# JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

CHRISTINE STIX-HACKL

12 päivänä tammikuuta 2006 [1]

## I Johdanto

1. Nyt käsiteltävä ennakkoratkaisumenettely koskee sitä, millä edellytyksillä julkista hankintasopimusta on pidettävä ns. lähes talonsisäisenä hankintana, jolloin se ei kuulu julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY [2] (jäljempänä direktiivi 93/36) soveltamisalaan. Kyseessä on siten jälleen oikeudenkäynti, jossa on tulkittava ja sovellettava asiassa Teckal annetussa tuomiossa [3] kehitettyjä ja asiassa Stadt Halle annetussa tuomiossa [4] – ainakin osittain – täsmennettyjä edellytyksiä.

2. Lisäksi nyt käsiteltävä asia kuuluu lukuisiin – osittain jo ratkaistuihin [5] – oikeudenkäynteihin, jotka koskevat italialaisten kuntien energia- ja jätehuollon alalla tekemiä hankintasopimuksia.

## II Asiaa koskeva lainsäädäntö: yhteisön oikeus

3. Direktiivin 93/36 1 artiklassa vahvistetaan perussäännöt direktiivin soveltamisalan osalta.

4. Direktiivin 1 artiklan johdantolauseen ja a alakohdan sanamuoto on seuraava:

"Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

a) 'julkisia tavaranhankintoja koskevilla sopimuksilla' rahallista vastiketta vas-

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

2 – EYVL L 199, s. 1.

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

4 – Asia C-26/03, Stadt Halle, tuomio 11.1.2005 (Kok. 2005, s. I-1).

5 – Ks. esim. asia C-310/01, Comune di Udine, määräys 14.11.2002 (Kok. 2002) ja asia C-108/98, RI.SAN, tuomio 9.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5219).

taan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty tavarantoimittajan (luonnollisen henkilön tai oikeushenkilön) ja jonkun b alakohdassa tarkoitetun hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tuotteiden osto, leasingtoiminta, vuokraus tai osamaksulla hankkiminen osto-optioin tai ilman niitä. Kyseisten tuotteiden toimittamiseen voi lisäksi kuulua kokoamis- ja asennustyötä;".

5. Yhteisöjen tuomioistuin esitti asiassa Teckal antamansa tuomion 49 ja 50 kohdassa periaatteet, joiden nojalla tietyt liiketoimet voivat jäädä direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle:

"49 Sopimuksen olemassaolon osalta kansallisen tuomioistuimen on selvitettävä, onko kyseessä kahden erillisen henkilön välinen sopimus.

50 Direktiivin 93/36/ETY 1 artiklan a kohdan mukaan tämän osalta riittää pääsääntöisesti, että sopimus on tehty alueellisen tai paikallisen viranomaisen ja tästä oikeudellisesti erillisen henkilön välillä. Toisin on ainoastaan niissä tapauksissa, joissa alueellinen tai paikallinen viranomainen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja joissa tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa."

6. Yhteisöjen tuomioistuin on täsmentänyt molempia edellä mainittuja edellytyksiä asiassa Stadt Halle [6] ja asiassa Parking Brixen [7] antamissaan tuomioissa.

7. Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/38/ETY [8] (jäljempänä direktiivi 93/38) sisältyy sittemmin vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/17/EY [9] muutettu säännös hankintasopimusten tekemisestä sellaisten yritysten kanssa, jotka ovat tietyssä sidossuhteessa hankintayksikköön.

8. Direktiivin 93/38 13 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

"1. Tätä direktiiviä ei sovelleta palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka:

a) hankintayksikkö tekee sidossuhteessa olevan yrityksen kanssa;

6 – Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annettu tuomio.

7 – Asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok. 2005, s. I-8585).

8 – EYVL L 199, s. 84.

9 – EUVL L 134, s. 1.

b) useista hankintayksiköistä koostuva, 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua toimintaa harjoittava yhteisyritys tekee jonkin hankintayksikön tai johonkin näistä hankintayksiköistä sidossuhteessa olevan yrityksen kanssa,

jos vähintään 80 prosenttia tämän yrityksen yhteisössä kolmen viimeksi kuluneen vuoden aikana palvelujen alalla saavuttamasta keskimääräisestä liikevaihdosta muodostuu näiden palvelujen tarjoamisesta yrityksille, joihin se on sidossuhteessa.

Kun useampi kuin yksi hankintayksikköön sidossuhteessa oleva yritys suorittaa samaa palvelua tai vastaavia palveluja, on otettava huomioon näiden yritysten tarjoamista palveluista muodostuva kokonaisliikevaihto yhteisössä."

## III Tosiseikasto ja pääasian oikeudenkäynti

9. Busto Arsizion kunta järjesti 22.9.2003 tarjouskilpailun, joka koski energian toimituksia sekä kunnan hallintorakennusten lämpölaitosten huoltoa, kunnostusta ja teknisiä uudistuksia (hankintasopimuksen kokonaisarvo oli 8 450 000 euroa plus arvonlisävero, ja siihen sisältyi 5 700 000 euroa polttoainetoimituksiin – joista 4/5 oli polttoöljyä ja 1/5 metaania – 1 000 000 euroa laitosten huoltoon ja ylläpitoon sekä 1 750 000 euroa teknisiin uudistuksiin ja laitosten saattamiseen säännösten mukaisiksi.

10. Busto Arsizion kunta (jäljempänä kunta) teki 21.11.2003 päätöksen nro 804 tarjouskilpailumenettelyn keskeyttämisestä 10.12.2003 asti eli siihen saakka kunnes mahdollisesti päätettäisiin hankintasopimuksen tekemisestä suorahankintana ilman kilpailua. Pääasian kantaja Carbotermo SpA (jäljempänä Carbotermo) jätti tarjouksensa 22.11.2003. Consorzio Alisei (jäljempänä Alisei) oli kyllä valmistellut teknisen tarjouksensa mutta ei ollut esittänyt sitä alun perin asetetussa määräajassa eli 24.11.2003 mennessä, koska se oli saanut kunnalta 21.11.2003 ilmoituksen kilpailumenettelyn keskeyttämisestä 10.12.2003 asti ja tämän jälkeen ilmoituksen tarjouskilpailun peruuttamisesta.

11. Kunta peruutti tarjouskilpailun 10.12.2003 tehdyllä päätöksellä nro 857 ja varasi siinä mahdollisuuden tehdä myöhemmällä päätöksellä hankintasopimuksen suoraan AGESP SpA:n (jäljempänä AGESP) kanssa.

12. AGESP on AGESP Holdingin 100-prosenttisesti omistama yhtiö, [10] ja viimeksi mainittu on puolestaan osakeyhtiö, jonka osakepääomasta 99,98 prosenttia on kunnan omistuksessa. [11] Muita omistajia ovat muutamat saman maakunnan ympäröivät kunnat.

13. Kyseisestä hankinnasta tehtiin 18.12.2003 nyt käsiteltävän asian kohteena oleva sopimus suoraan AGESP:n kanssa.

14. Carbotermo ja Alisei ovat nostaneet näistä päätöksistä kanteet Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardiassa. Tämä on yhdistänyt näiden kahden asian käsittelyn ja esittänyt 27.5.2004 tekemällään välipäätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 9.8.2004, seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko direktiivin 93/36/ETY mukaista, että polttoaineen ja lämpöenergian hankintaa kunnan omistamien tai hoitamien rakennusten lämpölaitoksille ja niiden hoitoa, käyttöä sekä ylläpitoa (luovutettavien tavaroiden ollessa arvoltaan suurempi) koskeva sopimus tehdään suorahankintana sellaisen osakeyhtiön kanssa, jonka osakepääoman omistaa tällä hetkellä kokonaan toinen osakeyhtiö, jossa pääosakkaana (99,98 prosenttia) on puolestaan sopimuksen tekevä kunta, eli sellaisen yhtiön (AGESP) kanssa, jota julkisyhteisö ei omista suoraan, vaan sellaisen toisen yhtiön (AGESP Holding) välityksellä, jonka osakepääomasta kyseinen julkisyhteisö omistaa nykyisin 99,98 prosenttia?

2) Onko vaatimuksen siitä, että yritys, jonka kanssa hankintasopimus tehdään suorahankintana, harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen julkisyhteisön kanssa, jolla on tässä yhtiössä määräysvalta, täyttyminen varmistettava soveltamalla direktiivin 93/38/ETY 13 artiklaa, ja voidaanko kyseisen vaatimuksen katsoa täyttyneen silloin, kun kyseinen yritys saa suurimman osan tuloistaan määräysvaltaa käyttävältä julkisyhteisöltä tai vaihtoehtoisesti tämän julkisyhteisön alueelta?"

