JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
YVES BOT
27 päivänä lokakuuta 2009[1]

1. Nyt käsiteltävällä ennakkoratkaisupyynnöllä Landgericht Frankfurt am Main (Saksa) tiedustelee pääasiallisesti avoimuusvelvoitteen laajuudesta ja seurauksista, joita aiheutuu tämän velvoitteen rikkomisesta palveluja koskevan konsessiosopimuksen tekomenettelyn yhteydessä.

2. Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa kantajana on Wall AG -niminen yritys[2] sekä vastaajana Stadt Frankfurt-am-Main (Frankfurt am Mainin kaupunki) ja Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH -niminen yritys[3] ja joka koskee sellaisen konsessiosopimuksen täytäntöönpanoa, jonka kohteena on yleisten käymälöiden ylläpito, kunnossapito ja huolto kyseisen kaupungin alueella.

3. Tämän asian kautta yhteisöjen tuomioistuin voi tarkentaa ehtoja, joiden täyttyessä hankintaviranomainen voi hyväksyä konsessiosopimukseen sen täytäntöönpanon kuluessa tehtävän muutoksen laiminlyömättä avoimuusvelvoitteen laajuuden asettamia vaatimuksia.

4. Saman asian yhteydessä yhteisöjen tuomioistuin voi lisäksi tarkentaa olosuhteita, joissa tämän velvoitteen noudattaminen koskee sekaomistuksessa olevaa yksikköä, joka on perustettu julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden yhteydessä.

5. Landgericht Frankfurt am Mainin esittämien kysymysten perusteella yhteisöjen tuomioistuin voi lopuksi tarkentaa palveluja koskevien konsessiosopimusten yhteydessä tehtyihin päätöksiin liittyvän tuomioistuinvalvonnan yksityiskohtia. Yhteisöjen tuomioistuimen on tutkittava erityisesti, edellytetäänkö yhteisöjen oikeudessa jäsenvaltioilta, että ne myöntävät kansalliselle tuomioistuimelle valtuuden antaa määräyksiä sopimusosapuolille, jos kansallinen toimivaltainen tuomioistuin toteaa, että palveluja koskevan konsessiosopimuksen tekomenettelyn yhteydessä on rikottu avoimuusvelvoitetta.

1 – Alkuperäinen kieli: ranska.
2 – Jäljempänä kantaja.
3 – Jäljempänä FES.

I Asiaa koskevat yhteisön oikeussäännöt

A *Primaarioikeus*

6. EY:n perustamissopimuksessa ei rajoiteta jäsenvaltioiden vapautta tehdä palveluja koskevia konsessiosopimuksia sikäli kuin niiden myöntämistä koskevat yksityiskohtaiset säännöt ovat yhteensopivia niiden säännösten kanssa, joilla otetaan käyttöön ja taataan yhtenäismarkkinoiden hyvä toiminta.

7. Näin ollen konsessiosopimuksen – kuten minkä tahansa valtion säädöksen, jolla vahvistetaan taloudelliseen toimintaan kuuluviin suorituksiin sovellettavat ehdot – myöntämisessä on noudatettava perustamissopimuksissa vahvistettuja sijoittautumisoikeutta (EY 43 artikla) ja palvelujen tarjoamisen vapautta (EY 49 artikla) koskevia periaatteita sekä määräyksiä, joilla kielletään kaikki kansallisuuteen perustuva syrjintä (EY 12 artiklan ensimmäinen kohta).

8. Konsessiosopimuksen myöntämisessä on lisäksi noudatettava yhteisöjen tuomioistuimen näiden määräysten perusteella erittelemiä periaatteita ja erityisesti yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita, joiden laajuutta selvitän jäljempänä. Vaikka tämä oikeuskäytäntö koskee erityisesti julkisia hankintasopimuksia koskevia riita-asioita, siitä ilmenevien periaatteiden vaikutus ylittää mainittujen sopimusten asiayhteyden. Otan lähtökohdaksi sen olettamuksen, että nämä periaatteet ovat sovellettavissa myös muihin tilanteisiin ja erityisesti konsessiosopimuksiin.

B *Johdettu oikeus*

9. Yhteisön oikeuden nykytilassa palveluja koskevista konsessiosopimuksista ei ole annettu mitään johdettua lainsäädäntöä.[4] Julkisten hankintasopimusten tekemistä koskevissa direktiiveissä hyväksyttyjen säännösten avulla voidaan kuitenkin arvioida tämäntyyppisten sopimusten tekemistä koskevia tiettyjä menettelysääntöjä.

1. Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamista koskeva lainsäädäntö

10. Hankintaviranomaisen käsite on ensinnäkin määritelty direktiivin 92/50/ETY[5]

4 – Yhteisöjen nykyisessä johdetussa oikeudessa on ainoastaan sääntöjä, joita sovelletaan perinteisillä aloilla tehtäviin urakkasopimuksiin.

5 – Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 209, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna 13.9.2001 annetulla komission direktiivillä 2001/78/EY (EYVL L 285, s. 1; jäljempänä direktiivi 92/50).

1 artiklan b alakohdassa. Sen johdantoosan kahdeksannen perustelukappaleen mukaan sitä sovelletaan ”palveluja koskeviin julkisyhteisöjen sopimuksiin”[6] ja sen soveltamisalasta suljetaan näin ollen pois palveluja koskevat konsessiosopimukset. Direktiivillä 92/50 pyritään poistamaan palvelujen tarjoamisen vapauden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet ja näin suojaamaan sellaisten taloudellisten toimijoiden etuja, jotka haluavat tarjota tavaroita tai palveluja toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneille hankintaviranomaisille.[7]

11. Kyseisen direktiivin 1 artiklan b alakohdassa ”hankintaviranomaisen” käsite on määritelty seuraavasti:

”*Hankintaviranomaisilla* tarkoitetaan valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, ’julkisoikeudellisia laitoksia’, yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

’Julkisoikeudellisella laitoksella’ tarkoitetaan laitosta:

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

ja

– joka on oikeushenkilö

ja

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

6 – Kyseisen direktiivin 1 artiklan a alakohdan mukaan ne ovat ”rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken”. Mainitun direktiivin mukaan julkisiin palveluja koskeviin hankintasopimuksiin sisältyy vastike, jonka hankintaviranomainen maksaa suoraan palvelujen suorittajalle.

7 – Asia C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001 (Kok., s. I-939, 41 ja 42 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

– –”

12. Palveluja koskevan konsessiosopimuksen käsite on määritelty direktiivin 2004/18/EY[8] 1 artiklan 4 kohdassa, johon on koottu kaikki säännökset, jotka koskevat julkisia palveluja tavaranhankintoja sekä rakennusurakoita koskevia sopimuksia.[9]

13. Kyseisen säännöksen mukaan palveluja koskevalla konsessiosopimuksella ”tarkoitetaan muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä”.

14. Lisäksi kyseisessä direktiivissä toistetaan samoin sanakääntein sen 1 artiklan 9 kohdassa direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa tarkoitettu ”julkisoikeudellisen laitoksen” käsitteen määritelmä.

2. Direktiivi 89/665/ETY

15. Direktiivissä 89/665/ETY[10] takeita avoimuuden toteuttamisesta ja syrjinnän estämisestä julkisten hankintojen kilpailulle avaamisen yhteydessä on lisätty merkittävästi velvoittamalla jäsenvaltiot perustamaan tehokkaita ja nopeita muutoksenhakumenettelyjä siinä tapauksessa, että ”julkisia hankintoja” koskevien direktiivien säännöksiä rikotaan.[11] Kyseisen direktiivin 1 artiklan mukaan käytettävissä on oltava muutoksenhakumenettelyt, joiden yksityiskohdista kukin jäsenvaltio voi itse päättää ja jotka ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain määrättyä julkista hankintasopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata.

8 – Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 134, s. 114).

9 – Järjestyksessä julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten osalta direktiivi 92/50; julkisten tavaranhankintojen osalta 21.12.1976 annettu neuvoston direktiivi 77/62/ETY (EYVL 1977, L 13, s. 1) sekä julkisten rakennusurakoiden osalta 26.7.1971 annettu neuvoston direktiivi 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5), jäljempänä yhteisesti julkiset hankintasopimukset.

10 – Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY (EYVL L 395, s. 33), sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 92/50, jäljempänä direktiivi 89/665. Tätä direktiiviä on viimeksi muutettu 11.12.2007 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (EUVL L 335, s. 31).

11 – Kun direktiivin 89/665 1 artikla koski ainoastaan julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjä, direktiivin 2007/66 soveltamisalaa on laajennettu koskemaan julkisia palvelusopimuksia.

16. Koska julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen toteuttamisaika on hyvin lyhyt, mainittujen menettelyjen on direktiivin 89/665 2 artiklan mukaan mahdollistettava väitettyjen virheellisten menettelyjen käsittely kiireellisesti ja ryhtyminen väliaikaisiin toimenpiteisiin, ja myös lainvastaisesti tehtyjen päätösten poistaminen ja korvausten saaminen vahinkoa kärsineille. Kyseisen säännöksen sanamuoto on seuraava:

”1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklassa säädettyihin muutoksenhakumenettelyihin liittyviin toimenpiteisiin sisältyy valtuudet:

a) ryhtyä mahdollisimman aikaisessa vaiheessa ja kiireellisesti väliaikaisiin toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on saada väitetty virheellinen menettely päättymään tai estää kyseisiin etuihin kohdistuvat lisävahingot, mukaan lukien toimenpiteet julkisen hankintasopimusmenettelyn taikka hankintaviranomaisen tekemän päätöksen täytäntöönpanon keskeyttämiseksi tai niiden keskeyttämisen varmistamiseksi;

b) joko poistaa lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden poistaminen – –

c) korvata virheellisestä menettelystä kärsineen vahingot.

– –

6. Edellä 1 kohdassa säädettyjen valtuuksien käytön vaikutukset urakan antamisesta johtuvaan sopimukseen on määriteltävä kansallisessa lainsäädännössä

– –”

17. Kuten olen edellä todennut, direktiiviä 89/665 on muutettu direktiivillä 2007/66. Tällä pyritään parantamaan kansallisten muutoksenhakumenettelyjen tehokkuutta ja täsmentämään, missä tapauksissa sopimus, joka on tehty vastoin julkisten hankintasopimusten tekomenettelyn sääntöjä, on todettava tehottomaksi.

3. Direktiivi 80/723/ETY

18. Direktiivin 80/723/ETY[12] 2 artiklan sanamuoto on seuraava:

”1. Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

– –

b) ’julkisilla yrityksillä’ kaikkia yrityksiä, joiden suhteen julkiset viranomaiset käyttävät suoraan tai välillisesti määräysvaltaa omistuksen, rahoitukseen osallistumisen tai yritykseen sovellettavien sääntöjen perusteella;

– –

12 – Jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta sekä tiettyjen yritysten taloudellisen toiminnan avoimuudesta 25.6.1980 annettu komission direktiivi (EYVL L 195, s. 35), sellaisena kuin se on muutettuna 26.7.2000 annetulla komission direktiivillä 2000/52/EY (EYVL L 193, s. 75; jäljempänä direktiivi 80/723).

2. Julkisten viranomaisten oletetaan käyttävän määräysvaltaa yrityksen suhteen, jos niillä on suoraan tai välillisesti:

a) enemmistö yrityksen merkitystä pääomasta; tai

b) valvonnassaan yrityksen osakkeiden äänimäärän enemmistö; taikka

c) mahdollisuus asettaa enemmän kuin puolet yrityksen hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä.”

II Tosiseikat ja pääasian käsittelyn vaiheet

19. Tiivistän seuraavasti tosiseikat, jotka vaikuttavat tämän päättelyn kannalta merkityksellisiltä.

20. Käsittelyn kohteena olevassa asiassa kyse on direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitetusta palveluja koskevasta konsessiosopimuksesta. Tämä sopimus on tehty Stadt Frankfurt-am-Mainin, joka alueellisena viranomaisena määritellään direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdassa tarkoitetuksi ”hankintaviranomaiseksi”, ja FES:n välillä. Sopimuksen kohteena on 11:n Stadt Frankfurt-am-Mainin alueella sijaitsevan yleisen käymälän ylläpito, kunnossapito ja huolto, ja siihen sisältyy Rödelheimin sekä Galluswarten asemilla sijaitsevien kahden yleisen käymälän uudelleenrakentaminen, mistä muodostuu kyseisen direktiivin 8 artiklassa ja liitteessä I A tarkoitettu palvelu.

21. Kyseinen sopimus on tehty 16 vuodeksi. Pääurakoitsija FES ei saa vastiketta Stadt Frankfurt-am-Mainilta vaan käyttäjiltä perittävää käyttömaksua, ja sillä on yksinoikeus hyödyntää käymälöiden mainosalueita. Tämä korvausmuoto edellyttää, että FES ottaa vastattavakseen kyseisten palvelujen harjoittamiseen liittyvän riskin.

22. Kyseinen konsessiosopimus tehtiin FES:n kanssa, koska sen tarjous oli taloudellisesti edullisin. Yritysten, joiden joukossa FES ja kantaja, jättämät tarjoukset arvioitiin tarjouspyynnössä mainittujen useiden eri myöntöperusteiden perusteella. Kuten ennakkoratkaisupäätöksestä käy ilmi, kutakin näistä perusteista painotettiin laskevassa tärkeysjärjestyksessä, jonka Stadt Frankfurt-am-Main oli vahvistanut.[13]

23. Tarjouksensa yhteydessä FES esitti, että kantaja on sen aliurakoitsija sopimuksen kohteena olevien mainontapalvelujen ja palvelujen toteuttamisessa tarvittavien käymälämodulien toimituksen osalta. Se vetosi erityisesti kantajan kansainvälisesti tunnettuun tekniseen asiantuntemukseen näillä aloilla. Stadt Frankfurt-am-Main valitsi FES:n tarjouksen.

