YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

10 päivänä syyskuuta 2009 *

Asiassa C-573/07,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia) on esittänyt 11.10.2007 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 28.12.2007, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

**Sea Srl**

vastaan

**Comune di Ponte Nossa**,

**Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA**:n

osallistuessa asian käsittelyyn,

* Oikeudenkäyntikieli: italia.

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

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

julkisasiamies: J. Mazák,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies L. Hewlett,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 1.4.2009 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Sea Srl, edustajanaan avvocatessa L. Nola,

– Comune di Ponte Nossa, edustajinaan avvocato A. Di Lascio ja avvocato S. Monzani,

– Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA, edustajinaan avvocato M. Mazzarelli ja avvocato S. Sonzogni,

– Italian hallitus, asiamiehenään R. Adam, sittemmin I. Bruni, avustajanaan avvocato dello Stato G. Fiengo,

– Tšekin hallitus, asiamiehenään M. Smolek,

– Alankomaiden hallitus, asiamiehinään C. Wissels ja C. ten Dam,

– Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

– Puolan hallitus, asiamiehenään A. Ratajczak,

– Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään M. Konstantinidis ja C. Zadra,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

**tuomion**

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee EY 12, EY 43, EY 45, EY 46, EY 49 ja EY 86 artiklan tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Sea Srl (jäljempänä Sea) ja Comune di Ponte Nossa (jäljempänä Ponte Nossan kunta) ja jossa on kyse siitä, että viimeksi mainittu teki yhdyskuntajätteiden keräystä ja kuljetusta sekä näistä jätteistä huolehtimista koskevaa palvelua koskevan sopimuksen Servizi Tecnologici Comuni – Se. T. Co. Spa:n (jäljempänä Setco) kanssa.

**Asiaa koskevat oikeussäännöt**

*Yhteisön säännöstö*

3 Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”– –

2. a) ’Julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tässä direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen.

– –

d) ’Julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan muita kuin julkisia rakennusurakoita ja julkisia tavarahankintoja koskevia julkisia hankintasopimuksia, joiden kohteena on liitteessä II tarkoitettujen palvelujen suorittaminen.

– –

4. ’Palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella’ 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.”

4 Direktiivin 20 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Liitteessä II A lueteltuja palveluja koskevat sopimukset tehdään 23–55 artiklan mukaisesti.”

5 Direktiivin 28 artiklassa säädetään, että sopimukset tehdään poikkeustilannetta lukuun ottamatta noudattaen avointa menettelyä tai rajoitettua menettelyä.

6 Direktiivin 2004/18 80 artiklan mukaan jäsenvaltioiden oli saatettava direktiivin noudattamisen edellyttämät säännökset ja määräykset voimaan viimeistään 31.1.2006.

7 Direktiivin liitteessä II A on ryhmä 16, johon kuuluvat ”jätevesi- ja jätehuoltopalvelut: puhtaanapito ja vastaavat palvelut”.

*Kansallinen säännöstö ja yhtiöjärjestys*

8 Italian siviililakikoonnoksen 2341 bis §:ssä säädetään seuraavaa:

”Muodoltaan millaisten tahansa sopimusten, jotka yhtiön varojen tai hallinnon vakauttamiseksi

a) koskevat äänioikeuden käyttöä osakeyhtiöissä tai yhtiöissä, joiden määräysvallassa kyseiset osakeyhtiöt ovat,

b) sisältävät rajoituksia kyseisten osakkeiden tai niiden yhtiöiden, joiden määräysvallassa osakkeet ovat, omistusosuuksien siirrolle, tai

c) koskevat määräävän vaikutusvallan käyttämistä näihin yhtiöihin, myös yhdessä, taikka joista seuraa tällaisen vaikutusvallan käyttäminen, voimassaoloaika ei voi ylittää viittä vuotta, ja niiden voimassaoloajaksi katsotaan sovitun tämä aika, vaikka sopimuspuolet ovat sopineet pidemmästä ajasta; sopimukset voidaan uusia niiden voimassaoloajan päättyessä.

Jos sopimuksessa ei määrätä voimassaoloajasta, jokaisella sopimuspuolella on oikeus irtisanoa sopimus 180 päivän irtisanomisajalla.

Tämän pykälän säännöksiä ei sovelleta sopimuksiin, jotka koostuvat tavaroiden tai palvelujen tuottamisessa tai vaihtamisessa harjoitettavaa yhteistyötä koskevista sopimuksista, jotka koskevat yhtiötä, jonka sopimuksen sopimuspuolet omistavat kokonaan.”