10 – AGESP:n yhtiöjärjestyksen 7 §:n mukaan "yhtiössä määräävässä asemassa olevaa AGESP:ia lukuun ottamatta yhtiön osakas ei voi omistaa enempää kuin yhden kymmenesosan yhtiön kokonaispääomasta".

11 – AGESP Holding SpA:n yhtiöjärjestyksen 6 §:n mukaan pääosa osakkeista varataan kunnalle.
AGESP Holding SpA:n yhtiöjärjestyksen 7 §:n mukaan "yksityinen osakas ei voi omistaa yli kymmenettä osaa yhtiön kokonaisosakepääomasta".

## IV Ennakkoratkaisukysymykset

15. Molemmat ennakkoratkaisukysymykset koskevat olennaisilta osin molempia päällekkäisiä edellytyksiä, joiden täyttyessä tietyt lähes talonsisäiset hankinnat eivät kuulu direktiivin 93/36 soveltamisalaan (ns. Teckal-poikkeus tai Teckal-edellytykset): samanlainen valvonta kuin omien toimipaikkojen osalta ja toiminnan pääosan harjoittaminen omistajan kanssa. Mikäli edellytykset täyttyvät, ei voida soveltaa myöskään direktiivin säännöksiä kuten tiettyjä menettelyä koskevia säännöksiä.

16. Asian selventämiseksi korostettakoon, että nyt käsiteltävän asian kannalta merkityksellinen on vanha oikeustila, ei siis uusi ns. lainsäädäntöpaketin mukainen oikeustila.

## V Alustava huomautus

17. Nyt käsiteltävä asia on aikaisempien oikeudenkäyntien tapaan osoittanut, että Teckal-edellytykset koostuvat useista määrittelemättömistä käsitteistä, jotka herättävät runsaasti oikeudellisia kysymyksiä ja rajaamisongelmia. Näiden kokemusten perusteella tulee esiin kysymys, miten yhteisöjen tuomioistuin kykenisi parhaiten turvaamaan oikeudellisen selkeyden ja siten myös asianomaisille oikeusvarmuuden: yksi mahdollisuus olisi se, että se ei hioisi oikeuskäytäntöään vain tapauskohtaisesti, vaan täsmentäisi sitä yleisemmällä tasolla kuin tähän mennessä. Toinen ratkaisu olisi se, että Teckal-poikkeuksella aikaan saatu epävarmuus poistettaisiin oikeuskäytännön kattavalla uudistamisella. Yhteisöjen tuomioistuin avasi marraskuussa 1999 asiassa Teckal antamallaan tuomiolla mahdollisuuden direktiivistä tehtäviin poikkeuksiin. Se, miten laaja tämä poikkeus on, on kuitenkin edelleen epäselvää.

18. Nimenomaan nyt käsiteltävä asia osoittaa, että tällä on vaikutuksia myös ylimpiin kansallisiin tuomioistuimiin kuten Italian Consiglio di Statoon. Consiglio di Staton – ennakkoratkaisupyynnön mukaan – laatimat lähes talonsisäisiä hankintoja koskevat suuntaviivat perustuvat yhteen yhteisöjen tuomioistuimen tuomioon.[12] Tässä yhteydessä ei käsitellä sitä, vastaako tämä oikeuskäytäntö yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. Pääasian oikeudenkäynti samoin kuin myös muut oikeudenkäynnit muissa jäsenvaltioissa osoittavat joka tapauksessa, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä ei ilmeisesti anneta selviä ohjeita asianomaisille talouden toimijoille eikä jäsenvaltioiden tuomioistuimille.

12 – Edellä alaviitteessä 5 mainitussa asiassa Comune di Udine annettu määräys.

19. Jotta yhteisöjen tuomioistuimella olisi mahdollisuus valita eri vaihtoehdoista, täsmennän esittämistäni epäilyistä huolimatta jäljempänä Teckal-poikkeuksen yleisemmässä muodossa. Yhteisöjen tuomioistuimella on siinä tapauksessa edelleen toinenkin vaihtoehto.

A *Välillisten omistusten oikeudellinen arviointi*

22. Ensimmäinen piirre, joka on ominainen nyt käsiteltävässä asiassa tutkittavalle toimenpiteelle, koskee samalla tavoin kuin asiassa Stadt Halle sitä, että sopimusta ei ole tehty suoraan sen yksikön kanssa, jossa alueellinen yhteisö on suoraan osakkaana.

**VI Ensimmäinen edellytys: samanlainen valvonta kuin omien toimipaikkojen osalta**

20. Nyt käsiteltävään asiaan liittyy useita erityispiirteitä, joiden vuoksi se eroaa kaiken kaikkiaan muista vireillä olevista tai jo ratkaistuista oikeudenkäynneistä, jotka koskevat julkisyhteisöjen ja yksityisten yhteisyrityksiä ("Public-Private-Partnership", jäljempänä PPP).

23. Tässä yhteydessä on pohdittava sitä, ovatko Teckal-edellytykset lähtökohtaisesti sovellettavissa myös niihin tilanteisiin, joissa omistus on välillinen, eli jäävätkö hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle myös toimenpiteet, joiden yhteydessä viranomainen, jolle palvelu suoritetaan, omistaa osuuden asianomaisesta yksiköstä vain toisen yhtiön kautta.

21. Toisin kuin asiassa Stadt Halle tutkitussa tilanteessa asiakirjojen perusteella yksityiset yritykset eivät ole omistajina. Lisäksi nyt käsiteltävässä asiassa on kyse toisenlaisesta yhtiöoikeudellisesta konstruktiosta kuin asiassa Stadt Halle eli osakeyhtiöstä. Toisin kuin asiassa Parking Brixen [13] tai asiassa Teckal nyt käsiteltävässä asiassa hankintasopimusta ei puolestaan tehty tytäryhtiön kanssa vaan alueellisen yhteisön "tyttärentyttären" kanssa.

24. Komissio ja Puolan hallitus hylkäävät tällaisen tulkinnan täysin periaatesyistä.

13 - Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annettu tuomio.

25. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei voida johtaa mitään selkeää

kannanottoa tähän kysymykseen. Tämä pätee myös asiassa Parking Brixen annetun tuomion perusteella.

26. Sitä, että Teckal-edellytysten soveltaminen olisi lähtökohtaisesti sovellettavissa myös tapauksiin, jossa julkisyhteisöillä on välillinen omistus, puoltaa se, että yhteisöjen tuomioistuin ei ole asiassa Stadt Halle antamassaan tuomiossa ylipäänsä suorittanut tutkimusta siitä, täyttyvätkö molemmat Teckal-edellytykset. Tästä voitaisiin johtaa hiljainen lähtökohtainen hyväksyminen.

27. Asiassa Stadt Halle annetun tuomion sanamuoto näyttäisi sitä vastoin johtavan toiseen lopputulokseen. Esimerkiksi 49 kohdassa todetaan seuraavaa: "– – yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa". Tästä voitaisiin johtaa, että palveluja on vaihdettava suoraan hankintaviranomaisena olevan omistajan ja sen yksikön välillä, jossa hankintaviranomainen on osakkaana.

28. Koska tämä sanamuoto liittyy kuitenkin nimenomaisesti toiseen edellytykseen eli siihen, että pääosaa toiminnasta harjoitetaan omistajan kanssa, voitaisiin tosin päätellä, että asiassa Teckal annettu tuomio ei sisällä nimenomaista lausumaa siitä mahdollisuudesta, voivatko myös välilliset omistukset täyttää ensimmäisen edellytyksen.

29. Se, että asian Teckal taustalla oli sekaomistuksessa oleva julkinen yhtiö ja että yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi implisiittisesti tällaiset tilanteet ottamalla käyttöön ns. Teckal-edellytykset, puoltaa sen sijaan sitä, että lähtökohtaisesti myös välilliset omistukset voivat kuulua niiden soveltamisalaan. Edellytyksenä on kuitenkin se, että määräysvaltaa koskeva edellytys täyttyy omistuksen kaikilla portailla.

30. Tämän edellytyksen täyttyminen riippuu asiassa Parking Brixen annetun tuomion mukaan siitä, että on olemassa mahdollisuus "vaikuttaa ratkaisevasti sekä strategisiin tavoitteisiin että tärkeisiin päätöksiin". Siinä yhteydessä on otettava huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset lainsäännökset sekä olosuhteet.[14] Se, että tätä vaikutusvaltaa myös todellisuudessa käytetään, ei tosin tämän tuomion mukaan vaikuta välttämättömältä.

