YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

10 päivänä syyskuuta 2009 *

Asiassa C-206/08,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Thüringer Oberlandesgericht (Saksa) on esittänyt 8.5.2008 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 19.5.2008, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

vastaan

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

Stadtwirtschaft Gotha GmbH:n ja

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH:n **(WAL)**

osallistuessa asian käsittelyyn,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja A. Rosas sekä tuomarit J. N. Cunha Rodrigues (esittelevä tuomari), J. Klučka, P. Lindh ja A. Arabadjiev,

julkisasiamies: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
kirjaaja: hallintovirkamies C. Strömholm,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 23.4.2009 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), edustajinaan Rechtsanwalt S. Wellmann ja Rechtsanwalt P. Hermisson,

– Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, edustajanaan Rechtsanwalt U.-D. Pape,

– Stadtwirtschaft Gotha GmbH, edustajanaan Rechtsanwältin E. Glahs,

– Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), edustajinaan Rechtsanwalt S. Gesterkamp ja Rechtsanwalt S. Sieme,

– Saksan hallitus, asiamiehinään M. Lumma ja J. Möller,

– Tšekin hallitus, asiamiehenään M. Smolek,

– Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään P. Oliver, D. Kukovec ja C. Zadra, avustajanaan Rechtsanwalt B. Wägenbaur,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/17/EY (EUVL L 134, s. 1) tarkoitetun palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen käsitteen tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa kantajana on Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (Gothan kaupungin ja sen hallintopiiriin kuuluvien kuntien vesihuolto- ja jätevedenkäsittelyryhmittymä, jäljempänä WAZV Gotha) ja vastaajana Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (vedenkäsittely-yritys, jäljempänä Eurawasser) ja joka koskee juomaveden jakelua ja jätevesihuoltoa koskevan julkisen palvelun tehtävän antamista.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

3 Direktiivin 2004/17 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa säädetään seuraavaa:

”2. a) ’Tavaroita, rakennusurakoita ja palveluja koskevilla hankintasopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun hankintayksikön sekä yhden tai useamman urakoitsijan, tavarantoimittajan tai palvelujen suorittajan välillä.

– –

d) ’Palveluja koskevilla hankintasopimuksilla’ tarkoitetaan muita kuin rakennusurakoita ja tavaranhankintoja koskevia sopimuksia, joiden kohteena on liitteessä XVII tarkoitettujen palvelujen suorittaminen.

– –”

4 Tämän direktiivin 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa säädetään seuraavaa:

”’Palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella’ tarkoitetaan samanlaista sopimusta kuin palveluja koskeva hankintasopimus, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.”

5 Mainitun direktiivin 2 artikla kuuluu seuraavasti:

”1. Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

a) ’Hankintaviranomaisilla’ valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia tai yhden tai useamman viranomaisen taikka yhden tai useamman tällaisen julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

– –

2. Tätä direktiiviä sovelletaan hankintayksiköihin,

a) jotka ovat hankintaviranomaisia tai julkisia yrityksiä ja harjoittavat jotain 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa;

– –”

6 Direktiivin 2004/17 4 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Tätä direktiiviä sovelletaan seuraaviin toimintoihin:

a) sellaisten kiinteiden verkkojen saataville saattaminen tai ylläpito, joiden tarkoituksena on tarjota yleisölle juomaveden tuotantoon, siirtoon tai jakeluun liittyviä palveluja, tai

b) juomaveden toimittaminen näihin verkkoihin.

2. Tätä direktiiviä sovelletaan myös hankintasopimuksiin ja suunnittelukilpailuihin, jotka 1 kohdassa tarkoitettua toimintaa harjoittava yksikkö tekee tai järjestää ja jotka liittyvät:

– –

b) jäteveden poistoon tai käsittelyyn.

– –”

7 Tämän direktiivin 18 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Tätä direktiiviä ei sovelleta rakennusurakoita tai palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin, joita yhtä tai useampaa 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa harjoittavat hankintayksiköt tekevät silloin, kun käyttöoikeussopimukset on tehty kyseisten toimintojen harjoittamiseksi.”

8 Mainitun direktiivin 31 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Liitteeseen XVII A sisältyviä palveluja koskevat hankintasopimukset on tehtävä 34–59 artiklan mukaisesti.”