9 Siviililakikoonnoksen 2355 bis §:ssä säädetään seuraavaa:

”Kun kyse on nimiosakkeesta tai kun osakekirjoja ei ole laskettu liikkeeseen, yhtiöjärjestyksessä voidaan asettaa erityisiä edellytyksiä niiden siirrolle ja kieltää osakkeiden siirto ajanjaksoksi, jonka pituus yhtiön perustamisesta tai kyseisen kiellon käyttöönotosta laskettuna on enintään viisi vuotta.

Yhtiöjärjestyksen määräykset, joissa asetetaan osakkeiden siirron edellytykseksi pelkkä yhtiön elinten tai toisten yhtiömiesten suostumus, ovat pätemättömiä, jos niissä ei määrätä yhtiön tai muiden yhtiömiesten ostovelvollisuudesta tai luovuttajan oikeudesta vetäytyä yhtiöstä; 2357 §:ää sovelletaan edelleen. Myyntihinta tai vastaavasti osuus yhtiön varallisuudesta määritetään 2437 ter §:ssä säädettyä menettelyä käyttäen ja kyseisessä pykälässä säädetyssä määrin.

Edellisen momentin säännöksiä sovelletaan kaikissa tapauksissa, joissa yhtiöjärjestyksen määräyksissä asetetaan erityisiä edellytyksiä osakkeiden siirrolle kuolemantapauksessa, paitsi jos on määrätty suostumuksesta ja suostumus on annettu.

Osakkeiden siirron rajoitusten on ilmettävä arvopaperista.”

10 Paikallisyksiköiden organisaatiosta 18.8.2000 annetun konsolidoivan (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) asetuksen (decreto legislativo) nro 267 (GURI, Supplemento ordinario nro 227, 28.9.2000), sellaisena kuin se on muutettuna julkisen talouden kehitystä ja korjaamista koskevista kiireellisistä toimenpiteistä (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) 30.9.2003 annetulla asetuksella (decreto legge) nro 269 (GURI, Supplemento ordinario nro 229, 2.10.2003), joka on siihen tehtyjen muutosten jälkeen muunnettu laiksi 24.11.2003 annetulla lailla nro 326 (GURI, Supplemento ordinario nro 274, 25.11.2003; jäljempänä asetus nro 267/2000), 113 §:n 5 momentissa säädetään seuraavaa:

"Palvelu hankitaan alakohtaisen lainsäädännön mukaisesti ja Euroopan unionin oikeussääntöjä noudattaen siten, että palvelu annetaan

a) sellaisen pääomayhtiön hoidettavaksi, joka valitaan julkisen tarjouspyyntömenettelyn avulla

b) sellaisen yhtiön hoidettavaksi, joka on sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa ja jonka yksityinen osakkeen- tai osuudenomistaja valitaan julkisessa tarjouspyyntömenettelyssä, jossa taataan kansallisten ja yhteisön kilpailusääntöjen noudattaminen toimivaltaisten viranomaisten erityisissä säännöksissä ja soveltamisohjeissa antamien yleisten ohjeiden mukaisesti

c) kokonaan julkisessa omistuksessa olevan yhtiön hoidettavaksi sillä edellytyksellä, että osake- tai osuuskannan omistavalla julkisyhteisöllä tai omistavilla julkisyhteisöillä on kyseiseen yhtiöön vastaava määräysvalta kuin sillä tai niillä on omiin yksikköihinsä ja että tämä yhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa."

11 Setcon yhtiöjärjestyksen 1 §:n 3 momentissa määrätään seuraavaa:

”Yhtiön luonteen vuoksi sen osakkaina voivat olla asetuksen nro 267/2000 2 §:n 1 momentissa tarkoitetut paikalliset julkisyhteisöt sekä muut viranomaiset ja julkiset yritykset, joilla on oikeushenkilöllisyys ja joiden toiminta ja asiantuntemus voivat tukea yhtiön päämäärien saavuttamista.”

12 Yhtiöjärjestyksen 1 §:n 4 momentissa määrätään seuraavaa:

”Osakkuus yhtiössä ei ole mahdollista yksityisille henkilöille tai muille yhteisöille eikä ainakaan sellaisille oikeussubjekteille, joiden osakkuus voisi laadullisesti ja/tai määrällisesti vähemmistöosakkuutenakaan vaikuttaa ’vastaavaan määräysvaltaan’ perustuviin mekanismeihin (sellaisina kuin nämä määritellään seuraavissa määräyksissä ja yhteisöjen oikeussäännöissä ja kansallisissa oikeussäännöissä) tai aiheuttaa voimassa olevan säännöstön vastaista yhtiön asioiden hoitoa.”