B *Sekaomistuksessa olevia julkisia yrityksiä koskeva oikeudellinen arviointi*

1. Lähtökohta

31. Pääasian oikeudenkäynnin tosiseikastoon liittyy toinenkin erityispiirre, joka erot-

14 – Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 65 kohta.

taa sen asian Stadt Halle taustalla olleesta tosiseikastosta. Nyt käsiteltävässä asiassa ei näet ole kyse sekaomistuksessa olevasta taloudellisesta yksiköstä vaan yksiköstä, tarkemmin sanoen sen emoyhtiöstä, jossa ei ole yksityisiä yrityksiä osakkaina. Tämä ei tosin ilmene itse ennakkoratkaisupyynnöstä vaan muista asiakirjoista. Lisäksi muiden omistusosuus on ainoastaan 0,02 prosenttia. Koska muina omistajina ovat muut kunnat eli julkisyhteisöt, kyseessä on sekaomistuksessa oleva julkinen yritys eli julkishallinnon viranomaisten keskinäinen yhteistyö (ns. Public Public Partnership).

32. Mikäli nyt käsiteltävään asiaan liittyvä tilanne sovitetaan yhteisöjen tuomioistuimen tähänastiseen oikeuskäytäntöön, ilmenee seuraavaa: ero asiaan Stadt Halle liittyneeseen tilanteeseen on ensinnäkin huomattava, koska siinä oli kyseessä sekaomistuksessa oleva liiketaloudellinen yksikkö, toisaalta yhtäläisyydet asiaan Teckal, jonka kohteena oli sekaomistuksessa oleva julkinen yksikkö, ovat ilmeisiä. Yksikkö, jonka kanssa oltiin tekemässä hankintasopimusta viimeksi mainitussa asiassa, eli AGAC, oli näet erillinen oikeushenkilö, mutta se oli usean kunnan perustama.

33. Teckal-poikkeuksen soveltamista sekaomistuksessa oleviin julkisiin yksiköihin puoltaa asiassa Teckal annetun tuomion lisäksi, kuten edellä jo todettiin, myös se, että yhteisöjen tuomioistuimelle oli sen asiassa Stadt Halle antamassa tuomiossa [15] ratkaisevaa, että yksityisillä yrityksillä on erilaiset intressit kuin alueellisilla yhteisöillä.

34. Nyt käsiteltävässä asiassa on kuitenkin kyse yksinomaan kuntien osakkuudesta eikä yksityisten intresseistä. Koska kunnat tavoittelevat yleisen edun mukaisia päämääriä, voitaisiin ainakin ensi arviolta pitää lähtökohtana sitä, että määräysvaltaa koskeva edellytys täyttyy, vaikka sitä tulkittaisiin kaikkein ankarimmassa muodossaan. Tämä pätee ainakin silloin, jos intressien yhtenevyyttä [16] koskeva edellytys ymmärretään siten, että se toteutuu jo silloin, kun yksityisiä intressejä ei ole. Ei tosin voida sulkea pois sitä, että myös kunnat voivat edustaa erilaisia intressejä, ja tämän osoittaa kuntien toiminta elinkeinoelämän toimijoina. Sellaisessa tapauksessa intressien yhtenevyyttä ei enää ole.

35. Tässä yhteydessä ei voida olla mainitsematta myöskään sitä, että asiassa Teckal oli kyseessä ns. "azienda municipalizzata" eikä osakeyhtiö, kuten nyt käsiteltävässä asiassa. Palaan jäljempänä yhtiöoikeudellisen muodon merkitykseen.

15 - Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 50 kohta.

16 - Vrt. julkisasiamies Kokottin edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen 1.3.2005 antaman ratkaisuehdotuksen 74 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa omaksuma lähestymistapa.

36. Vastaus siihen kysymykseen, miten sekaomistuksessa olevia julkisia yksiköitä on kohdeltava, on kuitenkin annettava myös asiassa Stadt Halle annetussa tuomiossa nimenomaisesti vahvistetun tulkintaperiaatteen valossa, sillä sen mukaan jokaista poikkeusta yhteisön oikeussääntöjen soveltamista koskevasta velvoitteesta on tulkittava suppeasti. [17]

37. Myös asiassa Stadt Halle antamassaan tuomiossa, jossa ei ollut kyse useiden osakkeenomistajien omistuksesta, yhteisöjen tuomioistuin vahvisti kuitenkin, että Teckal-poikkeus on lähtökohtaisesti sovellettavissa yksikköihin, joissa on useita osakkeenomistajia. Tämä ilmenee siitä, että yhteisöjen tuomiostuin [18] ei ainoastaan soveltanut Teckal-poikkeusta sanatarkasti vaan muistutti myös siitä, että asiassa Teckal yksikkö oli "viranomaisen omistuksessa". Tässä yhteydessä yhteisöjen tuomioistuin ei siis ole soveltanut enemmistösääntöä Teckal-poikkeuksen toisen edellytyksen osalta.

38. Tästä seuraa siis, että myös yksiköt, joilla on useita osakkeenomistajia, voivat lähtökohtaisesti kuulua poikkeuksen soveltamisalaan.

39. Jotta Teckal-poikkeusta voitaisiin soveltaa tässä tilanteessa, pitäisi kuitenkin ottaa vielä askel pidemmälle, koska tässä tapauksessa on lisäksi kyseessä välillinen omistus. Mielestäni ei voida etukäteen yleisesti ja abstraktisti sulkea pois sitä, että Teckal-poikkeus olisi sovellettavissa myös tällaiseen tapaukseen.

40. Tässä tapauksessa täytyy lisäksi tutkia konkreettisesti, täyttyykö määräysvaltaa koskeva edellytys. Siinä yhteydessä on muistutettava yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Parking Brixen vahvistamasta perusteesta. Sen mukaan ratkaisevaa on se, että määräysvallan kohteena olevalla yksiköllä on ainoastaan tietyssä määrin itsenäistä toimivaltaa [19] suhteessa sen osakkeenomistajiin. [20]

41. Koska tässä tapauksessa on yhtiöjärjestyksen perusteella mahdollista, että osakkaina on yksityisiä, on määräysvaltaa koskevan edellytyksen osalta tutkittava, onko sillä, että tulevaisuudessa yhtiöpääoma avataan yksityisille, oikeudellista merkitystä.

42. Kun kyseessä on yhtiöpääoman avaaminen yksityisille, voitaisiin tehdä ero sen mukaan, onko yksityisten osakkuus ainoastaan oikeudellisesti mahdollista vai onko se myös oikeudellisesti pakottavaa. Ensimmäi-

17 – Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 46 kohta.

18 – Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle annetun tuomion 49 kohta.

19 – Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 70 kohta.

20 – Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 68 kohta.

sen tapausryhmän osalta voitaisiin lisäksi tehdä ero sen mukaan, onko tätä mahdollisuutta käytetty myöhemmin myös tosiasiallisesti – aiempaan yhtiöpääoman avaamiseen liittyvä tapausryhmä eli asiaan Stadt Halle liittynyt tilanne jää siis jo lähtökohtaisesti tämän ulkopuolelle.

43. Komissio on esittänyt tästä sen näkemyksen, että jopa yksityisten mahdollinen osakkuus, sellaisena kuin se ilmenee esimerkiksi pääomayhtiön yhtiöjärjestyksestä, puoltaa sitä, että määräysvaltaa koskeva edellytys ei täyty.

44. Tätä komission edustamaa äärinäkemystä vastaan puhuvat ensinnäkin periaatteelliset näkökohdat. Esimerkiksi PPP-hankkeiden oikeudellinen luonnehdinta riippuisi pelkästä *mahdollisesta* tulevasta kehityksestä. Sillä, tapahtuisiko näin *todellisuudessa*, ei olisi kuitenkaan merkitystä. Tällainen lähtökohta on hankintadirektiivien järjestelmän kannalta aivan uusi. Lisäksi asianomaisen jäsenvaltion oikeuden mukaan saattaisi olla jopa kiellettyä kieltää osuuksien luovuttaminen yksityisille yhtiöjärjestyksessä.

45. Toisaalta hankintadirektiivien taustalla oleva sääntöjen kiertämiseltä suojaamisen periaate edellyttää, että tietyt tapahtumat, jotka sijoittuvat sopimuksen tekemisen eli tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeiseen aikaan, on kuitenkin otettava huomioon. Tämä koskee erityisesti tapausryhmää, joiden osalta pääomaa ei ollut avattu yksityisille vielä sopimuksentekohetkellä, mutta siitä oli jo olemassa konkreettinen suunnitelma.

46. On pohdittava, muuttaako asiassa Parking Brixen annettu tuomio tätä millään tavoin. Tätä vastaan puhuu se, että siinä toisin kuin nyt käsiteltävässä asiassa yhtiön osakepääoman avaamisesta muiden omistukselle oli määrätty pakottavasti ja että se oli ainoastaan yksi viidestä arvioinnin kannalta olennaisesta tunnusmerkistä.[21] Tämä ei tosin edelleenkään sulje pois sitä, että jo mahdollinen avaaminen – vaikka sitten ainoastaan yhdessä niiden muiden erityispiirteiden kanssa, jotka ovat pääasian oikeudenkäynnin tilanteelle tunnusomaisia – saattaa johtaa siihen, että tässä tilanteessa ei saavuteta määräysvallan vähimmäismäärää. Näitä erityispiirteitä ja niiden merkitystä määräysvallan kannalta on siten vielä selvitettävä.