24. Sen jälkeen, kun FES oli tehnyt konsessiosopimukset 20. ja 22.7.2004, se pyysi kantajaa sekä väliintulijaa eli Deutsche Städte Medien GmbH -yritystä[14] esittämään tarjouksensa 5.1.2005 mennessä mainontapalvelujen

13 – Järjestys oli seuraava: mainonnan osalta rajalliset vaatimukset (30 %), operaattorin hankkeen merkityksellisyys (yleiset käymälät) (15 %), mainontaa koskevan hankkeen uskottavuus (10 %), hankkeen merkityksellisyys turvallisuuden osalta (10 %), yleisten käymälöiden käytön helppous (10 %), yleisten käymälöiden hyödyllisyys (10 %), yleisten käymälöiden sopeuttaminen kaupunkiympäristöön (5 %), yleisten käymälöiden esteettisyys (5 %) ja yleisten käymälöiden vaikutus ympäristöön (5 %).

14 – Tämä yritys on itse asiassa Ströer City-Marketing GmbH eli sen tärkein kilpailija konsessiosopimuksen saamisessa (jäljempänä DSM).

toimittamisen osalta ja 28.7.2005 mennessä käymälämodulitoimituksen osalta. Kantajan tarjouksia ei hyväksytty.

25. Konsessiosopimuksen 30 artiklan IV kohdan nojalla FES pyysi Stadt Frankfurt-am-Mainia hyväksymään aliurakoitsijan vaihdon. Viimeksi mainittu ei vastustanut vaihtoa ja totesi lisäksi, että vaihdosta huolimatta urakkaehdoissa kuvattuja standardeja noudatetaan.

26. Kansallisessa tuomioistuimessa kantaja moitti Stadt Frankfurt-am-Mainia siitä, että se ei ollut ottanut huomioon avoimuusvelvoitetta salliessaan mainitun vaihdoksen ja että se on näin ollen muuttanut olennaisesti FES:n kanssa tehtyä konsessiosopimusta.

III Ennakkoratkaisupyyntö

27. Landgericht Frankfurt am Main päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko [EY] 12, [EY] 43 ja [EY] 49 artiklassa tarkoitettua yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja yhteisön oikeudessa säädettyä kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää koskevaa kieltoa tulkittava siten, että viranomaisille niistä johtuvat avoimuusvelvoitteet, joiden perusteella palveluja koskevat konsessiosopimukset on avattava kilpailulle riittävän julkisesti ja niiden tekomenettelyjen puolueettomuutta on voitava valvoa[15], edellyttävät, että hävinneellä kilpailijalla on oltava kansallisen oikeuden nojalla oikeus vaatia, että edellä mainittuja velvoitteita noudatetaan ja/tai että niiden noudattamatta jättäminen lopetetaan?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi, kuuluvatko [edellä mainitut] avoimuusvelvoitteet Euroopan yhteisöjen tapaoikeuteen siten, että niitä sovelletaan jo jatkuvasti, vakiintuneesti, tasapuolisesti ja yleisesti ja että oikeussubjektit hyväksyvät ne sitoviksi normeiksi?

3) Edellyttävätkö ensimmäisessä kysymyksessä mainitut avoimuusvelvoitteet myös

15 – Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa asiaan C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok., s. I-10745, 60–62 kohta); asiaan C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok., s. I-7287, 17–22 kohta); asiaan C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok., s. I-8585, 46–50 kohta); asiaan C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3303, 21 kohta) ja asiaan C-260/04, komissio v. Italia, tuomio 13.9.2007 (Kok., s. I-7083, 24 kohta).

silloin, kun palvelukonsessiosopimusta halutaan muuttaa ja kun kilpailussa nimenomaisesti mainittua aliurakoitsijaa halutaan vaihtaa, että myös näiden neuvottelujen on oltava riittävän julkisia ja ne on avattava kilpailulle, vai mitä menettelyä noudattaen tällainen kilpailulle avaaminen on toteutettava?

4) Onko ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä mainittuja periaatteita ja avoimuusvelvoitteita tulkittava siten, että palvelukonsessioiden tapauksessa pitempikestoisten velvoitteiden perustamista tai muuttamista koskeva sopimus on purettava velvoitteiden noudattamatta jättämisen vuoksi?

5) Onko ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä mainittuja periaatteita ja avoimuusvelvoitteita sekä EY 86 artiklan 1 kohtaa – mahdollisesti niin, että huomioon otetaan [direktiivin 80/723] 2 artiklan 1 kohdan b alakohta ja 2 kohta sekä [direktiivin 2004/18] 1 artiklan 9 kohta – tulkittava siten, että yrityksen on julkisena yrityksenä tai hankintaviranomaisena noudatettava näitä avoimuusvelvoitteita, kun

– alueellinen julkisyhteisö on perustanut sen jätehuoltoa ja katujen puhtaanapitoa varten, mutta yritys harjoittaa toimintaa myös vapailla markkinoilla

– kyseinen julkisyhteisö omistaa tästä yrityksestä 51 prosenttia, mutta yhtiön päätöksenteko edellyttää kolmen neljäsosan enemmistöä

– kyseinen julkisyhteisö nimittää ainoastaan neljänneksen yrityksen hallintoneuvoston jäsenistä hallintoneuvoston puheenjohtaja mukaan luettuna ja

– yritys saa yli puolet liikevaihdostaan molemminpuolisesti velvoittavista sopimuksista, jotka koskevat jätehuoltoa ja katujen puhtaanapitoa kyseisen julkisyhteisön alueella, ja julkisyhteisö puolestaan rahoittaa tätä toimintaa kaupungin asukkailta perittävillä kunnallisilla maksuilla?”

28. Pääasian osapuolten lisäksi kirjallisia ja suullisia huomautuksia ovat esittäneet Euroopan yhteisöjen komissio, Euroopan vapaakauppa-alueen (EFTA) valvontaviranomainen sekä kuusi jäsenvaltiota.[16]

IV Ennakkoratkaisukysymysten kohde

29. Aloitan nyt käsiteltävän ennakkoratkaisupyynnön tarkastelun ensimmäisestä ja kolmannesta ennakkoratkaisukysymyksestä, jotka koskevat avoimuusvelvoitteen laajuutta.

30. Kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin tiedustelee yhteisöjen tuomioistuimelta, edellyttääkö avoimuusvelvoite hankintaviranomaiselta uuden kilpailumenettelyn avaamista, jos pääurakoitsija, jonka kanssa konsessiosopimus on tehty, haluaa käyttää kyseisen sopimuksen täytäntöönpanon yhteydessä eri aliurakoitsijan palveluja kuin sen, jonka se on ilmoittanut antamassaan tarjouksessa. Viidennellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lisäksi, voidaanko FES:n kaltaista pääurakoitsijaa, joka on yksityisen ja julkisen sektorin sekaomistuksessa oleva yksikkö, luonnehtia myös direktiivissä 92/50 tarkoitetuksi ”hankintaviranomaiseksi”, joka on sellaisena velvollinen noudattamaan avoimuusperiaatetta.

31. Näiden kahden kysymyksen tarkastelun jälkeen jatkan analyysiäni tutkimalla ensimmäistä, toista ja neljättä ennakkoratkaisukysymystä, jotka koskevat pääasiallisesti konsessiosopimusten yhteydessä tehtyjen päätösten tuomioistuinvalvonnan yksityiskohtaisia sääntöjä.

32. Nämä kolme viimeistä kysymystä ovat merkityksellisiä ainoastaan, jos kansallinen tuomioistuin katsoo, että Stadt Frankfurt-am-Main ja/tai FES ovat vaarantaneet menettelyn avoimuuden vaihtamalla aliurakoitsijaa kyseisen konsessiosopimuksen täytäntöönpanon aikana.

V Asian tarkastelu

33. Ennen kuin aloitan tämän tarkastelun, on mielestäni tärkeää muistuttaa avoimuusvelvoitteeseen liittyvän oikeuskäytännön pääpiirteistä. Vaikka tämä oikeuskäytäntö koskee osittain julkisia hankintoja, se on

16 – Tanskan kuningaskunta, Saksan liittotasavalta, Alankomaiden kuningaskunta, Itävallan tasavalta, Suomen tasavalta sekä Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta.

muodostettu perustamissopimuksen periaatteiden pohjalta ja on siis mielestäni merkityksellinen sovellettaessa yhteisön oikeutta konsessiosopimuksiin.

A *Avoimuusvelvoitetta koskevan oikeuskäytännön pääpiirteet*

34. Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä käy ilmi, että avoimuusvelvoite on yhdenvertaisen kohtelun periaatteen konkreettinen ja erityinen ilmentymä.

35. Yhteisöjen tuomioistuin on pitkään katsonut, että tämä periaate kuuluu yhteisön oikeuden perusperiaatteisiin,[17] joita jäsenvaltioiden on noudatettava silloin, kun ne toimivat alalla, johon sovelletaan yhteisön oikeutta. Mainittu periaate edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia ei kohdella eri tavalla, ellei tällaista eroa voida objektiivisesti perustella.[18] Se kuuluu perusoikeuksiin, joiden kunnioittamista yhteisöjen tuomioistuin valvoo.[19]

36. Yhteisön oikeuden yleisenä perusperiaatteena yhdenvertaisen kohtelun periaate sitoo jäsenvaltioita niiden pannessa yhteisön oikeuden säännöksiä täytäntöön. Tämän seurauksena jäsenvaltioiden on mahdollisuuksiensa mukaan sovellettava näitä säännöksiä siten, että ne eivät jätä noudattamatta yhteisön oikeusjärjestyksen perusoikeuksien turvaamista koskevia vaatimuksia.[20]

37. Yhteisöjen tuomioistuin on täsmentänyt yhdenvertaisen kohtelun periaatteen laajuutta julkisten hankintasopimusten yhteydessä asioissa komissio vastaan Tanska ja komissio vastaan Belgia antamissaan tuomioissa,[21] joita koskevaa oikeuskäytäntöä on sittemmin sovellettu palveluja koskeviin konsessiosopimuksiin.[22]

38. Tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen tarkoituksena on edistää terveen ja tehokkaan kilpailun syntymistä ehdokasyritysten kesken. Tämän periaatteen

17 – Yhdistetyt asiat 117/76 ja 16/77, Ruckdeschel ym., tuomio 19.10.1977 (Kok., s. 1753, Kok. Ep. III, s. 449, 7 kohta).

18 – Ks. erityisesti yhdistetyt asiat 201/85 ja 202/85, Klensch ym., tuomio 25.11.1986 (Kok., s. 3477, Kok. Ep. VIII, s. 755, 9 kohta) sekä asia C-442/00, Rodríguez Caballero, tuomio 12.12.2002 (Kok., s. I-11915, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

19 – Em. asia Rodríguez Caballero, tuomion 32 kohta.

20 – Ks. edellisessä alaviitteessä mainitun tuomion 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

21 – Ks. vastaavasti asia C-243/89, komissio v. Tanska, tuomio 22.6.1993 (Kok., s. I-3353, Kok. Ep. XIV, s. I-263, 37–39 kohta) ja asia C-87/94, komissio v. Belgia, tuomio 25.4.1996 (Kok., s. I-2043, erityisesti 51–56 kohta). Ks. myös asia C-496/99 P, komissio v. CAS Succhi di Frutta, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. I-3801, 108 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

22 – Ks. em. asia Parking Brixen (tuomion 48 kohta).

noudattamisella taataan tarjousten objektiivinen vertailu, ja sitä sovelletaan kaikissa menettelyn vaiheissa. Kaikilla tarjoajilla on oltava niiden kansallisuudesta riippumatta samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa.[23] Toisin sanoen pelin sääntöjen on oltava kaikkien mahdollisten tarjoajien tiedossa, ja niitä on sovellettava kaikkiin tarjoajiin samalla tavalla.

39. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen edellyttää kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltämistä ja avoimuutta koskevaa velvollisuutta, joka mahdollistaa sen, että käyttöoikeuden luovuttava viranomainen voi varmistua näiden periaatteiden noudattamisesta.[24]

40. Yhteisöjen tuomioistuin on täsmentänyt avoimuusvelvoitteen laajuutta edellä mainituissa asioissa Teleaustria ja Telefonadress sekä Parking Brixen antamissaan tuomioissa.