13 Setcon yhtiöjärjestyksen 3 §:ssä määrätään seuraavaa:

”Yhtiön toimialana on sellaisten paikallisten julkisten palvelujen ja kuntien yhteisten sellaisten paikallisten julkisten palvelujen hoitaminen, jotka koskevat yksinomaan paikallisia julkisyhteisöjä, jotka antavat kyseiset palvelut hoidettavaksi – – asetuksen nro 267/2000 113 §:n ja sitä seuraavien pykälien nojalla, myös tekemällä sopimuksia paikallisyhteisöjen kanssa.

– –

3. Edellä mainittuja palveluja ja toimintoja

– voidaan suorittaa myös yksityisille oikeussubjekteille, kun tämä ei ole ristiriidassa yhtiön tavoitteiden kanssa tai kun se myötävaikuttaa näiden tavoitteiden saavuttamiseen

– –”

14 Yhtiöjärjestyksen 6 §:n 4 momentissa määrätään seuraavaa:

”Edistääkseen tarvittaessa omistuksen jakautumista paikallisella tasolla (kunnan asukkaiden ja/tai talouden toimijoiden kesken) tai työntekijöiden kesken yhtiö voi laskea liikkeeseen myös etuoikeutettuja osakkeita – –”

15 Yhtiöjärjestyksen 8 bis §:ssä määrätään seuraavaa:

”Paikallisia julkisyhteisöjä edustavat yhtiön osakkaat (hankintaosakkaat) voivat suoraan antaa yhtiön hoidettavaksi paikallisia julkisia palveluja voimassa olevia kansallisia oikeussääntöjä ja yhteisön oikeussääntöjä noudattaen kaikilla tai joillakin 3 pykälässä tarkoitetuilla aloilla, jotka on jaettu seuraaviin osastoihin: 1. osasto: jätteet, 2. osasto: vesi, 3. osasto: kaasu, 4. osasto: matkailu, 5. osasto: energia, 6. osasto: yleishyödylliset palvelut.

2. Yhtiö hoitaa palveluja yksinomaan hankintaosakkaiden lukuun ja kaikissa tapauksissa näiden viranomaisten toimivaltaan kuuluvilla alueilla.

3. Osakkailla on yhdessä ja/tai erikseen erittäin laajoja yhtiön elinten ja osien johtamista koskevia sekä koordinointiin ja valvontaan liittyviä toimivaltuuksia; erityisesti ne voivat velvoittaa yhtiön elimet antamaan selvityksen paikallisten julkisten palvelujen suorittamisesta; ne vaativat säännöllisesti ja ainakin kaksi kertaa vuodessa selostuksen palvelujen hoidosta ja toiminnan talouteen ja rahoitukseen liittyvistä seikoista; niillä on erilaisia keinoja käyttää määräysvaltaa yhtiön hoitoon niitä menettelyjä noudattaen, joista määrätään hankintaviranomaisten työjärjestyksissä; ne antavat suostumuksensa, jota on pidettävä muutosten laillisena edellytyksenä, ennakolta kullekin yhtiöjärjestyksen muutokselle, joka koskee paikallisten julkisten palvelujen hoitoa.

4. Osastot määrittävät vastaavan, yhdessä tai erikseen käytettävän määräysvallan käyttämistä koskevat mekanismit noudattaen tässä yhtiöjärjestyksessä ja asianomaisissa palveluja koskevissa sopimuksissa määrättyjä menettelytapoja.

5. Hankintaosakkaat käyttävät toimivaltuuksiaan sellaisten osastojen osalta, joille ne ovat päättäneet suoraan antaa hoidettavaksi palveluja. Kyseisten palvelujen tehokkaan hoidon turvaamiseksi yhtiön elimet ja sen työntekijät ovat vastuussa suoritetuista toimista myös tässä yhtiöjärjestyksessä mainituille elimille.

6. Hankintaosakkaat käyttävät niihin oikeuksiin, joita niille kuuluu yhtiöoikeuden säännösten mukaan osakkeenomistajina, perustuvan määräysvallan lisäksi määräysvaltaa seuraavien elinten välityksellä: ohjausta harjoittava ja määräysvaltaa käyttävä poliittis-hallinnollinen yhteiskomitea (comitato unitario di indirizzo e controllo politico-amministrativo, jäljempänä yhteiskomitea); kunkin osaston osalta määräysvaltaa käyttävä tekninen komitea (comitato tecnico di controllo per ogni divisione, jäljempänä tekninen komitea).