47. Tässä yhteydessä on nimittäin välttämätöntä viitata myös erään Itävallan tasavaltaa vastaan käydyn jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeneen menettelyn[22] taustalla olleeseen tilanteeseen ja yhteisöjen tuomioistuimen siitä äskettäin esittämään oikeudelliseen arviointiin.

21 – Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 67 kohta.

22 – Asia C-29/04, komissio v. Itävalta, tuomio 10.11.2005 (Kok. 2005, s. I-9705).

48. Asiassa komissio vastaan Itävalta oli kyseessä tilanne, jossa Mödlingin kaupunki eli kunta antoi jätehuollon erään rajavastuuyhtiön eli 100-prosenttisesti omistamansa tytäryhtiön tehtäväksi. Noin kaksi viikkoa sopimuksen tekemisen jälkeen kaupunginvaltuusto päätti luovuttaa 49 prosenttia yhtiöpääomasta yksityiselle yritykselle. Osuuksien luovutus toteutettiin puolestaan noin kaksi viikkoa myöhemmin. Luovutetun toiminnan harjoittaminen alkoi siitä muutamaa viikkoa myöhemmin.

49. Yhteisöjen tuomioistuin korosti tästä 10.11.2005 antamassaan tuomiossa, että kaikkia vaiheita on arvioitava kokonaisuutena ja niiden tarkoituksen kannalta eikä erikseen. [23] Tämä seikka puoltaa sitä, että on otettava huomioon myös sopimuksen tekemistä seuranneet tapahtumat, kuten yhteisöjen tuomioistuin nimenomaisesti korosti kyseisessä oikeudenkäynnissä. [24] Toisin kuin nyt käsiteltävä asia, kyseinen oikeudenkäynti koski kuitenkin *todellisia* tapahtumia. Kyseisessä asiassa oli näet jo avattu yhtiö yksityisten omistukselle. Kokonaistilannetta tarkasteltaessa tämä oli jo tapahtunut.

50. Toisin kuin kyseisessä asiassa, nyt käsiteltävään asiaan liittyvistä oikeudenkäyntiasiakirjoista ei voida päätellä, onko omistusosuuksia luovutettu yksityisille ja milloin näin olisi tehty, tai onko tällaisia suunnitelmia ollut. Näin ollen asiassa Parking Brixen annettu tuomio sen enempää kuin asiassa komissio vastaan Itävalta annettu tuomiokaan eivät anna yksiselitteistä viitettä siitä, että pelkkä omistuksen avaamista yksityisille koskeva *mahdollisuus* riittäisi.

51. Voidaan siis pitää lähtökohtana sitä, että tähänastisessa oikeuskäytännössä ei lähtökohtaisesti suljeta pois sekaomistuksessa olevia julkisia yksiköitä Teckal-poikkeuksen soveltamisalan ulkopuolelle. Tästä syystä seuraavassa on esitettävä edellytykset, joita tällaisten tilanteiden on täytettävä.

2. Yksityiskohtaiset edellytykset

52. Edellytykset, joiden täyttyessä sopimusten tekeminen sekaomistuksessa olevien julkisten yksiköiden kanssa voi kuulua Teckal-poikkeuksen soveltamisalaan, liittyvät asianomaisen yksikön ja niiden julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden väliseen suhteeseen, jonka välittömässä tai välillisessä omistuksessa ne ovat.

23 – Edellä alaviitteessä 22 mainitussa asiassa komissio v. Itävalta annetun tuomion 41 kohta.

24 – Edellä alaviitteessä 22 mainitussa asiassa komissio v. Itävalta annetun tuomion 38 kohta.

53. Aluksi on mainittava oikeudenkäynnissä esitetty väite, jonka mukaan Teckal-poikkeus käsittäisi vain ns. "elinten tai laitosten väliset sopimukset" tai alueellisen yhteisön yksiköiden luovutukset. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei voida johtaa toteamuksia, jotka puoltaisivat tällaista luokittelua.

54. Yhteisöjen tuomioistuin pitää tässä yhteydessä, erityisesti myös asiassa Parking Brixen antamassaan tuomiossa, yleisesti lähtökohtana aineellista eikä muodollista tulkintaa. Kuten jäljempänä tarkemmin osoitetaan, ratkaisevaa on siten se, miten osapuolten välinen suhde on järjestetty. Tässä yhteydessä tulevat yksityiskohtaisemmin kyseeseen yleiset ja abstraktit oikeussäännöt, kuten kansallinen yhtiölainsäädäntö, ja niiden konkreettinen ilmentymä, kuten esimerkiksi asianomaisen yksikön yhtiöjärjestys. [25]

55. Nyt käsiteltävässä asiassa yksikkö, jonka pitäisi hoitaa palvelu, ei ole Saksan oikeuden mukaan perustettu rajavastuuyhtiö, kuten asiassa Stadt Halle, vaan Italian oikeuden mukaan perustettu osakeyhtiö (SpA).

56. Tässä tapauksessa sovelletaan Codice civilen (siviililakikirja, jäljempänä C. C.) asianomaisia säännöksiä.

57. Tilanne on myös erilainen kuin asian Teckal kohteena olleen yksikön osalta. Kyseisen oikeudenkäynnin kohteena oli ns. "azienda municipalizzata" -niminen oikeudellinen muoto, kun nyt käsiteltävä asia koskee nimenomaan sellaista yksikköä eli AGESP:tä, joka tosin toimi alun perin kyseisessä oikeudellisessa muodossa mutta joka muutettiin osakeyhtiöksi 24.9.1997 tehdyllä päätöksellä nro 148.

58. Osakeyhtiöillä on myös Italian oikeuden mukaan lähtökohtaisesti suurempi itsemääräämisoikeus kuin rajavastuuyhtiöillä.

59. Mielestäni ei riitä, että tutkitaan C. C:n perusteella abstraktisti osakkeidenomistajien mahdollisuuksia vaikuttaa osakeyhtiöihin ja näiden mahdollisuuksia vaikuttaa tytäryhtiöihinsä. Kuten olen jo edellä todennut, ratkaisevaa on pikemminkin se, millaiseksi emoyhtiön ja sen emoyhtiön välinen suhde sekä emoyhtiön ja sen tytäryhtiön välinen suhde muotoutuu käytännössä. [26]

25 – Näin edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 66 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

26 – Vrt. edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle antamani ratkaisuehdotuksen 65 kohta.

60. Esimerkiksi Italian lainsäädännön mukainen osakeyhtiön oikeudellinen muoto ei siten sinänsä "haittaa". Tämä on pääteltävissä myös asiassa Parking Brixen annetusta tuomiosta, jossa oli niin ikään kyse Italian oikeuden mukaan perustetusta osakeyhtiöstä. Jo yksistään se, että tämä seikka ei riittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle, jotta se olisi katsonut yhtiön olevan itsenäinen ja määräysvallan siten puuttuvan, puoltaa sitä, että italialaisen osakeyhtiön oikeudellinen muoto ei sinänsä merkitse sitä, että määräysvalta ei voisi olla riittävä.

61. Oman yrityksen muuttaminen osakeyhtiöksi muodostaa kuitenkin ainakin yhden useista seikoista, jotka on otettava huomioon itsenäisyyttä arvioitaessa. [27]

62. Konkreettista muotoa tutkittaessa ratkaisevaa on joka tapauksessa kunkin omistajan konkreettinen toimivalta eikä se, miten sitä todellisuudessa käytännössä käytetään. [28] Yhteisöjen tuomioistuin on sittemmin vahvistanut tämän näkemyksen asiassa Parking Brixen antamassaan tuomiossa, jossa se tutki kyseisen osakeyhtiön yhtiöjärjestyksen. [29]

63. Myöskään osakkeenomistajan tai osakkeenomistajien valvontaoikeuksien ei pidä liittyä ainoastaan hankintapäätöksiin yleensä tai konkreettisiin hankintapäätöksiin erikseen, [30] vaan myös kaiken kaikkiaan liikkeenjohtoon.

64. Valvontakeinojen osalta tulevat yleensä kyseeseen määräystenanto-oikeudet ja valvontavaltuudet sekä nimitysoikeudet. Siinä yhteydessä on pidettävä periaatteena sitä, että kyseessä on vaikuttamismahdollisuus eivätkä siten ainoastaan oikeussäännöt. [31]

65. Lopuksi on vielä käsiteltävä oikeudenkäynnissä esitettyä väitettä, jonka mukaan hankintamenettelyn arvioiminen ja Teckal-poikkeuksen soveltaminen riippuvat osapuolten eli määräysvaltaa käyttävän ja määräysvallan kohteena olevan yksikön käyttäytymisestä konkreettisen hankinnan yhteydessä.

