JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
22 päivänä marraskuuta 2007 [1]

I Johdanto

1. Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Wienin osavaltion julkisten hankintojen valvontaa hoitava riippumaton hallintoelin) esittää kolme kysymystä julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta samana päivänä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY [2] tulkinnasta.

2. Yhteisöjen tuomioistuimelle tarjoutuu tämän ennakkoratkaisupyynnön myötä tilaisuus rajata edellä mainittujen direktiivien soveltamisalaa ja hahmotella vielä kerran ”julkisoikeudellisen laitoksen” käsitettä ”hankintaviranomaisena”.

3. Asiassa pyritään selvittämään, sovelletaanko direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan määritelmän mukaiseen julkiseen yritykseen direktiivin säännöksiä, kun se harjoittaa sellaista toimintaa, jota ei tarkoiteta 3–7 artiklassa (ensimmäinen kysymys). Mikäli vastaus on kieltävä, ennakkoratkaisupyynnössä tiedustellaan, olisiko tämä yritys kuitenkin luokiteltava ”julkisoikeudelliseksi laitokseksi”, koska se tyydyttää ilman todellista kilpailua yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta (kaukolämmön jakelu Wienin kaupungin jakeluverkossa), direktiivissä 2004/18 säädetyllä tavalla, vaikka se toimii eri markkinoilla kuin muut kilpailijat (toinen kysymys), mihin liittyvästä sidonnaisuudesta voitaisiin vapautua, jos osoitettaisiin, että molempia liiketoimia johdetaan taloudellisesti erillisinä yksikköinä (kolmas kysymys).

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.
2 – EUVL L 134, s. 114 ja 1.

4. Näiden kysymysten taustalla on ”tartuntateoria” (joka on vahvistettu asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. 15.1.1998 annetulla tuomiolla), [3] jonka mukaan kaikkiin ”hankintaviranomaisen” toimintoihin on sovellettava julkisista hankinnoista annettuja direktiivejä, lukuun ottamatta (julkisasiamies Jacobsin asiassa Impresa Portuale di Cagliari, [4] joka poistettiin rekisteristä ilman tuomiota, 21.4.2005 antamalla ratkaisuehdotuksella lisättyä) poikkeusta, joka on voimassa silloin, jos avoimilla markkinoilla tehtyjen sopimusten ja kilpailuttomassa tilanteessa tehtyjen sopimusten välillä ei ole ristikkäistukea.

5. Vergabekontrollsenat des Landes Wien ei kuitenkaan täytä Itävallan oikeudessa tuomioistuimelle asetettua edellytystä; lisäksi sen ratkaisuista voidaan valittaa Wienissä sijaitsevaan Verwaltunsgerichtshofiin (liittovaltion hallinnollinen tuomioistuin). Kun tiedetään näkemys, jonka esitin EY 234 artiklassa tarkoitetun tuomioistuimen käsitteestä asiassa De Coster 28.6.2001 antamassani ratkaisuehdotuksessa, [5] minun on ehdotettava yhteisöjen tuomioistuimelle tämän ennakkoratkaisupyynnön tutkimatta jättämistä, jotta en syyllistyisi epäjohdonmukaisuuteen.

3 – Asia C-44/96 (Kok. 1998, s. I-73).

4 – Asia C-174/03 (68 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

5 – Asia C-17/00, jossa annettiin tuomio 29.11.2001 (Kok. 2001, s. I-9445).

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

A *Itävallan lainsäädäntö*

6. Wiener Vergaberechtschutzgesetzissä [6] (Wienin osavaltion tekemiä hankintasopimuksia koskevasta suojasta annettu laki) annetaan Vergabekontrollsenat des Landes Wienille toimivalta valvoa sitä, miten tämä alueellinen yhteisö ja muut hankintaviranomaiset valitsevat sopimuskumppanit vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla (1 §).

7. Lain 2 §:n mukaan tämä riippumaton hallinnollinen elin käyttää toimivaltaansa alimpana ja ainoana oikeusasteena, eikä sen päätöksiä voida muuttaa hallintoteitse (2 momentti), vaikka ne on riitautettava tuomioistuinteitse Verwaltungsgerichtshofissa (4 momentti).

8. Vergabekontrollsenatissa on seitsemän jäsentä, jotka osavaltion hallitus nimittää kuuden vuoden toimikaudeksi, joka on uusittavissa (3 §:n 1 momentti). Heillä on oltava

6 – LGBl. nro 25/2003.

taloudellista tai teknistä erityistietämystä julkisista hankintasopimuksista (3 §:n 2 momentti), ja he hoitavat tehtäviään riippumattomasti ottamatta vastaan ohjeita (3 §:n 3 momentti) tai minkäänlaista korvausta (3 §:n 4 momentti).

B *Yhteisön oikeus*

1. Direktiivi 2004/18

9. Tällä direktiivillä sulautetaan olemassa oleva johdettu oikeus yhdeksi säädökseksi [7] yhteensovittamalla yhteisön piirissä kansalliset julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyt niiden mukauttamiseksi julkisten hankintojen tekemisen taustalla oleviin perustamissopimuksen periaatteisiin (johdanto-osan ensimmäinen ja toinen perustelukappale). Siinä säädetään 1 artiklan 2 kohdassa ”julkisiksi” määritellyistä sopimuksista, joita ei ole 12–18 artiklassa jätetty sen soveltamisalan ulkopuolelle ja jotka ovat arvoltaan yhtä suuria tai suurempia kuin 7 artiklassa vahvistetut määrät, sillä edellytyksellä, että niitä tekevät ”hankintaviranomaiset”.

10. Direktiivin 1 artiklan 9 kohdan mukaan hankintaviranomaisina pidetään valtiota, muita alueellisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia sekä niiden muodostamia yhteenliittymiä. ”Julkisoikeudellisella laitoksella” tarkoitetaan laitosta, 1) joka on perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, 2) joka on oikeushenkilö ja 3a) jota joko rahoittaa pääosin valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka 3b) jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää yli puolet.

2. Direktiivi 2004/17

11. Direktiivillä 2004/17 [8] on samanlaiset tavoitteet kuin direktiivillä 2004/18 julkisia

7 – Julkisten hankintojen tekemisen osalta lainsäädännön yhdenmukaistaminen aloitettiin julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26.7.1971 annetulla neuvoston direktiivillä 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5), joka useiden muutosten jälkeen kodifioitiin samannimiseksi 14.6.1993 annetuksi direktiiviksi 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54). Tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta säädettiin aluksi 21.12.1976 annetulla neuvoston direktiivillä 77/62/ETY (EYVL 1977, L 13, s. 1) ja sittemmin 14.6.1993 annetulla neuvoston direktiivillä 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1). Palveluhankinnoista säädettiin 18.6.1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1). Ennen kuin edellä mainitut säädökset yhdistettiin direktiiviksi 2004/18, ne ajantasaistettiin 13.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY (EYVL L 328, s. 1).

8 – Tällä direktiivillä korvataan vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84).

rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten osalta (jotka kuvataan 1 artiklan 2 kohdassa) tietyillä aloilla, jotka ovat merkittäviä, koska ne ovat suljettuja erityis- tai yksinoikeuksien myöntämisen vuoksi (johdanto-osan ensimmäinen, toinen ja kolmas perustelukappale).