Yhteisöjen tuomioistuinten mukaan tällä velvoitteella pyritään pääasiallisesti takaamaan, ettei hankintaviranomainen suosi ketään eikä toimi mielivaltaisesti. Tällä velvoitteella pyritään takaamaan kaikkien mahdollisten tarjoajien hyväksi sopimuksentekomenettelyn riittävä julkisuuden taso ja mahdollistamaan näin menettelyn avaaminen kilpailulle ja sen puolueettomuuden valvonta. Sillä myös velvoitetaan esittämään kaikki sopimuksen tekomenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai urakkaehdoissa. Tämän velvoitteen on mahdollistettava se, että kaikki kohtuullisen valistuneet ja tavanomaisen huolelliset tarjoajat ymmärtävät niiden täsmällisen laadun ja tulkitsevat niitä samalla tavalla. Sen on myös mahdollistettava se, että hankintaviranomainen voi tarkistaa, vastaavatko tarjoajien tarjoukset tosiasiallisesti kyseessä olevaa hankintaa sääntöleviä arviointiperusteita.[25]

41. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön tarkastelusta ilmenee, että avoimuusvelvoite ja yhdenvertaisen kohtelun periaate ovat läheisesti sidoksissa toisiinsa. Ensimmäisellä pyritään varmistamaan jälkimmäisen tehokas vaikutus takaamalla terveen kilpailun edellytykset. Koska yhdenvertaisen kohtelun periaate on sellaisenaan yksi yhteisön oikeuden yleisistä periaatteista, jäsenvaltioiden on noudatettava samassa määrin myös avoimuusvelvoitetta, joka on ensin mainitun periaatteen konkreettinen ja erityinen ilmentymä.

23 – Ks. em. asia komissio v. Belgia (tuomion 54–56 kohta). Tässä asiassa yhteisöjen tuomioistuin on näin hyväksynyt, että mainittu periaate on esteenä sille, että hankintayksikkö ottaa huomioon yhden ainoan tarjoajan alkuperäiseen tarjoukseen tehdyn muutoksen, koska tämä tarjoaja on edullisemmassa asemassa kilpailijoihinsa verrattuna.

24 – Ks. myös em. asia komissio v. CAS Succhi di Frutta (tuomion 109 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja em. asia Parking Brixen (tuomion 49 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

25 – Em. asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 61 ja 62 kohta ja em. asia Parking Brixen, tuomion 111 kohta.

B *Avoimuusvelvoitteen laajuus*

1. Avoimuusvelvoitteen aineellinen laajuus

42. Kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin tiedustelee yhteisöjen tuomioistuimelta, edellyttääkö avoimuusvelvoite hankintaviranomaiselta uutta tarjouskilpailumenettelyä, jos pääurakoitsija, jonka kanssa konsessiosopimus on tehty, haluaa käyttää kyseisen sopimuksen täytäntöönpanoon eri aliurakoitsijan palveluja kuin sen, jonka se on ilmoittanut antamassaan tarjouksessa.

43. Tähän kysymykseen vastaamiseksi on mielestäni tärkeää tarkastella, millä tavoin avoimuusvelvoitetta on sovellettava, kun otetaan huomioon palveluja koskevalle konsessiosopimukselle tunnusomaiset piirteet. Nimittäin tämän ja julkisten palveluhankintojen tavoitteissa ja täytäntöönpanotavoissa on olennaisia eroja.

44. Julkista palveluhankintaa pidetään yleensä sen monimutkaisuuden ja kehittyneisyyden asteesta riippumatta julkisen oikeushenkilön tekemänä palvelun ostona, ja se koskee yrityksen suorittamaa yksittäistä palvelua. Palveluja koskeva konsessiosopimus sitä vastoin on julkisen palvelun delegoitu hallinnointitapa, jossa julkinen oikeushenkilö valtuuttaa viranomaiseen nähden ulkopuolisen palvelujentarjoajan huolehtimaan yleishyödyllisestä toiminnasta ja vastaamaan siitä käyttäjille, ja kyseinen valtuutus annetaan huomattavan pitkäksi ajaksi. Hankintaviranomainen, eli julkisyhteisö tai julkisoikeudellinen laitos, lopettaa palvelun tarjoamisen ja siirtää vastuun sen järjestämisestä konsessiosopimuksen toiselle osapuolelle.[26] Tämä harjoittaa palvelua omalla kustannuksellaan ja ottaa vastattavakseen palvelun harjoittamiseen liittyvät riskit saaden korvauksensa palvelun käyttäjiltä perittävistä maksuista.

45. Sovellettaessa yhteisön oikeutta tähän yleishyödyllisen palvelun sopimuksenvaraiseen hallinnointitapaan on otettava huomioon useita vaatimuksia.

46. Sopimuksenteon vaiheessa pitää sovittaa yhteen avoimuusvelvoite ja hankintaviranomaisen merkittävä vapaus tarjousten arviointiin ja sen määrittämiseen, mikä niistä on taloudellisesti edullisin. Taloudellisesti edullisin tarjous on tarjous, joka

26 – Asia C-272/91, komissio v. Italia, tuomio 26.4.1994 (Kok., s. I-1409).

kokonaisuudessaan vastaa taloudellisesti parhaiten julkisyhteisön ilmaisemiin tarpeisiin, kun huomioon otetaan valitut arviointiperusteet ja niiden painotus. Hankintaviranomaisen pitää voida valita palvelujentarjoaja, jonka suositustensa, tarjouksen laadun, alan tuntemuksen ja herättämänsä luottamuksen vuoksi voidaan katsoa antavan parhaat takeet palvelun hyvästä täytäntöönpanosta. Palveluja koskevan konsessiosopimuksen omaleimaisuus siis antaa mahdollisuuden valita palveluntarjoaja laajan perusteiden valikoiman perusteella, jossa etusijalla on intuitu personae -peruste. Tämä valinnanvapaus ei kuitenkaan merkitse, että konsessiosopimus voitaisiin tehdä mielivaltaisella tai syrjivällä tavalla. Korruption ehkäisemiseksi ja talouselämän ja julkisten menettelyjen paremman avoimuuden varmistamiseksi tuomioistuin on rajoittanut tätä vapautta tukeutumalla julkisten hankintasopimusten tekomenettelyä sääteleviin periaatteisiin. Näin ollen vapaus neuvotella ja tehdä päätöksiä säilyy, mutta tätä vapautta on käytettävä noudattaen edeltävää julkistamisen ja kilpailuttamisen velvollisuutta, mikä mahdollistaa, että ehdokas valitaan avoimesti, ja takaa, että tarjoajia kohdellaan yhdenvertaisesti.[27]

47. Tämän jälkeen sopimuksen täytäntöönpanovaiheessa avoimuusvelvoitteen kanssa pitää sovittaa yhteen julkisen palvelun etu, joka joissakin olosuhteissa edellyttää sopimuksen mukauttamista ja muuttamista.

48. Kuten olen jo todennut, konsessiosopimuksen saaja ottaa vastatakseen palvelun järjestämisen ja sen harjoittamiseen liittyvät riskit. Koska palveluja koskeva konsessiosopimus on luonteeltaan monimutkainen ja pitkäkestoinen, sen saajalla täytyy olla riittävä liikkumavara sopeutuakseen markkinaehtoihin ja sopimuksen taloudellisessa, teknisessä tai juridisessa ympäristössä tapahtuviin muutoksiin. Odottamattomat velvoitteet ja täytäntöönpanon vaikeudet, joilta pitkän ajan investoinneissa ei voida välttyä, edellyttävät siis osapuolilta erityistä joustavuutta ja yhteistyöhenkeä. Sopimusten uudelleen neuvottelemiselle on siis monia syitä. Jotkut voivat kuitenkin olla väärinkäytön lähteenä, jos niillä heikennetään sopimuksen tasapainoa tekemällä menettelyn avoimuudesta ja edeltävästä tarjoajien kilpailuttamisesta näennäisiä. Pitää siis arvioida, onko tarkoitettu muutos pelkkä lisäsopimus, joka on oikeutettu perustelluista syistä, vai johtaako se lopulta uuden sopimuksen tekemiseen, johon pitää yhteisön oikeuden perusperiaatteiden mukaan kohdistua riittävä julkisuus ja josta on järjestettävä uusi tarjouskilpailumenettely.

27 – Kuten Euroopan parlamentti on todennut, näiden sääntöjen noudattaminen "voi olla tehokas keino välttää kilpailun epäasianmukainen rajoittaminen niin, että julkinen sektori voi samalla määrittää ja valvoa itse ehtoja, jotka koskevat laatua, saatavuutta, sosiaalisia normeja ja ympäristövelvoitteita" (Euroopan parlamentin päätöslauselma komission vihreästä kirjasta yleishyödyllisistä palveluista (P5_TA(2004)0018), kohta 32).

49. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut asiassa komissio vastaa Ranska antamassaan tuomiossa,[28] että julkiseen hankintasopimukseen sen voimassaoloaikana tehtyjä muutoksia on pidettävä uuden sopimuksen tekemisenä, jos ne ”[eroavat] olennaisesti jo käydyistä neuvotteluista, minkä johdosta ne [ilmentävät] asianosaisten tahtoa neuvotella uudestaan sopimuksen keskeiset ehdot”.[29]

50. Yhteisöjen tuomioistuin on täsmentänyt tämän perusteen laajuutta asiassa pressetext Nachrichtenagentur antamassaan tuomiossa[30] neljällä esimerkkitapauksella, joissa tämäntyyppisiä muutoksia voidaan pitää olennaisina.

51. Ensimmäisessä esimerkkitapauksessa muutos tuo mukanaan sopimukseen ehtoja, jotka olisivat mahdollistaneet – mikäli ne olisivat sisältyneet alkuperäiseen hankintamenettelyyn – sen, että alun perin hyväksyttyjen tarjoajien lisäksi muutkin tarjoajat olisivat voineet tehdä tarjouksen tai että jokin muu kuin alun perin voittanut tarjous olisi voinut tulla valituksi.

52. Toisessa esimerkkitapauksessa muutoksella ulotetaan sopimus merkittävässä määrin sellaisiin palveluihin, joista ei alun perin ollut kyse.

53. Kolmannessa esimerkkitapauksessa muutoksella muutetaan sopimuksen taloudellista tasapainoa sopimuspuoleksi valitun yhtiön eduksi tavalla, josta ei määrätty alkuperäisen sopimuksen ehdoissa.

54. Neljäs esimerkkitapaus koskee tilannetta, jossa uusi sopimusosapuoli tulee sen sopimusosapuolen tilalle, jolle hankintaviranomainen on alun perin myöntänyt sopimuksen. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan tätä muutosta on pidettävä kyseisen julkista hankintaa koskevan sopimuksen yhden olennaisen ehdon muuttamisena, paitsi jos ”alkuperäisen sopimuksen ehdoissa määrätään tällaisesta muutoksesta esimerkiksi alihankinnan puitteissa”.

55. Kuten olen jo todennut, Stadt Frankfurt-am-Mainin ja FES:n välisen palveluja koskevan konsessiosopimuksen 30 artiklan IV kohdassa annetaan lupa vaihtaa aliurakoitsijaa sillä ehdolla, että hankintaviranomainen hyväksyy sen. Tässä tapauksessa tätä menettelyä on noudatettu.

56. Käsittelyn kohteena olevassa asiassa on siis kyse siitä, muodostaako aliurakoitsijan vaihtaminen tämän ehdon olemassaolosta ja

28 – Asia C-337/98, tuomio 5.10.2000 (Kok., s. I-8377).

29 – Tuomion 44 ja 46 kohta.

30 – Asia C-454/06, tuomio 19.6.2008 (Kok., s. I-4401, 35–37 ja 40 kohta).

siihen liittyvän menettelyn noudattamisesta huolimatta yhteisöjen oikeuskäytännössä tarkoitetun kyseisen konsessiosopimuksen yhden olennaisen ehdon muuttamisen.

57. Tämä arviointi on sikäli hankalaa, että Stadt Frankfurt-am-Main on itse hyväksynyt tämän muutoksen katsoessaan, että sopimusehdoissa kuvattuja standardeja oli noudatettu. Kun otetaan huomioon ne erityiset olosuhteet, joissa muutos on tapahtunut, katson kuitenkin, että kansallisen tuomioistuimen on varmistuttava siitä, että toimella, jolla tämä julkisyhteisö on antanut luvan tähän muutokseen, ei kierretä tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta eikä siitä seuraavaa avoimuusvelvoitetta.

58. Tämän tarkastelemiseksi on mielestäni hyvä kerrata ehdot, joiden täyttyessä konsessiosopimuksen saaja voi turvautua aliurakointiin.

59. Konsessiosopimusten monimutkaisuus ja kesto huomioiden konsessiosopimuksen saaja voi päättää teettää aliurakointina urakan tilaajan kanssa tehdyn sopimuksen täytäntöönpanon kokonaan tai osittain. Aliurakoitsijan valinnan on hyväksytty olevan urakoitsijan oikeuksiin kuuluva harkinnanvarainen toimi. Tämä valinnanvapaus on seurausta säännöstä, jonka mukaan konsessiosopimuksen saaja säilyttää täyden vastuun konsessiosopimuksen täytäntöönpanosta ja aliurakoitsija on siis sidottu ainoastaan tähän saajaan yksityisoikeudellisella kahden yksityisen henkilön kesken tehdyllä sopimuksella.

60. Ollakseen sääntöjen mukainen aliurakoinnin pitää kuitenkin olla hankintaviranomaisen hyväksymä joko sopimuksen tekemisen yhteydessä tai sen täytäntöönpanon aikana. Tässä yhteydessä hankintaviranomainen tarkistaa aliurakoitsijan teknisen ja taloudellisen suorituskyvyn.[31]

61. Jos aliurakoitsija on ilmoitettu tarjouksen esittämisen yhteydessä, aliurakoitsija hyväksytään konsessiosopimuksen myöntämisen tiedoksiannolla. Hankintaviranomainen voi yleensä kieltäytyä hyväksymästä yritystä aliurakoitsijaksi silloin, kun tämä on esimerkiksi verotuksen tai sosiaalikulujen osalta sääntöjenvastaisessa tilanteessa tai jos sillä ei ole riittävää suorituskykyä sille uskottujen palvelujen täytäntöönpanoon.