66. Hankintamenettelyn osapuolten, etenkin sekaomistuksessa olevan julkisen yksikön käyttäytymisestä voitaisiin esimerkiksi pää-

27 – Edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 67 kohta.

28 – Vrt. edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle antamani ratkaisuehdotuksen 76 kohta.

29 – Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 66 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

30 – Vrt. edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Stadt Halle antamani ratkaisuehdotuksen 77 kohta.

31 – Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 65 kohta.

tellä, että se on hankintaviranomaiseen nähden itsenäinen.

67. Nyt käsiteltävässä asiassa viitattiin tältä osin lähinnä sopimuksen sisältöön. Erityisesti siihen perustuvaa seuraamusta, joka määrätään siitä, että tiettyjä tavoitteita ei saavuteta, on pidettävä merkkinä AGESP:n itsenäisyydestä.

68. Koska määräysvaltaa koskeva edellytys liittyy kaiken kaikkiaan liikkeenjohtoon kohdistuvaan vaikutusvaltaan, tutkittavan yksikön käyttäytyminen konkreettisessa sopimuksentekomenettelyssä ei voi olla ratkaisevaa. Tämä saattaisi nimittäin johtaa siihen, että sama yksikkö kuuluisi yhdessä hankintamenettelyssä Teckal-poikkeuksen soveltamisalaan ja toisessa ei. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei voida kuitenkaan johtaa tällä tavoin konkretisoitua näkemystä. Päinvastoin, yhteisöjen tuomioistuin liittää suhteen luonnehtimisen ja siten määräysvaltaa koskevan edellytyksen täyttymisen osapuolina olevia henkilöitä koskeviin seikkoihin.

69. Sen seikan konkreettinen tutkiminen, varmistetaanko kansallisen lainsäädännön yleisillä ja abstrakteilla oikeussäännöillä ja asianomaisen yhtiön yhtiöjärjestyksen, tässä tapauksessa erityisesti sen 19 §:n, konkreettisella sanamuodolla riittävä valvonta, koskee konkreettisen tosiseikaston arviointia. Se sen enempää kuin kansallisen lainsäädännön tulkintakaan eivät ole kuitenkaan EY 234 artiklan mukaisen toimivallan jaon mukaan yhteisöjen tuomioistuimen vaan kansallisen lainkäyttäjän tehtävänä.

C *Välipäätelmä*

70. Samanlaista valvontaa kuin omien toimipaikkojen osalta koskeva peruste voi lähtökohtaisesti täyttyä myös sekaomistuksessa olevan julkisen yrityksen osalta. Pääasian oikeudenkäyntiin liittyvän tosiseikaston arvioiminen kuuluu kansalliselle tuomioistuimelle. Sen on nyt käsiteltävän tilanteen yhteydessä otettava huomioon seuraavat seikat:

- omistajien intressit
- "azienda municipalizzatan" muuttaminen osakeyhtiöksi
- yhtiön osakepääoman avaaminen muiden omistukselle, mistä ei ole säädetty pakottavasti ja mitä ei ole myöskään tapahtunut

– AGESP:llä oleva mahdollisuus perustaa tytäryhtiöitä myös ulkomaille

– hallituksen nimittämistä ja liikkeenjohtoon vaikuttamista koskevan mahdollisuuden laajuus

– AGESP:n hallituksen valtuudet sekä

– se, että kunta on AGESP Holdingin välityksellä AGESP:n välillinen omistaja.

71. Yhteisöjen tuomioistuin voisi tosin nyt käsiteltävässä asiassa – kuten jo asiassa Stadt Halle ja asiassa Parking Brixen annetuissa tuomioissa – arvioida itse tyhjentävästi pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevan kaltaista tilannetta. Koska edellä esitetyt seikat ovat pitkälti päällekkäisiä asian Parking Brixen kohteena olleen tilanteen kanssa,[32] mihin on lisättävä vielä välillinen omistus, voitaisiin – aikaisemman, monilla tahoilla liian ankarana pidetyn oikeuskäytännön perusteella – tehdä se päätelmä, että ensimmäinen edellytys eli riittävää ja samanlaista valvontaa kuin oman toimipaikan osalta koskeva peruste ei täyty pääasian oikeudenkäynnissä.

72. Mikäli yhteisöjen tuomioistuin sitä vastoin käyttäisi hyväkseen tilaisuutta selventää tähänastista oikeuskäytäntöään siten, että ainakin tietyt sekaomistuksessa olevat julkiset yhteisyritykset voisivat täyttää määräysvaltaa koskevan edellytyksen, ja päätyisi siihen, että tämä pätee myös pääasian oikeudenkäyntiin, yhteisöjen tuomioistuimella olisi samalla tilaisuus täsmentää – ensimmäistä kertaa – tarkemmin toista Teckal-edellytystä eli toiminnan pääosan harjoittamista omistajan kanssa koskevaa edellytystä.

## VII Toinen edellytys: toiminnan pääosan harjoittaminen omistajan kanssa

73. Toisin kuin ensimmäisen Teckal-edellytyksen osalta, toisesta Teckal-edellytyksestä ei ole olemassa mitään kyseisen tuomion jälkeen annettua yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, jossa tätä edellytystä olisi selvennetty tarkemmin. Nyt käsiteltävä asia antaa yhteisöjen tuomioistuimelle siihen tilaisuuden.

74. Pääasian oikeudenkäynti koskee lisäksi tilannetta, jossa ensimmäisellä portaalla eli

32 – Edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen annetun tuomion 67 kohta.

kunnan ja AGESP Holdingin välillä on lähes 100-prosenttinen omistus ja toisella portaalla eli AGESP Holdingin ja AGESP:n välillä 100-prosenttinen omistus.

75. Kuten jo asiassa Stadt Halle, myös nyt käsiteltävässä asiassa on kyseessä välillinen omistus. On siis tutkittava, voiko myös "tyttären tytäryhtiön" "isoäitinsä" kanssa harjoittama toiminta lähtökohtaisesti täyttää toisen Teckal-edellytyksen.

A *Lähtökohta*

76. Koska yhteisöjen tuomioistuimen ei tarvinnut enää tulkita toista edellytystä asiassa Stadt Halle antamassaan tuomiossa sen ensimmäisen edellytyksen osalta valitseman tulkinnan vuoksi, on johdonmukaista, että toistan asiassa Stadt Halle antamassani ratkaisuehdotuksesta tältä osin esittämäni näkemykset tässä vaiheessa.

77. Asiassa Teckal annetussa tuomiossa vahvistettu olennaisuutta koskeva toinen edellytys liittyy tiettyyn vähimmäisosuuteen toiminnasta, jota valvonnan kohteena oleva yksikkö kaiken kaikkiaan harjoittaa. On siis selvitettävä harjoitetun toiminnan laajuus kokonaisuutena arvioiden ja laajassa merkityksessä käsitetyn omistajan kanssa erikseen.

78. Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, että sen perusteella, että omistajan käsitettä ei saa tulkita liian suppeasti, ei saa kuitenkaan päätellä, että samalla myös kolmansille suoritetut toimenpiteet, jotka omistajan muussa tapauksessa täytyisi suorittaa itse, otettaisiin huomioon. Tämä koskee käytännössä ensisijaisesti yleishyödyllisiä palveluja ja tässä yhteydessä jälleen kuntia, jotka ovat velvoitettuja suorittamaan tietyille henkilöille tiettyjä palveluja.

79. Lisäksi on selvennettävä, että ratkaisevaa on tosiasiallinen toiminta eikä lain tai yrityksen yhtiöjärjestyksen perusteella mahdollinen toiminta tai sellainenkaan toiminta, johon määräysvallan kohteena oleva yksikkö on velvoitettu. [33]

80. Keskeinen kysymys on tässä yhteydessä se, minkä suuruisesta osuudesta alkaen Teckal-poikkeuksen soveltamiskynnys saavutetaan. Tästä on esitetty useita näkemyksiä. Näitä ovat esimerkiksi yli 50 prosenttia, "huomattava laajuus", "pääasiallinen", "lähes yksinomainen" ja jopa "yksinomainen".

33 - Ratkaisuehdotustani mukaellen julkisasiamies Kokott edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen 1.3.2005 antamansa ratkaisuehdotuksen 81 kohdassa.