7. Muut kuin hankintaosakkaat voivat osallistua äänioikeudettomina – – yhteiskomitean ja kunkin osaston osalta – – teknisen komitean kokouksiin. Kyseisissä komiteoissa voidaan jäsenten yksinkertaisella enemmistöllä päättää siitä, että muut kuin hankintaosakkaat eivät saa osallistua määrättyyn kokoukseen tai jonkin kokouksen määrättyyn vaiheeseen, ja tällaiselle päätökselle on esitettävä perusteet kustakin kokouksesta laaditussa pöytäkirjassa."

16 Setcon yhtiöjärjestyksen 8 ter §:ssä määrätään seuraavaa:

"1. – – yhteiskomitea koostuu seuraavista: kunkin hankintaosakkaan edustaja, joka on valittu julkisyhteisön laillisen edustajan, kunnanhallituksen tehtävään valtuutetun jäsenen tai kunnanvaltuuston tehtävään väliaikaisesti valtuutetun jäsenen joukosta; virkamies, jonka tehtävänä on avustaa kokousta ja laatia sen pöytäkirja ja jolla ei ole äänioikeutta ja jonka hankintaosakkaat ovat yhdessä nimenneet ensimmäisessä kokouksessa ja joka on valittu sihteereiden, toimitusjohtajien tai muiden johtohenkilöiden joukosta (tai sellaisissa yksiköissä, joissa ei ole johtohenkilökuntaa, palvelun suorittamisesta vastaavien henkilöiden joukosta) ja joka on ainakin yhden hankintaviranomaisena toimivan julkisyhteisön palveluksessa.

2. Yhteiskomitealla on vastaavan määräysvallan käyttämiseksi neuvoa-antavia tehtäviä, ohjaustehtäviä ja päätöksentekoon liittyviä tehtäviä, ja yhteiskomitea erityisesti a) käyttää yhtiön elimiin ja osiin nähden kunnanvaltuuston, kunnanhallituksen ja kunnanhallituksen/-valtuuston puheenjohtajan toimivaltaa ja oikeuksia, jotka koskevat määräysvallan käyttöä kunnan eri virastoihin ja yksikköihin; määräysvalta ulottuu kaikkiin hankinnan kohteena olevien palvelujen järjestämiseen ja toimintaan liittyviin seikkoihin; b) antaa ohjeet kunkin osaston osalta määräysvaltaa käyttävälle komitealle palvelujen koordinoiduksi ja yhdenmukaiseksi hoitamiseksi sekä eri alojen että sellaisten seikkojen osalta, jotka koskevat useita osastoja; c) valitsee paikallisten julkisyhteisöjen edustajat yhtiön hallitukseen; d) valitsee yhtiön hallituksen ja valvontakollegion puheenjohtajan ja päättää näiden erottamisesta tässä yhtiöjärjestyksessä määrätyissä tapauksissa; e) antaa ohjeet yhtiön hallituksen jäsenten ja toimitusjohtajan nimittämiseksi; f) hyväksyy ehdotuksen yhtiön toimintaohjelmaksi, monivuotiseksi talousarvioksi, vuosittaiseksi talousarvioksi sekä vuosittaiseksi tilinpäätökseksi; g) järjestää yhtiön johtoelinten kuulemistilaisuuksia ja kuulee ainakin kerran vuodessa hallituksen puheenjohtajaa ja/tai toimitusjohtajaa; h) saa säännöllisesti ainakin puolivuosittain yhtiön johtoelimiltä kertomuksen paikallisten julkisten palvelujen suorittamisesta; i) voi siirtää jonkin tehtävistään yhdelle tai useammalle

tekniselle komitealle myös tehtäväkohtaisesti kunkin komitean toimivaltuuksien erityisluonne huomioon ottaen; l) antaa etukäteen lausuntonsa yhtiön hallituksen jäsenten toimista, jotka edellyttävät yhtiökokouksen hyväksymistä tässä yhtiöjärjestyksessä tarkoitetuissa tapauksissa.

3. Yhteiskomitea kokoontuu varsinaiseen kokoukseen ainakin kerran vuodessa ja a) jonkin hankintaosakkaan ja b) yhtiön laillisen edustajan vaatimuksesta ylimääräiseen kokoukseen.”

