomattavasti kilpailuoikeudellisesta ja myös kansallisesta mallista.

17 – Vrt. esim. asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-10745, 56 ja 57 kohta); asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok. 2005, s. I-7287, 9 ja 16 kohta); edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 42 kohta ja asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007 (Kok. 2007, s. I-6657, 29 kohta).

18 – Vrt. erottelussa käytettyjen perusteiden osalta edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 58 kohta. Vrt. myös legaalimääritelmä, joka sisältyy julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) 1 artiklan 4 kohtaan, joka ei ole sovellettavissa pääasian oikeudenkäynnin ajankohdan kannalta merkityksellisiin tapahtumiin mutta jonka mukaan käyttöoikeussopimuksilla tarkoitetaan ”muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko puhtaasti palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä”. Kyseessä on olemassa olevien laitosten käyttäminen ja ylläpitäminen; vrt. Trepte, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, 4.42 kohta. Lähtökohtaisesti on otettava huomioon, että luonnehtiminen palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi on kysymys, jota on arvioitava yhteisön oikeuden kannalta, vrt. edellä alaviitteessä 17 mainittu asia komissio v. Italia, tuomion 31 kohta.

19 – Edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 40 kohta. Ks. tästä yksityiskohtaisesti myös Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 6.62 ja 6.63 kohta.

49. Koska viranomaisten tekemistä palveluja koskevista käyttöoikeussopimuksista ei ollut pääasian oikeudenkäynnin kannalta merkityksellisten tapahtumien tapahtuma-aikana olemassa menettelyjen yhteensovittamisesta annettua direktiiviä, [20] on seurauksia, jotka ilmenevät yhteisön oikeudesta tällaisten käyttöoikeussopimusten tekemisen osalta, edelleen tutkittava yksinomaan primäärioikeuden ja erityisesti EY:n perustamissopimuksen mukaisten perusvapauksien valossa. [21]

50. Sen mukaan julkisia palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin sovelletaan yhdenvertaista kohtelua ja avoimuutta koskevia vaatimuksia, [22] erityisesti EY 12, EY 43 ja EY 49 artiklaan sisältyvää kansalaisuuteen perustuvaa välillistä syrjintää koskevaa kieltoa, [23] jotka tekevät yleensä tarjouskilpailun järjestämisen välttämättömäksi.

51. Sidosyksikkömuodossa tapahtuvaa (in house) tehtävien hoitamista [24] koskeva poikkeus on jo edellä mainitusta asiassa Teckal annetusta tuomiosta [25] alkaneen ja sittemmin edelleen kehitetyn [26] ja kaikkiin yhteisön oikeussääntöihin julkisten hankintojen ja julkisia palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten alalla sovelletun [27] oikeuskäytännön mukaan voimassa silloin, kun on olemassa toimenpide, joka on sisällöltään sellainen, että kyseessä on tavallaan hallinnon sisäinen toimenpide. [28] Sen mukaan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella tarjouskilpailu – silloinkin, kun sopimuskumppani on laitos, joka on oikeudellisesti erillään hankintaviranomaisesta – ei ole välttämätön silloin, jos kaksi edellytystä täyttyy: ensinnäkin hankintaviranomaisella on oltava kyseiseen elimeen vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä, ja toiseksi tämän laitoksen on harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa. [29]

20 – Tilanne ei ole myöhemmin annetun direktiivin 2004/18 (mainittu edellä alaviitteessä 18) myötä juurikaan muuttunut, sillä vaikka siinä määritellään palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten käsite, sitä ei tämän direktiivin 17 artiklan mukaan kuitenkaan sovelleta tällaisiin käyttöoikeussopimuksiin. Vrt. yksityiskohtaisemmin Flamme, Flamme ja Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, 2005, s. 19–.

21 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Coname, tuomion 16 kohta; alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 46 kohta ja asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok. 2006, s. I-3303, 18 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Broussy, Donnat ja Lambert, ”Délégations de services publics”, *L'actualité juridique – droit administratif (AJDA)*, 2005, s. 2340–, erityisesti s. 2341 antavat aiheen ajatella, että tällaiseen syrjintäkiellon periaatteen soveltamiseen sisältyy se riski, että julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö ulottuu tulevaisuudessa huomattavasti sovellettavia direktiivejä laajemmalle ja että se kattaa jopa tilanteet, joiden arvo ei ole direktiivien soveltamisalan kynnysarvon tasolla.

22 – Trepte, ”Transparency Requirements”, Nielsen ja Treumer (toim.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, viittaa siihen, että avoimuuden käsitettä on julkisia hankintoja koskevassa yhteisön oikeudessa rajattu siten, että se liittyy jäsenvaltioista peräisin olevien tarjoajien yhdenvertaiseen kohteluun eikä tätä laajempaan avoimuuteen.

23 – Vrt. mm. edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 60 ja 61 kohta ja sekä alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 47 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

24 – Nimitys ei ole yhtenäinen, usein puhutaan (lähes) ”in house -hankinnasta” (talonsisäisestä hankinnasta) tai ”in house -kaupasta” (laajemmassa merkityksessä).

25 – Mainittu edellä alaviitteessä 8.

26 – Vrt. erityisesti edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 49 kohta; alaviitteessä 17 mainittu asia Coname, tuomion 23–26 kohta; alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 56 kohta ja sitä seuraavat kohdat; alaviitteessä 21 mainittu asia ANAV, tuomion 24 kohta; alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 36 ja 37 kohta; asia C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), tuomio 19.4.2007 (Kok. 2007, s. I-2999, 55–57 kohta) ja asia C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, tuomio 18.12.2007 (Kok. 2007, s. I-12175, 58 kohta).

27 – Yhteisöjen tuomioistuin tekee edellä alaviitteessä 12 mainitussa asiassa Parking Brixen (tuomion 61 kohta) selväksi, että näitä kahta Teckal-edellytystä ei sovelleta yksinomaan julkisia hankintoja koskevien yhteisön direktiivien alalla vaan yleisesti julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden alalla.

28 – Edellä alaviitteessä 20 mainitut Flamme, Flamme ja Dardenne, s. 32, 20 kohta, viittaavat (edellä alaviitteessä 8 mainitun) asiassa Teckal annetun tuomion 49 ja 50 kohtaan ja toteavat, että sidosyksikköhankintoja koskevan poikkeuksen taustalla on se yksinkertainen käsitys, että ”sopimuksen tekeminen itsensä kanssa” ei ole mahdollista.