9 Saman direktiivin 32 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Liitteeseen XVII B sisältyviä palveluja koskeviin hankintasopimuksiin sovelletaan ainoastaan 34 ja 43 artiklaa.”

10 Direktiivin 2004/17 71 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on saatettava tämän direktiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset voimaan viimeistään 31.1.2006.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

11 Asiakirja-aineistosta ilmenee, että WAZV Gotha on kuntien muodostama ryhmittymä, jonka tehtävänä on tiettyjen Saksan lainsäädännön säännösten nojalla varmistaa juomaveden jakelu ja jäteveden poisto sen alueella asuvan väestön osalta.

12 Vuonna 1994 tehdyssä hallinnointisopimuksessa WAZV Gotha oli antanut Stadtwirtschaft Gotha GmbH:n (Gothan kaupungin taloutta hoitava yritys, jäljempänä Stadtwirtschaft) tehtäväksi kaikki tekniset, kaupalliset ja hallinnolliset palvelut vedenjakelun alalla. Koska tämän sopimuksen voimassaolo päättyi vuonna 2008, WAZV Gotha suunnitteli ottavansa Stadtwirtschaftin jäsenekseen uskoakseen sille edelleen hallinnointitehtävät. Valvontaviranomaiset kuitenkin vetosivat sopimusten tekomenettelyjä koskeviin säännöksiin ja kieltäytyivät hyväksymästä Stadtwirtschaftia WAZV Gothaan.

13 Uskoakseen hallinnointitehtävät edelleen kolmansille WAZV Gotha päätti tehdä juomaveden jakelupalveluja ja jätevesien poistopalveluja koskevan konsessiosopimuksen. Tätä varten se aloitti syyskuussa 2007 epämuodollisen tarjouskilpailumenettelyn kielletyistä kilpailunrajoituksista annetun lain (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, jäljempänä GWB) 97 §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä tarkoitetun muodollisen hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn sijaan. WAZV Gotha julkaisi kuitenkin 19.9.2007 Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoituksen viitenumerolla 2007/S 180-220518.

14 Hankintailmoituksessa ilmoitettiin vedenjakelupalveluja ja jäteveden poistopalveluja koskevan konsessiosopimuksen tekemisestä WAZV Gothan kattamalla alueella 20 vuoden ajaksi, ja siinä kehotettiin asiasta kiinnostuneita yrityksiä tekemään hakemus.

15 Hankintailmoituksessa ja siihen liittyvissä sopimusluonnoksissa määrättiin, että konsessionhaltija suorittaisi mainitut palvelut omissa nimissään ja omaan lukuunsa tehtyjen yksityisoikeudellisten sopimusten perusteella WAZV Gothan alueella asuville käyttäjille ja että se saisi vastikkeena korvauksen kyseisiltä käyttäjiltä.

16 Sopimuksessa määrättiin, että konsessionhaltija oli toimivaltainen itse laskemaan kohtuullisen korvauksen suorittamistaan palveluista ja vahvistamaan niiden määrän omalla vastuullaan. Tämä toimivalta oli kuitenkin rajoitettu niin, että konsessionhaltijan täytyisi 31.12.2009 asti soveltaa hankintailmoituksen julkaisemisen aikaan voimassa olleita tariffeja ja tämän jälkeen tariffien täytyi olla Thüringerin osavaltion kunnallisista maksuista annetun lain (Thüringer Kommunalabgabengesetz) säännösten mukaiset.

17 Hankintailmoituksessa sekä sopimusluonnoksissa määrättiin myös, että tekniset vedenjakelulaitokset ja jätevesien poistolaitokset pysyvät WAZV Gothan omistuksessa ja että konsessionhaltija vuokraa ne niin, että sillä on oikeus sisällyttää vastaava vuokra

korvaukseen, jonka se pyytää käyttäjiltä vastikkeena näille suorittamistaan palveluista. Mainittujen laitosten kunnossapito kuului konsessionhaltijalle.

18 WAZV Gotha sitoutui julistamaan asetuksella pakolliseksi julkisiin vedenjakeluverkkoihin ja jätevesien poistoverkkoihin liittymisen ja niiden käyttämisen. Konsessionhaltija ei kuitenkaan voisi vaatia tämän velvoitteen noudattamista kaikissa yksittäistapauksissa.