31 – Ks. asia C-314/01, Siemens ja ARGE Telekom, tuomio 18.3.2004 (Kok., s. I-2549, 45 ja 46 kohta), joka koskee julkisen hankintasopimuksen tekomenettelyä.

62. Aliurakointia ei ole rajattu siihen, mitä tarjousta jätettäessä on ilmoitettu. Sopimuksen täytäntöönpanon yhteydessä pääurakoitsija voi turvautua muihin aliurakoitsijoihin tai vaihtaa aliurakoitsijoita oikeutetuista syistä, joita voivat olla esimerkiksi sen palvelujen tosiasiallinen laatu tai sen taloudellinen tilanne. Tämä mahdollistaa sen, että pääurakoitsija voi mukauttaa palvelujaan tai vapautua aliurakointisopimuksen määräysten mukaisesti yrityksestä, johon se ei ole tyytyväinen.

63. Kun aliurakoitsijan vaihtamisesta on määrätty sopimusehdoissa ja hankintaviranomainen on itse hyväksynyt niiden muuttamisen, on lähtökohtaisesti vaikeata väittää, että tämä muutos sinällään muuttaa konsessiosopimuksen olennaista ehtoa ja velvoittaa uuden tarjouskilpailumenettelyn järjestämiseen.

64. Nimittäin antaessaan suostumuksensa hankintaviranomainen katsoo, että konsessiosopimuksen kohteen kannalta ei ole olennaista, kuka on aliurakoitsija, ja että pääurakoitsijan hoidettavaksi annetut palvelut suoritetaan urakkaehtojen mukaisesti tästä muutoksesta riippumatta. Tilanne voi olla tämä silloin, kun kyseisillä markkinoilla on useita yrityksiä, jotka tarjoavat samankaltaisia ja -tasoisia palveluja.

65. Lisäksi silloin, kun hankintaviranomainen määrää, että joitakin sopimuksen myöntöehtoja voidaan muokata konsessiosopimuksen saajan valitsemisen jälkeen, ja määrää sopimusehdoissa nimenomaisesti tästä sopeuttamismahdollisuudesta sekä sen soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä, kaikki konsessiosopimukseen osallistumisesta kiinnostuneet yritykset ovat siitä tietoisia alusta lähtien ja ovat siten yhdenvertaisessa asemassa tarjouksen esittämishetkellä.

66. Tällaista konsessiosopimuksen muuttamista voidaan kuitenkin kritisoida pääasiassa kyseessä olevan tilanteen kaltaisessa tilanteessa.

67. Alihankkija on nimittäin vaihdettu ilman oikeutettua syytä sopimuksenteon jälkeen ja ennen ensimmäisten palvelujen suorittamista, vaikka konsessiosopimuksen saaja oli tarjousta jättäessään käyttänyt hyväkseen aliurakoitsijan mainetta ja teknistä asiantuntemusta.

68. Jos hankintaviranomainen hyväksyy tällaisen menettelytavan, sillä mielestäni

loukataan avoimuusperiaatetta ja tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta. Näin toimiessaan hankintaviranomainen jättää FES:n tarjouksen sellaisena, kuin se on muutettuna, eri ehdokkaiden perusteellisen ja avoimen tutkimisen ulkopuolelle, mistä voi aiheutua yritykselle perusteetonta etua sopimuksen saamisessa.

69. Ensiksi ei ole mahdotonta, että Stadt Frankfurt-am-Main olisi pitänyt parempana jotakin toista kuin FES:n alun perin esittämää tarjousta, jos siinä ei olisi käytetty hyväksi mainospalvelujen aliurakointia varten useita ominaisuuksia, jotka liittyvät kantajaan, joka kuvataan ”kilpailukykyiseksi ja kokeneeksi – – kumppaniksi”, joka on ”kokenut ja maailmanlaajuisesti toimiva mainosalan erikoisosaaja” ja jonka ”tuotteet [ovat] nykyaikaisia ja esteettisiä”.[32]

70. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee selvästi, että kantajan ilmoittaminen aliurakoitsijaksi teki mahdolliseksi sen, että FES sai kyseisen konsessiosopimuksen. FES:n valinta nimittäin tehtiin sen mainosalaa koskevat väitteet huomioiden, koska se sai tästä myöntöperusteesta 27,3 pistettä, kun sen pääasiallinen kilpailija, joka on väliintulijana käsittelyn kohteena olevassa asiassa, sai siitä 20,1 pistettä. Muiden myöntöperusteiden osalta Stadt Frankfurt-am-Main antoi väliintulijalle yhtä paljon tai enemmän pisteitä. Käytössäni olevista asiakirjoista siis ilmenee, että kantajan mukana oleminen FES:n kokonaistarjouksessa oli konsessiosopimuksen myöntämisen kannalta ratkaisevaa.

71. Toiseksi FES:n käyttäytyminen, kun se konsessiosopimuksen saatuaan jatkoi mainospalvelujen ja käymälämoduulien toimittamisen aliurakointia koskevia neuvotteluja[33] syrjäyttääkseen kantajan ilman perusteltua syytä,[34] tekee sen alkuperäisestä tarjouksesta, sellaisena kuin Stadt Frankfurt-am-Main sen hyväksyi, pelkän muodollisen tarjouksen, jonka järjestelyllä ei kokonaisuudessaan ollut muuta tavoitetta kuin vakavasti otettavien kilpailijoiden syrjäyttäminen konsessiosopimuksen saamiseksi, ja jolla pyrittiin, mikä tuli välittömästi ilmi, tämän jälkeen sen täytäntöönpanoon erilaisissa taloudellisissa ja teknisissä olosuhteissa kuin ne, joista tarjouksessa oli ilmoitettu ja jotka ainoina oli kilpailutettu.

72. Näin ollen katson edellä esitettyjen seikkojen perusteella, sellaisena kuin ne

32 – Ennakkoratkaisupyyntö, s. 5 ja 6.

33 – Kun konsessiosopimus oli tehty 20. ja 22.7.2004, FES pyysi kantajaa ja väliintulijaa esittämään tarjouksensa mainontapalvelujen toimittamisesta 5.1.2005 mennessä ja käymälämodulitoimituksesta 28.7.2005 mennessä. Tässä vaiheessa kantaja syrjäytettiin aliurakoitsijana.

34 – Tässä tapauksessa asiakirjoista ei mielestäni ilmene mitään seikkaa, jonka perusteella voitaisiin ajatella, että FES:llä oli oikeutettu syy olla käyttämättä tarjouksen esittämisen yhteydessä ilmoittamansa aliurakoitsijan palveluja. Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, tätä muutosta ei voida pitää ymmärrettävänä, koska kantaja on esittänyt FES:lle huomattavasti suurempaa vuosittaista korvausta kuin väliintulija.

ilmenevät ennakkoratkaisupyynnöstä, että aliurakoitsijan vaihtamista ennen ensimmäisten palvelujen suorittamista ja ilman, että syyksi olisi väitetty vähäisintäkään teknistä tai taloudellista ongelmaa, olisi ehdottomasti pitänyt edeltää uusi tarjouskilpailumenettely. Antaessaan luvan tällaiseen aliurakoitsijan vaihtamiseen ilman yhteisön oikeuden edellyttämää julkisuusvaatimuksen täyttämistä ja kilpailutuksen toteuttamista Stadt Frankfurt-am-Main on siis mielestäni rikkonut avoimuusvelvoitetta.

75. Näin ollen ehdotan yhteisöjen tuomioistuimelle, että se vastaa ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle, että jos palveluja koskevien konsessiosopimusten tekomenettelyn yhteydessä se, kuka on aliurakoitsija, on olennainen seikka, johon hankintaviranomainen on perustanut päätöksensä antaa konsessiosopimus kyseiselle tarjoajalle, avoimuusvelvoite velvoittaa jäsenvaltioita järjestämään uuden tarjouskilpailumenettelyn silloin, kun kyseisen sopimuksen saaja haluaa vaihtaa aliurakoitsijan jo ennen ensimmäisten palvelujen suorittamista ja oikeutettuja syitä esittämättä. Toimivaltaisen kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida, muodostavatko sen aliurakoitsijan nimi, maine ja tekninen kokemus, jonka FES on ilmoittanut tarjouksensa esittämisen yhteydessä, olennaisen seikan, johon Stadt Frankfurt am Main on perustanut päätöksensä antaa konsessiosopimus tälle yritykselle.

73. On näet niin, että vaikka näiden konsessiosopimusten yhteydessä julkisia varoja tosiasiallisesti käytetään vähemmän kuin julkisten hankintojen yhteydessä, konsessiosopimuksen tekomenettelyssä julkisyhteisölle ja käyttäjille pitää kuitenkin taata paras palvelun laatu, mikä tapahtuu eri ehdokkaiden perusteellisen ja avoimen arvioinnin avulla, jossa noudatetaan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.

2. Avoimuusvelvoitteen henkilöllinen laajuus

76. Viidennellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, voidaanko FES:n kaltaista yritystä sen ennakkoratkaisupyynnössä esitetyt ominaispiirteet huomioon ottaen pitää direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettuna ”hankintaviranomaisena” tai direktiivin 80/723 2 artiklassa tarkoitettuna ”julkisena yrityksenä”, joka on sellaisena velvollinen noudattamaan avoimuusperiaatetta konsessiosopimuksen teossa.

74. Jos ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin asiakirja-aineiston kaikki seikat huomioiden vahvistaa tämän tosiseikkojen analyysin, sen pitäisi mielestäni tehdä kaikki tällaisesta rikkomisesta johtuvat päätelmät.

77. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa edellä mainittuihin direktiiveihin siinä, että konsessiosopimusten osalta missään johdetun oikeuden tekstissä ei ole tarkasti määritelty yksikköjä, joita avoimuusvelvoite koskee.

78. Katson, että tällaisen lainsäädännön puuttuessa on asianmukaista siirtää julkisten hankintojen osalta tästä asiasta esitetyt periaatteet palveluja koskeviin konsessiosopimuksiin.

79. Mielestäni on nimittäin tärkeää käyttää hankintaviranomaisesta samanlaista määritelmää, koska tällä käsitteellä tarkoitetaan kaikkia julkisia elimiä, jotka voivat antaa taloudelliseen toimintaan kuuluvista suorituksista huolehtimisen kolmannelle osapuolelle, riippumatta siitä, minkätyyppinen tehty sopimus on, eli onko kyseessä julkinen hankintasopimus vai julkisia palveluita koskeva konsessiosopimus. Tältä osin on mielenkiintoista muistaa, että direktiivin 92/50 soveltamisalaa ei ole määritelty kyseisen toimenpiteen luonteen mukaan vaan sen mukaan, kuka tätä toimenpidettä on esittänyt, koska kaikki hankintaviranomaisen tekemät hankintasopimukset on tehtävä tässä direktiivissä vahvistettujen periaatteiden mukaisesti.

80. Sitä vastoin viittauksella direktiivin 80/723, jonka muistutan koskevan jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisiä taloudellisia suhteita, 2 artiklassa tarkoitettuun ”julkisen yrityksen” käsitteeseen, on mielestäni huomattavasti vähemmän merkitystä. Kun otetaan huomioon seikat, jotka aion tuoda esille julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä koskevan tarkastelun yhteydessä, kansallinen tuomioistuin voi kuitenkin arvioida siinä tapauksessa, että se pitää sitä tarpeellisena, voidaanko FES:n kaltaista yritystä luonnehtia ”julkiseksi yritykseksi”.[35]

a) Direktiivissä 92/50 tarkoitettu ”julkisoikeudellisen laitoksen” käsite

81. Ennen kuin kertaan direktiivissä 92/50 käsitellyt eri edellytykset sille, että yksikköä voidaan pitää ”hankintaviranomaisena”, on mielenkiintoista todeta, että FES on julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden puitteissa perustettu sekaomistuksessa oleva yhtiö.[36] Stadt Frankfurt-am-Main omistaa yhtiöstä 51 prosenttia.

35 – Direktiivin 80/723 2 artiklassa esitetyt ominaisuudet, joita edellytetään, jotta yksikköä pidetään ”julkisena yrityksenä”, ovat samat kuin direktiivin 92/50 1 artiklassa esitetyt ”hankintaviranomaisena” pidettävän yksikön ominaisuudet.

36 – Ks. tältä osin yrityksen internetsivut: www.fes-frankfurt.de/profil (otsakkeet ”profil” ja ”chronik”).

82. Tässä asiassa yhteisöjen tuomioistuimella on siis mahdollisuus täsmentää, onko tällainen yksikkö sellainen direktiivissä 92/50 tarkoitettu ”julkisoikeudellinen laitos”, joka on sellaisena velvollinen noudattamaan perustamissopimuksen perusperiaatteita.

83. Ennen tämän kysymyksen tarkastelemisen aloittamista on täsmennettävä, mitä julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuudella tarkoitetaan.