17 Yhtiöjärjestyksen 8 quater §:ssä määrätään seuraavaa:

”1. Kutakin seuraavassa mainittua osastoa varten perustetaan – – tekninen komitea: 1. osasto: jätteet, 2. osasto: vesi, 3. osasto: kaasu, 4. osasto: matkailu, 5. osasto: energia, 6. osasto: yleishyödylliset palvelut.

2. – – teknisen komitean jäseninä ovat kunkin hankintaosakkaan edustaja, joka on valittu niiden sihteereiden, toimitusjohtajien tai muiden johtohenkilöiden joukosta (tai sellaisissa yksiköissä, joissa ei ole johtohenkilökuntaa, palvelun suorittamisesta vastaavien henkilöiden joukosta) ja joka on ainakin yhden hankintaosakkaan palveluksessa – –

3. Sama henkilö voi kuulua useamman osaston tekniseen komiteaan.

4. Teknisen komitean tehtäviin kuuluu erityisesti a) käyttää yhtiön elimiin ja osiin nähden toimivaltuuksia ja oikeuksia, jotka viranomaisen teknisillä elimillä on omissa yksiköissään; määräysvalta ulottuu kaikkiin hankinnan kohteena olevien palvelujen

järjestämiseen ja toimintaan liittyviin seikkoihin osastojen toimivaltaan kuuluvilla aloilla ja yhteiskomitean ohjeiden mukaisesti; b) avustaa yhteiskomiteaa osaston toimivaltaan kuuluvien palvelujen järjestämiseen ja toimintaan liittyvien päätösten tekemisessä; c) suorittaa yhteiskomitean sille delegoimat tehtävät; d) koordinoida yhtiön hoitoa koskevan määräysvallan mekanismeja; e) tehdä yhteiskomitealle tai yhtiön elimille esitykset toimista, jotka ovat tarpeen yhtiön toimien yhteensovittamiseksi hankintaviranomaisten tavoitteiden kanssa, sellaisina kuin ne ilmenevät hallinnon toimeenpanoa ja tavoitteita koskevista ohjelmista; f) tarjota teknis-hallinnollista tukea yhtiön toiminnalle niitä sääntöjä noudattaen, jotka on vahvistettu hankintaviranomaisia koskevissa säännöksissä ja/tai niiden välisiä suhteita järjestävissä sopimuksissa; g) ilmoittaa mahdollisista epäkohdista palvelujen hoitamisessa ja tehdä esitykset tarvittavista korjauksista kunnallisiin määräyksiin ja paikallisia julkisia palveluja sääntéleviin asiakirjoihin.”

18 Yhtiöjärjestyksen 14 §:ssä määrätään seuraavaa:

”1. Varsinainen yhtiökokous päättää, jollei muuta johdu edellä 8 bis, 8 ter ja 8 quater §:ssä määrättyjen, vastaavaa, yhdessä tai erikseen käytettävää määräysvaltaa käyttävien elinten oikeuksien käyttämisestä, kaikista laissa säädetyistä ja tässä yhtiöjärjestyksessä määrätyistä seikoista, ja näin tehdessään se ottaa huomioon mainittujen elinten antamat neuvot, ohjeet ja mahdolliset määräykset, jotka koskevat yhtiölle tehtäväksi suoraan annettujen paikallisten julkisten palvelujen järjestämistä ja hoitoa.

– –

3. Seuraavat hallituksen jäsenten toimet edellyttävät etukäteen annettavaa valtuutusta, jonka varsinainen yhtiökokous antaa edellä 8 ter §:ssä tarkoitetun yhteiskomitean paikallisten julkisten palvelujen järjestämistä ja toimintaa koskevaa osaa koskevan puoltavan lausunnon mukaisesti:

a) toimintaohjelma, monivuotinen talousarvio, vuosittainen talousarvio sekä korjaava talousarvio

b) sellaisten pääomayhtiöiden perustaminen, joilla on tarkoitus auttaa yhtiön tavoitteen toteuttamista tai täydentää sitä; osuuksien, myös vähemmistöosuuksien, hankkiminen tällaisista yhtiöistä tai tällaisista osuuksista luopuminen

c) uusien yhtiöjärjestyksessä määrättyjen palvelujen tarjoamisen aloittaminen tai jo tarjottujen palvelujen tarjoamisen lopettaminen

d) kiinteistöjen ja laitteistojen hankkiminen ja niiden luovuttaminen, lainat ja muut samankaltaiset lajiltaan ja laadultaan minkälaiset tahansa toimet, jotka sisältävät taloudellisen sitoumuksen, jonka arvo on suurempi kuin 20 prosenttia viimeisestä hyväksytystä taseesta ilmenevästä nettovarallisuudesta

e) tarjottujen palvelujen tariffien ja hintojen muodostumista koskevat ohjeet, jos tariffeista ja hinnoista ei säädetä laissa tai jos toimivaltaiset elimet tai viranomaiset eivät määrää niitä.