19 Lopuksi WAZV Gotha sitoutui laissa säädettyjen mahdollisuuksien rajoissa siirtämään konsessionhaltijalle saamansa julkiset tuet.

20 Hankintailmoituksessa määrätty osallistumishakemusten viimeinen vastaanottopäivä oli 8.10.2007. Eurawasser valitti 4.10.2007 päivätyllä kirjeellään WAZV Gothan aikomuksesta hankkia edellä mainitut palvelut tekemällä palveluja koskeva konsessiosopimus julkisen palveluhankintasopimuksen tekemistä koskevan muodollisen tarjouskilpailun sijaan.

21 Eurawasser jätti 8.10.2007 osallistumispyyntönsä. Stadtwirtschaft ja Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (kuntien välisen ryhmittymän alaisuudessa toimiva Lausitzin alueen vesihuollon hallinnointiyritys, jäljempänä WAL) osallistuivat myös menettelyyn, ja WAZV Gotha kehotti niitä esittämään tarjouksensa. Hankintailmoituksessa vahvistetun määräajan päätyttyä oli jätetty kaikkiaan kahdeksan osallistumispyyntöä.

22 WAZV Gotha hylkäsi Eurawasserin valituksen 9.10.2007 päivätyllä kirjeellä. Esitettyään turhaan muita valituksia 19.10. ja 23.11.2007 Eurawasser haki muutosta toimivaltaisessa Vergabekammerissa (julkisia hankintoja käsittelevä lautakunta) sillä perusteella, että WAZV Gotha ei ollut valinnut asianmukaista hankintamenettelyä.

23 Vergabekammer katsoi 24.1.2008 tekemällään päätöksellä, että kyseessä oleva menettely oli todellakin palveluja koskeva hankintasopimus, että WAZV Gothan olisi pitänyt aloittaa muodollinen hankintoja koskevien sopimusten tekomenettely ja että menettelyssä täytyi palata hankintailmoituksen julkaisemista edeltäneeseen tilaan.

24 WAZV Gotha valitti tästä päätöksestä Thüringer Oberlandesgerichtiin.

25 Stadtwirtschaft ja WAL hyväksyttiin väliintulijoiksi tässä menettelyssä.

26 Tässä tilanteessa Thüringer Oberlandesgericht päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko palvelujen (tässä vesihuoltopalvelujen ja jäteveden käsittelypalvelujen) suorittamisesta tehty sopimus, jonka perusteella hankintaviranomainen ei maksa rahallista vastiketta suoraan palvelujen suorittajalle, vaan palvelujen suorittajalla on oikeus periä kolmansilta osapuolilta yksityisoikeudellisia maksuja, pelkästään tästä syystä katsottava direktiivin [2004/17] 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitetuksi palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi – erotuksena rahallista vastiketta vastaan tehdyistä, direktiivin 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa tarkoitetuista palveluja koskevista hankintasopimuksista?

2) Jos ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi, ovatko ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitetut sopimukset palveluja koskevia konsessiosopimuksia, kun kyseiseen palvelutoimintaan liittyvä riski on tosin tämän palvelun organisointia koskevien julkisoikeudellisten yksityiskohtaisten sääntöjen vuoksi (liittymis- ja käyttövelvoite sekä kustannusten kattamisperiaatteeseen perustuva hintojen laskenta) huomattavan pieni alusta alkaen myös silloin, kun hankintaviranomainen tuottaisi palvelun itse, mutta palvelujen suorittaja vastaa tästä riskistä täysimääräisesti tai ainakin pääosin?

3) Jos toiseenkin ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi, onko direktiivin [2004/17] 1 artiklan 3 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että palvelutoimintaan liittyvä riski, erityisesti myyntiriski, on voitava rinnastaa laadullisesti riskiin, joka tavallisesti on olemassa vapailla markkinoilla, joilla on useita keskenään kilpailevia tarjoajia?"

Tutkittavaksi ottaminen

27 WAZV Gotha väittää, että ennakkoratkaisupyyntö on jätettävä tutkimatta siitä syystä, että vastaus ensimmäiseen kysymykseen ilmenee selvästi direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa olevasta palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen määritelmästä sekä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä. Näin ollen pyydetty tulkinta ei ole mitenkään tarpeellinen. WAL esittää lähtökohtaisesti samanlaiset väitteet.