29 – Vrt. edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Teckal, tuomion 50 kohta; alaviitteessä 15 mainittu asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 49 kohta; asia C-84/03, komissio v. Espanja, tuomio 13.1.2005 (Kok. 2005, s. I-139, 38 kohta); asia C-29/04, komissio v. Itävalta, tuomio 10.11.2005 (Kok. 2005, s. I-9705, 34 kohta); edellä alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 33 kohta ja alaviitteessä 26 mainittu asia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), tuomion 35 kohta.

A *Ensimmäinen Teckal-edellytys*

52. Ensimmäinen edellytys, eli edellytys ”vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihinsä”, edellyttää kuitenkin tutkimusta.

1. Sekamuotoisten yritysten poissulkeminen

53. Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee asiassa Stadt Halle ja RPL Lochau annetusta tuomiosta [30] lähtien epäilyksettä, että sekamuotoisia yrityksiä ei missään tapauksessa ole pidettävä sellaisena toimipaikkana, joista voidaan määrätä samalla tavoin kuin omista toimipaikoista, riippumatta siitä, miten vähäinen yksityisen pääoman osuus on. [31] Siinä yhteydessä riittää mahdollisuuksien avaaminen yksityiselle pääomalle, silloinkin, kun se ei (vielä) ole tosiasiallisesti mukana. [32] Myös pian sopimuksen tekemisen jälkeen tapahtunut pääomaosuuksien luovuttaminen yksityisille on otettava mukaan arviointiin. [33]

54. Pääasian oikeudenkäyntiin liittyvien kaltaisissa tilanteissa yksityistä pääomaa koskevaan kysymykseen on vastattava yksiselitteisen kieltävästi. Yksityisellä pääomalla ei ole mitään osuutta, eikä Brutélé ole myöskään avoinna yksityiselle pääomalle.

2. Muita merkityksellisiä seikkoja

55. Oikeuskäytännöstä ilmenee kuitenkin, että toteamus, jonka mukaan yksityinen pääoma ei ole mukana tai sitä ei hyväksytä,

30 – Paljon huomiota saaneessa, edellä alaviitteessä 15 mainitussa asiassa Stadt Halle ja RPL Lochau annetun tuomion 49 kohdassa todetaan seuraavaa: ”Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan ei ole mahdotonta, etteikö voisi olla myös muita sellaisia tilanteita, joissa tarjouskilpailua ei ole pakko järjestää siitä huolimatta, että sopimuskumppani on hankintaviranomaisesta oikeudellisesti erillinen yksikkö. Näin on siinä tilanteessa, jossa hankintaviranomaisena toimiva viranomainen valvoo kyseistä erillistä yksikköä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja jossa tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa (ks. vastaavasti em. asia Teckal, tuomion 50 kohta). On muistettava, että edellä mainitussa tapauksessa erillinen yksikkö oli täysin viranomaisten omistuksessa. Sitä vastoin yksityisen yrityksen osakkuus – jopa vähemmistöosakkuus – sellaisessa yhtiössä, jossa myös kyseinen hankintaviranomainen on mukana, sulkee joka tapauksessa pois sen, että kyseinen hankintaviranomainen voisi valvoa kyseistä yhtiötä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan.” Belorgey, Gervasoni ja Lambert, ”Qualification de marché public”, *AJDA*, 2005, s. 1113–, erityisesti s. 1114, viittaavat asiassa C-18/01, Korhonen ym., 22.5.2003 annettuun tuomioon (Kok. 2003, s. I-5321) ja pitävät lähtökohtana sitä, että asiassa Stadt Halle ja RPL Lochan annetussa tuomiossa on vahvistettu nimenomaisesti se, mikä oikeuskäytännössä oli aikaisemmin jo implisiittisesti ollut voimassa.

31 – Vrt. mm. edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Coname, tuomion 26 kohta; alaviitteessä 29 mainittu asia komissio v. Itävalta, tuomion 46 kohta; alaviitteessä 21 mainittu asia ANAV, tuomion 31 kohta ja asia C-220/05, Auroux ym., tuomio 18.1.2007 (Kok. 2007, s. I-389, 64 kohta). On edelleen epäselvää, miten on arvioitava yksityishenkilöiden tai voittoa tavoittelemattomien järjestöjen osuutta esim. sosiaali- ja kulttuurialalla (vrt. tästä edellä alaviitteessä 2 mainittu Egger, s. 170, 637 kohta).

32 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Coname, tuomion 26 kohta ja alaviitteessä 21 mainittu asia ANAV, tuomion 30–32 kohta.

33 – Edellä alaviitteessä 29 mainittu asia komissio v. Itävalta, tuomion 38–42 kohta: tällaisessa tapauksessa on tutkittava sopimuksen tekoa siten, että otetaan huomioon kaikkien vaiheiden kokonaisuus (sopimuksen tekeminen ja pääomajärjestelyt) sekä sopimuksen tavoitteet.

ei missään tapauksessa vielä riittävästi vastaa Teckal-edellytystä ”vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä”. [34] Myös kansallisen tuomioistuimen kysymyksiä on selvästi tulkittava tätä taustaa vasten.

56. Muutamista tuomioista, jotka koskevat ensimmäistä Teckal-edellytystä, ilmenee, että ”on otettava huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset lainsäännökset sekä olosuhteet”. [35] ”Niitä koskevasta tarkastelusta on seurattava, että kyseinen käyttöoikeuden saava yritys on sellaisen määräysvallan alainen, jossa käyttöoikeuden luovuttava viranomainen voi vaikuttaa mainitun yksikön päätöksiin. Kyseessä on oltava mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä strategisiin tavoitteisiin että tärkeisiin päätöksiin.” [36]

57. Erityisesti asiassa Parking-Brixen annetusta tuomiosta on luettavissa, miten erilaisilla edellytyksillä voi olla tältä osin merkitystä: muuttaminen osakeyhtiöiksi, yhtiön toimialan laajentaminen, yhtiön lyhyellä tähtäimellä tapahtuva osakepääoman pakollinen avaaminen muiden omistukselle, alueellisen toiminta-alan laajentaminen ja hallitukselle annetut huomattavat toimivaltuudet johtivat kyseisessä tuomiossa kokonaistarkastelun perusteella siihen, että asianomainen yhtiö oli yhteisöjen tuomioistuimen mielestä toimintaperiaatteiltaan liiketoiminnallinen ja sen itsenäisyys oli niin suuri, ettei ollut mahdollista, että konsession myöntävällä viranomaisella olisi konsession saavaan yksikköön vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihinsä. [37]

58. Arvioitaessa näitä kysymyksiä asiassa Parking Brixen kahdella perusryhmällä oli siis selvästi merkitystä: sekä konsession saavan yksikön toimintaperiaatteiden liiketoiminnallisuuden määrällä että sen itsenäisyyden määrällä. [38] Nämä ryhmät ovat samat kuin asiassa Teckal, jonka tuomion 51 kohdassa niin ikään mainittiin edellytyksenä asianomaisen yksikön oman päätöksentekovallan olemassaolo tai puuttuminen viranomaisiin nähden. [39]

59. Yhteisöjen tuomioistuin on Teckal-edellytyksiä koskevassa tähänastisessa oikeuskäytännössään kuitenkin kiinnittänyt vain harvoissa tapauksissa huomiota tällaisiin muihin seikkoihin. Molemmissa edellä main-

34 – Vrt. myös mm. Probst ja Wurzel, ”Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergaberechtswidrigen Verträgen”, *European Law Reporter* 2007, s. 257–, erityisesti s. 261.