12. Sitä sovelletaan 2 artiklan 2 kohdan mukaan ”hankintayksiköihin”, jotka harjoittavat jotain 3 artiklassa (kaasu, lämpö ja sähkö), 4 artiklassa (vesi), 5 artiklassa (kuljetuspalvelut), 6 artiklassa (postipalvelut) ja 7 artiklassa (öljyn, kaasun, hiilen ja muiden kiinteiden polttoaineiden etsiminen ja talteen ottaminen sekä satamat ja lentokentät) tarkoitettua toimintoa, paitsi silloin, jos näitä toimintoja harjoitetaan avoimessa kilpailussa markkinoilla, joille pääsyä ei ole rajoitettu (30 artiklan 1 kohta).

13. Direktiivissä luonnehditaan ”hankintayksiköiksi” (2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa samalla tavoin kuin direktiivissä 2004/18 määriteltyjen) ”hankintaviranomaisten” lisäksi ”julkiset yritykset” eli yritykset, joihin ”hankintaviranomaiset” voivat suoraan tai välillisesti käyttää määräysvaltaa omistuksen, rahoitusosuuden tai yritystä koskevien sääntöjen perusteella. Niillä on tällainen määräysvalta, 1) jos ne omistavat enemmistön merkitystä pääomasta tai 2) hallitsevat enemmistöä yrityksen osakkeisiin perustuvasta äänioikeudesta taikka 3) jos ne nimittävät yli puolet yrityksen hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä (2 artiklan 1 kohdan b alakohta).

14. ”Hankintayksiköinä” pidetään myös yksiköitä, jotka eivät ole ”hankintaviranomaisia” eivätkä ”julkisia yrityksiä” mutta jotka harjoittavat jotain 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa erityis- tai yksinoikeudella (2 artiklan 2 kohdan b alakohta).

15. Direktiivin 20 artiklan 1 kohdassa jätetään direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle hankintasopimukset, joita ”hankintayksiköt” tekevät muutoin kuin 3–7 artiklassa tarkoitetun toiminnon harjoittamiseksi.

III Pääasian tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

16. Fernwärme Wien GmbH on 22.1.1969 perustettu yhtiö, joka on merkitty asianmukaisesti Wienin kaupparekisteriin, joten se on oikeushenkilö. Sen toimialana on kaukolämmön jakelu jakeluverkossa asuntoihin, julkisiin tiloihin, toimistoihin, yrityksiin ja

muihin tiloihin Wienin kaupungin alueella, minkä lisäksi sen tehtävänä on suurten kiinteistörakennushankkeiden jäähdytyslaitteistojen yleissuunnittelu, jolta osin se kilpailee muiden tarjoajien kanssa.

17. Tällä hetkellä, sen jälkeen kun yhtiöjärjestystä on muutettu useaan kertaan, vaikka yhtiöjärjestyksen mukaista toimialaa ei olekaan muutettu, se on rajavastuuyhtiö, ja se kuuluu kokonaan Wienin kaupungille. [9] Wienin Kontrollamt (tarkastusvirasto) tarkastaa sen tilit, kun puolestaan kaupunki, joka käyttää yhtiökokouksessa oikeuksiaan, nimittää ja erottaa sen hallituksen jäsenet, joiden harjoittaman hallinnon se hyväksyy, samoin kuin sen hallintoneuvoston jäsenet.

18. Fernwärme Wien ilmoitti 1.3.2006 Amtsblatt der Stadt Wienissä (Wienin kaupungin virallinen lehti) Wienissä sijaitsevaan toimisto- ja liikekeskushankkeeseen (nimeltään Town-Town) liittyvästä jäähdytyslaitteistojen asennusurakasta ja totesi ilmoituksessaan, että tähän hankintamenettelyyn ei sovellettaisi julkisia hankintoja koskevaa Itävallan oikeutta.

9 – Yhtiöstä 99,999 prosenttia kuuluu Wien Energie GmbH:lle ja 0,001 prosenttia Wiener Stadwerke Holding AG:lle, joka omistaa ensin mainitun yhtiön ja jonka ainoa osakkeenomistaja on Wienin kaupunki.

19. Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, joka hyväksyi julkaistut ehdot, osallistui tähän valintamenettelyyn kahdella tarjouksella eli päätarjouksella ja toissijaisella tarjouksella. Fernwärme Wien ilmoitti sille 18.5.2006 jälkimmäisen tarjouksen hylkäämisestä, ja se riitautti päätöksen Vergabekontrollsenat des Landes Wienissä.

20. Fernwärme Wien kyseenalaisti tämän elimen toimivallan, joka edellytti sitä, että vastaajana oleva yhtiö olisi direktiiveissä 2004/17 ja 2004/18 tarkoitettu ”hankintayksikkö” tai ”hankintaviranomainen”. Vergabekontrollsenat des Landes Wien, jonka ratkaistavana asia on, on lykännyt asian käsittelyä ja esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko – – direktiiviä 2004/17/EY – – tulkittava siten, että hankintayksikköön, joka harjoittaa toimintaa jollakin kyseisen direktiivin 3 artiklassa tarkoitetulla alalla, sovelletaan tätä direktiiviä myös tämän toiminnan ohella kilpailutilanteessa harjoitetun muun toiminnan osalta?

2) Mikäli tämän katsotaan koskevan vain julkisia hankintaviranomaisia, onko Fernwärme Wienin kaltaista yritystä

pidettävä – – direktiivissä 2004/17/EY tai – – direktiivissä 2004/18/EY tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena, kun se jakelee kaukolämpöä jakeluverkossa tietyllä alueella ilman todellista kilpailua, vai onko perusteena sen luokittelemiseksi julkisoikeudelliseksi laitokseksi käytettävä yleisemmin lämmitysmarkkinoita, jotka kattavat sisätilojen lämmittämisen myös muun muassa kaasun, öljyn ja hiilen kaltaisten polttoaineiden avulla?

3) Onko yhtiön, joka harjoittaa myös toimintaa, joka ei ole luonteeltaan teollista tai kaupallista, kilpailutilanteessa harjoittaman toiminnan katsottava kuuluvan direktiivin 2004/17/EY tai direktiivin 2004/18/EY soveltamisalaan, kun kilpailutilanteessa harjoitettavan toiminnan ristiinrahoitus voidaan sulkea pois tehokkaiden järjestelyjen – kuten erillisen tilinpäätöksen ja kirjanpidon – avulla?"

IV Asian käsittelyn vaiheet yhteisöjen tuomioistuimessa

21. Pääasian asianosaiset, komissio sekä Itävallan, Unkarin ja Suomen hallitukset ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia, ja 11.10.2007 pidettyyn suulliseen käsittelyyn osallistuivat Ing. Aignerin edustaja sekä Itävallan hallituksen ja komission asiamiehet, jotka esittivät suullisia lausumia.