81. Kynnyksen osalta ei sovelleta ainoastaan positiivista lähestymistapaa, jonka mukaan omistajalle suoritettujen palvelujen laajuus olisi määritettävä, vaan myös negatiivista lähestymistapaa. Negatiivisen lähestymistavan mukaan pitäisi tutkia, miten suuri on muille kuin omistajille suoritettujen palvelujen osuus. Viimeksi mainittu lähestymistapa sisältyy julkisasiamies Léger'n asiassa ARGE esittämään ratkaisuehdotukseen. Hänen mukaansa "direktiiviä sovelletaan, jos tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan *muiden* toimijoiden tai muiden viranomaisten kanssa kuin niiden, joista kyseinen hankintaviranomainen koostuu". [34] Kun otetaan huomioon asiassa Teckal toisen edellytyksen osalta valittu positiivinen lähestymistapa, negatiivista lähestymistapaa ei tarvitse tosin tässä yhteydessä enää noudattaa.

82. Julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotuksen siteeratussa kohdassa ilmaistaan kuitenkin toinen tärkeä seikka, joka on otettava huomioon omistusta määritettäessä.

83. Esiin tulee esimerkiksi kysymys siitä, sallitaanko toisessa Teckal-edellytyksessä ainoastaan määrälliset lähestymistavat vai onko myös laadulliset seikat otettava huomioon. Viimeksi mainitun näkemyksen puolesta puhuvat poikkeuksen sanamuoto ja tarkoitus, joihin ei sisälly myöskään mitään viitteitä siihen, miten toimintaa pitäisi arvioida. Myöskään asiassa Teckal annetun tuomion vastaavien kohtien todistusvoimaisen eli italiankielisen version sanamuoto ei sulje pois muita tai vaihtoehtoisia laadullisia lähestymistapoja (la parte più importante della propria attività).

84. Asiassa Teckal annettuun tuomioon ei sisälly myöskään mitään viittausta omistusosuuden laskentatapaan. Siten ei ole itsestään selvää, että yksinomaan liikevaihto ratkaisee.

85. Kansallisen tuomioistuimen on siten mielestäni selvitettävä määrällisten ja laadullisten seikkojen perusteella, "miten toimintaa pääosin harjoitetaan".

86. Tässä yhteydessä on muistettava, että ratkaisuehdotus on todistusvoimainen julkisasiamiehen valitsemalla alkuperäiskielellä. Sen perusteella julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotuksesta saadaan seuraava kuva: hän käsittelee ensinnäkin suoritettujen palvelujen "quasi-exclusivité", joka on ilmaistu saksankielisessä versiossa "sämtliche Dienstleistungen" (kaikki palvelut). [35] Toiseksi hän nojau-

34 – Julkisasiamies Léger'n asiassa C-94/99, ARGE Gewässerschutz, 15.6.2000 antama ratkaisuehdotus, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11037, 93 kohta, kursivointi tässä).

35 – Julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 34 mainitussa asiassa ARGE Gewässerschutz antaman ratkaisuehdotuksen 74 kohta.

tuu toisen Teckal-edellytyksen sanamuotoon oikeudenkäyntikielellä italiaksi ja käyttää ilmaisua "en grande partie" (suuri osa), joka on käännetty saksan kielelle ilmaisulla "im wesentlichen" (olennaisilta osin),[36] tai ilmaisua "la plus grande partie de leur activité" ("den grössten Teil ihrer Tätigkeit", suurinta osaa toiminnastaan).[37]

87. Oikeuskirjallisuudessa ja myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeudenkäynnissä mainitaan asian tarkemmaksi konkretisoimiseksi direktiivin 93/38 13 artiklan mukainen 80 prosentin edellytys. Sitä perustellaan sillä, että tämä edellytys on "objektiivinen" tai "asianmukainen".

88. Tähän on huomautettava, että myös jokin toinen kiinteä prosenttiosuus saattaisi olla objektiivinen ja asianmukainen. Kuten muutamat osapuolet ovat tässä ennakkoratkaisumenettelyssä korostaneet, viittasin jo asiassa Stadt Halle antamassani ratkaisuehdotuksessa siihen, että kiinteän prosenttiluvun jäykkyys voi olla myös asianmukaisen ratkaisun esteenä. Tällainen ratkaisu ei myöskään mahdollista muiden kuin ainoastaan määrällisten seikkojen huomioon ottamista.

89. Ennen kaikkea direktiivin 93/38 13 artiklan mukaisen 80 prosentin edellytyksen sovellettavuutta vastaan puhuu se, että kyseessä on ainoastaan tietyillä aloilla voimassa olevaa direktiiviä koskeva poikkeussäännös. Siinä esitetty näkemys rajoittuu yhteisön lainsäätäjän tahdon mukaisesti kyseiseen direktiiviin. Vaikka perusajatus saattaa käytännössä olla sovellettavissa myös kyseisten alojen ulkopuolelle, ratkaisevaa on kuitenkin se, että tällaista sääntöä ei ole annettu nyt käsiteltävässä asiassa sovellettavassa direktiivissä.

90. Toiseksi 80 prosentin kynnyksen soveltamista puollettaessa unohdetaan se, että direktiivin 93/38 13 artikla koskee ainoastaan palveluja. Koska kyseessä on poikkeussäännös, jopa sen analoginen soveltaminen tavaroiden luovutuksiin kyseisillä aloilla on kiellettyä. Tätä koskeva laajennus tavaroiden luovutuksiin saatiin aikaan vasta lainsäädäntöpaketin yhteydessä tehdyllä muutoksella.[38]

91. Kolmanneksi yhteisön lainsäätäjä on pitänyt direktiivien uudistamisenkin yhteydessä ns. lainsäädäntöpaketissa voimassa 80 prosentin kynnyksen ainoastaan kyseisten alojen osalta eikä ole soveltanut sitä koskemaan ns. perinteistä direktiiviä. Uudistusvaiheessa toinen Teckal-edellytys oli kuiten-

36 – Julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 34 mainitussa asiassa ARGE Gewässerschutz antaman ratkaisuehdotuksen 81 kohta.

37 – Julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 34 mainitussa asiassa ARGE Gewässerschutz antaman ratkaisuehdotuksen 83 kohta.

38 – Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (alaviitteessä 9 mainittu direktiivi; EUVL L 134, s. 114) 23 artikla.

kin jo tiedossa, ja siitä käytiin myös keskusteluja lainsäädäntömenettelyn aikana.

92. Direktiivin 93/38 13 artiklan sovellettavuutta vastaan puhuu kuitenkin vielä neljäskin seikka. Sen 2 kohdassa näet velvoitetaan hankintaviranomainen ilmoittamaan komissiolle sen pyynnöstä tiettyjä tietoja. Tämä säännös on prosessioikeudellinen vastine 13 artiklassa säädetylle poikkeukselle. Yhteisöjen tuomioistuin menetteli kuitenkin toisin Teckal-poikkeuksen yhteydessä.

93. Viidenneksi jo yksistään se seikka, että yhteisöjen tuomioistuin ei määritellyt toista Teckal-edellytystä sille varmasti tutun direktiivin 93/38 perusteella, puhuu sovellettavuutta vastaan. Yhteisöjen tuomioistuin tyytyi pikemminkin kahteen 13 artiklasta poikkeavaan aineelliseen edellytykseen, eli nimenomaan kyseisiin kahteen Teckal-edellytykseen. Näitä edellytyksiä on kuitenkin nimenomaan prosessioikeudellisen vastineen puuttuessa tulkittava suppeasti, kuten 13 artiklaakin.

94. Kaiken kaikkiaan on siis vahvistettava se näkemys, että direktiiviin 93/38 perustuva 80 prosentin kynnys ei ole peruste arvioitaessa sitä, onko kyseessä pääosa toiminnasta.[39]

B *Näkemyksen edelleenkehittäminen uudemman oikeuskäytännön valossa*

95. Koska toiminnan pääosan harjoittamista omistajan kanssa koskeva edellytys on poikkeus, sitä on tulkittava suppeasti. Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut tämän siltä osin kuin se on todennut asiassa Parking Brixen antamansa tuomion 63 kohdassa seuraavaa:

"Koska kyse on yhteisön yleisistä oikeussäännöistä tehtävistä poikkeuksista, näitä kahta edellisessä kohdassa esitettyä edellytystä on tulkittava suppeasti ja sen, joka

39 – Ks. tätä koskeva oikeuskirjallisuus, jossa tästä on sittemmin tullut vallitseva näkemys: Meinrad Dreher, "Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", julkaisussa *NZBau*, 2002, s. 245 (erityisesti s. 253); Wolfram Krohn, "'Aus' für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen", julkaisussa *NZBau*, 2005, s. 92 (erityisesti s. 95); Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht*, 2000, s. 97 (erityisesti s. 105); Ulf-Dieter Pape / Henning Holz, "Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte", julkaisussa *NJW*, 2005, s. 2264 (erityisesti s. 2265 ja sitä seuraavat sivut); Wolfgang Jaeger, "Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", julkaisussa Büdenbender/Kühne/Baur (toim.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, s. 455 (erityisesti s. 464); Christoph Riese / Andreas van den Eikel, "Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischtwirtschaftliche Unternehmen?", julkaisussa *Vergaberecht* 2005, s. 590 (erityisesti s. 601); Kurt Weltzien, "Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", julkaisussa *Public Procurement Law Review*, 2005, s. 237 (erityisesti s. 249), jossa viitataan perustellusti siihen, että direktiivi 93/38 koskee myös yksityisiä yrityksiä; Jan Ziekow / Thorsten Siegel, "Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", julkaisussa *Vergaberecht*, 2005, s. 145 (erityisesti s. 148), jossa epäillään 80 prosentin säännön yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa.

niihin haluaa vedota, on näytettävä toteen, että sellaiset poikkeukselliset olosuhteet, joiden johdosta poikkeus mainituista säännöistä on perusteltu, ovat todella olemassa."