84. Tämä kumppanuus on mekanismi, jossa yhdistyvät julkinen pääoma, jota on yleensä enemmän, ja yksityinen pääoma, jota on vähemmän, oikeudellisessa rakenteessa, joka kuuluu yleensä kauppaoikeuden yleisten sääntöjen soveltamisalaan. Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanit muodostavat tällä tavalla sekaomistuksessa olevan yksikön, josta voi tulla muodoltaan sekaomistuksessa oleva yhtiö, joka panee täytäntöön julkisia hankintasopimuksia tai ottaa vastattavakseen konsessiosopimukseen perustuvista paikallisista julkisista palveluista. Kuten komissio on äskettäin antamassaan tiedonannossa tuonut ilmi,[37] tässä useimmiten pitkän aikavälin yhteistyössä yksityinen kumppani osallistuu hankkeen eri vaiheisiin (suunnitteluun, toteutukseen ja toimintaan), vastaa riskeistä, joista perinteisesti on vastannut julkinen sektori, ja antaa usein panoksen hankkeen rahoitukseen.[38]

85. Tämä sekaomistuksessa oleva yksikkö ei kuitenkaan ole yhteisön oikeuskäytännössä tarkoitettu julkisyhteisön yksikön ”sisäisen” hallinnon rakenne. Näin ollen silloin, kun hankintaviranomainen myöntää julkisen hankinnan tai konsessiosopimuksen tämäntyyppiselle yksikölle, sen pitää noudattaa kaikkia julkisiin hankintoihin sovellettavia sääntöjä riippumatta siitä, ovatko ne peräisin perustamissopimuksesta tai johdetusta oikeudesta.[39]

86. Tässä on syytä tarkastella direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettuja eri edellytyksiä sille, että yksikköä voidaan pitää ”julkisoikeudellisena laitoksena”.

87. Direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan mukaan julkisoikeudellinen laitos on laitos, jonka on oltava muodoltaan oikeushenkilö, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja joka ei harjoita teollista tai kaupallista toimintaa, jonka rahoitus tai johtoelimet ovat läheisesti valtion, alueellisen

37 – Komission selittävä tiedonanto julkisia hankintoja ja käyttöoikeutta koskevan yhteisön oikeuden soveltamisesta julkisen ja yksityisen sektorin rakenteellisiin kumppanuuksiin, 5.2.2008 (K(2007) 6661).

38 – S. 2.

39 – Asiassa C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005 (Kok., s. I-1), joka koskee julkisen palveluhankinnan myöntämistä sekaomistuksessa olevalle yhtiölle, antamastaan tuomiosta lähtien yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että yksityisen yrityksen osakkuus – jopa vähemmistöosakkuus – sellaisessa yhtiössä, jossa myös kyseinen hankintaviranomainen on mukana, sulkee pois sen, että kyseinen hankintaviranomainen voisi valvoa kyseistä yhtiötä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan (49 kohta). Ks. vastaavasti em. asia ANAV, tuomion 30–32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

viranomaisen tai muun julkisoikeudellisen laitoksen valvonnassa.

88. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on vakiintuneesti todennut, nämä kolme edellytystä ovat kumulatiivisia siten, että yhden edellytyksen puuttuessa laitosta ei voida luokitella ”julkisoikeudelliseksi laitokseksi” eikä näin ollen direktiivissä 92/50 tarkoitetuksi ”hankintaviranomaiseksi”.[40]

89. Kun otetaan huomioon julkisia hankintoja koskevien direktiivien tarkoitus, yhteisöjen tuomioistuin lisäksi katsoo, että julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä on tulkittava toiminnallisesti.[41]

b) Julkisoikeudellisen laitoksen muodostavien seikkojen tarkastelu

90. Tässä tapauksessa on selvää, että FES on oikeushenkilö. Epäselvyys koskee direktiivissä 92/50 mainittuja kahta muuta vaatimusta.

i) FES:n tarkoitus tyydyttää nimenomaisesti yleisen edun mukaisia luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita

91. Ensiksi on selvää, että FES on todellakin nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita,[42] sillä se on perustamisestaan lähtien ollut vastuussa Stadt Frankfurt-am-Mainin jätehuollosta sekä kaupunkialueen puhtaanapidosta.[43] Tämä toiminta kuuluu kiistattomasti yleisen edun piiriin. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on jo asiassa BFI Holding antamassaan tuomiossa[44] todennut, nämä tarpeet kuuluvat niihin, joita ei voida tyydyttää täysin yksityisten yritysten toimesta, koska ne on katsottu tarpeellisiksi kansanterveyteen ja ympäristönsuojeluun liittyvistä syistä, minkä vuoksi valtio haluaa säilyttää niiden osalta määräävän vaikutusvallan.[45]

92. Nyt on syytä tarkastaa, ovatko tällaiset yleisen edun mukaiset tarpeet luonteeltaan

40 – Ks. asia C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, tuomio 11.6.2009 (Kok., s. I-4779, 48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

41 – Asia C-393/06, Ing. Aigner, tuomio 10.4.2008 (Kok., s. I-2339, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

42 – Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kyseessä on oltava tarpeet, jotka valtio tai alueellinen tai paikallinen viranomainen yleisen edun mukaisista syistä yleensä haluaa tyydyttää itse tai jonka osalta se haluaa säilyttää määräävän vaikutusvallan (em. asia Ing. Aigner, tuomion 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Yhteisöjen tuomioistuin on näin hyväksynyt, että tästä on kysymys seuraavissa tapauksissa: sellaisten virallisten painotuotteiden kuin matkapassit, ajokortit ja henkilöllisyystodistukset valmistaminen (asia C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomio 15.1.1998, Kok., s. I-73); kansallisten metsäalueiden hoito (asia C-353/96, komissio v. Irlanti, tuomio 17.12.1998, Kok., s. I-8565); yliopiston hallinto (asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000, Kok., s. I-8035) tai julkisen televiestintäverkon hallinta (em. asia Telaustria ja Telefonadress).

43 – Asiassa C-470/99, Universale-Bau ym., 12.12.2002 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-11617) yhteisöjen tuomioistuin on hyväksynyt, ettei laitoksen ole välttämättä tarvinnut hoitaa tätä tehtävää alusta alkaen.

44 – Asia C-360/96, tuomio 10.11.1998 (Kok., s. I-6821).

45 – 51–53 kohta.

muita kuin teollisia tai kaupallisia. Tämä kysymys on sen sijaan hankalampi.

93. Siitä, miten näiden tarpeiden olemassaoloa on arvioitava, on olemassa laaja oikeuskäytäntö.[46] Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan huomioon on otettava kaikki asian kannalta merkitykselliset oikeudelliset seikat ja tosiseikat, jollaisia ovat olosuhteet, joiden takia tämä laitos perustettiin, sekä olosuhteet, joissa se harjoittaa toimintaansa. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että on selvitettävä, harjoittaako kyseessä oleva laitos toimintaansa normaalissa markkinatilanteessa.[47] Tätä varten yhteisöjen tuomioistuin tutkii niiden tuote- ja palvelumarkkinoiden kilpailutilannetta, joita varten mainittu laitos on perustettu. Vaikka kilpailun olemassaolo voi olla osoitus siitä, että yleisen edun mukainen tarve on luonteeltaan teollinen tai kaupallinen, tämä osoitus ei ole riittävä.[48] Vielä on tutkittava, tavoitellaanko toiminnalla voittoa, vastaako laitos toimintansa harjoittamiseen liittyvistä tappioista ja saako se julkista rahoitusta kyseessä olevan toiminnan harjoittamiseen.[49]

46 – Ks. erityisesti yhdistetyt asiat C-223/99 ja C-260/99, Agorà ja Excelsior, tuomio 10.5.2001 (Kok., s. I-3605); asia C-373/00, Adolf Truley, tuomio 27.2.2003 (Kok., s. I-1931); asia C-18/01, Korhonen ym., tuomio 22.5.2003 (Kok., s. I-5321) sekä em. asioissa BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria ym. ja Ing. Aigner annetut tuomiot.

47 – Em. asia Ing. Aigner, tuomion 41 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

48 – Em. asiassa Adolf Truley antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että yleisen edun mukaisten muiden kuin teollisten tai kaupallisten tarpeiden ei voida katsoa puuttuvan pelkästään kehittyneen kilpailun olemassaolon vuoksi (61 kohta).

49 – Em. asia Korhonen ym., tuomion 55–59 kohta.

94. Käytettävissäni olevassa asiakirja-aineistossa ei ole riittävästi tietoja, joiden perusteella olisi mahdollista arvioida tarkasti kaikkia näitä seikkoja. Ainoastaan ennakkoratkaisupyynnön esittäneellä tuomioistuimella on tarkempaa tietoa asiasta, ja niiden tutkiminen on sen tehtävä. Mainitsen kuitenkin joitakin hyödyllisiä seikkoja.

95. Niiden olosuhteiden, joissa tämä yhtiö on perustettu, osalta on mielestäni tärkeää ottaa huomioon markkinoiden erityispiirteet jätteiden keräyksen ja käsittelyn alalla, joka on yksi niistä aloista, jota varten FES on perustettu.

96. Jätteiden keräys- ja käsittelymarkkinat ovat kasvaneet merkittävästi erityisesti jätehuoltoa ja jätteiden hyödyntämistä sekä ympäristöhaittojen ehkäisyä koskevan lainsäädännön kiristymisen myötä. Tämän kiristymisen välitön seuraus on ollut jätteiden keräys- ja käsittelykustannusten kasvu samalla, kun tämän alan toiminta on monipuolistunut ja teknistynyt. Näiden pakotteiden edessä enemmistö paikallisista yhteisöistä on päättänyt siirtää tämän toiminnan erikoistuneille yrityksille, jotka ovat voineet ottaa täysimääräisen hyödyn näiden markkinoiden kehityksestä.

97. Näiden seikkojen perusteella päädyn ajattelemaan, että kyseisen yksikön perustamisen syynä ei siis ole ollut voiton tavoitteleminen. Vaikka kyseinen toiminta tuottaa todellisuudessa merkittävää voittoa, tämä voiton tavoitteleminen ei kuitenkaan missään tapauksessa ole ollut FES:n perustamisen pääasiallinen tarkoitus. Mainitut seikat pätevät ensi näkemältä kaupungin puhtaanapitotoimintaan, johon liittyy, toisin kuin jätteiden keräys- ja käsittelytoimintaan, vähemmän lisäarvoa.

98. Olosuhteiden, joissa FES harjoittaa toimintaansa, ja erityisesti jätteiden keräys- ja käsittelyalalla sekä kaupungin puhtaanapitoalalla vallitsevan kilpailutilanteen osalta ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen on tutkittava, toimiiko FES markkinoilla, joilla on todellisia kilpailijoita, vai onko se päinvastoin melkein monopoliasemassa esimerkiksi ”perinteisen toimijan”[50] aseman ansiosta, tai koska markkinoille pääsylle on tiettyjä esteitä. Todellisen kilpailun puuttuminen ei ole välttämätön edellytys FES:n luokittelemiseksi julkisoikeudelliseksi laitokseksi, mutta se voi olla merkki, joka tukee sitä, että FES osallistuu yleisen edun mukaisen luonteeltaan muun kuin teollisen tai kaupallisen tarpeen tyydyttämiseen.

99. Lisäksi se, että FES harjoittaa yleisen edun mukaisen tehtävänsä lisäksi muuta voittoa tuottavaa toimintaa, on merkityksetöntä pääasiassa annettavan ratkaisun kannalta. Yhteisöjen tuomioistuin on nimittäin todennut, että se, onko tiettyä laitosta pidettävä julkisoikeudellisena laitoksena, ei riipu siitä, missä määrin kyseisen laitoksen toiminnalla tyydytetään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita. Jos yritys jatkaa näiden tarpeiden hoitamista, yhteisöjen tuomioistuimen mukaan sillä, että yritys harjoittaa voittoa tuottavaa toimintaa, ei ole merkitystä ja tämä riippumatta kyseisen toiminnan osuudesta yrityksen kokonaisliikevaihdossa.[51]

100. Vaikka lisäksi FES juridisella tasolla eroaa vähän yksityisten toimijoiden omistamasta osakeyhtiöstä, koska se vastaa toimintaansa liittyvistä taloudellisista riskeistä ja se voidaan myös asettaa konkurssiin, ennakkoratkaisun esittämistä koskevasta päätöksestä käy ilmi, että Stadt Frankfurt-am-Main ei sallisi tällaisen tilanteen toteutumista. Korostan lisäksi, että kyseinen yhteisö kerää asukkailtaan kunnallista käyttömaksua, jolla se rahoittaa FES:lle jätteiden hävittämisestä ja katujen puhtaanapidosta suoritettavat maksut.

50 – Tarkennan, että FES:n internetsivujen mukaan tämä yritys on alkujaan ollut jätteiden keräystä ja kaupunkialueen puhtaanapitoa hallinnoinut kunnallinen virasto.

51 – Em. asia Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomion 25, 26 ja 31 kohta; em. asia BFI Holding, tuomion 55 ja 56 kohta ja em. asia Ing. Aigner, tuomion 47 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

101. Näiden seikkojen perusteella olen siis taipuvainen toteamaan, että FES on perustettu tyydyttämään nimenomaisesti yleisen edun mukaisia luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita.

– johto on näiden laitosten valvonnan alainen

102. Kyseisen yrityksen hoitamien tarpeiden tarkan luonteen selvittämistä varten ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen, jolla yksin on käytettävissään asian kannalta merkitykselliset tiedot, tehtävänä on kuitenkin arvioida olosuhteet, joissa FES harjoittaa toimintaansa, ja erityisesti kilpailutilannetta niillä aloilla, joita varten tämä yritys on perustettu.

– hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää enemmän kuin puolet.

ii) Ehto, joka koskee laitoksen läheistä riippuvuutta valtiosta, alueellisesta viranomaisesta tai muista julkisoikeudellisista laitoksista

104. On kiistatonta, että Stadt Frankfurt-am-Main omistaa 51 prosenttia eli enemmistön FES:n pääomasta. Vaikka tämän omistusosuuden perusteella on perusteltua olettaa, että julkisella yhteisöllä on määräysvalta yrityksessä, ei ole itsestään selvää, että tämä vaikutus näkyy sen toimintaa ja hallintoa koskevissa menettelysäännöissä.

103. Muistutan, että direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan mukaan tällä ehdolla tarkoitetaan seuraavia kolmea vaihtoehtoista edellytystä

105. Tarkastelen aivan aluksi kyseessä olevan yrityksen toimintaperiaatteita, koska Stadt Frankfurt-am-Mainilla on yhtiökokouksessa veto-oikeus, joka voi sen mukaan, missä tilanteessa sitä käytetään, antaa julkisyhteisölle tosiasiallisen määräysvallan yrityksen hallintoon.

– rahoituksesta suurin osa on peräisin valtiolta, alueellisilta tai paikallisilta viranomaisilta taikka muilta julkisoikeudellisilta laitoksilta

– Peruste, joka koskee asianomaisen laitoksen hallinnon valvontaa

106. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tällä kriteerillä tarkoitetaan tilannetta, jossa laitos on riippuvainen viranomaisista tavalla, joka vastaa sitä riippuvuutta, joka syntyy, kun jompikumpi kahdesta muusta vaihtoehtoisesta perusteesta täyttyy. Tämän riippuvuuden on mahdollistettava se, että viranomaiset voivat vaikuttaa kyseisen laitoksen tekemiin julkisia hankintoja[52] tai vastaavasti konsessiosopimuksia koskeviin päätöksiin.

107. Edellä mainitussa asiassa Adolf Truley annetussa tuomiossa on kuvattu tapauksia, joissa yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että tämä peruste täyttyy. Kyseisessä asiassa julkisyhteisön tarkastusvirastolla oli valtuus tarkastaa kyseisen laitoksen tilinpäätöksen lisäksi myös sen juokseva hallinto numerotietojen paikkansapitävyyden, toiminnan lainmukaisuuden, säästäväisyyden, kannattavuuden ja tarkoituksenmukaisuuden kannalta katsottuna. Tällä virastolla oli lisäksi oikeus päästä niihin tiloihin ja laitoksiin, joissa tämän laitoksen toimintaa harjoitettiin, ja ilmoittaa näiden tarkastusten tuloksista toimivaltaisille elimille sekä yhtiön osakkeenomistajille ja yhteisölle. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan näiden oikeuksien perusteella julkisyhteisö pystyi siis valvomaan aktiivisesti mainitun laitoksen hallintoa.

52 – Ks. em. asia Adolf Truley, tuomion 69 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

108. Käsiteltävänä olevassa asiassa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on otettava huomioon kaikki tosiseikat ja oikeudelliset seikat, jotka saattaisivat antaa Stadt Frankfurt-am-Mainille ratkaisevan vaikutusvallan FES:n toimintaan. Tässä tapauksessa katson, että sen pitäisi tarkastella tapaa, jolla tämä yhteisö käyttää sen enemmistöosakkaan asemaan liittyvää veto-oikeuttaan kyseisen yrityksen yhtiökokouksessa. Tältä osin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tutkittava tämän oikeuden merkitys ottamalla huomioon päätökset, joihin se voi käyttää tätä oikeutta, ja tutkimalla sen käytön mahdollisia rajoituksia.

109. Vaikka julkisyhteisö ei voi pakottaa FES:ää tekemään päätöksiä,[53] se voi kuitenkin käyttää yksinoikeudellista määräysvaltaa FES:n toimintaan, jos se pystyy estämään yrityksen kauppapolitiikkaan liittyvät strategiset päätökset, hallituksen jäsenten nimittämisen sekä talousarvion tai liikesuunnitelman hyväksymisen. Jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin osoittaa, että Stadt Frankfurt-am-Main voi veto-oikeutta käyttäessään estää FES:n kaupallisen strategian kannalta ratkaisevat päätökset ja jäädyttää kyseisen yrityksen päätöksentekoprosessin, Stadt Frankfurt-am-Mainilla on siinä tapauksessa ratkaiseva vaikutusvalta FES:n hallintoon ja näin ollen tosiasiallista määräysvaltaa.

53 – Huomattakoon, että FES:n yhtiökokous voi tehdä päätöksiä ainoastaan kolmen neljäsosan enemmistöllä. Stadt Frankfurt-am-Main omistaa yrityksen pääomasta 51 prosenttia, eikä tämä omistusosuus siis riitä siihen, että se voisi yksin viedä läpi päätöksiä yhtiökokouksessa.

110. Tässä tapauksessa voidakseen selvittää tarkemmin, missä määrin Stadt Frankfurt-am-Main valvoo FES:n hallintoa, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida, onko julkisyhteisöllä ratkaisevaa vaikutusvaltaa yrityksen hallinnossa sille enemmistöosakkaan ominaisuudessa myönnetyn veto-oikeuden välityksellä.

111. Siinä tapauksessa, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että kyseisen veto-oikeuden nojalla Stadt Frankfurt-am-Main ei voi valvoa kyseisen yrityksen hallinnon hoitoa, sen on tutkittava kaksi muuta perustetta.

– Peruste, joka koskee sitä, tuleeko suurin osa rahoituksesta alueelliselta viranomaiselta

112. Yhteisöjen tuomioistuin on tarkentanut tämän ehdon laajuutta edellä mainitussa asiassa University of Cambridge annetussa tuomiossa. Sen mukaan vain ne suoritukset, joilla rahallisena tukena ilman erityistä vastinetta rahoitetaan tai edistetään kyseisen yksikön toimintaa, voidaan luokitella ”julkiseksi rahoitukseksi”. Sitä vastoin summat, jotka hankintaviranomainen maksaa vastineeksi sopimukseen perustuvista palveluista, eivät kuulu tähän kategoriaan.[54]

113. Yhteisöjen tuomioistuin on myös todennut, että termin ”suurin osa” on tulkittava tarkoittavan ”yli puolet” ja että tämän julkisen rahoituksen prosenttimäärän arvioinnissa on tutkittava kaikkia tuloja, joita kyseisellä laitoksella on, kaupallisesta toiminnasta peräisin olevat tulot mukaan lukien, ja ne on laskettava vuosiperusteella.

114. Ennakkoratkaisupyynnöstä käy ilmi, että FES:n vuosittaisesta liikevaihdosta yli puolet saadaan Stadt Frankfurt-am-Mainin kanssa tehdyistä molemminpuolisesti velvoittavista sopimuksista, jotka koskevat jätteiden käsittelyä ja kaupungin puhtaanapitoa. Tämän julkisyhteisön maksamat summat ovat siis vastike FES:n tarjoamista sopimusperusteisista palveluista, ja mainitulla julkisyhteisöllä on taloudellinen intressi palvelun suorittamiseen. Vaikka tällaisesta sopimussuhteesta voi tosiasiallisesti seurata FES:n riippuvuus julkisyhteisöstä, tämä riippuvuus on yhteisöjen tuomioistuimen mukaan kuitenkin luonteeltaan toisenlainen kuin pelkästään

54 – Tuomion 21 ja 24 kohta. Tässä asiassa julkinen rahoitus muodostui opiskelijoille tarkoitetuista apurahoista ja tutkimusten edistämiseen tarkoitetuista avustuksista eikä siis maksusuorituksista, joita valtio maksoi vastineeksi yliopiston suorittamista palveluista.

avustussuorituksesta johtuva riippuvuus, joka on seurausta pelkästä tukipalvelusta ja on rinnastettava tavanomaisissa kaupallisissa suhteissa vallitseviin riippuvuussuhteisiin.[55]

115. Edellä esitetyn perusteella katson, että Stadt Frankfurt-am-Mainin maksusuoritukset FES:lle eivät siis ole edellä mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettua julkista rahoitusta.

– Peruste, joka koskee hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistön koostumusta

116. Ennakkoratkaisun esittämistä koskevassa päätöksessä ei ilmoiteta FES:n hallintoelimen eikä sen johdon koostumusta tai nimeämistapaa. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ilmoittaa ainoastaan, että Stadt Frankfurt-am-Main nimittää neljänneksen hallintoneuvoston jäsenistä ja hallintoneuvoston puheenjohtajan, jonka ääni ratkaisee[56] siinä tapauksessa, että äänet menevät tasan. Tämä ei siis riitä täyttämään tätä perustetta.

117. Kaikkien edellä esitettyjen seikkojen perusteella katson, että FES:n kaltainen sekaomistuksessa oleva yksikkö, joka on perustettu Stadt Frankfurt-am-Mainin kanssa solmitun kumppanuuden puitteissa, on direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa tarkoitettu ”julkisoikeudellinen laitos”, jos näytetään toteen yhtäältä, että tämä yksikkö tyydyttää yleisen edun mukaisia luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita, ja toisaalta, että sen hallinto ja johto ovat läheisesti riippuvaisia julkisyhteisöstä.

118. Mainittu yksikkö vastaa direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa tarkoitetulla tavalla yleisen edun mukaisiin tarpeisiin, jos se hoitaa jätteiden keräystä ja käsittelyä sekä kaupungin puhtaanapitoa julkisyhteisön

55 – Em. asia University of Cambridge, tuomion 25 kohta.

56 – Tämän neuvoston tehtävä on, kuten sen nimi kertoo, valvoa yhtiön hallinnointia. Hyvin usein hallintoneuvosto voi harjoittaa satunnaista tai säännöllistä valvontaa tekemällä erityisesti tarpeelliseksi katsomiaan tarkastuksia tai esittämällä yhtiökokoukselle huomautuksensa yhtiön tilinpäätöksestä. Sillä voi olla myös erityisiä valtuuksia, jotka antavat sille mahdollisuuden esimerkiksi nimittää hallituksen jäseniä tai sen puheenjohtajan tai vielä hyväksyä osuuksien luovuttamisen. Hallintoneuvoston puheenjohtajalla on yleensä kahdentyyppisiä tehtäviä, jotka liittyvät yleensä neuvoston koollekutsumiseen ja keskustelujen valvontaan. Hallintoneuvoston rooli ja tehtävät on eritelty laissa ja kodifioitu yhtiön yhtiöjärjestyksessä, jota minulla ei ole käytettävissäni (ks. Cozian, M., Viandier, A., ja Deboissy, F., *Droit des sociétés*, 17. painos, Litec, Pariisi, 2004, s. 286 ja 287).

alueella. Sen arvioimiseksi, ovatko nämä tarpeet luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia, kansallisen toimivaltaisen tuomioistuimen tehtävä on arvioida olosuhteita, joissa FES harjoittaa toimintaansa, ja erityisesti näiden alojen kilpailutilannetta.

119. Tällainen yksikkö on direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannessa luetelmakohdassa tarkoitetulla tavalla läheisesti riippuvainen julkisyhteisöstä, jos kyseinen julkisyhteisö valvoo sen hallintoa sekä johto-, hallinto- ja valvontaelimiä. Sen selvittämiseksi, missä määrin Stadt Frankfurt-am-Main täsmällisesti valvoo FES:n hallintoa, toimivaltaisen kansallisen tuomioistuimen on arvioitava, voiko julkisyhteisö sillä yhtiökokouksessa olevan veto-oikeuden kautta taikka yrityksen mainittujen elinten kokoonpanon kautta valvoa aktiivisesti tämän yksikön hallintoa ja vaikuttaa vastaavasti sen konsessiosopimusten tekemistä koskeviin päätöksiin.

C *Kansallisen tuomioistuimen valtuus antaa määräyksiä avoimuusvelvoitteen rikkomisen yhteydessä*

120. Ensimmäisellä ja neljännellä kysymyksellään Landgericht Frankfurt am Main tiedustelee yhteisöjen tuomioistuimelta palveluja koskevien konsessiosopimusten yhteydessä hyväksyttyjen päätösten tuomioistuinvalvonnasta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyy erityisesti sitä, edellytetäänkö yhteisön oikeudessa jäsenvaltioilta pääasian kaltaisessa tilanteessa, että ne myöntävät kansalliselle tuomioistuimelle valtuuden antaa määräyksiä osapuolille, jotka ovat tehneet konsessiosopimuksen avoimuusvelvoitteen vastaisesti.

121. Käsiteltävänä olevassa asiassa kantaja ei riitauta päätöstä, jolla Stadt Frankfurt-am-Main teki konsessiosopimuksen FES:n kanssa. Se riitauttaa sitä vastoin päätöksen, jolla hallintoviranomainen hyväksyi konsessiosopimuksen 30 artiklan IV kohdan perusteella aliurakoitsijan vaihtamisen sopimuksen täytäntöönpanon aikana. Kantajan mukaan toimiessaan näin Stadt Frankfurt-am-Main ei ottanut huomioon avoimuusvelvoitetta, kun se muutti olennaisesti mainittua sopimusta täyttämättä yhteisön oikeudessa vaadittuja julkisuus- ja kilpailuttamisvaatimuksia.