V Yhteisöjen tuomioistuimen toimivalta

22. Yhteisöjen tuomioistuin luonnehti asiassa HI 18.6.2002 antamassaan tuomiossa [10] Vergabekontrollsenat des Landes Wieniä EY 234 artiklassa tarkoitetuksi "tuomioistuimeksi" (28 kohta); se noudatti tätä käsitettä koskevaa vakiintunutta oikeuskäytäntöään ja totesi, että kyseinen elin täyttää edellytykset, jotka koskevat elimen lakisääteisyyttä, sen tuomiovallan pakottavuutta, menettelyn kontradiktorisuutta ja toimimista oikeussääntöjen soveltajana (26 kohta), samalla kun se täyttää kokoonpanon ja toiminnan osalta pysyvyyttä ja riippumattomuutta koskevat vaatimukset (27 kohta).

23. Arvostelin puoli vuotta aikaisemmin asiassa De Coster antamassani ratkaisuehdotuksessa tätä oikeuskäytäntöä siitä, että siitä on tullut "liian joustava, ja siitä puuttuu tarvittava johdonmukaisuus", [11] ja ehdotin peräsimen kääntämistä sellaisen uuden vakaamman kurssin etsimiseksi, [12] joka suuntautuisi ennakkoratkaisuvälineen perusolemukseen ja ruokkisi tuomioistuinten välistä hedelmällistä yhteistyötä.

10 – Asia C-92/00 (Kok. 2002, s. I-5553).

11 – Barav, A., "Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire", teoksessa *Liber amicorum Bo Vesterdorf*, toim. Emile Bruylant, Bruxelles, 2007 (painettavana), korostaa oikeuskäytännön moniselitteistä epäjohdonmukaisuutta, kun siinä on juututtu muutamiin ominaisuuksiin, jotka suurimmaksi osaksi eivät ole tuomioistuimen käsitteen erityisiä eivätkä yksinomaisia ominaisuuksia, ja lisätty tämän käsitteen kokonaisvaltaisen rajaamisen vaikeuksia.

12 – Moitinho de Almeida, J. C., "La notion de juridiction d'un État membre (article 177 du traité CE)", teoksessa *Mélanges F. Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, s. 463, 464 ja 478, huomauttaa, että yhteisön oikeuskäytännön kehitys aiheuttaa tiettyjä epäilyksiä, joita yhteisöjen tuomioistuimen on selvennettävä.

24. Tässä tarkoituksessa ehdotan yleissäännöksi, että EY 234 artikla kattaisi yksinomaan kunkin valtion lainkäyttövaltaan kuuluvat elimet, kun ne harjoittavat varsinaisia lainkäyttötehtäviään, ja niihin sisältyvinä poikkeuksina sellaiset elimet, joilla on, ilman että ne kuuluisivat lainkäyttörakenteeseen, ylin päätösvalta kansallisessa oikeusjärjestyksessä, sillä edellytyksellä, että ne täyttävät oikeuskäytännössä asetetut vaatimukset, erityisesti riippumattomuutta ja kontradiktorista menettelyä koskevat vaatimukset.

25. Tämän ankaramman tulkinnan mukaan Vergabekontrollsenat des Landes Wien jää tämän käsitteen ulkopuolelle, sillä se ei kuulu Itävallan lainkäyttörakenteeseen (”riippumaton hallintoelin”), ja sen päätökset, joita ei voi riitauttaa hallinnollisessa menettelyssä, voidaan riitauttaa tuomioistuinteitse Verwaltunsgerichtshofissa. [13]

26. Tässä yhteydessä ei ole tarpeen toistaa näkemyksiä, jotka esitin asiassa De Coster antamassani ratkaisuehdotuksessa (75–79 kohta) häiriöistä, joita aiheutuu siitä, että hallintoelin otetaan mukaan tuomioistuinten väliseen vuoropuheluun, riippumatta siitä, miten riippumattomia ne ovat, minkä toistin asiassa C-195/06, Österreichischer Rundfunk (ÖRF), [14] 24.5.2007 antamani ratkaisuehdotuksen 35 ja 36 kohdassa. Ei pidä myöskään unohtaa Vergabekontrollsenat des Landes Wienin hedelmällistä yhteistyötä julkisia hankintasopimuksia koskevan lainsäädännön tulkinnassa, [15]). mutta ellei lähdetä oikeudelliseen possibilismiin, syyt, joiden perusteella ennakkoratkaisumenettely oli hyväksyttävää sallia yksiköille, jotka eivät olleet tarkalleen arvioiden tuomioistuimia, eivät ole tässä vaiheessa enää niin merkittäviä 27 valtion muodostamassa yhteisössä, kun tämä yhteisön oikeusjärjestyksen osa-alue ja sen tulkinta ovat täysin vakiintuneita. [16]

27. Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä on havaittavissa suuntaus, [17] jossa pyritään erittelemään entistä täsmällisemmin tuomioistuimen käsitettä kuvaavat piirteet varsinkin riippumattomuusedellytyksen osalta, jolloin tämä näkemys on samankaltainen kuin asiassa De Coster annetussa ratkaisuehdotuksessa esitettiin. [18] Esimerkiksi asiassa Schmid annetussa tuomiossa [19] todettiin, että yhteisöjen tuomioistuin ei ollut toimivaltainen tutkimaan Wienin, Ala-Itävallan ja Burgenlandin Berufungssenat V der Finanzlandesdirektionin (verohallinnon viides vali-

13 – Tämä tieto ei ilmene asiassa HI annetusta tuomiosta.

14 – Tuomio 18.10.2007, Kok. 2007, s. I-8817, I-8820.

15 – Asiassa HI annetun tuomion lisäksi on muistettava esim. asia C-470/99, Universale-Bau, tuomio 12.12.2002 (Kok. 2002, s. I-11617

16 – Julkisasiamies Tesauro huomauttaa asiassa C-54/96, Dorsch Consult, 15.5.1997 antamassaan ratkaisuehdotuksessa (Kok. 1997, s. I-4961), että jos toimielin ei ole tuomioistuin, ”sitä ei pidetä tuomioistuimena vain siksi, että parempaa ratkaisua ei ole” (40 kohta).

17 – Kuten korostin ratkaisuehdotuksessa, jonka annoin asiassa C-259/04, Emanuel, tuomio 30.3.2006 (Kok. 2006, s. I-3089, 26 kohta).

18 – Sarmiento, D., teoksessa *Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, toim. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, s. 201–203, tutkii asiassa De Coster annetun ratkaisuehdotuksen vaikutusta myöhempään oikeuskäytäntöön.

19 – Asia C-516/99, tuomio 30.5.2002 (Kok. 2002, s. I-4573).

tusjaosto) ennakkoratkaisupyyntöjä, kun puolestaan asiassa Syfait ym. annetussa tuomiossa [20] ei tutkittu myöskään Epitropi Antagonismoun (Kreikan kilpailuviranomainen) ennakkoratkaisupyyntöä. [21]

28. Tämä suuntaus havaitaan huomattavasti paremmin, jos selvennetään, että yhteisöjen tuomioistuin käsitteli aikaisemmin edellä mainittujen kaltaisten elinten ennakkoratkaisukysymyksiä, esimerkiksi Espanjan taloudellis-hallinnollisten tuomioistuinten [22] ja Espanjan Tribunal de Defensa de la Competencian kysymyksiä. [23]

29. Vuosien kuluttuakin asiassa De Coster annettu ratkaisuehdotus on edelleen kaikilta osin voimassa, [24] mistä syystä en ainoastaan johdonmukaisuuden vuoksi vaan myös vakaasta vakaumuksesta toistan, että Vergabekontrollsenat des Landes Wien ei ole EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, ja ehdotan yhteisöjen tuomioistuimelle, että se toteaisi, että se ei ole toimivaltainen tutkimaan kyseisen elimen ennakkoratkaisukysymyksiä.