35 – Edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 65 kohta ja alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 36 kohta.

36 – Edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 65 kohta ja alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 36 kohta.

37 – Edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 67–70 kohta. Vrt. Kotschy, ”Arrêts 'Stadt Halle', 'Coname' et 'Parking Brixen'”, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, nro 4, s. 845–, erityisesti s. 853, joka suhtautuu kriittisesti edellytyksiin, jotka saattaisivat tämän seurauksena johtaa siihen, että julkisoikeudellisten laitosten tehtäviensä hoitamiseksi ylläpitämille laitoksille vahvistettaisiin tietyt oikeudelliset muodot.

38 – Mitä selvempi on läheinen yhteys hankintaviranomaiseen tai käyttöoikeuden luovuttajaan ja mitä rajoitetumpia ovat valitun tarjoajan tai käyttöoikeuden saajan mahdollisuudet toimia markkinoilla kaupallisesti kolmansien osapuolten hyväksi, sitä helpompaa on perustella olettamaa, jonka mukaan kyseessä on in house -järjestely, korostavat Probst ja Wurzel (edellä alaviitteessä 34 mainittu julkaisu, s. 261).

39 – Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Teckal, tuomion 51 kohta.

ituissa tapauksissa eli asiassa Parking Brixen ja asiassa Carbotermo toteutuivat useat näistä seikoista, joiden joukossa oli kummassakin tapauksessa vain kattavien valtuuksien tai huomattavan toimivallan siirtäminen hallitukselle.

60. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa Parking Brixen antamassaan tuomiossa, että Stadtwerke Brixen AG oli toimintaperiaatteiltaan pikemminkin liiketoiminnallinen, minkä vuoksi kunnan määräysvalta jäi epävarmalle pohjalle, ja esitti tälle kaiken kaikkiaan viisi perustelua, [40] joihin kuuluivat yhtiön lyhyellä tähtäimellä tapahtuva osakepääoman pakollinen avaaminen muiden omistukselle ja yhtiön alueellisen toiminta-alan laajentuminen kaikkialle Italiaan ja ulkomaille. [41]

61. Asiassa Carbotermo annetussa tuomiossa oli oleellista se, että asianomaisen italialaisen kunnan Busto Arsizion mahdollinen vaikuttaminen erilaisia yleishyödyllisiä palveluja suorittavan yrityksen AGESP SpA:n päätöksiin tapahtui niiden välissä olleen holdingyhtiön välityksellä. [42] Yhteisöjen tuomioistuin totesi tästä, että tällaisen välittäjän mukanaolo voi kyseessä olevan tapauksen olosuhteista riippuen heikentää määräysvaltaa, joka hankintaviranomaisella mahdollisesti on osakeyhtiöön pelkästään sen perusteella, että se omistaa osan yhtiön osakepääomasta. [43]

62. On siis todettava, että näissä tapauksissa toteutui useita erityisiä seikkoja, joiden perusteella kokonaistarkastelu [44] suoritettiin.

3. Pelkästään kuntienvälistä yhteistoimintaa ei ole automaattisesti vapautettu kilpailuttamisesta, mutta yleensä kilpailuttamista ei tarvita

63. Moni seikka puoltaa kuitenkin sitä, että tilanteet, jotka olivat asiassa Parking Brixen ja asiassa Carbotermo annettujen tuomioiden taustalla, olivat yksittäistapauksia, joissa yhteisöjen tuomioistuin katsoi rajan ylitetyn, ja että yleisen edun mukaisten tehtävien

40 – Ferrari puhuu tässä yhteydessä riippumattomuuden indisioista, mikä ei ole yhteensopivaa käsitteen ”vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihinsä” kanssa (Ferrari, ”Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, s. 271–, erityisesti s. 273).

41 – Edellä alaviitteessä 12 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 67 kohta. Jennert, ”Das Urteil 'Parking Brixen'”, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)*, 2005, s. 623–, erityisesti s. 626, huomauttaa, että sen mukaan ei ole sallittua varmistaa kotimarkkinoita sillä, että talonsisäisiä sopimuksia ei kilpailuteta, jos samaan aikaan osallistutaan kilpailuun laajentamalla toimintaa alueen ulkopuolelle.

42 – Julkisasiamies Stix-Hackl toteaa edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Carbotermo ja Consorzio Alisei 12.1.2006 antamansa ratkaisuehdotuksen 22 ja 23 kohdassa, että kyseiselle asialle oli ominaista, samalla tavoin kuin asiassa Stadt Halle ja RPL Lochan, se, että ”sopimusta” ei ollut tehty suoraan sen yksikön kanssa, jossa alueellinen yhteisö on suoraan osakkaana, vaan kyseessä oli välillinen omistus.

43 – Edellä alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 39 kohta.

44 – Jennert puhuu osuvasti ”kokonaistarkastelusta” (mainittu edellä alaviitteessä 41, s. 625).

ulkoistamista yksikölle, joka on pelkästään julkisoikeudellisten yhteisöjen yhteistoiminnallinen yksikkö, jossa yksityinen pääoma ei ole millään tavoin mukana, ei voida katsoa kylläkään automaattisesti [45] mutta kuitenkin lähtökohtaisesti vapautetun kilpailuttamisesta. Tätä puoltavat seuraavassa esitettävät yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön asiayhteydet ja kehitysvaiheet.