122. Tämän riita-asian kohteena ei siis ole konsessiosopimuksen tekeminen vaan sen täytäntöönpano. Kanteessaan kantaja vaatii kansallista tuomioistuinta estämään avoimuusvelvoitteen uuden rikkomisen määräämällä, että hallintoviranomainen ei saa antaa lupaa aliurakoitsijan vaihtamiseen

Kornmarktin, Galluswarten ja Rödelheimin asemille asennettavien yleisten käymälöiden toimittamisen ja ylläpidon osalta. Se vaatii tuomioistuinta määräämään myös, että FES ei saa tehdä uutta aliurakointisopimusta, joka koskee edellä mainittuja palvelusuorituksia. Palveluja koskevan konsessiosopimuksen täytäntöönpanoedellytysten saattamiseksi sääntöjenmukaisiksi kantaja vaatii kansallista tuomioistuinta myös määräämään, että hallintoviranomainen – ja tarvittaessa FES – irtisanoo avoimuusvelvoitteen vastaisesti tehdyt sopimukset.

123. Ennen ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksiin vastaamista on syytä muistuttaa edellytyksistä, joiden vallitessa kansallisen tuomioistuimen on suojeltava oikeuksia, joita oikeussubjekteille on yhteisöjen oikeudessa annettu.

1. Alustavat huomautukset

124. Yhteisöjen oikeudessa ei sen nykytilassa ole säädöksiä tavasta, jolla jäsenvaltioiden on varmistettava oikeuden päätösten täytäntöönpano ja määrättävä seuraamuksia palveluja koskevien konsessiosopimusten täytäntöönpanon yhteydessä tapahtuneista avoimuusvelvoitteen rikkomisista. Arvioitaessa, missä määrin jäsenvaltioiden on siis myönnettävä kansallisille tuomioistuimilleen valtuus antaa määräyksiä, on syytä viitata yhteisön oikeusjärjestystä säädeleviin periaatteisiin ja erityisesti yhteisön oikeuden ensisijaisuuden periaatteeseen sekä jäsenvaltioiden menettelyllisen itsemääräämisoikeuden periaatteeseen.

125. Yhteisön oikeuden ensisijaisuuden periaate edellyttää, että jäsenvaltiot sanktioivat tehokkaasti avoimuusvelvoitteen rikkomisen palveluja koskevan konsessiosopimuksen tekomenettelyn yhteydessä.

126. Muistutan nimittäin, että avoimuusvelvoite on yhteisön oikeuden yleisen periaatteen konkreettinen ja erityinen ilmenemismuoto, jota jäsenvaltioiden on noudatettava, kun ne toimivat alalla, jolla sovelletaan yhteisön oikeutta. Tällaisesta velvoitteesta syntyy oikeussubjekteille oikeuksia, joita kansallisten tuomioistuinten on suojeltava tehokkaasti. Kansallisen tuomioistuimen on siis voitava taata päätöksensä täydellinen täytäntöönpano ja määrätä tehokkaita, oikeasuhteisia ja ennaltaehkäiseviä seuraamuksia yhteisön oikeuden täyden tehokkuuden takaamiseksi.

127. Tämä on siis lähtötilanne.

128. Sitä vastoin yhteisön lainsäädännön puuttuessa katson, että jäsenvaltioiden menettelyllisen itsemääräämisoikeuden periaatteen mukaista on jättää näiden tehtäväksi vahvistaa valtuudet, joita kansallisilla tuomioistuimella on oltava, jotta ne voivat taata tuomioistuinpäätösten täytäntöönpanon ja määrätä seuraamuksia avoimuusvelvoitteen rikkomisesta konsessiosopimusten tekemisen yhteydessä. Viittaus jäsenvaltioiden kansallisiin menettelysääntöihin, joiden on luonnollisesti oltava vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen mukaisia, noudattaa minusta paremmin yhteisöjen tuomioistuimen vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jossa kunnioitetaan jäsenvaltioiden menettelyllistä itsemääräämisoikeutta.

129. Tästä oikeuskäytännöstä ilmenee, että yhteisön lainsäädännön puuttuessa kunkin jäsenvaltion tehtävänä on sisäisessä oikeusjärjestyksessään määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja antaa menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuteen perustuvat oikeussubjektien oikeudet, eivätkä nämä menettelysäännöt saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia oikeussuojakeinoja (vastaavuusperiaate), eivätkä tehdä yhteisön oikeusjärjestyksessä vahvistettujen oikeuksien käyttämisestä käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaate).[57]

57 – Asia C-268/06, Impact, tuomio 15.4.2008 (Kok., s. I-2483, 44 ja 46–48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

130. Näin ollen kansallisen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin on syytä vastata nämä seikat huomioiden.

2. Asian arviointi

131. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä ja toisella kysymyksellään yhteisöjen tuomioistuimelta, onko avoimuusvelvoitetta tulkittava siten, että jäsenvaltiot ovat velvollisia myöntämään kansalliselle tuomioistuimelle valtuuden antaa määräyksiä riita-asian osapuolille tämän velvoitteen noudattamisen varmistamiseksi. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee yhteisöjen tuomioistuimelta myös, onko kansallisen tuomioistuimen määrättävä osapuolet purkamaan mainitun velvoitteen vastaisesti tehty sopimus.[58]

58 – Neljäs kysymys on muotoiltu siten, että siitä ei voi määrittää, tarkoittaako ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin sopimuksella Stadt Frankfurt-am-Mainin ja FES:n tekemää sopimusta vai konsessiosopimuksen saajan ja DSM:n tämän jälkeen tekemää sopimusta. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että kantaja ei riitauta päätöstä, jolla Stadt Frankfurt-am-Main myönsi palveluja koskevan konsessiosopimuksen FES:lle. Se ei siis vaadi viimeksi mainitun yrityksen kanssa tehdyn konsessiosopimuksen purkamista. Sitä vastoin kantaja riitauttaa päätöksen, jolla Stadt Frankfurt-am-Main hyväksyi palveluja koskevan konsessiosopimuksen 30 artiklan IV kohdan perusteella aliurakoitsijan vaihtamisen. Kansallisessa tuomioistuimessa nostamallaan kanteella kantaja pyrkii pääasiassa tekemään FES:n ja DSM:n alihankintasopimuksesta tehottoman. Kansallinen tuomioistuin puolestaan väittää välipäätöksessään, että Stadt Frankfurt-am-Main oli velvollinen purkamaan palveluja koskevan konsessiosopimuksen, jonka muuttamisen se oli hyväksynyt. Koska asiasta on epäselvyyttä, katson, että kysymys koskee molempia tilanteita.

132. Valtuus antaa määräyksiä on tuomioistuimelle annettu mahdollisuus määrätä jokin osapuoli tekemään jokin tuomioistuimen määrittelemä toimi tai jättämään sellainen tekemättä, mahdollisesti seuraamuksen tai uhkasakon uhalla. Tuomioistuin, jonka käsiteltäväksi riita-asia on saatettu, voi antaa yksityiselle henkilölle tai viranomaiselle määräyksen ryhtyä tietyn suuntaiseen toimenpiteeseen, jos tuomio ehdottomasti edellyttää, että jokin riidan osapuolista ryhtyy tähän toimenpiteeseen. Tämä valtuus on hyödyllinen väline tuomioistuinten päätösten täytäntöönpanon varmistamisessa sekä vaikeuksien ja lainvoimaisen tuomion täytäntöönpanosta kieltäytymisen yhteydessä.

133. Periaatteesta, jonka mukaan kansallinen tuomioistuin voi antaa määräyksen, ei tällä hetkellä ole säädetty missään yhteisön säännöksissä. Lisäksi tätä periaatetta ei ole sovellettu yhtenäisellä tavalla jäsenvaltioissa etenkään silloin, kun määräys on kohdistunut viranomaisiin.

134. Saksassa, kuten Yhdistyneessä kuningaskunnassakin, on olemassa tällainen valtuus antaa määräyksiä suhteessa viranomaisiin. Saksassa tuomioistuimilla on yleinen valtuus antaa määräyksiä viranomaisille. Samoin brittiläinen tuomioistuin voi osoittaa määräyksiä tehdä tai olla tekemättä jotakin kaikille viranomaisille paitsi hallitukselle ja sen välittömille yhteistyökumppaneille. Kysymystä on käsitelty pidempään Ranskan hallintotuomioistuimissa vallanjaon perinteisen käsitteen vuoksi. Tähän käsitteeseen kohdistuu nykyään lukuisia poikkeuksia 8.2.1995 annetun lain hyväksymisen jälkeen.[59]

135. Kuten olen todennut, yhteisön oikeuden nykytilassa jäsenvaltioiden sisäisessä oikeusjärjestyksessä on määriteltävä tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukaisesti tarve ja tarvittaessa edellytykset, joiden vallitessa valtuus antaa määräyksiä on myönnettävä. Tätä varten jäsenvaltioiden on tukeuduttava periaatteisiin, jotka ovat niiden kansallisen tuomioistuinjärjestelmän perusteena. Niiden on tarkasteltava, missä määrin tämä määräyksen antamisen valtuus liittyy olemassa olevien oikeussuojakeinojen kokonaisuuteen, ja otettava huomioon kansallisille tuomioistuimille jo annetut valtuudet. Tämän arvioinnin yhteydessä jäsenvaltioiden pitää huolellisesti varmistua sellaisten tuomioistuinten päätösten täydellisestä täytäntöönpanosta, jotka koskevat yhteisön oikeuteen perustuvien oikeuksien olemassaoloa. Tämän tavoitteen toteutumiseksi jäsenvaltiot pyrkivät takaamaan yhteisön oikeuden täyden tehokkuuden ja turvaamaan siinä oikeussubjekteille annettujen oikeuksien suojan.

59 – Tuomioistuinjärjestelmästä ja siviili-, rikos- ja hallintoprosessista annettu laki nro 95-125 (Ranskan virallinen lehti 9.2.1995). Ks. code de justice administrative (hallintolainkäyttölaki), L-911-1–L-911-3 §.

136. Tästä on todettava, että vaikka sopimuksen purkamisesta määräämistä ei edellytetä yhteisön oikeudessa, se saattaa tulla kyseeseen seuraamuksena, joka jopa parhaiten varmistaa yhteisön oikeuden tehokkuuden ja turvaa oikeussubjektien oikeudet. Tilanne saattaa olla tällainen erityisesti silloin, kun on kyse erittäin vakavasta yhteisön oikeuden säännösten rikkomisesta, esimerkiksi riittävää julkisuutta tai tarjoajien ennalta kilpailuttamista koskevien säännösten rikkomisesta. Tältä osin voimme etsiä tukea yhteisön lainsäätäjän tähän liittyvistä, direktiivillä 2007/66 käyttöön otetussa 2 d artiklassa hyväksymistä säännöksistä.[60]

137. Landgericht Frankfurt am Main väittää välipäätöksessään, että Stadt Frankfurt-am-Main oli velvollinen purkamaan palveluja koskevan konsessiosopimuksen, jonka muuttamisen se oli hyväksynyt.

138. Näkemyksensä tueksi kansallinen tuomioistuin vetoaa siihen, että yhteisön lainsäätäjän direktiivin 89/665 2 artiklassa esittämiä periaatteita, jotka yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut asiassa komissio vastaan Saksa antamassaan tuomiossa,[61] pitää soveltaa analogisesti palveluja koskevien konsessiosopimusten tekomenettelyihin.

139. Edellä mainitussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin, jonka käsiteltäväksi asia oli saatettu EY 228 artiklan nojalla, tuomitsi Saksan liittotasavallan siitä, että se ei ollut purkanut Braunschweigin kaupungin (Saksa) jätehuoltoa koskevaa sopimusta, joka oli tehty direktiiviä 92/50 noudattamatta. Saksan liittotasavalta tukeutui direktiivin 89/665 2 artiklan 6 kohdan toisen alakohdan säännöksiin väittäen, että hyvitykset, joita vahinkoa kärsineet yritykset saattoivat saada, olivat riittävä seuraamus hankintaviranomaisen velvollisuuksien noudattamatta jättämisestä. Yhteisöjen tuomioistuin ei noudattanut tätä päättelyä. Se katsoi, että tässä säännöksessä säädetään jäsenvaltion ja sen kansalaisten välisestä suhteesta mutta että siinä ei säädetä jäsenvaltion ja yhteisön välisestä suhteesta eikä se siis anna jäsenvaltiolle mahdollisuutta välttyä sen yhteisön oikeuteen perustuvalta omalta vastuultaan. Pitäessään voimassa kyseisen sopimuksen vaikutukset Saksan liittotasavallan laiminlyönti jatkui ja palvelujen tarjoamisen vapauden loukkaaminen oli vaarassa kestää koko sen ajan, kun sopimusta pantiin täytäntöön. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan

60 – Tämän säännöksen mukaan sopimus on todettava kokonaan tai osittain pätemättömäksi, jos se on tehty julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä, jos loukattu tarjoaja ei ole voinut käyttää sopimusta edeltäviä muutoksenhakukeinoja, tai varsin erityisessä, direktiivissä 2004/18 tarkoitetussa puitejärjestelyyn tai dynaamiseen hankintajärjestelmään perustuvien sopimusten tapauksessa. Direktiivillä 2007/66 käyttöön otetussa 2 e artiklassa jäsenvaltioille kuitenkin annetaan mahdollisuus säätää vaihtoehtoisista seuraamuksista, kun otetaan huomioon erityisesti virheellisen menettelyn vakavuus, hankintaviranomaisen menettelytapa tai tarvittaessa sopimusvelvoitteiden peruuntumisen ulottuvuus. Kyseessä voivat olla seuraamusmaksu tai sopimuksen voimassaoloajan lyhentäminen.