28 Stadtwirtschaft väittää, että ennakkoratkaisukysymykset eivät ole ratkaisevia sen päätöksen kannalta, jonka ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin joutuu tekemään, koska pääasian riita voidaan ratkaista ilman, että näihin kysymyksiin vastataan. WAZV Gotha on suorittanut sopimuksentekomenettelyn, joka on säännönmukainen, vaikka osoittautuisikin, että pääasiassa kyseessä olevat sopimukset on luokiteltava palveluja koskeviksi hankintasopimuksiksi, jotka kuuluvat direktiivin 2004/17 soveltamisalaan.

29 Euroopan yhteisöjen komissio sitä vastoin katsoo, että ennakkoratkaisupyyntö on tutkittava. Kuten ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee, kansallinen tuomioistuin katsoo, että palveluja koskevien hankintasopimusten ja palveluja koskevien konsessiosopimusten käsitteiden välistä eroa koskevat ennakkoratkaisukysymykset ovat välttämättömiä, jotta se voi lausua sen käsiteltäväksi saatetun valituksen tutkittavaksi ottamisesta.

30 Ennakkoratkaisupyynnön esittämisen jälkeen WAZV Gotha päätti 4.9.2008 peruuttaa pääasian riidan kohteena olevan tarjouskilpailumenettelyn.

31 Tämän peruuttamisen seurauksena Eurawasser muutti kannettaan vetämättä sitä pois. Eurawasser vaatii nyt, että todetaan, että peruutetulla menettelyllä vahingoitettiin sen oikeuksia GWB:n 97 §:n ja sitä seuraavien pykälien mukaisten sopimustentekomenettelyjen sääntöjen noudattamiseen.

32 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ilmoitti 24.12.2008 päivätyllä kirjeellään yhteisöjen tuomioistuimelle pysyttävänsä ennakkoratkaisupyyntönsä. Se katsoo, että muutetun kanteen ratkaisemiseksi sen on tarpeen saada vastaus esitettyihin kysymyksiin jo senkin vuoksi, että palveluja koskevat konsessiosopimukset jäävät kokonaan GWB:n 97 §:n ja sitä seuraavien pykälien soveltamisalan ulkopuolelle ja että näin ollen pääasiaa koskevan kanteen muuttamisella ei ole mitään vaikutusta siihen tosiseikkaan, että julkisia hankintoja koskevien menettelyjen noudattamisen valvomiseen toimivaltaiset instanssit eli Vergabekammer ja Vergabesenat eivät voisi ottaa asiaa tutkittavaksi, jos pääasiassa kyseessä oleva sopimus luokiteltaisiin palveluja koskevaksi konsessiosopimukseksi.

33 Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että EY 234 artiklaan perustuvan, sen itsensä ja kansallisten tuomioistuinten välisessä yhteistyössä 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. Kun esitetyt kysymykset koskevat yhteisön oikeuden tulkintaa, yhteisöjen tuomioistuimen on tämän vuoksi lähtökohtaisesti ratkaistava ne (ks. erityisesti asia C-544/07, Rüffler, tuomio 23.4.2009, Kok., s. I-3389, 36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

34 Yhteisöjen tuomioistuin on myös katsonut, että sen on oman toimivaltaisuutensa arvioimiseksi poikkeustapauksissa tutkittava ne olosuhteet, joiden vallitessa kansallinen tuomioistuin esitti ennakkoratkaisukysymyksen. Kansallisen tuomioistuimen

esittämään ennakkoratkaisukysymykseen vastaamisesta kieltäytyminen on mahdollista vain, jos on ilmeistä, että pyydetyllä yhteisön oikeuden tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, jos ongelma on luonteeltaan hypoteettinen tai jos yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin (em. asia Rüffler, tuomion 37 ja 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

35 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessään sekä 24.12.2008 päivätyssä kirjeessään selittänyt selvästi ne syyt, joiden vuoksi se katsoo, että sen esittämillä kysymyksillä on merkitystä ja että vastaus näihin kysymyksiin on tarpeen sen käsiteltäväksi saatetun asian ratkaisemiseksi. Näiden selitysten perusteella esitetyt kysymykset eivät ole hypoteettisia eikä niiltä puutu yhteys pääasian riitaan.