64. Edellä mainitussa asiassa Carbotermo annetussa tuomiossa, jossa muut seikat ratkaisivat sen, että kilpailuttamista ei voitu pitää tarpeettomana, todettiin sanatarkasti seuraavaa: ”Se, että hankintaviranomainen omistaa joko yksin tai yhdessä muiden viranomaisten kanssa kokonaan sen yhtiön osakepääoman, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, voi olla osoitus – ei kuitenkaan ratkaiseva – siitä, että kyseisellä hankintaviranomaisella on tähän yhtiöön edellä mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohdassa tarkoitetulla tavalla vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä.” [46]

65. Asiassa Carbotermo annetun tuomion seuraavista kohdista ilmenee, että tällä rajoituksella, joka ”ei kuitenkaan ole ratkaiseva”, tarkoitetaan mainittuja muita seikkoja, jotka ovat seuraavat: määräysvallan heikentäminen sillä, että välissä on holdingyhtiö, vaikka viimeksi mainitun pääoma on 99,98-prosenttisesti kyseisen alueellisen julkisyhteisön hallussa, ja hallituksen laajat valtuudet sekä holdingyhtiössä että myös holdingyhtiön perustamassa siinä osakeyhtiössä, jonka määräysvallasta on kyse. [47] Asianomaisissa yhtiöjärjestyksissä ei yhteisöjen tuomioistuimen mielestä varattu kunnille minkäänlaista määräysvaltaa tai erityistä äänivaltaa näille hallituksille myönnetyn toimintavapauden rajoittamiseksi. Määräysvalta, joka kunnilla oli näihin kahteen yhtiöön, rajoittui pääasiassa siihen toimintavapauteen, joka yhtiöoikeudessa myönnetään osakkaiden enemmistölle, mikä rajoitti huomattavasti kunnan valtaa vaikuttaa näiden yhtiöiden päätöksiin. [48]

66. Sitä vastoin tuoreempi asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) annettu tuomio osoittaa, että kun kyseessä on pelkästään kuntienvälinen yhteistoiminta, on yleensä katsottava, että ensimmäinen Teckal-edellytys – ”vastaava määräysvalta kuin omiin yksikköihin” – täyttyy, jolloin normaalitapauksessa ei ole tarpeen tehdä laajempaa selvitystä sisäisistä päätöksentekorakenteista ja määräenemmistösuhteista. Edellä siteerattu asiassa Carbotermo annetun tuomion kohta [49] toistettiin näet myöhemmin asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) annetun tuomion 57 kohdassa, mutta sitä muutettiin hieman. Kun sanamuoto oli asiassa Carbotermo annetussa tuomiossa ”– ei kuitenkaan ratkaiseva –”, asiassa Asemfo annetussa tuomiossa lukee

45 – Edellä alaviitteessä 29 mainittu asia komissio v. Espanja, tuomion 40 kohta.

46 – Edellä alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 37 kohta.

47 – Edellä alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 38–40 kohta.

48 – Edellä alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 38 kohta.

49 – Edellä alaviitteessä 11 mainittu asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 37 kohta: ”Se, että hankintaviranomainen omistaa joko yksin tai yhdessä muiden viranomaisten kanssa kokonaan sen yhtiön osakepääoman, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, voi olla osoitus – ei kuitenkaan ratkaiseva – siitä, että kyseisellä hankintaviranomaisella on tähän yhtiöön edellä [alaviitteessä 8] mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohdassa tarkoitetulla tavalla vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä.”

tässä kohdassa ”lähtökohtaisesti”. Siten ilmaisu ”– – voi olla osoitus – ei kuitenkaan ratkaiseva – siitä, että – –” on *nyttemmin* ”– – voi lähtökohtaisesti olla osoitus siitä, että – –”.

67. Moni seikka puoltaa siis sitä, että silloin, jos hankintaviranomaisella tai palveluja koskevan konsession myöntävällä viranomaisella on yksin tai yhdessä muiden viranomaisten kanssa [50] hallussaan valitun tarjoajan tai konsession saavan yksikön pääoma kokonaisuudessaan, tämä osoittaa yleensä, että sillä on tähän yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohdassa tarkoitetulla tavalla. Tätä sääntöä voidaan kyllä horjuttaa, [51] mutta kuten edellä on jo osoitettu, [52] vain erityisten seikkojen toteutuessa.

4. Yksityiskohtaisen määräysvaltaa koskevan tarkastelun edellytykset

68. Siltä osin kuin yksittäisten julkisyhteisöjen määräysvaltaa pelkästään julkisyhteisöistä koostuvan osuuskunnan sisällä koskevalla kysymyksellä on merkitystä nyt käsiteltävässä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä, voidaan todeta seuraavaa.

69. Jo asia Teckal koski kuntienvälistä yhteistoimintaa, [53] jossa määräysvaltakysymystä käsiteltiin osuuksien suuruuden perusteella: kyseessä oli Reggio Emilian 45 kunnan perustama kuntayhtymä, jossa kyseisen asian kohteena olleella Vianon kunnalla oli 0,9 prosentin osuus. Julkisasiamies Cosmas huomautti tästä, että on ”epätodennäköistä, että Vianon kunnan voitaisiin katsoa harjoittavan – – vastaavanlaista valvontaa kuin mitä jokin yksikkö harjoittaa sisäisen yksikkönsä osalta”. [54] Tuomiossa itsessään ei todeta tästä mitään, eikä tätä seikkaa käsitellä erityisesti tuomion 50 kohdassa [55] määräysvaltaedellytykseen (eli ’valvontaan’) liittyvässä sanamuodossa. On kuitenkin todettava, että yhteisöjen tuomioistuin ei vastannut tässä tuomiossa ainakaan automaattisesti kieltävästi kysymykseen, joka koski sellaisen kunnan määräysvaltaa, jolla on verrattain pieni osuus liiketoi-

50 – Enemmistön harjoittamaa valvontaa ei näet ole ensi arviolta poissuljettu, vrt. myös Fenoyl, ”Contrats ’in house’ – état des lieux après l’arrêt Asemfo”, *AJDA*, 2007, s. 1759–, erityisesti s. 1761.

51 – Edellä alaviitteessä 2 mainittu Egger (s. 169, 626 kohta) puhuu perustellusti kumottavissa olevasta olettamasta.

52 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 55 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

53 – Tähän viittaavat myös Pape ja Holz, ”Vergabefreie In-house-Geschäfte”, *NJW*, 2005, s. 2264–, erityisesti s. 2265. He esittävät, että vaikka useiden julkisyhteisöjen yhteistoimintaa ei voida pitää sidosyksikköhankintana, kun sitä tarkastellaan täysin muodollisin perustein, koska muiden osuuksienomistajien puheoikeuksien perusteella ei voida ilman muuta todeta, onko jokaisella osuudenomistajalla yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä, toiminnallisen tarkastelutavan perusteella on asianmukaista, että myös tätä pidetään sidosyksikköhankintana.

54 – Julkisasiamies Cosmasin edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa Teckal 1.7.1999 antama ratkaisuehdotus (61 kohta).

55 – Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Teckal.

minnasta ja äänimäärästä, ja jätti ennakkoratkaisupyynnön esittäneelle tuomioistuimelle siten mahdollisuuden katsoa, että määräysvaltaedellytys täyttyi pääasian kohteena olleessa tilanteessa.