61 – Asia C-503/04, tuomio 18.7.2007 (Kok., s. I-6153, 29–36 kohta).

sopimuksen purkaminen ei ole välttämätöntä vain jäsenvelvoitteiden noudattamatta jättämisen toteavan tuomion täytäntöönpanon takaamiseksi vaan myös yhteisön oikeuden noudattamisen varmistamiseksi.

140. Olen kansallisen tuomioistuimen kanssa eri mieltä siitä, että julkisia hankintoja koskevien riita-asioiden yhteydessä esitettyjä periaatteita voitaisiin yksinkertaisesti ja suoraan soveltaa palveluja koskevien konsessiosopimusten riita-asioihin, ja tähän on kaksi syytä.

141. Ensiksi muistutan, että jäsenvaltiot eivät ole halunneet antaa palveluja koskevien konsessiosopimusten tekomenettelyjä koskevaa lainsäädäntöä, toisin kuin julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemiseen liittyvien lukuisten hyväksyttyjen tekstien osalta on tapahtunut. Emme siis saa vähätellä sitä seikkaa, että yhteisössä ei ole annettu kyseessä olevaa alaa koskevia säännöksiä, ja soveltaa analogisesti direktiivin 89/665 täsmällisiä ja pakottavia sääntöjä.

142. Toiseksi on mielestäni hieman kyseenalaista arvioida avoimuusvelvoitteen rikkomisesta aiheutuvia seurauksia samalla tavalla riippumatta siitä, onko kyse julkisesta hankinnasta vai julkisia palveluja koskevasta konsessiosopimuksesta. Jälkimmäisessä tapauksessa seuraamusten ainoana tavoitteena ei voi olla oikeuden noudattamisen varmistaminen tai seuraamusten määrääminen hankintaviranomaisen moitittavasta toiminnasta. Niiden tavoitteena on myös, ja ehkä ennen kaikkea, taata julkisten palvelujen toimivuus ja turvata yleinen etu, jonka tarpeiden tyydyttämiseen sopimuksella pyritään.

143. Näin ollen on niin, että vaikka määräyksellä on varmistettava yhteisön oikeuden täysi tehokkuus, kansallisen tuomioistuimen on voitava arvioida sitä tapauskohtaisesti. Määräyksen tarkoitusta on arvioitava siten, että huomioon otetaan asian kaikki merkitykselliset seikat, kuten hankintaviranomaisen menettelytapa, sääntöjenvastaisuuksien luonne ja kaikki edut, erityisesti yleinen etu, joille saattaa aiheutua haittaa.

144. Nyt käsiteltävästä asiasta on todettava, että periaate, jonka mukaan kansallisella tuomioistuimella on valtuus antaa määräyksiä, toteutuu Saksassa. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että kansallinen tuomioistuin voi käyttää tätä valtuutta Saksan siviililain (Bürgerliches Gesetzbuch, jäljempänä BGB)

1004 §:n 1 momentin [62] nojalla kahdentyyppisissä tilanteissa:

– silloin, kun henkilölle on aiheutettu vahinkoa vaarantamalla hänen lailla suojattuja etujaan, kuten henkeä, fyysistä ja persoonaan liittyvää koskemattomuutta, terveyttä, vapautta ja omaisuutta, tai

– silloin, kun henkilölle on aiheutettu vahinkoa rikkomalla BGB:n 823 §:n 2 momentissa tarkoitettua ”muita ihmisiä suojaavaa lakia”.

145. Käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on tarkastaa, salliiko kansallinen prosessioikeus ja tässä tapauksessa BGB:n 823 §:n 2 momentti sen, että toimivaltainen tuomioistuin antaa viranomaiselle määräyksen siinä tapauksessa, että tämä on rikkonut avoimuusvelvoitetta, ja määrää sen irtisanomaan FES:n kanssa tehdyn sopimuksen ja olemaan vaihtamatta aliurakoitsijaa. [63]

146. Tätä varten sen pitää ensiksi arvioida, onko tämä velvoite mainitussa säännöksessä tarkoitettu ”muita ihmisiä suojaava laki”. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selvittää toisen ennakkoratkaisukysymyksen perusteissa, näin on silloin, jos mainittu velvoite on tapaoikeuden periaate.

147. Muistutan ennakkoratkaisua pyytänyttä tuomioistuinta siitä, että avoimuusvelvoite on yhdenvertaisen kohtelun yleisen periaatteen ilmentymä. Tämä viimeksi mainittu kuuluu yhteisön oikeuden perusperiaatteisiin ja perustuu suoraan perustamissopimuksen määräyksiin. [64] Siitä syntyy yksityisille oikeuksia, ja se velvoittaa jäsenvaltioiden kaikkia viranomaisia niiden pannessa täytäntöön yhteisön oikeutta. Tästä seuraa, että niiden on mahdollisuuksiensa mukaan sovellettava tätä oikeutta siten, että ne eivät jätä noudattamatta yhteisön oikeusjärjestyksen perusoikeuksien turvaamista koskevia vaatimuksia. Käsittelyn kohteena olevassa asiassa ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen on tulkittava tuomioistuimelle määräysten

62 – Tässä säännöksessä säädetään seuraavaa:
”Jos omistusoikeutta häiritään muusta syystä kuin hallinnan menettämisen tai pidättämisen johdosta, omistaja voi vaatia häiriön aiheuttajaa poistamaan häiriön. Jos on olemassa vaara häirinnän jatkumisesta, omistaja voi nostaa määräyksen antamista koskevan kanteen.”
Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että tätä säännöstä sovelletaan analogisesti muuhun häirintään (ja erityisesti henkeen, fyysiseen koskemattomuuteen, persoonallisuuteen, terveyteen ja vapauteen kohdistuvaan häirintään) ja tiettyyn lainvastaiseen käyttäytymiseen.

63 – Ks. erityisesti em. asia Rodríguez Caballero, tuomion 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen; asia C-327/00, Santex, tuomio 27.2.2003 (Kok., s. I-1877, 62 ja 63 kohta) ja asia C-432/05, Unibet, tuomio 13.3.2007 (Kok., s. I-2271, 44 kohta).

64 – Ks. em. asia Parking Brixen, tuomion 48 ja 49 kohta.

antamisen valtuuden myöntäviä kansallisia sääntöjä mahdollisuuksien mukaan niin, että yhteisön oikeuden tehokas vaikutus varmistetaan ja kantajalle taataan siihen perustuvien oikeuksien suoja.

148. Jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että avoimuusvelvoite on BGB:n 823 §:n 2 momentissa tarkoitettu ”muita ihmisiä suojaava laki”, sen on taattava, että edellytykset, joilla kansallinen tuomioistuin voi antaa määräyksen avoimuusvelvoitteen rikkomisen yhteydessä, ovat vastaavia kuin ne, joista on säädetty kansallisen oikeuden rikkomiseen perustuvien riita-asioiden puitteissa. Sen tehtävänä on myös varmistua siitä, että nämä säännöt eivät ole sellaisia, että yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa.

149. Käsiteltävässä asiassa tavoitteena on taata yhteisön oikeuden täysi tehokkuus sanktioimalla tehokkaasti avoimuusvelvoitteen rikkomiset ja estämällä se, että mainittua velvoitetta rikotaan käyttämällä uudelleen väärin konsessiosopimuksen 30 artiklan IV kohdassa olevaa aliurakointiehtoa.

150. Kansallisen tuomioistuimen on tämän tavoitteen valossa arvioitava, onko Stadt Frankfurt-am-Main ja tarvittaessa FES määrättävä purkamaan yhteisön oikeuden vastaisesti tehdyt sopimukset. Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee tältä osin, Landgericht Frankfurt am Main väittää, että avoimuusvelvoitteen rikkominen voi muodostaa BGB:n 314 §:ssä tarkoitetun konsessiosopimuksen vakavan purkamisperusteen.[65]

151. Niin ikään tämän tavoitteen valossa on arvioitava, onko hallintoviranomaisille ja FES:lle määrättävä, että ne eivät saa pääasian oikeudenkäynnin kaltaisissa olosuhteissa antaa lupaa vaihtaa Kornmarktin, Galluswarten ja Rödelheimin asemille asennettavien yleisten käymälöiden toimittamisesta ja huollosta vastaavaa aliurakoitsijaa.

152. Näin ollen ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle, että jos

65 – Tämän säännöksen mukaan ”kukin osapuoli voi perustellusta syystä purkaa toistaiseksi tehdyn sopimuksen ilman irtisanomisaikaa. Perusteltu syy on silloin, kun asian olosuhteet huomioon ottaen ja molempien osapuolten intressien tasapainottamisen jälkeen ei voida kohtuudella olettaa, että perunut osapuoli ylläpitää sopimussuhdetta sovittuun päättymispäivään tai irtisanomisajan päättymiseen asti”.

toimivaltainen kansallinen tuomioistuin toteaa palveluja koskevien konsessiosopimusten tekomenettelyn yhteydessä, että avoimuusvelvoitetta on rikottu, yhteisön oikeudessa ei sen nykytilassa edellytetä, että jäsenvaltiot myöntävät tälle tuomioistuimelle valtuuden antaa määräyksiä riita-asian osapuolille. Kunkin jäsenvaltion sisäisen oikeusjärjestyksen tehtävänä on määrittää yhteisön oikeuden vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen mukaisesti menettelysäännöt, jotka antavat toimivaltaiselle kansalliselle tuomioistuimelle mahdollisuuden taata yhteisön oikeuden täysi tehokkuus ja tuomioistuimen sellaisen päätöksen täysimääräinen täytäntöönpano, joka koskee yhteisön oikeuteen perustuvien oikeuksien olemassaoloa.

VI Ratkaisuehdotus

153. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Landgericht Frankfurt am Mainin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

”1) Jos palveluja koskevan konsessiosopimuksen tekomenettelyn yhteydessä se, kuka on aliurakoitsija, on olennainen seikka, johon hankintaviranomainen on perustanut päätöksensä antaa konsessiosopimus kyseiselle tarjoajalle, avoimuusvelvoite velvoittaa jäsenvaltiot järjestämään uuden tarjouskilpailumenettelyn silloin, kun kyseisen sopimuksen saaja haluaa vaihtaa aliurakoitsijaa jo ennen ensimmäisten palvelujen suorittamista ja oikeutettuja syitä esittämättä. Toimivaltaisen kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida, muodostavatko sen aliurakoitsijan nimi, maine ja tekninen kokemus, jonka Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH on ilmoittanut jättämässään tarjouksessa, olennaisen seikan, johon Stadt Frankfurt-am-Main on tukeutunut myöntäessään konsessiosopimuksen tälle yritykselle.

2) Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH:n kaltainen sekaomistuksessa oleva yksikkö, joka on perustettu Stadt Frankfurt-am-Mainin kanssa solmitun kumppanuuden puitteissa, on julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna 13.9.2001 annetulla komission direktiivillä 2001/78/EY, 1 artiklan b alakohdassa tarkoitettu 'julkisoikeudellinen laitos', jos näytetään toteen yhtäältä, että tämä yksikkö tyydyttää yleisen edun mukaisia tarpeita, jotka eivät ole teollisia eivätkä kaupallisia, ja toisaalta, että sen hallinto ja johto ovat läheisesti riippuvaisia julkisyhteisöstä.

Mainittu yksikkö vastaa direktiivin 92/50, sellaisena kuin se on muutettuna, 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa tarkoitetulla tavalla yleisen edun mukaisiin tarpeisiin, jos se huolehtii jätteiden keräyksestä ja käsittelystä sekä kaupungin puhtaanapidosta julkisyhteisön alueella. Sen arvioimiseksi, ovatko nämä tarpeet luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita, toimivaltaisen kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida olosuhteita, joissa Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH harjoittaa toimintaansa, ja erityisesti näiden alojen kilpailutilannetta.

Tällainen yksikkö on direktiivin 92/50, sellaisena kuin se on muutettuna, 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannessa luetelmakohdassa tarkoitetulla tavalla läheisesti riippuvainen julkisyhteisöstä silloin, kun tämä viimeksi mainittu valvoo sen hallintoa sekä johto-, hallinto- ja valvontaelimiä. Sen selvittämiseksi, missä määrin Stadt Frankfurt-am-Main täsmällisesti valvoo Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH:n hallintoa, toimivaltaisen kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida, voiko julkisyhteisö sillä yhtiökokouksessa olevan veto-oikeuden kautta taikka yrityksen mainittujen elinten kokoonpanon kautta valvoa aktiivisesti tämän yksikön hallintoa ja vaikuttaa vastaavasti sen konsessiosopimusten tekemistä koskeviin päätöksiin.

3) Jos toimivaltainen kansallinen tuomioistuin toteaa palveluja koskevan konsessiosopimuksen tekomenettelyn yhteydessä, että avoimuusvelvoitetta on rikottu, yhteisön oikeudessa ei sen nykytilassa edellytetä, että jäsenvaltiot myöntävät tälle tuomioistuimelle valtuuden antaa määräyksiä riita-asian osapuolille. Kunkin jäsenvaltion sisäisen oikeusjärjestyksen tehtävänä on määrittää yhteisön oikeuden vastaavuusperiaatteen ja tehokkuusperiaatteen mukaisesti menettelysäännöt, jotka antavat toimivaltaiselle kansalliselle tuomioistuimelle mahdollisuuden taata tuomioistuimen sellaisen päätöksen täysimääräinen täytäntöönpano, joka koskee yhteisön oikeuteen perustuvien oikeuksien olemassaoloa."