36 Esitetyt kysymykset on siten otettava tutkittaviksi.

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

Alustavat huomautukset

37 Aluksi on täsmennettävä, että asiakirja-aineistossa mainittujen seikkojen mukaan WAZV Gotha kuuluu direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaisen hankintaviranomaisen määritelmän soveltamisalaan, koska mainittu hankintaviranomainen kuuluu niihin hankintayksiköihin, joihin tätä direktiiviä sovelletaan sen 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan nojalla.

38 Pääasiassa kyseessä oleva asia kuuluu lisäksi direktiivin 2004/17 soveltamisalaan sen 4 artiklan mukaisesti, koska kyseessä oleva hankintaviranomainen eli WAZV Gotha harjoittaa toimintaansa juomaveden jakelun ja jäteveden poiston alalla.

39 Direktiiviä 2004/17 sovelletaan ajallisesti pääasian riitaan, koska sen 71 artiklassa vahvistettu määräaika sen täytäntöönpanolle on päättynyt 31.1.2006 ja pääasiassa kyseessä oleva tarjouskilpailumenettely on aloitettu syyskuussa 2007.

40 On palautettava mieliin, että palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen käsite otettiin yhteisön lainsäädännössä käyttöön direktiivin 2004/17 1 artiklan 2 kohdan a alakohdalla. Se ei sisältynyt alaa koskeviin aiempiin direktiiveihin, erityisesti vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84).

41 Direktiivin 2004/17 18 artiklassa yhteisön lainsäätäjä on täsmentänyt, että direktiiviä ei sovelleta palveluja koskeviin konsessiosopimuksiin, joita muun muassa vesihuollon alalla toimivat hankintayksiköt tekevät.

42 On palautettava mieliin, että 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 2 kohdan a alakohta ja 4 kohta sisältävät oman soveltamisalansa osalta ”julkisia hankintoja koskevan sopimuksen” ja ”palveluja koskevan konsessiosopimuksen” määritelmät, jotka ovat asiallisesti samankaltaiset kuin direktiivin 2004/17 1 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 3 kohdan b alakohdan määritelmät.

43 Tämä samankaltaisuus vaatii, että käytetään samoja perusteita palveluja koskevan hankintasopimuksen ja palveluja koskevan konsessiosopimuksen käsitteiden tulkitsemiseksi kummankin edellä mainitun direktiivin soveltamisalalla.

44 Tästä seuraa, että jos pääasiassa kyseessä oleva toimenpide luokitellaan direktiivissä 2004/17 tarkoitetuksi palveluja koskevaksi hankintasopimukseksi, tällainen sopimus on lähtökohtaisesti tehtävä sen 31 ja 32 artiklassa säädettyjen menettelyjen mukaisesti. Jos tämä toimenpide sitä vastoin luokitellaan palveluja koskevaksi konsessiosopimukseksi, mainittua direktiiviä ei sen 18 artiklan nojalla voida soveltaa siihen. Tässä tapauksessa konsessiosopimukseen sovellettaisiin yleisesti ottaen EY:n perustamissopimuksen perustavanlaatuisia sääntöjä ja erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatetta sekä näistä seuraavaa avoimuusvelvoitetta (ks. vastaavasti asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000, Kok., s. I-10745, 60–62 kohta; asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005, Kok., s. I-7287, 16–19 kohta; asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005, Kok., s. I-8585, 46–49 kohta ja asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008, Kok., s. I-8457, 25 kohta).

45 Juuri tällaisessa asiayhteydessä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin haluaa täsmennystä niihin arviointiperusteisiin, joiden avulla tehdään ero palveluja koskevan hankintasopimuksen välillä ja palveluja koskevan konsessiosopimuksen välillä.