70. Tämän jälkeen tähän kysymykseen on annettu kuitenkin vuonna 2005 asiassa Coname annetussa tuomiossa päinvastainen vastaus, sillä 0,97 prosentin osuutta osakepääomasta pidettiin riittämättömänä. [56]

71. Asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) annetussa tuomiossa tehtiin kuitenkin selväksi, että yhden yksittäisen julkisyhteisön osuus julkisyhteisöjen yhteenliittymästä ei (enää) ole määräysvallan mittausperusteena. Yhteisöjen tuomioistuin selvensi nimenomaisesti, että niinkin pieni osuus kuin esimerkiksi 0,25 prosenttia tällaisen yhteenliittymän pääomasta (1 prosentti pääomasta oli neljällä itsehallintoalueella, joilla kullakin oli yksi osake) ei ole esteenä sille, että kaikkien siihen osallistuvien alueellisten yhteisöjen osalta voidaan olettaa, että kyseessä on tehtävien hoitaminen sidosyksikön kautta. [57]

72. Edellä mainitussa asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) annetun tuomion taustalla olevan tilanteen osalta on huomattava lisäksi, että määräysvalta riidanalaisilla rakennusurakoilla toteutetussa laitoksessa oli ilmeisesti valtion keskushallinnolla eikä neljällä itsehallintoalueella, joiden osuus pääomasta oli yhteensä 1 prosentti. [58] Tämä ei estänyt yhteisöjen tuomioistuinta katsomasta, että ensimmäinen

56 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Coname, tuomion 23 ja 24 kohta. Kyseisen pääasian kohteena oleva yritys oli lisäksi – ainakin osittain – avoinna yksityiselle pääomalle, vrt. asia Coname, tuomion 26 kohta.

57 – Edellä alaviitteessä 26 mainittu asia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), tuomion 58–60 kohta. Sen 59 kohdassa todetaan seuraavaa: ”Väitettä siitä, että mainittu edellytys täyttyy vain niiden hankintojen osalta, jotka on tehty Espanjan valtion toimeksiannosta, eikä niiden osalta, joiden toimeksiantajana ovat itsehallintoalueet, joihin nähden Tragsaa pitäisi pitää kolmantena henkilönä, ei siis voida hyväksyä.” Tuomion 61 kohdasta ilmenee, että tämä toteamus ei koske kaikkia Espanjan itsehallintoalueita, vaikka Tragsa toimii niillä kaikilla (vrt. julkisasiamies Geelhoedin edellä alaviitteessä 16 mainitussa asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) 28.9.2006 antama ratkaisuehdotus, 13 ja 14 kohta), vaan niitä, jotka omistavat osan sen pääomasta.

58 – Edellä alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) annetun tuomion 13 kohdan 5 alakohdasta ilmenee kansallisen lainsäädännön osalta seuraavaa: ”Maatalous-, kalastus- ja elintarvikeministeriö sekä ympäristöministeriö hoitavat Tragsan ja sen tytäryhtiöiden osalta organisaatioon, valvontaan ja tarkastukseen liittyvät tehtävät”. Siten valvontaa koskeva toimivalta on keskushallinnolla eikä itsehallintoalueilla. Myös julkisasiamies Geelhoed toteaa alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) 28.9.2006 antamansa ratkaisuehdotuksen 51 kohdassa, että itsehallintoalueet eivät itse käyttäneet määräysvaltaa eikä sitä voitu johtaa myöskään siitä, että ne olivat osakkeenomistajia. Määräysvalta oli näet pääomistajalla, Espanjan valtiolla eli keskushallinnolla. Tuomion 51 kohdassa todetaan tästä seuraavaa: ”Mainittakoon vielä kuninkaan asetuksen 371/1999 3 §:n 6 momentti, jonka mukaan Tragsan ja näiden julkisyhteisöjen välinen suhde ei ole luonteeltaan sopimussuhteeseen perustuva vaan kaikilta osin hallinnonsisäinen, riippuvuussuhteessa hallintoon ja sille alisteinen, koska tämä yhtiö on niiden oma toiminnallinen väline ja tekninen yksikkö.” Lisäksi 59–61 kohdassa esitetään itsehallintoalueiden määräysvaltaa koskevasta kysymyksestä aivan muita perusteluita kuin sisäiset päätöksentekorakenteet: eli se, että on olemassa lakiin perustuva velvollisuus toteuttaa annetut toimeksiannot, että hinnat on vahvistettu valtion tasolla ja että suhde ei perustu sopimukseen.

Teckal-edellytys ei täyttynyt ainoastaan Espanjan valtion vaan nimenomaisesti myös itsehallintoalueiden osalta, kun niillä oli osuus pääomasta. [59] Tuomiosta ei voida kuitenkaan päätellä itsehallintoalueiden määräysvallan osalta, liittyykö tähän oikeuskäytännön uusi tarkistus vai olivatko pikemminkin kyseiseen tapaukseen liittyvät erityiset seikat ratkaisevia, kuten voidaan olettaa. [60] On joka tapauksessa selvää, että sisäisen määräys- ja päätöksentekovallan merkitystä ei saada yliarvioida silloin, kun kyseessä on pelkästään julkisyhteisöjen välinen yhteistoiminta.

73. Oikeuskäytännössä yhtiöosuuksien suuruuden osalta tehdystä selvennyksestä ilmenee johdonmukaisesti, [61] kuten jo monikon käytöstä toisen Teckal-edellytyksen sanamuodossa – ”tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan viranomaisen tai omistavien viranomaisten kanssa” – on kieliopillisesti johdettavissa, [62] että ei edellytetä asianomaisen julkisyhteisön täydellistä omaa määräysvaltaa vaan että yhteinen ja enemmistöön perustuva määräysvalta riittää. [63]

74. Ratkaisevaa lienee se, onko osuuden omistavilla julkisyhteisöillä kokonaisuutena arvioituna määräysvalta kyseiseen oikeushenkilöön, tässä tapauksessa Brutélé-osuuskuntaan, vai toimiiko tämä osuuskunta tämän yhteisen määräysvallan ulkopuolella.

5. Välipäätelmä

75. Oikeudellinen tarkastelu on selventänyt, että pelkästään kuntienvälisen yhteistoiminnan pitäisi voida yleensä olla vapautettu kilpailutuksesta, jos ei ole useita erityisiä seikkoja, jotka osoittavat, että toimintaperiaatteet ovat siinä määrin liiketoiminnallisia ja kuntienvälinen yksikkö on siinä määrin itsenäinen, että yleisen edun mukaisten tehtävien hoitamiseksi tarvittavaa kuntienvälistä yhteistyötä ei enää jää julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle.

59 – Siinä yhteydessä julkisasiamies Geelhoed tarkasteli edellä alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) 28.9.2006 antamassaan ratkaisuehdotuksessa tätä ongelmaa nimenomaisesti ja yksityiskohtaisesti ja totesi, että alueiden omat vaikutusmahdollisuudet puuttuivat kokonaan (98–101 kohta). Tätä pitää ongelmana myös Broussy, Donnat ja Lambert, ”Actualité du droit communautaire, Marché in house”, *AJDA*, 2007, s. 1125–, erityisesti s. 1126.