30. Toivon, että yhteisöjen tuomioistuin vakuuttuu asiassa De Coster esitetyn ajatuksen hyvistä puolista, [25] mutta tutkin toissijaisesti, siltä varalta, että se ei hyväksy tätä näkemystä, tämän ennakkoratkaisupyynnön asiasisällön täyttääkseni velvollisuuteni esittää ratkaisuehdotukset julkisesti sekä täysin puolueettomasti ja riippumattomasti.

VI Ennakkoratkaisukysymysten tutkiminen

A *Direktiivit 2004/17 ja 2004/18: kaksi tietä samaan päämäärään (ensimmäinen kysymys)*

31. Julkisia hankintoja koskevalla yhteisön lainsäädännöllä pyritään välittömään rajattuun tavoitteeseen: sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamiseen. Kuten direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisesta perustelukappaleesta ja direktiivin 2004/17 johdanto-

20 – Asia C-53/01, tuomio 31.5.2005 (Kok. 2005, s. I-4609).

21 – Lenaers, K., Arts, D., ja Maselis, I., ”Procedural Law of the European Union”, toim. Robert Bray, London, Sweet & Maxwell, 2006, s. 40 ja 41, kiinnittävät tämän hallinnollisen yksikön osalta huomiota siihen, että yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut tuomioistuimen käsitettä aikaisempaa suppeammin.

22 – Yhdistetyt asiat C-110/98–C-147/98, Gabalfrisa ym., tuomio 21.3.2000 (Kok. 2000, s. I-1577).

23 – Asia C-67/91, Asociación Española de Banca Privada ym., tuomio 16.7.1992 (Kok. 1992, s. I-4785, Kok. Ep. XIII, s. I-87).

24 – Sarmiento, D. katsoo em. teoksessa, s. 200, että asiassa De Coster annettu ratkaisuehdotus ”on ollut kovin hyökkäys yhteisöjen tuomioistuimen tätä koskevaa oikeuskäytäntöä kohtaan” ja saa aikaan ”tietynlaisen järjestyksen oikeuskäytännön kaaokseen”.

25 – Cienfuegos, M., varoittaa artikkelissa ”La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex artículo 234 del Tratado CE ja su necesaria revisión”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, heinä/elokuu 2005, nro 238, s. 26, siitä, että tilannesidonnaiset toimenpiteet ovat riittämättömiä, kuten toimenpide, jolla ankaroitetaan perinteistä ennakkoratkaisupyynnön esittäjän riippumattomuutta koskevaa edellytystä ja seulotaan sen yksilöllistä soveltamista varten tietyt yksittäistapaukset, ja esittää asiassa De Coster annettuun ratkaisuehdotukseen yhtyen kyseisen käsitteen yleistä muuttamista.

osan yhdeksännestä perustelukappaleesta sekä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä [26] ilmenee, tämä tavoite on vain yksi keino päästä korkeampaan tavoitteeseen: puolueettoman kilpailun kehittämiseen tällä alalla, jotta toteutetaan Euroopan yhdistymiseen kuuluvat olennaisen tärkeät vapaudet. Sillä pyritään siis poistamaan vapaan liikkuvuuden esteet suojaamalla sellaisten jäsenvaltion taloudellisten toimijoiden intressejä, jotka haluavat myydä tavaroita tai palveluja toisten jäsenvaltioiden hankintayksiköille. Näin ollen on torjuttava se vaara, että etusijalle asetetaan kotimaiset tarjoajat (buy national), poistamalla se mahdollisuus, että sopimuksen tekemisestä vastaavaa elintä ohjaavat muut kuin taloudelliset syyt [27] (tästä syystä sopimuksen tekemisen tärkeimpänä perusteena on aina alin tai taloudellisesti edullisin tarjous).

1. Henkilöllinen soveltamisala

32. Direktiivissä 2004/18 rajoitetaan sitä edeltäneiden direktiivien tavoin sen soveltamisalaa: tekijän mukaan, kun siinä määritellään yhtäältä henkilöt ”urakoitsija”, ”tavarantoimittaja” ja ”palvelujen suorittaja” ja toisaalta ”hankintaviranomainen” (1 artiklan 8 ja 9 kohta); ja kohteen mukaan, kuvaamalla julkisia rakennusurakoita koskevia sopimuksia, julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia ja julkisia tavarahankintoja koskevia sopimuksia, sekä sitä, mitä on ymmärrettävä tarkoitettavan julkisella käyttöoikeusurakalla tai palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella (1 artiklan 2–4 kohta).

33. Direktiivin 2004/18 soveltamisalaan kuuluvat näin ollen sopimukset, jotka ”hankintaviranomainen” hyväksyy, on tehtävä kaikissa jäsenvaltioissa kyseisen direktiivin periaatteiden ja menettelysäännöjen mukaisesti.

34. Siinä korostetaan näin ollen henkilöllistä ulottuvuutta: ratkaiseva seikka ei ole liiketoimen luonne vaan se, kuka sen tekee, koska johdetussa oikeudessa toteutettu menettelyjen yhteensovittaminen koskee kaikkia julkisyhteisöjen sopimusten tekomenettelyitä.

35. Edellä mainittu vaatimus on niin perustavanlaatuinen, että asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. annetussa tuomiossa yhteisön lainsäädäntö (kyseisessä tapauksessa direktiivi 93/37) laajennettiin koskemaan kaikkea julkisoikeudellisten laitosten toimintaa, nojautumalla siihen, että lainsäätäjä ei ole tehnyt eroa sen mukaan, liittyvätkö

26 – Mm. asia 103/88, Fratelli Costanzo, tuomio 22.6.1989 (Kok. 1989, s. 1839, Kok. Ep. X, s. 95, 18 kohdan loppuosa); asia C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-6821, 41 kohta); asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8035, 16 kohta) ja asia C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001 (Kok. 2001, s. I-939, 41 kohta).

27 – Asia C-44/96, Mannesmann Anlagenbau, tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-73, 33 kohta); em. asia BFI Holding, tuomion 42 kohta; em. asia University of Cambridge, tuomion 17 kohta ja em. asia komissio v. Ranska, tuomion 42 kohta.

sopimukset yleisen edun mukaisiin tarpeisiin vai onko tämä seikka jätetty huomiotta, ja vedottiin oikeusvarmuuteen (32 ja 34 kohta).

2. Aineellinen yhdenmukaistaminen

36. Tämä yhdenmukaistaminen ”eri aloilla” (luonnehdinta, jota komissio on käyttänyt kirjallisissa huomautuksissaan) vaihtelee kuitenkin direktiivissä 2004/17, jota ei sovelleta mihin tahansa ”hankintayksiköiden” menettelyyn vaan ainoastaan 3–7 artiklassa tarkoitettuun menettelyyn.