Ensimmäinen ja toinen kysymys

46 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä ja toisella kysymyksellään, joita on tutkittava yhdessä, lähtökohtaisesti sitä, riittääkö palveluja koskevan sopimuksen tilanteessa kyseessä olevan sopimuksen luokittelemiseksi direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitetuksi palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi itsessään se seikka, että sopimuskumppani ei saa korvausta suoraan hankintaviranomaiselta, vaan sillä on oikeus saada yksityisoikeudellinen korvaus kolmansilta. Jos tähän kysymykseen vastataan kieltävästi, kansallinen tuomioistuin kysyy, onko tällainen sopimus luokiteltava palveluja koskevaksi konsessiosopimukseksi, jos sopimuskumppani vastaa täysimääräisesti tai ainakin pääosin hankintaviranomaiselle aiheutuneesta toimintariskistä, vaikka tämä

riski on alusta alkaen huomattavan pieni palvelun organisointia koskevien julkisoikeudellisten yksityiskohtaisten sääntöjen vuoksi.

47 WAZV Gotha, Stadtwirtschaft ja WAL sekä Saksan ja Tšekin hallitukset toivovat myönteistä vastausta ensimmäiseen kysymykseen, ja ne väittävät, että se seikka, että sopimuskumppani saa korvauksen kyseisen palvelun käyttäjien maksamilla maksuilla, riittää, jotta voidaan katsoa kyseessä olevan palveluja koskeva konsessiosopimus.

48 Eurawasser ja komissio sitä vastoin katsovat, että sopimuskumppanin on lisäksi vastattava kyseessä olevaan palvelutoimintaan liittyvästä taloudellisesta riskistä.

49 Tältä osin on todettava, että direktiivin 2004/17 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa säädetään, että ”tavaroita, rakennusurakoita ja palveluja koskevilla hankintasopimuksilla” tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun hankintayksikön sekä yhden tai useamman urakoitsijan, tavarantoimittajan tai palvelujen suorittajan välillä.

50 Mainitun direktiivin 1 artiklan 3 kohdan b alakohdan mukaan ”palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella” tarkoitetaan samanlaista sopimusta kuin palveluja koskeva hankintasopimus, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

51 Näiden kahden määritelmän vertailusta ilmenee, että palveluja koskevan hankintasopimuksen ja palveluja koskevan konsessiosopimuksen määritelmän välinen ero on palvelujen suorittamisesta saatavassa vastikkeessa. Palveluja koskeva hankintasopimus sisältää vastikkeen, jonka hankintaviranomainen maksaa suoraan palvelun suorittajalle (ks. vastaavasti em. asia Parking Brixen, tuomion 39 kohta), kun taas palveluja koskevan konsessiosopimuksen osalta palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko palvelun konsessio yksinään tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

52 Esitetyissä kysymyksissä lähdetään nimenomaisesti siitä seikasta, että kyseessä olevassa sopimuksessa määrätään, että sopimuskumppani ei saa suoraan korvausta hankintaviranomaiselta, vaan se saa yksityisoikeudellisen korvauksen, joka sillä on oikeus periä kolmansilta.

53 Tämän tuomion 51 kohdassa mainitun arviointiperusteen valossa se seikka, että palvelun suorittaja saa kolmansilta, nyt esillä olevassa asiassa kyseisen palvelun käyttäjiltä, tulevat maksut, mikä on yksi palvelun suorittajalle annettujen palvelun konsessioiden muodoista.

54 Tämä arviointiperuste johtuu jo direktiivin 2004/17 voimaantuloa edeltäneestä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä. Tämän oikeuskäytännön mukaan kyseessä on palveluja koskeva konsessiosopimus, kun sovittu korvaus perustuu siihen, että palvelun suorittajalle annetaan oikeus hyödyntää omaa palvelujen tarjoamistaan (ks. vastaavasti em. asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 58 kohta; asia C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, määräys 30.5.2002, Kok., s. I-4685, 27 ja 28 kohta; asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007, Kok., s. I-6657, 34 kohta ja asia C-437/07, komissio v. Italia, tuomio 13.11.2008, 29 kohta).

55 Tältä osin on merkityksetöntä, säännelläänkö korvausta yksityisoikeuden vai julkisoikeuden säännöksillä.

56 Yhteisöjen tuomioistuin on todennut palveluja koskevan konsessiosopimuksen olemassaolon tapauksissa, joissa palvelun suorittajan saama vastike tulee maksuista, joita maksavat yleisen pysäköintipaikan, julkisen liikenteen ja kaapelitelevisioverkon käyttäjät (ks. em. asia Parking Brixen, tuomion 40 kohta; asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006, Kok., s. I-3303, 16 kohta ja em. asia Coditel Brabant, tuomion 24 kohta).