– –

5. Yhtiökokous ja yhteiskomitea voivat antaa suostumuksensa edellisissä kohdissa tarkoitettujen toimien suorittamiselle, ja ne voivat myös asettaa kyseisten toimien suorittamisen edellytykseksi sen, että hallituksen jäsenet noudattavat tiettyjä määräyksiä tai velvoitteita tai suorittavat tiettyjä toimia. Hallituksen jäsenet laativat tässä

tapauksessa raportin määräysten noudattamisesta valtuutustoimessa määrätyssä määräajassa tai jos sellaisesta ei ole määrätty, 30 päivässä kyseisen valtuutustoimen hyväksymisestä.

6. Osakkaina olevat paikalliset julkisyhteisöt, jotka omistavat vähintään yhden kahdeskymmenesosan yhtiöstä, ja kukin hankintaosakas voivat, jos ne katsovat, että yhtiö ei ole täyttänyt tai ei täytä toimea annetun valtuutuksen mukaisesti, vaatia yhteiskomitean välityksellä siviililakikoonnoksen 2367 §:n 1 momentin nojalla yhtiökokouksen kutsumista koolle välittömästi, jotta yhtiökokous ryhtyisi yhtiön kannalta asianmukaisemmiksi katsomiinsa toimiin.

7. Se, että toteutetaan etukäteen annettua valtuutusta edellyttäviä toimia ilman, että olisi pyydetty ja saatu yhtiökokouksen suostumusta tai yhteiskomitean puoltavaa lausuntoa yhtiöjärjestyksessä määrätyissä tapauksissa, tai että toimea ei toteuteta annetun valtuutuksen mukaisesti, voi muodostaa perustellun syyn hallituksen jäsenten erottamiselle.

8. Hallitus, joka ei aio toteuttaa toimea, johon yhtiökokous on antanut valtuutuksen, tekee 15 päivän kuluessa siitä päivästä, jona yhtiökokouksen päätös tehtiin, erityisen perustellun päätöksen, joka on välittömästi toimitettava osakkaina oleville paikallisille julkisyhteisöille, ja silloin kun kyse on paikallisten julkisten palvelujen hoidosta, yhteiskomitealle. Yhteiskomitea voi paikallisten julkisten palvelujen järjestämistä ja/tai hoitoa koskevien päätösten osalta tehdä 30 päivän kuluessa siitä, kun se sai päätöksestä tiedon hallitukselta, päätöksen, jossa se vahvistaa lausuntonsa ja/tai antamansa ohjeet. Näin tehty päätös sitoo hallintoelintä.

– –”

19 Kyseisen yhtiöjärjestyksen 16 §:ssä määrätään seuraavaa:

”1. Yhtiön hallinnosta huolehtii hallitus, jolla on hallintoa koskevia varsinaisia ja erityisiä valtuuksia, lukuun ottamatta niitä, jotka lain tai yhtiöjärjestyksen nojalla

a) kuuluvat yhtiökokoukselle

b) edellyttävät yhtiökokouksen etukäteen antamaa valtuutusta

c) on varattu yhtiöjärjestyksen 8 bis §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä tarkoitetuille vastaavaa määräysvaltaa käyttäville elimille.

2. Hallituksessa on 3–7 jäsentä, jotka yhtiökokous nimittää 8 ter §:ssä tarkoitetun yhteiskomitean esityksestä. Kaikissa tapauksissa hankintaosakkaat nimittävät suoraan, erottavat ja korvaavat toisilla jäsenillä sellaisen määrän hallituksen jäseniä (mukaan lukien hallituksen puheenjohtaja), joka vastaa hankintaosakkaiden omistusosuuden suhteellista osuutta mutta on kuitenkin suurempi kuin puolet hallituksen jäsenten lukumäärästä.

– –

6. Hallitus tekee sellaisten paikallisten julkisten palvelujen, jotka annetaan suoraan hoidettavaksi, järjestämistä ja/tai hoitoa koskevat päätökset noudattaen yhtiöjärjestyksen 8 bis §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä tarkoitettujen valvontaelinten antamia ohjeita.