60 – Kuten Müller, ”Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?”, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis (ZVB)*, 2007, s. 197, erityisesti s. 202, perustellusti korostaa, toteutuivat erityisolosuhteet mm. siinä, että oli olemassa lakiin perustuva velvollisuus ottaa vastaan ja toteuttaa toimeksiantoja, ja siinä, että viranomaiset vahvistivat maksut. Vrt. myös Piazzoni, ”Précisions jurisprudentielles sur les contrats ‘in house’”, *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2007, nro 12, s. 56–, erityisesti s. 58 ja Mok, ”Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05”, *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2007, nro 417, s. 4413–, erityisesti s. 4423.

61 – Vrt. systemaattisen tulkinnan osalta erityisesti Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2006, s. 253–.

62 – Vrt. kieliopillisen tulkinnan osalta erityisesti Riesenhuber, *ibid*, s. 250–.

63 – Vrt. myös mm. Dreher, ”Das In-house-Geschäft”, *NzBau*, 2004, s. 14–, erityisesti s. 17, joka korostaa, että painopiste on valitun tarjoajan oman päätöksentekovallan puuttumisella. Vrt. myös Dischendorfer, ”The Compatibility of Contracts Awarded Directly to ’Joint Executive Services’ with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, Asemfo v Tragsa”, *Public Procurement Law Review*, 2007, s. NA123–, erityisesti s. NA129.

76. Vaikka tähän mennessä ei ole vielä saavutettu oikeusvarmuutta [64] senkaltaisten edellytysten tarkan rajaamisen osalta kuin ”toimintaperiaatteiden liiketoiminnallisuuden määrä” ja ”itsenäisyyden määrä”, eli ei ole selvää, mistä alkaen yleisen edun mukaisten tehtävien hoitamiseksi tarvittavaan kuntienväliseen yhteistyöhön aletaan soveltaa julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, ei ole kuitenkaan mitään syytä katsoa, että yhteistoiminta Brutélén sisällä ylittäisi nämä rajat.

Lisättäköön, että palvelualueen alialueiden osalta on havaittavissa, että yksittäisten kuntien päätöksillä on jopa suurempi painoarvo. Brutélén toimintaperiaatteiden liiketoiminnallisuus liittyy yleisen edun mukaisiin tehtäviin, kuten kaapelitelevisio-, puhelin- ja internetpalveluihin, eikä ole mitään viitteitä siitä, että julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kannalta neutraali taso olisi – vaikka sitä koskevat edellytykset ovatkin epätäsmällisiä – ylitetty.

77. On kansallisten tuomioistuinten, tässä tapauksessa ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen, asiana arvioida näitä seikkoja tietyssä yksittäistapauksessa. Nyt käsiteltävän asian osalta tällaisessa arvioinnissa ei voida todeta edellä mainittuja rajan ylityksiä. Brutélén sisäisille päätöksentekorakenteille on näet ominaista osuuden omistavien alueellisten yhteisöjen yhteinen määräysvalta, jota ne käyttävät enemmistöpäätösten välityksellä. Ne eivät käytä määräysvaltaansa vain yleiskokouksessa vaan myös hallituksessa, joka koostuu kuntien edustajista. Siten määräysvaltaa koskevaan kysymykseen on jo vastattu riittävällä tavalla ja myöntävästi.

78. Kaikki puoltaa siis sitä, että nyt käsiteltävän kaltaisessa asiassa harjoitetaan julkisyhteisöjen yhteistoimintaa ilman kilpailuttamisvelvollisuutta.

79. Coditelin näkemyksen vastaisesti tässä asiayhteydessä ei ole merkitystä sillä, että Brutélé tarjoaa palvelunsa käyttäjille kaupallisin perustein ja kilpailee [65] siten automaattisesti muiden, yksityisten tarjoajien kanssa.

64 – Vrt. oikeusvarmuudesta, joka puuttuu yleisesti useiden epämääräisten oikeudellisten käsitteiden osalta, ja Teckal-edellytyksiä koskevista rajausongelmista myös mm. edellä alaviitteessä 41 mainittu Jennert, s. 625 ja 626, joka suhtautuu myönteisesti siihen, että kyseisessä tuomiossa lisätään oikeusvarmuutta konkreettisilla ja käytännönläheisillä edellytyksillä, ja viittaa samalla avoimiin kysymyksiin, jotka koskevat erityisesti sitä, että jo paljon aikaisemmin in house -sopimuksia koskevan oikeuskäytännön soveltamisen perusteella tarjoajaksi valitun kunnallisen yhtiön osuuksia luovutetaan yksityisille, ja toteaa, että myös osuuksien luovuttamiseen sovelletaan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta; julkisasiamies Stix-Hacklin edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Carbotermo ja Consorzio Alisei 12.1.2006 antaman ratkaisuehdotuksen 17 kohta; Söbbeke, ”Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, s. 996–, erityisesti s. 997, toteaa, että epätarkkuudet, jotka ovat vaikeuttaneet Teckal-päätöksestä lähtien in house -sopimusten oikeudellisen käsitteen soveltamista poikkeuksena kilpailuttamisvelvollisuudesta, ovat myöhemmin vähentyneet asiassa Stadt Halle ja asiassa Carbotermo annettujen tuomioiden myötä.

65 – Arvioinnin kannalta on myös merkityksetöntä, että tällaisella sidosyksikkömallisella tehtävien hoitamisella muut yritykset, jotka ovat myös valmiita ottamaan kyseisen tehtävän hoitaakseen, suljetaan pois kilpailusta, sillä tämä vaikutus kuuluu olennaisena osana sidosyksikkömallin mukaiseen tehtävien hoitamiseen (edellä alaviitteessä 2 mainittu Egger, s. 163, 600 kohta).

6. Kuntienvälisen yhteistoiminnan arvo

80. Vaikka siis mielestäni nyt käsiteltäviin kysymyksiin on jo vastattu, haluaisin vielä korostaa lyhyesti lopputulosta ja samalla käsitellä Coditelin ja komission vastaväitteet.

81. Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö on nyt ja jatkossakin yksi vaikuttavimmista jäsenvaltioiden ja EU:n toimielimien poliittisista välineistä Euroopan yhdentymisprosessissa. [66] Tätä potentiaalia ei kuitenkaan saa ottaa ajattelemattomasti käytäntöön, vaan sen tarkoitus on sovitettava yhteen muiden politiikan alojen arvojen kanssa.