57 Siitä johtuu, että palveluja koskevan sopimuksen tapauksessa se seikka, että hankintaviranomainen ei maksa korvausta suoraan sopimuskumppanille, vaan tällä on oikeus saada korvaus kolmansilta, on direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa säädetyn vastikkeen vaatimuksen mukainen.

58 Tämä päätelmä edellyttää kuitenkin mainitussa säännöksessä olevien käsitteiden ”konsessio” ja ”palvelun suorittamisen vastike” täsmentämistä.

59 Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä johtuu, että kun sovittu korvaus perustuu siihen, että palvelun suorittajalle annetaan oikeus hyödyntää omaa palvelujen tarjoamistaan, tämä tapa suorittaa korvaus merkitsee sitä, että palvelujen suorittaja ottaa vastatakseen kyseiseen palvelutoimintaan liittyvästä riskistä (ks. vastaavasti em. asia Parking Brixen, tuomion 40 kohta; em. asia komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007, 34 kohta ja em. asia komissio v. Italia, tuomio 13.11.2008, 29 kohta).

60 Tältä osin asiassa huomautuksensa esittäneillä osapuolilla on ensisijaisesti tai toissijaisesti eri näkemykset.

61 WAZV Gotha väittää, että se, että sopimuskumppani ottaa vastatakseen palvelutoimintaan liittyvästä riskistä, riittää pääasialle ominaisissa olosuhteissa siihen, että kyseessä katsotaan olevan palveluja koskeva konsessiosopimus.

62 Stadtwirtschaftin, WALin ja Tšekin hallituksen mielestä sopimuskumppanilla ei ole velvollisuutta vastata tästä riskistä täysimääräisesti. Riittää, että se vastaa siitä pääosin.

63 Saksan hallitus katsoo, että palveluja koskeva konsessiosopimus on kyseessä, koska sopimuskumppani vastaa palvelutoimintaan liittyvästä riskistä, joka ei ole täysin merkityksetön.

64 Eurawasser katsoo, että pääasiassa kyseessä olevan toimenpiteen osalta ei ole olemassa merkittävää riskiä, jonka hankintaviranomainen voisi siirtää sopimuskumppanille. Näin ollen se on luokiteltava hankintasopimukseksi eikä konsessiosopimukseksi.

65 Komissio huomauttaa, että kyseessä täytyisi olla merkittävä palvelutoimintaan liittyvä riski, jonka ei kuitenkaan välttämättä täydy vastata sitä taloudellista riskiä, joka tavallisesti syntyy vapailla markkinoilla. Palveluja koskevaa hankintasopimusta, jonka taloudellisen riskin hankintaviranomaiset ovat vähentäneet mahdollisimman pieneksi, ei voida luokitella palveluja koskevaksi konsessiosopimukseksi.

66 Tältä osin on todettava, että riski on palvelun taloudellisen hyödyntämisen erottamaton osa.

67 Jos hankintaviranomainen edelleen vastaa koko riskistä altistamatta palvelun suorittajaa markkinoiden epävarmuustekijöille, palvelun konsession antaminen vaatii direktiivissä 2004/17 säädettyjen muodollisuuksien soveltamista avoimuuden ja kilpailun suojelemiseksi.

68 Jos palvelutoimintaan liittyvää riskiä ei siirretä kokonaisuudessaan palvelun suorittajalle, kyseessä oleva toimenpide on palveluja koskeva hankintasopimus (ks. vastaavasti asia C-234/03, Contse ym., tuomio 27.10.2005, Kok., s. I-9315, 22 kohta; em. asia komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007, 35–37 kohta sekä analogisesti konsessiourakan

osalta em. asia komissio v. Italia, tuomio 13.11.2008, 30 ja 32–35 kohta). Kuten edellä tämän tuomion 51 kohdassa todetaan, viimeksi mainitussa tapauksessa vastike ei muodostu palvelun konsessiosta.

69 Esitettyjen kysymysten lähtökohtana on olettama siitä, että pääasiassa kyseessä olevan palvelun suorittaminen merkitsee kyseistä alaa koskevan lainsäädännön soveltamisen vuoksi huomattavan pieniä taloudellisia riskejä myös silloin, kun hankintaviranomainen suorittaisi mainitun palvelun.