37. Tämä erityispiirre selittyy sillä, että lähtökohtaisesti vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan sopimuksia ei yhdenmukaistettu [28] niiden yksiköiden (julkisten tai yksityisten) sääntöjen hajanaisuuden vuoksi, joihin nämä sopimukset liittyvät. On vältettävä sitä, että sovelletaan eri järjestelmiä, joiden mukaan vastuu kuuluu joko valtiolle, alueellisille yhteisöille tai muille julkisoikeudellisille yksiköille taikka yhteisöille, jotka ovat yksityisoikeudellisia oikeushenkilöitä, ja toivotaan, että kokemus antaisi lopullisen ratkaisun. [29]

38. Tilaisuus tuli direktiivin 93/38 muodossa, kun sillä sovitettiin yhteen sopimusten tekomenettelyt näillä ulkopuolelle jätetyillä markkinoilla ja määriteltiin sopimuksentekoelimet niiden oikeudellisesta asemasta (julkinen vai yksityinen) riippumatta. Siinä yhteydessä ei myöskään unohdettu sitä, että koska asianomaiset markkinat ovat suljetut ja koska on olemassa erityis- tai yksinoikeuksia, kansallisilla viranomaisilla on mahdollisuus vaikuttaa sopimuksentekoelinten käyttäytymiseen siinä tarkoituksessa, että ne avataan myös kilpailulle (johdanto-osan yhdeksäs, yhdestoista ja kahdestoista perustelukappale). Näin ollen on hyväksyttävää, että sen subjektiivinen osatekijä sisältää alaa koskevissa perinteisissä direktiiveissä lueteltujen yksiköiden lisäksi julkiset yritykset ja sidossuhteessa olevat yritykset (1 artiklan 2 ja 3 kohta), samalla kun siinä täsmennetään, että direktiiviä sovelletaan vain siinä tapauksessa, että ne toimivat ainoastaan siinä mainituilla aloilla (johdanto-osan 13 perustelukappale [30] ja 2 artikla).

39. Direktiivi 2004/17 noudattaa samaa sääntöä (johdanto-osan toinen ja kolmas

28 – Direktiivin 71/305 3 artiklan 4 ja 5 kohta sekä direktiivin 77/62 2 artiklan 2 kohta.

29 – Direktiivin 71/305 johdanto-osan neljäs, viides ja kuudes perustelukappale ja direktiivin 77/62 kuudes, seitsemäs ja kahdeksas perustelukappale. Direktiivin 93/38 johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa vahvistetaan tämä ajatus.

30 – Direktiivin tämän perustelukappaleen mukaan direktiiviä ei sovelleta ”näiden yksiköiden toimintaan, joka ei liity vesi- ja energiahuollon, liikenteen tai teletoiminnan alaan tai joka kuitenkin näihin aloihin liittyvänäkin on suoraan rajoittamattoman pääsyn markkinoilla vallitsevan kilpailun kohteena”.

perustelukappale), ja siinä määritellään ”hankintayksiköt” siten, että niiden oikeudellinen asema jätetään huomiotta (10 perustelukappale), mistä syystä siinä pidetään hankintayksikköinä direktiivissä 2004/18 luonnehdittujen ”hankintaviranomaisten” – jotka molemmissa direktiiveissä määritellään samalla tavalla – lisäksi julkisia yrityksiä ja yrityksiä, joilla on yksin- tai erityisoikeuksia, sillä edellytyksellä, että ne harjoittavat jotain 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa (2 artiklan 1 ja 2 kohta sekä 20 artiklan 1 kohta).

40. Tältä osin direktiivissä 2004/17 säännellään sopimusten tekemistä sektoreilla, joita kutsutaan perinteisesti ”poissuljetuiksi sektoreiksi”, eri hengessä kuin direktiivin 2004/18 taustalla vallitsevassa hengessä: ratkaiseva osatekijä ei ole yhteisö, joka ehdottaa sopimuksen tekemistä, vaan sen toiminnan luonne, johon sopimus liittyy, jolloin sitä sovelletaan ainoastaan näillä sektoreilla.

41. Tämä näkemys perustuu kahteen seikkaan. Yhtäältä direktiivin 2004/18 12 artiklan ensimmäisessä kohdassa jätetään direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle sopimukset, jotka ovat direktiivin 2004/17 3–7 artiklassa tarkoitettuja toimintoja harjoittavien ”hankintaviranomaisten” tekemiä, mikä ilmentää viimeksi mainitun säädöksen voimassaolon aineellisen osatekijän tärkeyttä. Toisaalta edellä mainitulla direktiivillä 2004/17 pyritään edistämään vapaan kilpailun käyttöön ottamista, mistä syystä sen soveltaminen on tarpeetonta, kuten sen 30 artiklan 1 kohdassa ilmaistaan, jos näitä toimintoja harjoitetaan markkinoilla, joille pääsyä ei ole rajoitettu.

42. Näin ollen direktiivissä 2004/18 tarkoitetut ”hankintaviranomaiset” noudattavat direktiiviä 2004/17, jos ne järjestävät tarjouskilpailun sen aineellisella soveltamisalalla, mutta sama ei päde julkisiin yrityksiin ja yksinoikeuksien tai erityisoikeuksien haltijoihin sellaisenaan.

43. Nämä seikat paljastavat ”tartuntateorian” tehottomuuden tässä asiassa. Julkisasiamies Léger toteaa asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. 16.9.1997 antamassaan ratkaisuehdotuksessa, että direktiivin 93/37 soveltamisalaa (samoin kuin direktiivin 2004/18 soveltamisalaa) ei määritellä sen toiminnan perustella, jonka osalta hankinta tehdään, vaan sen elimen ominaispiirteiden perusteella, joka on tehnyt sopimuksen yrittäjän kanssa (81 kohta). Kun toisin sanoen direktiivissä 2004/18 keskitytään käsitteeseen ”hankintaviranomainen” ilman, että olisi oikeusvarmuuteen liittyvistä syistä suositeltavaa ryhtyä tutkimaan, mikä osa hankintaviranomaisen hallinnoinnista kohdistuu yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämiseen ja millä osalla on muita tavoitteita, direktiivissä 2004/17 sallitaan ”hankintayksiköiden” toiminnan aineellisten soveltamisalojen täydellinen rajaaminen ja annetaan 9 artiklassa tätä koskevia konkreettisia sääntöjä.

44. Jos toisin sanoen ”hankintaviranomainen”, sellaisena kuin sitä on tulkittu suppeammin direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdassa ja direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa, tarjoaa sopimusta, joka liittyy viimeksi mainitun säädöksen 3–7 artiklaan kuulumattomiin toimintoihin, sovelletaan toista direktiiviä. Jos se, joka toimii tämän toimintojen alueen ulkopuolella, on kuitenkin julkinen yritys tai jokin toinen erityis- tai yksinoikeuksien haltija (direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan b alakohta ja 2 kohdan b alakohta), ei kumpaakaan näistä direktiiveistä voida soveltaa.

45. Kaiken kaikkiaan ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi ensimmäiseen Vergabekontrollsenat des Landes Wienin esittämistä kolmesta ennakkoratkaisukysymyksestä, että direktiiviä 2004/17 ei sovelleta sopimuksiin, joita 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitetut ”hankintayksiköt” tekevät 3–7 artiklaan kuulumattomien toimintojen osalta.