96. Nämä säännöt on otettava huomioon myös tässä oikeudenkäynnissä.

97. Edustan edelleen – kuten jo asiassa Stadt Halle antamassani ratkaisuehdotuksessa – näkemystä, jonka mukaan sitä, onko kyseessä "pääosa toiminnasta" ei pidä arvioida ainoastaan määrällisten vaan myös laadullisten [40] seikkojen perusteella. [41]

98. *Laadullisten* seikkojen osalta pitäisi selvittää, miten ja minkä yksikön hyväksi asianomainen määräysvallan kohteena oleva yksikkö harjoittaa toimintaansa. Siinä yhteydessä on eroa sillä, onko yksikön toiminnalle ylipäänsä markkinoita vai tarjoaako yksikkö osaa muille kuin määräysvaltaa käyttävälle viranomaiselle suoritettavista palveluista markkinoilla. [42]

99. Tätä ei saa kuitenkaan tulkita siten, että asianomaisen yksikön suorittamilla palveluilla pitäisi olla kysyntää myös muiden kuin julkisyhteisöjen keskuudessa. Siinäkään tapauksessa, että tavaralle tai palveluille olisi kysyntää vain julkisoikeudellisten *ostajien* keskuudessa, tämä ei näet merkitse sitä, että markkinoita ei olisi olemassa. Voi näet olla myös muita *tarjoajia*. Näin ollen laadullisten seikkojen arviointi ei siis riipu yksinomaan tarjoavan yksikön suhteesta määräysvaltaa käyttävään yksikköön vaan hankintalainsäädännön kilpailullisten tavoitteiden mukaisesti myös sen taloudellisesta asemasta markkinoilla. Tällä tavoin lähennytään sitä tapausryhmää, jonka osalta neuvottelumenettely ilman ilmoitusta on direktiivien mukaan sallittua, eli kun ainoastaan yksi taloudellinen toimija kykenee panemaan sopimuksen täytäntöön. [43]

40 – Ratkaisuehdotustani mukaellen julkisasiamies Kokott edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa Parking Brixen antamansa ratkaisuehdotuksen 83 kohdassa.

41 – Samoin Marc Gabriel / Bernd Joachimsmeier, *Vergaberecht*, 2005, s. 103 ja sitä seuraavat sivut; Holger Schröder, "In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?", julkaisussa *NZBau*, 2005, s. 127 ja sitä seuraavat sivut; Kurt Weltzien, "Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", julkaisussa *Public Procurement Law Review*, 2005, s. 237 (erityisesti s. 248).

42 – Tältä osin on viitattava edellä alaviitteessä 38 mainitun direktiivin 2004/18 1 artiklan 8 kohdan 1 alakohtaan ja alaviitteessä 9 mainitun direktiivin 2004/17 1 artiklan 7 kohdan 1 alakohtaan sisältyvään legaalimääritelmään. Nyt käsiteltävässä asiassa sovellettavasta direktiivistä puuttuu vastaava määritelmä, jossa viitattaisiin nimenomaisesti markkinoihin.

43 – Ks. nyttemmin direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohta ja direktiivin 2004/17 40 artiklan 3 kohdan c alakohta.

100. Lisäksi on lähtökohtaisesti selvitettävä, ratkaiseeko siinä yhteydessä ainoastaan tosiasiallinen toiminta vai onko otettava huomioon myös yksikön tarkoitus, esimerkiksi yhtiöjärjestyksen mukainen liiketoiminnan harjoittamisen tarkoitus eli kaikki toiminta, jota yksikkö ylipäänsä voisi harjoittaa. Kun myöskään yksikön tarkoituksen huomioon ottaminen ei ole hankintalainsäädännölle vierasta, tällainen lähtökohta vaikeuttaisi toiminnan pääasiallisuuden arviointia kuitenkin vielä enemmän, koska potentiaaliselle – ei varmalle tulevalle – toiminnalle ei olisi luotettavia lähtökohtia.

101. On lisäksi pohdittava, onko otettava huomioon ainoastaan tietyt vai kaikki yksikön toiminnot. Toiminnan pääosan harjoittamista omistajan kanssa koskeva edellytys voitaisiin ymmärtää myös siten, että lähtökohtana on pidettävä ainoastaan sellaista toimintaa, jota olisi tarkoitus suorittaa myös määräysvaltaa käyttävälle yksikölle, esimerkiksi siis energian toimitusta, jolloin yksikön harjoittama muu toiminta, esimerkiksi jätehuolto, jää arvioinnin ulkopuolelle, ja ainoastaan kyseiseen alaan liittyvä suhteellinen osuus ratkaisisi.

102. Mielestäni kuitenkin jo se seikka, että kyseessä on poikkeus direktiivin järjestelmästä, puhuu toisen Teckal-edellytyksen tällaista tulkintaa vastaan. Se saattaisi näet tietyissä tapauksissa johtaa poikkeuksen kattamien toimien laajentamiseen silloin kun toiminnan pääosan harjoittaminen omistajan kanssa koskeva edellytys kyllä täyttyy tietyn toiminnan osalta mutta ei yksikön kaiken toiminnan osalta.

103. Kuten asiassa Teckal annetun tuomion sanamuodosta ja myös nyt käsiteltävän asian taustalla olevasta tosiseikastosta voidaan päätellä, toiminnan pääosan harjoittaminen omistajan kanssa koskeva edellytys ei myöskään voi täyttyä ainoastaan siten, että yhden osakkeenomistajan kanssa harjoitettava toiminta ylittää toiminnan pääasiallisuutta koskevan kynnyksen, vaan myös siten, että kaikkien osakkeenomistajien kanssa harjoitettava toiminta lasketaan yhteen, ja tämä lopputulos on suhteutettava koko toimintaan.

104. Yhteisöjen tuomioistuin on käyttänyt asiassa Teckal antamansa tuomion 50 kohdassa toisen edellytyksen osalta myös enemmistön käsitettä ja todennut seuraavaa:

"– – Toisin on ainoastaan niissä tapauksissa, joissa alueellinen tai paikallinen viranomainen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja joissa tämä oikeushenkilö harjoittaa pää-

osaa toiminnastaan sen omistavien *viranomaisten* kanssa."[44]

105. Mikäli tämä sanamuoto otetaan vakavasti, ratkaisevia eivät siis ole ainoastaan määräysvaltaa käyttävälle yksikölle eli Busto Arsizion kunnalle suoritettavat palvelut. Myös muille osakkeenomistajille suoritettavat palvelut on otettava huomioon.

106. *Määrällisten* seikkojen osalta ei voida käyttää perusteena yksinomaan liikevaihtoa. Myös muita liiketaloudellisia tunnuslukuja on otettava huomioon. Kuten toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä todetaan, voidaan näin ollen ottaa lähtökohtaisesti huomioon myös omistajien kanssa harjoitetusta toiminnasta saatavien tulojen osuus kokonaistuloista. Myös osuutta kokonaistuloista koskevan tarkastelun yhteydessä on kuitenkin sovellettava samaa periaatetta kuin osuutta kokonaisliikevaihdosta koskevassa tarkastelussa, ja sen mukaan pelkästään se, että osuus on suurempi kuin muiden tulojen, ei riitä. Molemmat koskevat – huom! – vain määrällisiä seikkoja.

44 – Kursivointi tässä.

107. Yhteisöjen tuomioistuin ei ole toiminnan pääosan harjoittamista omistajan kanssa koskevan edellytyksen osalta täsmentänyt, minä ajankohtana tämän edellytyksen on täytyttävä tai mikä ajankohta on arvioinnin kannalta merkityksellinen.