82. Mikäli haluttaisiin, kuten kansallinen tuomioistuin, Coditel ja komissio ehdottavat, edellyttää asianomaisen kunnan ”kattavaa itsenäistä päätösvaltaa” siinä mielessä, että asianomainen kunta käyttää ”täyttä määräysvaltaa” asianomaisessa kuntienvälisessä yhteistoiminnassa (tässä: määräysvaltaa osuuskunnassa), kuntienvälinen yhteistoiminta tehtäisiin tällä tulevaisuudessa käytännössä mahdottomaksi. Aidon yhteistoiminnan yksi tärkeä tunnusmerkki on näet yhdenvertaisuus päätöksenteossa, ei se, että vain yksi yhteistoimintaan osallistuvista osapuolista on määräysvallassa. Coditelin ja komission käsittelyn kuluessa ja istunnossa esittämistä kannanotoista on tulkittavissa, että näiden molempien osapuolten esittämät mittausperusteet perustuvat siihen, että oikeastaan edellytettäisiin, että yhden alueellisen julkisyhteisön pitäisi voida valvoa yhteistoimintaa *yksin*. Tällaista tapausta ei todellisuudessa voitaisi kuvata yhteistoiminnaksi tai yhteistyöksi.

83. Tällä tavoin tehtäisiin siis jopa pelkästään kuntienvälisestä yhteistoiminnasta käytännössä mahdotonta. Keskenään yhteistoimintaa tekevien alueellisten julkisyhteisöjen pitäisi silloin aina varautua siihen, että niiden tehtävät on ehkä annettava paremman tarjouksen tekevien yksityisten kolmansien osapuolten hoidettaviksi, mikä vastaisi pakollista näiden tehtävien yksityistämistä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön keinoin. [67]

84. Mikäli ensimmäinen Teckal-edellytys haluttaisiin ymmärtää näin suppeasti, annettaisiin kilpailuoikeudellisille tavoitteille epä-

66 – Bovis, *Public Procurement in the European Union*, 2005, s. 240.

67 – Vrt. myös julkisasiamies Kokottin edellä alaviitteessä 12 mainitussa asiassa Parking Brixen 1.3.2005 antaman ratkaisuehdotuksen 68 kohta. Vastaavasti myös Calsolaro toteaa asiassa Parking Brixen annettua tuomiota koskevassa artikkelissaan, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä ei pitäne tulkita ulkoistamisvelvoitteeksi (Calsolaro, ”s.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?”, *Foro Amministrativo (Consiglio di Stato)*, 2006, s. 1670–, erityisesti s. 1674).

asianmukaisella tavalla liikaa painoarvoa ja samanaikaisesti puututtaisiin liian laajasti kuntien itsehallintoa koskeviin oikeuksiin ja samalla jäsenvaltioiden toimivaltaan. [68]

85. Tätä korostavat perustellusti myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeudenkäyntiin osallistuneet hallitukset. Oikeus kunnalliseen itsehallintoon ei perustu ainoastaan jäsenvaltioiden oikeussääntöihin vaan, kuten Saksan hallitus on perustellusti korostanut, myös kaikkien EU:n jäsenvaltioiden Euroopan neuvostossa allekirjoittamaan ja useimpien myös ratifioimaan Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjaan. [69] EY 263 artiklassa määrätään alueiden komiteasta, joka koostuu alueellisten ja paikallisten yhteisöjen edustajista. Kyseiseen määräykseen sisältyy tietynlainen itsemääräämisoikeuden tunnustaminen, kun siinä määrätään mahdollisuudesta alueellisten ja kunnallisten näkemysten esittämiseen institutionalisoidulla tavalla. Myös Lissabonin sopimuksessa [70] korostetaan alueellisen ja paikallisen itsehallinnon merkitystä kansalliselle identiteetille, jota unionin on kunnioitettava.

86. Kuntien on itse päätettävä, haluavatko ne hoitaa yleisen edun mukaiset tehtävänsä omin hallinnollisin, teknisin ja muin keinoin, ilman että niiden olisi pakko turvautua ulkopuolisiin tahoihin, jotka eivät kuulu niiden omiin yksikköihin, [71] vai haluavatko ne hoitaa ne sellaisen tahon avulla, joka on niistä oikeudellisesti erillinen hankintaviranomainen tai konsession myöntäjä. Mikäli ne valitsevat jälkimmäisen vaihtoehdon, niillä on edelleen vapaus päättää hoitaa nämä lähtökohtaisesti omat [72] tehtävänsä omassa määräysvallassaan tai yhdessä ”pelkästään” muiden julkisyhteisöjen kanssa ja käyttää niissä ”vastaavaa määräysvaltaa kuin ne käyttävät omissa yksiköissään”, jolloin ne vapautuvat suureksi osaksi valtiontukia ja julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön [73] soveltamisesta, tai lähteä yksityistä pääomaa [74] käyttämällä ja/tai toimintaperiaatteiden liiketoiminnallisuutta laajentamalla omalta osaltaan kilpailuun, mikä tuo mukanaan etuoikeuksien menetyksen. [75] Niillä on myös muina vaihtoehtoina

68 – Vrt. myös julkisasiamies Kokottin edellä alaviitteessä 12 mainitussa asiassa Parking Brixen 1.3.2005 antaman ratkaisuehdotuksen 71 kohta. Näihin itsehallinto-oikeuksiin ei puututa vielä sillä, että sovelletaan yleisesti julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä sekaomistuksessa oleviin julkisiin yksikköihin (vrt. tästä edellä alaviitteessä 2 mainittu Egger, s. 168, 621 kohta), vaan sen tarpeettomalla soveltamisella. Vrt. myös Frenz, ”Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon”, *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)*, 2008, s. 73–, s. 85: Kunnallisen itsehallinnon perusrakennetta on vaalittava, vaikka silläkään ei ole etuoikeutta eurooppalaisten perusvapauksien huomiotta jättämiseen.

69 – Mainittu edellä alaviitteessä 14. Sen 6 artiklan 1 kohdassa säädetään, että ottaen huomioon lainsäädännön yleisemmät määräykset paikallisviranomaisten on saatava päättää sisäisestä hallintorakenteestaan voidakseen sovittaa sen paikallisiin tarpeisiin ja varmistaakseen tehokkaan hallinnon.

70 – Lissabonin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta, allekirjoitettu Lissabonissa 13.12.2007 (EUVL C 306, s. 1), Euroopan unionista tehdyn sopimuksen tuleva 3 a artikla, ei vielä voimassa. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitujen toisintojen (EUVL 2008, C 115, s. 1) mukaan tämä artikla on Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 4 artikla (eri vielä voimassa).

71 – Edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 48 kohta.