46. Tämä ratkaisu on yhteisön oikeuskäytännön mukainen. Asiassa Strabag ja Kostmann 16.6.2005 annetussa tuomiossa [31] näet todettiin, että direktiiviä 93/38 (tältä osin myös direktiiviä 2004/17) sovelletaan ”hankintayksiköihin” siltä osin kuin ne toimivat siinä säädetyillä aineellisilla aloilla. Päinvastaisessa tapauksessa kyseiseen sopimukseen sovelletaan tarvittaessa julkisia hankintoja koskevien direktiivien säännöksiä (37 kohta).

B *Julkisoikeudellisen laitoksen käsite: markkinoilla vallitsevan kilpailun tason merkitys (toinen kysymys)*

47. Kaikki tähän ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneet ovat yhtä mieltä siitä, että pääasian riidan kohteena oleva sopimus liittyy Fernwärme Wienin tehtävään, joka ei kuulu direktiivin 2004/17 soveltamisalaan (jäähdytyslaitteiden asentaminen toimistoja liikehuoneistorakennukseen), mistä syystä ensimmäiseen kysymykseen ehdottamani ratkaisun perusteella on selvitettävä, kuten kansallinen tuomioistuin pyytää, onko tämä yritys ”hankintaviranomainen”, sillä jos näin on, siihen sovelletaan direktiiviä 2004/18.

48. Käytännössä on ratkaistava, onko se ”julkisoikeudellinen laitos”. Kukaan ei ole kyseenalaistanut sitä, että se on oikeushenkilö, eikä sen läheistä sidettä Wienin kaupunkiin, joka omistaa suoraan tai välillisesti sen pääoman. Epäilykset keskittyvät lähinnä lainsäädännössä asetettuun ensimmäiseen edellytykseen eli siihen, pyrkiikö se tyydyttämään

31 – Yhdistetyt asiat C-462/03 ja C-463/03 (Kok. 2005, s. I-5397), jotka ratkaistiin yhteisöjen tuomioistuimen tuomiolla ilman julkisasiamiehen ratkaisuehdotusta.

nimenomaan sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta.

49. Vallitsee myös yksimielisyys siitä, että yrityksen toimiala on yleisen edun mukainen, koska se hoitaa kaukolämpöjakelua jakeluverkossa sellaisen järjestelmän avulla, joka ottaa ympäristöseikat huomioon, kuten jätteiden polttamisjärjestelmän avulla. [32] Käsiteltäväksi jää siis sen ratkaiseminen, onko sillä ”teollinen tai kaupallinen luonne”.

50. Tätä tarkoitusta varten tutkitaan kaikki asiaan vaikuttavat oikeudelliset seikat ja tosiseikat, kuten seikat, jotka koskevat olosuhteita, joissa tämä laitos on perustettu, ja niitä edellytyksiä, joilla se harjoittaa toimintaansa, [33] mukaan lukien erityisesti se, ettei sen ensisijaisena tarkoituksena ole voiton tavoittelu, se, ettei se vastaa tähän toimintaan liittyvistä riskeistä, sekä kyseisen toiminnan mahdollinen julkinen rahoitus. [34]

51. Tässä yhteydessä on tutkittava vaikutus sen alan rakenteen käsitteeseen, jolla elin toimii. Ensinnäkään direktiivissä ei viitata mitenkään siihen, voivatko myös yksityiset yritykset tyydyttää nämä tarpeet, [35] mikä olisi indisio teollisesta tai kaupallisesta yleisen edun mukaisesta tarpeesta, joka sillä pyritään tyydyttämään, [36] mutta tämä ei riitä sulkemaan pois sitä mahdollisuutta, että ne toimivat muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta, [37] koska sopimuksen tekeminen suljetussa ympäristössä ei ole välttämätön edellytys sille, että kyseessä voidaan katsoa olevan julkisoikeudellinen laitos. [38]

52. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen hallintoelimen toinen kysymys liittyy tähän oikeuskäytäntöön, sillä se rajaa viitemarkkinat ja toteaa olevansa toimivaltainen, mutta tämä perustuu virheelliseen oletukseen (jonka ovat tehneet kaikki tähän oikeudenkäyntiin osallistuneet osapuolet), kuten

32 – Yhteisöjen tuomioistuin on omaksunut laajan näkemyksen käsitteestä ”yleisen edun mukaiset tarpeet”. Se ei ole rajoittanut sitä valtion institutionaaliseen toimintaan tai yleiseen järjestykseen (em. asia Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomion 24 kohta ja asia C-283/00, komissio v. Espanja, tuomio 16.10.2003, Kok. 2003, s. I-11697, 85 kohta) vaan on laajentanut sitä koskemaan messujen, näyttelyjen ja muiden vastaavien tapahtumien järjestämistä (yhdistetyt asiat C-223/99 ja C-260/99, Agorà ja Excelsior, tuomio 10.5.2001, Kok. 2001, s. I-3605, 33 ja 34 kohta), kiinteistöjen ostoa, myyntiä ja vuokraamista sekä kiinteistönhoitopalvelujen suorittamista kunnalle (asia C-18/01, Korhonen ym., tuomio 22.5.2003, Kok. 2003, s. I-5321, 41 ja 45 kohta) tai vähävaraisille perheille myytäväksi ja vuokrattavaksi tarkoitettujen asuntojen rakentamista (em. asia komissio v. Ranska, tuomion 47 kohta).

33 – Asia C-373/00, Adolf Truley, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1931, 66 kohta) ja em. asia Korhonen ym., tuomion 48 ja 59 kohta.

34 – Em. asia Korhonen ym., tuomion 59 kohta.

35 – Em. asia BFI Holding, tuomion 40 kohta.

36 – Em. asia BFI Holding, tuomion 49 kohta; yhdistetyt asiat Agorà ja Excelsior, tuomion 38 kohdan loppuosa ja asia Adolf Truley, tuomion 60 kohta.

37 – Em. asia BFI Holding, tuomion 43 kohta ja asia Adolf Truley, tuomion 61 kohta. Asiassa BFI Holding annetun tuomion 44 kohdan mukaan on vaikea olettaa, että yksityiset yritykset eivät missään tapauksessa voisi hoitaa tällaisia toimintoja, joten se edellytys, että kilpailijoita ei ole, saattaisi tehdä tyhjäksi direktiiveissä tarkoitetun julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen sisällön.

38 – Em. asia BFI Holding, tuomion 47 kohdan loppuosa.

ilmenee ensimmäistä kysymystä tutkiessani esittämistäni seikoista.

53. Todellisuudessa direktiivistä 2004/18 ilmenee subjektiivinen näkemys, joka sisältää kaikki organisaatiot, jotka toimivat ”hankintaviranomaisena”, mikä tahansa onkin aineellinen ala, jolla se toimii (tartuntateoria), lukuun ottamatta sitä, että tämä ei vaikuta 12–18 artiklan nojalla poissuljettuihin sopimuksiin. ”Julkisoikeudelliselta laitokselta” edellytetään, että se on perustettu nimenomaan tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, mistä syystä markkinat, jotka on otettava huomioon arvioitaessa niiden kilpailun tasoa ja tutkittaessa laitoksen teollista tai kaupallista toimintaa, ovat markkinat, joita varten se perustettiin, [39] Fernwärme Wienin tapauksessa kaukolämmön jakelu jakeluverkossa jätteitä polttamalla.