108. Hankintadirektiivien järjestelmän mukaan se ajankohta, jona hankintaviranomainen toimii eli tässä tapauksessa tekee sopimuksen, olisi tämä ajankohta. Tämä johtaa kuitenkin hetkelliseen tarkasteluun, mikäli ei – kuten direktiivin 93/38 13 artiklassa – oteta pidempää ajanjaksoa huomioon.

109. Koska AGESP ei suorita palveluja suoraan kunnille, vaan joidenkin palvelujen osalta suoraan kolmansille osapuolille kunnissa ja sekä yrityksille että yksityisille kotitalouksille, on vielä käsiteltävä sitä, onko myös palveluja, joita ei suoriteta suoraan kunnille, pidettävä kunnille eli toisessa Teckal-edellytyksessä tarkoitetulle määräysvaltaa käyttävälle yksikölle suoritettavina palveluina ja millä edellytyksillä niitä on pidettävä tällaisina palveluina.

110. Tässä kohtaa toisen Teckal-edellytyksen epätäsmällisyys ja siihen liittyvä oikeudellinen epävarmuus asianomaisten yksiköiden kannalta ilmenee erityisen selvästi. Sitä

pitäisi siten täsmentää oikeusvarmuuden nimissä.

111. Tässä yhteydessä on nimittäin esitetty kysymys siitä, onko ratkaisevaa, millä alueella palveluja suoritetaan. Mikäli tätä näkemystä haluttaisiin noudattaa, pääasian oikeudenkäynti kattaisi ainoastaan Busto Arsizion kunnan alueella suoritettavat palvelut. Riittävä alueellinen yhteys on ainakin yksi asianmukainen peruste kattavuudelle. Tämä liittyy siihen, että tällainen yhteys on merkittävä myös julkisyhteisöjen ja erityisesti kuntien toimivaltuuksien vahvistamisen yhteydessä. Joka tapauksessa sellainen näkemys olisi liian suppea, jonka mukaan pitäisi ottaa huomioon ainoastaan palvelut, joita suoritetaan henkilöille, joilla on kotipaikka kunnassa. Toisaalta voitaisiin kuitenkin ottaa huomioon myös sellaiset palvelut, jotka kyllä suoritetaan kunnan ulkopuolella mutta jotka koituvat kunnan asukkaiden hyväksi esimerkiksi sen vuoksi, että kunta ei – esimerkiksi kustannussyistä – tarjoa tätä palvelua itse, vaan tarjoaa sen yksiköstä, jossa on osakkaina useita kuntia ja/tai yksi tai useampi alueellinen yhteisö.

112. On vielä korostettava, että sillä, kenelle lasku palvelusta kuuluu tai kuka maksaa palvelun, ei ole merkitystä ratkaistaessa sitä, onko palvelu otettava huomioon. Nimenomaan jätehuoltotehtäville, jotka hoidetaan palvelukonsessiosopimuksin, on tyypillistä, että ainakin osan vastikkeesta maksavat palvelujen käyttäjät. Tässä yhteydessä on ajateltava erityisesti direktiiveihin otettuja palvelusopimuksia, jotka koskevat sellaisten moottoriteiden rakentamista, joilla peritään tiemaksuja. Kunnan käytännön kannalta merkittäviä ovat erityisesti joukkoliikennepalvelut, energiantoimitukset, jätehuolto sekä koulutus- tai vapaa-ajan laitosten sekä pysäköintipaikkojen rakentaminen ja mahdollisesti myös niiden hallinnoiminen. Sellaisissa tapauksissa pitäisi tosin aluksi tutkia, ovatko kyseessä sittenkin palvelukonsessiosopimukset, joihin direktiivien järjestelmää ei tästäkään syystä sovelleta.

113. Yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi selventää toista Teckal-edellytystä siten, että siinä vahvistetaan edellytykset, joiden täyttyessä myös kolmansille osapuolille suoritettavat palvelut otetaan huomioon. Siinä yhteydessä on otettava huomioon erityisesti kolmansien osapuolten ja määräysvaltaa käyttävän yksikön eli tässä tapauksessa kunnan välisen suhteen laatu. Se, että katsotaan, että kyseessä on kunnalle suoritettava palvelu, on asianmukaista erityisesti niissä tapauksissa, joissa kunnalla on palveluvelvoite kolmansiin osapuoliin nähden. Siinä yhteydessä kyseessä ei tarvitse välttämättä olla julkisoikeuteen, kuten esimerkiksi asiaa koskeviin alueellisiin lakeihin perustuva huolehtimisvelvoite. Voitaisiin ajatella myös yksityisoikeudellisten velvoitteiden huomioon ottamista, sellaisina kuin ne ilmenevät

esimerkiksi yksityisten ja kunnan välisestä sopimuksesta. Samoin kolmansien osapuolten ja palvelun suorittavan yksikön välisiä sopimussuhteita pitäisi selventää. Myös siinä yhteydessä pitäisi olla ratkaisevaa se, että tosiasiallisen palvelusuorituksen lisäksi kunnan ja palvelun suorittavan yksikön välillä on vielä oikeudellinen suhde.

115. Kaiken kaikkiaan on siis todettava, että ratkaisevia eivät ole yksinomaan palvelun hankkivien kolmansien osapuolten ominaisuudet vaan myös liiketoimen sisältö.

C *Välipäätelmä*

114. On joka tapauksessa hylättävä näkemys, jonka mukaan kaikki palvelut, joita suoritetaan asianomaisen alueellisen yhteisön asukkaille eli tässä tapauksessa Busto Arsizion kunnalle, pitäisi ottaa huomioon. Siinä yhteydessä otettaisiin näet mukaan myös kaikki muut yksityisille suoritettavat palvelut, ilman että yhtymäkohtaa kuntaan olisi olemassa. Se ei näet siinä tapauksessa riippuisi liiketoiminnan laadusta. Mikäli yksikkö ei esimerkiksi ainoastaan toimittaisi energiaa tai huolehtisi jätteistä, vaan myös myisi tiettyjä tavaroita, kuten lämmittimiä tai jäteastioita, nämäkin myynnit otettaisiin huomioon, vaikka näissä olisi kyse tavaroista, joita jokainen käyttäjä saa myös muilta toimittajilta. Tulkinta, joka perustuu yksinomaan palvelun hankkivien kolmansien osapuolten ominaisuuksiin, johtaisi siihen, että kaikki kuluttajille suoritettavat palvelut otettaisiin huomioon vain sillä perusteella, että heillä on kotipaikka kunnassa.

116. Edellytys, jonka mukaan määräysvallan kohteena olevan yksikön on harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavan alueellisen yhteisön tai sen omistavien alueellisten yhteisöjen kanssa, voi täyttyä myös silloin, kun kyseessä on sekaomistuksessa oleva julkinen yhtiö ja välillinen omistus. Tältä osin määräysvaltaa käyttävälle yksikölle suoritettavina on pidettävä myös tiettyjä kolmansille osapuolille suoritettavia palveluja.

117. Nyt käsiteltävässä asiassa kansallisen tuomioistuimen on otettava siinä yhteydessä huomioon useita seikkoja, joihin kuuluvat myös tulot, joita saadaan omistajille suoritetuista palveluista, ei kuitenkaan direktiivin 93/38 13 artiklan mukaista 80 prosentin edellytystä.

## VIII Ratkaisuehdotus

118. Edellä esitetyn perusteella ehdotan yhteisöjen tuomioistuimelle, että se vastaisi ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettua neuvoston direktiiviä 93/36/ETY on tulkittava siten, että sopimuksen tekeminen suorahankintana pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevan kaltaisessa menettelyssä on sen mukaista ainoastaan seuraavien edellytysten täyttyessä:

Ensinnäkin alueellinen viranomainen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan. Kansallisen tuomioistuimen on tutkittava siinä yhteydessä seuraavat seikat:

– omistajien intressit

– ”azienda municipalizzatan” muuttaminen osakeyhtiöksi

– yhtiön osakepääoman avaaminen muiden omistukselle, mistä ei ole säädetty pakottavasti ja mitä ei ole myöskään tapahtunut

– AGESP:llä oleva mahdollisuus perustaa tytäryhtiöitä myös ulkomaille

– hallituksen nimittämistä ja liikkeenjohtoon vaikuttamista koskevan mahdollisuuden laajuus

– AGESP:n hallituksen valtuudet sekä

– se, että kunta on AGESP Holdingin välityksellä AGESP:n välillinen omistaja.

Toiseksi tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien alueellisten viranomaisten kanssa. Kansallisen tuomioistuimen on otettava siinä yhteydessä huomioon edellä 76–115 kohdassa esitetyt seikat, missä yhteydessä on huomattava myös tulot, joita saadaan osakkeenomistajien kanssa harjoitetusta toiminnasta, ei kuitenkaan direktiivin 93/38/ETY 13 artiklassa tarkoitettua 80 prosentin sääntöä.