72 – Siinä yhteydessä toinen Teckal-edellytys (oikeushenkilön toiminnan pääosan harjoittaminen sen omistavien viranomaisten kanssa) sallinee tältä osin tietyn kolmansien osapuolten tehtävien siirtämisen. On ajateltava yhtäältä (tilapäistä) kapasiteetin ylikuormituksen purkamista, mutta esimerkiksi myös, kuten edellä alaviitteessä 26 mainittu asia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) osoittaa, (laissa säädettyä) johdonmukaista muiden julkisyhteisöjen tehtävien hoitamista (kyseisessä asiassa kaikkien Espanjan itsehallintoalueiden, joista vain neljällä oli pienet osuudet kyseisessä yksikössä).

73 – Edellä alaviitteessä 41 mainittu Jennert, s. 626.

74 – Siten mahdollisesti myös tarvittavan ulkoisen taitotiedon hyödyntämisen osalta.

75 – Edellä alaviitteessä 41 mainittu Jennert, s. 626.

vielä perinteinen sopimuksen tekeminen kolmannen osapuolen kanssa tai yksityistäminen, joiden yhteydessä ei ole myöskään olemassa mitään etuoikeuksia kilpailuoikeuden kannalta.

87. Kuntien – ja yleisesti alueellisten julkisyhteisöjen – monipuolisten perinteisten [76] ja uusien [77] tehtävien hoitaminen ei ole erityisesti niukkojen budjettivarojen aikoina aina helppoa, varsinkaan pienimmille [78] kunnille. Lisäksi useat tehtävät, erityisesti ympäristön ja liikenteen aloilla, eivät ole vain kunnallisesti rajattuja. [79] Kuntienvälinen yhteistoiminta ilman yksityisen pääoman mukaantuloa on synergiavaikutustensa vuoksi sitä vastoin useissa jäsenvaltioissa laajalti käytetty tapa julkisten tehtävien tehokkaaksi ja edulliseksi hoitamiseksi. [80]

B *Toinen Teckal-edellytys*

88. Toista edellytystä ei tarvitse tässä tapauksessa käsitellä tarkemmin, sillä kansallisen tuomioistuimen esittämien toteamusten mukaan tästä ei ole epäilystä. [81]

76 – Kuntien ja alueellisten yhteisöjen enemmän tai vähemmän perinteisiin tehtäviin kuulunee mm. se, että ns. perushuolto turvataan, esimerkiksi energia- ja vesihuolto, julkinen liikenne ja jätehuolto, koulutus- ja kulttuurilaitokset sekä sairaalat organisoidaan tai niitä hoidetaan (vrt. esim. mm. edellä alaviitteessä 68 mainittu Frenz, sekä Papier, "Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht", *Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl)*, 2003, s. 686–.

77 – Jos yleisen edun mukaiset julkiset tehtävät määriteltäisiin "staattisesti", jätettäisiin perusteettomasti huomiotta se, että kansalaisten kuntiinsa kohdistamat vaateet muuttuvat erityisesti ajan myötä. Lisättäköön vielä, että käsitettä "yleisen edun mukaiset tehtävät" ei voida julkisia hankintoja koskevassa yhteisön lainsäädännössä rinnastaa ainoastaan "peruspalvelutehtäviin". Yhteisöjen tuomioistuin totesi esim. yhdistetyissä asioissa C-223/99 ja C-260/99, Agorà ja Excelsior, 10.5.2001 antamassaan tuomiossa (Kok. 2001, s. I-3605, 33 kohta ja sitä seuraavat kohdat), että messujen ja näyttelyjen järjestäminen tyydyttää yleisen edun mukaisia tarpeita, koska niissä ei ole kyseessä ainoastaan näytteillepanijoiden ja kauppiaiden etu vaan myös kaupan sysäys, joka johtuu kuluttajien saamista tiedoista (edellä alaviitteessä 15 mainitun direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan tulkinnan yhteydessä; siinä yhteydessä kyseessä oli "julkisoikeudellisen laitoksen" määritelmä, joka ei soveltunut Agoràan ja Excelsioriin, koska niiden tehtävän ei katsottu tyydyttävän "yleisen edun mukaisia tarpeita').

78 – Ks. tästä myös edellä alaviitteessä 37 mainittu Kotschy, s. 853.

79 – Monilla alueellisilla julkisyhteisöillä on laaja-alaisempia tehtäviä, jotka ylittävät alueiden rajat, esim. julkisen lähiliikenteen, maanviljelyksen kehittämisen ja ympäristönsuojelun aloilla, joiden hoitamiseen yhteistoiminta on asian luonteen mukainen ratkaisu. Esimerkki tällaisesta yhteistoiminnasta ilmenee edellä alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo).

80 – Osapuolina olevien hallitusten kannanottojen lisäksi vrt. tästä esim. myös edellä alaviitteessä 64 mainittu Söbbeke, s. 999; Flömer ja Tomerius, "Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?", *NZBau*, 2004, s. 660–, erityisesti s. 661.

81 – Kansallinen tuomioistuin, jolle tapauksen arvioiminen kuuluu, voi poimia kaiken tarpeellisen ilmeisesti edellä alaviitteessä 11 mainitun asiassa Carbotermo annetun tuomion 70 kohdasta: "Silloin, kun yritys on useiden julkisyhteisöjen omistama, sen toiminnan pääosaa koskeva vaatimus voi täyttyä, vaikka kyseinen yritys ei välttämättä harjoita pääosaa toiminnastaan näihin julkisyhteisöihin lukeutuvan tietyn julkisyhteisön kanssa, vaan näiden julkisyhteisöjen kanssa kokonaisuutena otettuna."

V Ratkaisuehdotus

89. Näillä perusteilla ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Conseil d'État'n kolmeen ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

EY 12, EY 43 ja EY 49 artikla sekä yhdenvertaisen kohtelun periaate, syrjintäkiellon periaate ja avoimuusperiaate eivät estä sitä, että kunta liittyy osuuskuntaan ja siirtää sille kunnallisen kaapelitelevisioverkkonsa hallinnoinnin ilman edeltävää tarjouskilpailua, kunhan kunnalla on tähän osuuskuntaan vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja osuuskunta harjoittaa pääosaa toiminnastaan jäsentensä kanssa. Jos tämä osuuskunta koostuu pelkästään kunnista ja kuntayhtymistä (tai julkisyhteisöistä) – ilman minkäänlaista yksityisen pääoman mukaantuloa –, tämä viittaa lähtökohtaisesti siihen, että edellä mainittu vastaavaa määräysvaltaa koskeva edellytys täyttyy. Nyt käsiteltävän kaltaisissa tilanteissa kuntien ja kuntayhtymien edustajista koostuvien osuuskunnan päätöksentekoelinten välityksellä enemmistöpäätöksillä käytettävää määräysvaltaa on pidettävä omiin yksiköihin käytettävää määräysvaltaa vastaavana.