54. Toisenlainen näkemys johtaisi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä puolletun toiminnallisen tulkinnan vastaiseen lopputulokseen, [40] jolla vaarannettaisiin direktiivin 2004/18 tehokas vaikutus. Tämän säädöksen soveltamisen välttämiseksi riittäisi, että yksikkö, joka olisi perustettu ainoastaan tyydyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita, omistautuisi täysin kaupallisiin liiketoimiin samalla kun se säilyttäisi alkuperäisen tavoitteensa, ja välttäisi sen, että sitä luonnehdittaisiin ”julkisoikeudelliseksi laitokseksi”, avaamalla markkinat, joilla se toimii, jolloin kaikki sen sopimukset niiden luonteesta riippumatta tehtäisiin ilman yhteisön yhdenmukaistamisvaatimuksia. Näkemykseni täydentää viime kädessä asiassa Universale-Bau annetussa tuomiossa [41] omaksuttua ratkaisua, joka koski päinvastaista tilannetta, koska siinä oli kyseessä yritys, joka oli perustettu yksinomaan yksityistä toimintaa varten mutta joka myöhemmin ryhtyi hoitamaan julkista palvelua. Molemmissa tapauksissa toiminnallinen tulkinta kohdistuu siihen, että yleisen edun mukaisia tarpeita tyydyttävät yritykset, jotka kykenevät toimimaan markkinavoimien ulkopuolella, tekevät sopimuksia ottamatta markkinavoimia huomioon.

55. Direktiivissä 2004/18 ei jätetä muuta mahdollisuutta, koska samalla tavoin kuin valtio ja paikallishallinnon yksiköt eivät lakkaa olemasta hankintaviranomaisia, kun ne tekevät sopimuksia avoimilla aloilla, ne

39 – Em. asiassa BFI Holding annetussa tuomiossa todettiin, että muun kuin teollisen tai kaupallisen toiminnan harjoittaminen on kriteeri, jolla pyritään täsmentämään yleisen edun mukaisten tarpeiden käsitettä (32 kohta).

40 – Asia C-353/96, komissio v. Irlanti, tuomio 17.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8565, 36 kohta); em. asia BFI Holding, tuomion 62 kohta; em. asia komissio v. Ranska, tuomion 43 kohta; asia C-214/00, komissio v. Espanja, tuomio 15.5.2003 (Kok. 2003, s. I-4667, 53 kohta) ja em. asia C-283/00, komissio v. Espanja, tuomion 73 kohta.

41 – Tässä tuomiossa puollettiin yksikön harjoittaman toiminnan arviointia sen ratkaisemiseksi, onko se perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita (56 kohta).

kuitenkin menettävät rakenteet, joita kyseiset alueelliset hallintoyksiköt perustavat niistä riippuvaisiksi oikeushenkilöiksi ”tyydyttääkseen yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta”. Tämä näkemys on saanut vivahteita yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä. Edellä mainitussa asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. annetussa tuomiossa korostettiin, että edellytys, jonka mukaan laitoksen on oltava ”nimenomaisesti” perustettu täyttämään näitä tarpeita, ei merkitse sitä, että sen pitäisi huolehtia yksinomaan tällaisten tarpeiden täyttämisestä (26 kohta) ilman, että se voisi huolehtia mistään muista tehtävistä, jopa pääasiallisestikin, sillä oikeudellisessa määritelmässä ei oteta huomioon tällaisten toimintojen suhteellista merkitystä sen toiminnan kokonaisuuden kannalta (25, 26 ja 31 kohta). [42]

56. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin selventää Vergabekontrollsenat des Landes Wienille, että kaukolämmön jakelu jakeluverkossa muodostaa markkinat, joita on tutkittava sen selvittämiseksi, voidaanko Fernwärme Wieniä pitää direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdassa tarkoitettuna ”julkisoikeudellisena laitoksena”.

57. Joka tapauksessa toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä ehdotettu tutkimus vaikuttaa merkityksettömältä, koska välipäätöksessä esitettyjen tietojen perusteella on todettava, että mikä tahansa onkaan rajattu alue (ainoastaan jakeluverkossa jaeltava kaukolämpö vai myös kaukolämpö, jota tuotetaan muiden polttoaineiden avulla), Fernwärme Wien on todellisuudessa osoittautunut ainoaksi yritykseksi, joka kykenee huolehtimaan tällaisesta yleisen edun mukaisesta tarpeesta ja toimimaan muilla kuin täysin taloudellisilla perusteilla, minkä vuoksi on perusteltua soveltaa yhteisön oikeutta hankintaperusteiden yhdenmukaistamiseksi, markkinoiden avaamiseksi kilpailulle ja markkinoiden läpinäkyvyyden takaamiseksi.

C *Tartuntateorian mahdollinen toimimattomuus (kolmas kysymys)*

58. Komissio ei ole kyennyt arvioimaan kolmatta kysymystä asianmukaisesti. Vergabekontrollsenat des Landes Wien ei tiedustele viitemarkkinoiden kilpailun tason merkitystä määrittääkseen sen, onko julkisista hankinnoista annettuja direktiivejä sovellettava, sillä toinen kysymys koskee tätä asiaa. Se tiedustelee yksinkertaisemmin, sovelletaanko sellaiseen ”hankintayksikköön” tai ”hankintaviranomaiseen”, joka harjoittaa samaan aikaan teollista tai kaupallista toimintaa avoimilla markkinoilla, viimeksi mainittujen liiketoimien osalta vuoden 2004 direktiivejä, jos se poistaa ristiinrahoituksen

42 – Samansuuntaisesti em. asia BFI Holding, tuomion 55 ja 56 kohta; asia Adolf Truley, tuomion 56 kohta ja asia Korhonen ym., tuomion 58 kohta.

riskin yritystoimintansa eri alojen väliltä käyttämällä järjestelyinä niiden taseiden ja kirjanpidon erottamista toisistaan.

59. Kysymys ei ole selvä siltä osin kuin se koskee direktiiviä 2004/17, koska kuten olen todennut, sen säännöksiä sovelletaan ”hankintayksikköihin” vain siinä tapauksessa, että ne toimivat sen kohteena olevilla aloilla, paitsi silloin, jos toimintaa harjoitetaan avoimen kilpailun vallitessa, jolloin, kuten direktiivin 30 artiklan 1 kohdassakin korostetaan, sen yhdenmukaistettuja säännöksiä ei sovelleta.

60. Tehtävänä on siis täsmentää, onko ”hankintaviranomaisten”, erityisesti ”julkisoikeudellisten laitosten”, jotka toimivat sekä kilpailluilla markkinoilla että suljetuilla markkinoilla, noudatettava direktiiviä 2004/18, kun ne tekevät sopimuksia avoimilla markkinoilla niissä olosuhteissa, joissa kolmas ennakkoratkaisukysymys on esitetty (ristiinrahoituksen puuttuminen).