70 Yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen joidenkin väitteiden mukaan on kuitenkin niin, että konsessionantajan konsessionhaltijalle siirtämän riskin on oltava merkittävä, jotta kyseinen toimi olisi tällaisissa olosuhteissa konsessiosopimus.

71 Näitä väitteitä ei voida ehdoitta hyväksyä.

72 On tavallista, että tietyt toiminta-alat, erityisesti yleishyödyllistä toimintaa koskevat alat, kuten vedenjakelu ja jätevesien poisto, ovat sellaisen säätelyn kohteena, jonka johdosta taloudelliset riskit voivat olla pieniä.

73 Yhtäältä julkisoikeudelliset yksityiskohtaiset säännöt, joita sovelletaan palvelun taloudelliseen hyödyntämiseen, helpottavat palvelutoiminnan valvontaa ja vähentävät tekijöitä, jotka voivat haitata avoimuutta ja vääristää kilpailua.

74 Toisaalta hankintaviranomaisten, jotka ovat vilpittömässä mielessä, on voitava päättää hankkia palvelut konsessiosopimuksella, jos ne katsovat, että kyseessä on paras tapa varmistaa kyseinen julkinen palvelu, vaikka toimintaan liittyvä riski olisikin huomattavan pieni.

75 Ei olisi kohtuullista vaatia julkista viranomaista luomaan kilpailuedellytykset ja taloudellisen riskin edellytykset, jotka ylittäisivät ne, jotka vallitsevat kyseisellä alalla siihen sovellettavan lainsäädännön perusteella.

76 Koska hankintaviranomaisella ei tällaisessa tilanteessa ole mitään vaikutusvaltaa palvelun organisointiin sovellettaviin julkisoikeudellisiin yksityiskohtaisiin sääntöihin, sen on mahdotonta ottaa käyttöön ja siten siirtää riskitekijöitä, joita nämä säännöt eivät kata.

77 Vaikka hankintaviranomaiselle aiheutuva riski onkin huomattavan pieni, palveluja koskevan konsessiosopimuksen olemassaolon toteamiseksi on joka tapauksessa tarpeen, että hankintaviranomainen siirtää konsessionhaltijalle tähän toimintaan liittyvän riskin täysimääräisesti tai ainakin pääosin.

78 Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida, onko hankintaviranomaiselle syntynyt riski siirretty täysimääräisesti tai pääosin.

79 Tätä varten ei saada ottaa huomioon yleisiä riskejä, jotka johtuvat sopimuksen täytäntöönpanon aikana tapahtuneista lainsäädännön muutoksista.

80 Ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen on näin ollen vastattava, että se seikka, että palveluja koskevan sopimuksen tilanteessa sopimuskumppani ei saa korvausta suoraan hankintaviranomaiselta, vaan sillä on oikeus saada korvaus kolmansilta, riittää tämän sopimuksen luokittelemiseksi direktiivin 2004/17 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitetuksi palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi, jos sopimuskumppani ottaa vastattavakseen toiminnasta hankintaviranomaiselle aiheutuvan riskin täysimääräisesti tai ainakin pääosin, vaikka tämä riski olisikin alusta alkaen huomattavan pieni palvelun organisointia koskevien julkisoikeudellisten yksityiskohtaisten sääntöjen vuoksi.

Kolmas kysymys

81 Kun otetaan huomioon ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen annettu vastaus, ei kolmanteen kysymykseen ole tarpeen vastata.

Oikeudenkäyntikulut

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

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

Se seikka, että palveluja koskevan sopimuksen yhteydessä sopimuskumppani ei saa korvausta suoraan hankintaviranomaiselta, mutta sillä on oikeus saada korvaus kolmansilta, riittää tämän sopimuksen luokittelemiseksi vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY 1 artiklan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitetuksi palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi, jos sopimuskumppani ottaa vastattavakseen toiminnasta hankintaviranomaiselle aiheutuvan riskin täysimääräisesti tai ainakin pääosin, vaikka tämä riski olisikin alusta alkaen huomattavan pieni palvelun organisointia koskevien julkisoikeudellisten yksityiskohtaisten sääntöjen vuoksi.

Allekirjoitukset