61. Tartuntateoria selittyy julkisten hankintojen yhdenmukaistamisesta annetun yhteisön lainsäädännön tavoitteilla, jotka on esitetty tämän ratkaisuehdotuksen 31 kohdassa. On pyrittävä siihen, että niitä, joilla on toimivalta tehdä sopimuksia, ohjaavat taloudelliset perusteet, jolloin vältetään kiusaus noudattaa muita sääntöjä, joilla suosittaisiin kotimaisia tarjoajia ulkomaisten vahingoksi, mistä syystä ”hankintaviranomaisten”, jotka jo määritelmän mukaisesti saattavat jäädä markkinavoimien ulkopuolelle, on aina noudatettava direktiiviä 2004/18. Tässä direktiivissä ei edellytetä sopimuksen yhteyttä ”hankintaviranomaisen” tehtävään tyydyttää yleisen edun mukaisia tarpeita, jotta sitä voidaan pitää julkisena sopimuksena (1 artiklan 2 kohta luettuna yhdessä liitteiden I ja II kanssa). Asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. annetussa tuomiossa (32 kohta) esitettiin tämä päätelmä direktiivin 93/37 osalta.

62. Tämä teoria perustuu myös, kuten edellä mainitun tuomion 34 kohdassa korostettiin, oikeusvarmuuden periaatteeseen, jonka perusteella on suositeltavaa, että ”julkisoikeudellisen laitoksen” käsitteestä tehdään riippumaton siitä, onko teollisella tai kaupallisella toiminnalla suurempi vai pienempi oma painoarvo.

63. Julkisasiamies Jacobs suosittaa asiassa Portuale di Cagliari antamassaan ratkaisuehdotuksessa (68 kohta) poikkeuksen tekemistä niiden tapausten osalta, joissa ”julkisoikeudellisen laitoksen” eri liiketoimien ryhmät

on erotettu täydellisesti toisistaan talouden, rahoituksen ja kirjanpidon osalta.

64. Minulla ei ole teoriassa mitään vaikeuksia hyväksyä hänen suositustaan;[43] oikeuskäytäntöä vakiinnutettaessa on kuitenkin noudatettava varovaisuutta, minkä vuoksi siitä on luovuttava, sillä kokemus osoittaa, että yhteisön markkinoiden nykytilanteessa yritysten liiketoimet ja -suhteet ovat erittäin monimutkaisia, mikä vaikeuttaa huomattavasti näin radikaalia erottelemista kuin virkaveljeni esittää, ja sen mukaan kuin ennakkoratkaisupyynnössä esitetään, se näyttäisi olevan mahdollista vain toisistaan riippumattomien yritysten välillä eikä aina silloinkaan. Vaikka tilit pidetään erillään ja ristikkäistuista luovutaan, strateginen johto, rakenteelliset päätökset ja omaisuus ovat yhteiset, eikä mikään takaa toiminta-alojen pitävyyttä eikä sitä, että kriisitilanteissa suljettujen markkinoiden menettelysäännöt eivät vaikuta teollisen tai kaupallisen toiminnan sääntöihin ja aiheuta sitä vaaraa, että hankintayksikkönä oleva ”julkisoikeudellinen laitos” toimii muiden kuin taloudellisten perusteiden mukaan, mikä merkitsisi niiden yhteisön oikeussääntöjen soveltamista, joilla yhdenmukaistetaan julkisten hankintojen tekeminen. Näin ollen oikeusvarmuus, joka on tällä alueella yhteisöjen tuomioistuimen näkemyksen perustana, puoltaa niiden voimassa pitämistä.

65. Tähän suositukseen liittyy muitakin käytännön vaikeuksia, koska todistustaakka toiminnan eri alojen erottamisen osalta kuuluisi ”julkisoikeudelliselle laitokselle”, mistä syystä pitäisi löytää jokin keino valvoa (etukäteen tai jälkikäteen) sen alustavia hankintapäätöksiä ja todeta aluksi se, että sen toiminnan eri alat on täysin erotettu toisistaan, ja tämän jälkeen se, että toteutettu liiketoimi kuuluu sellaiseen alaan, joka on jätetty yhteisön yhdenmukaistamisen ulkopuolelle; muussa tapauksessa tämän lainsäädäntökokonaisuuden soveltaminen jätettäisiin sen vapaaseen harkintaan. Tämä näkemys sotkee julkisia hankintoja koskevan monimutkaisen yhteisön järjestelmän,[44] mistä syystä sellainen ratkaisu, jonka perusteella ilman mitään lisäetua vaarannettaisiin oikeusvarmuuden kaltainen perusperiaate, ei olisi asianmukainen.

66. Kaiken kaikkiaan arvioin, että ”julkisoikeudellinen laitos” kuuluu joka tapauksessa direktiivin 2004/18 soveltamisalaan, mikä tahansa onkin sen tekemien sopimusten luonne, ellei niitä ole nimenomaisesti suljettu pois direktiivissä (12–18 artikla).

43 – Todellisuudessa julkisasiamies Jacobs pyrkii siirtämään julkisiin hankintoihin käsitteitä, jotka ovat syntyneet yhteismarkkinoille soveltumattomien valtiontukien yhteydessä ja jotka ovat jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta sekä tiettyjen yritysten taloudellisen toiminnan avoimuudesta 16.11.2006 annetun komission direktiivin 2006/111/EY (EUVL L 318, s. 17) perusteluina samoin kuin sitä edeltäneen samannimisen direktiivin (25.6.1980 annettu komission direktiivi 80/723/ETY, EYVL L 195, s. 35) perusteluina.

44 – Julkisasiamies Jacobs korostaa em. ratkaisuehdotuksessa (60 kohta) tätä monimutkaisuutta, jonka myös komissio toi esiin tiedonannossaan *Julkiset hankinnat Euroopan unionissa* (KOM(98) 143 lopullinen 11.3.1998, s. 3) ja *Vihreässä kirjassa Julkiset hankinnat Euroopan unionissa: tulevaisuuden kysymyksiä*, KOM(96) 583 lopullinen 27.11.1996, s. 5, 2.10 kohta ja s. 8, 3.6 kohta.

VII Ratkaisuehdotus

67. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

1) toteaa, että se ei ole toimivaltainen vastaamaan Vergabekontrollsenat des Landes Wien esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin, koska tämä ei ole EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin,

2) toissijaisesti toteaa, jos se tutkisi ennakkoratkaisupyynnön, seuraavaa:

   a) Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuun ”hankintayksikköön” ei sovelleta kyseisen direktiivin säännöksiä, kun se harjoittaa jotain muuta kuin kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa.

   b) Markkinat, joita on tutkittava sen määrittämiseksi, miten kilpailtuja nämä markkinat ovat, ja sen selvittämiseksi, onko Fernwärme Wien GmbH julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 9 kohdassa tarkoitettu ”julkisoikeudellinen laitos”, ovat jakeluverkossa jaeltavan kaukolämmön hankintamarkkinat Wienin kaupungissa.

   c) Direktiivin 2004/18 säännöksiä sovelletaan aina siinä tarkoitettuihin sopimuksiin, joita ”julkisoikeudellinen laitos” tarjoaa, mukaan lukien avoimen kilpailun piirissä olevat sopimukset.