_ _”

**Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys**

20 Sea, joka voitti tarjouskilpailun tarjouspyyntömenettelyssä, joka koski Ponte Nossan kunnan alueen kiinteiden yhdyskuntajätteiden ja niihin rinnastettavien jätteiden keräystä ja kuljetusta ja näistä jätteistä huolehtimista koskevaa sopimusta, vastasi kyseisestä palvelusta kolmen vuoden ajan eli 1.1.2004–31.12.2006.

21 Setco on osakeyhtiö, jonka omistaa tietty määrä Val Serianan kuntia ja jonka suurin osakas on Clusonen kunta (Comune di Clusone).

22 Ponte Nossan kunta päätti 16.12.2006 tekemällään päätöksellä ryhtyä Setcon vähemmistöosakkaaksi voidakseen suoraan antaa kyseisen yhtiön hoidettavaksi tämän palvelun 1.1.2007 alkaen.

23 Setcon osakkaina olevat kunnat, joihin myös Ponte Nossan kunta kuului, muuttivat 23.12.2006 kyseisen yhtiön yhtiöjärjestystä, jotta niillä olisi kyseiseen yhtiöön vastaava määräysvalta kuin niillä on omiin yksikköihinsä asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momentin c kohdassa tarkoitetulla tavalla.

24 Ponte Nossan kunta antoi 30.12.2006 tekemällään päätöksellä alueensa kiinteiden yhdyskuntajätteiden ja niihin rinnastettavien jätteiden keräystä ja kuljetusta ja näistä jätteistä huolehtimista koskevan palvelun suoraan Setcon hoidettavaksi 1.1.2007 alkaen järjestämättä ensin tarjouspyyntömenettelyä.

25 Sea nosti 2.1.2007 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardiassa (Lombardian alueen alueellinen hallintotuomioistuin) kanteen Ponte Nossan kunnan 16. ja 30.12.2006 tekemistä päätöksistä.

26 Sea vetosi erityisesti siihen, että antaessaan kyseisen palvelun suoraan hoidettavaksi Setcolle Ponte Nossan kunta on rikkonut asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momenttia samoin kuin EY 43, EY 49 ja EY 86 artiklaa siltä osin kuin kyseisellä kunnalla ei ole Setcoon vastaavaa määräysvaltaa kuin sillä on omiin yksikköihinsä, mitä edellytetään, jotta palvelu voidaan suoraan antaa hankintaviranomaisen omistuksessa olevan yrityksen hoidettavaksi.

27 Kansallinen tuomioistuin katsoo, että tietyt seikat voivat herättää epäilyjä siitä, onko Ponte Nossan kunnalla Setcoon vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä.

28 Ensinnäkin on mahdollista, että Setcon omistajiin kuuluu yksityishenkilöitä, vaikka tällä hetkellä siihen ei heitä kuulu. Kansallinen tuomioistuin toteaa tältä osin, että vaikka Setcon yhtiöjärjestyksen 1 §:n 4 momentissa nimenomaisesti määrätään, ettei Setcolla voi olla yksityisiä osakkeenomistajia, tällainen omistus näyttäisi olevan mahdollista yhtiöjärjestyksen 6 §:n 4 momentin nojalla samoin kuin Italian siviililakikoonnoksen 2355 bis §:n nojalla.

29 Siltä osin kuin toisaalta on kyse määräysvaltaa Setcoon koskevista valtuuksista, jotka Ponten Nossan kunta tosiasiallisesti on saanut, kansallinen tuomioistuin pohtii, voiko

kyseisellä kunnalla olla vastaavaa määräysvaltaa kuin sillä on omiin yksikköihinsä, koska kunta omistaa vain vähemmistöosuuden tästä yhtiöstä.

30 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia on näin ollen päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko yhteisön oikeuden mukaista ja erityisesti EY 12, EY 43, EY 45, EY 46, EY 49 ja EY 86 artiklassa vahvistettujen sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden, syrjintäkiellon ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden sekä avoimuuden ja vapaan kilpailun periaatteiden mukaista se, että kiinteiden yhdyskuntajätteiden ja muiden niihin rinnastettavien jätteiden keräystä ja kuljetusta ja näistä jätteistä huolehtimista koskeva palvelu annetaan suoraan hoidettavaksi kokonaan julkisessa omistuksessa olevalle osakeyhtiölle, jonka yhtiöjärjestys on muutettu – asetuksen nro 267/2000 113 §:n noudattamiseksi – sellaiseksi kuin se on tämän päätöksen perusteluosassa kuvattu?”

**Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu**

31 Aluksi on korostettava, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen yhdyskuntajätteiden keräystä ja kuljetusta ja näistä jätteistä huolehtimista koskevan palvelun hoidettavaksi antaminen voi kuulua tämän palvelun vastikkeen erityispiirteiden perusteella direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan d alakohdassa säädetyn julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten määritelmän tai 4 kohdassa säädetyn julkisia palveluja koskevan konsessiosopimuksen määritelmän piiriin.

32 Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä olevien tietojen ja kansallisen tuomioistuimen yhteisöjen tuomioistuimelle toimittamissa asiakirjoissa olevien tietojen mukaan pääasiassa kyseessä oleva sopimus voi muodostaa julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen erityisesti sen vuoksi, että Setcon ja Ponte Nossan kunnan välillä tehdyssä kyseisten palvelujen tarjoamista koskevassa sopimuksessa määrätään, että kyseinen kunta maksaa Setcolle vastikkeen Setcon tarjoamista palveluista.

33 Tällainen sopimus voisi kuulua direktiivin 2004/18 soveltamisalaan kyseisen direktiivin liitteessä II A olevaan 16 ryhmään kuuluvaa jätehuoltopalvelua koskevana sopimuksena.

34 Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskeva päätös ei kuitenkaan sisällä tietoja, jotka ovat tarpeen sen määrittämiseksi, onko kyseessä palveluja koskeva konsessiosopimus vai julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus, ja siinä tapauksessa, että kyseessä on viimeksi mainittu sopimus, sen määrittämiseksi, täyttyvätkö kaikki kyseisen direktiivin soveltamisedellytykset. Erityisesti on todettava, että kyseisessä päätöksessä ei täsmennetä, ylittääkö pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen suuruus direktiivin soveltamisen kynnysarvon.

35 Missään tapauksessa kysymys siitä, koskeeko pääasia palveluja koskevaa konsessiosopimusta vai julkisia palveluhankintoja koskevaa sopimusta, samoin kuin siitä, että jos kyse on viimeksi mainitusta, kuuluuko tällainen palveluhankintoja koskeva sopimus direktiivin 2004/18 soveltamisalaan vai ei, ei vaikuta vastaukseen, joka yhteisöjen tuomioistuimen on annettava esitettyyn ennakkoratkaisukysymykseen.

36 Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä nimittäin ilmenee, että tarjouskilpailua ei ole pakko järjestää, kun kyse on sopimuksesta, joka tehdään vastiketta vastaan sellaisen yksikön kanssa, joka on oikeudellisesti itsenäinen hankintaviranomaisena olevasta paikallisviranomaisesta, siinä tapauksessa, että tällä julkisyhteisöllä on tähän yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja että tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa (ks. vastaavasti asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999, Kok., s. I-8121, 50 kohta).

37 Tällä oikeuskäytännöllä on merkitystä sekä direktiivin 2004/18 että EY 12, EY 43 ja EY 49 artiklan samoin kuin niiden yleisten oikeusperiaatteiden, joiden erityinen ilmentymä ne ovat, tulkinnan kannalta (ks. vastaavasti asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005, Kok., s. I-1, 49 kohta ja asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005, Kok., s. I-8585, 62 kohta).

38 On palautettava mieliin, että huolimatta siitä, että tietyt sopimukset eivät kuulu julkisia hankintasopimuksia koskevien yhteisön direktiivien soveltamisalaan, niitä tekevien hankintaviranomaisten on noudatettava EY:n perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä (ks. vastaavasti asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000, Kok., s. I-10745, 60 kohta ja asia C-59/00, Vestergaard, määräys 3.12.2001, Kok., s. I-9505, 20 kohta).

39 Julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään hankintaviranomaisten on noudatettava erityisesti EY 43 ja EY 49 artiklaa sekä yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatetta samoin kuin niistä seuraavaa avoimuutta koskevaa velvoitetta (ks. vastaavasti em. asia Parking Brixen, tuomion 47–49 kohta ja asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006, Kok., s. I-3303, 19–21 kohta).

40 EY 12, EY 43 ja EY 49 artiklassa vahvistettuja oikeussääntöjä sekä niitä yleisiä oikeusperiaatteita, joiden erityinen ilmentymä nämä oikeussäännöt ovat, ei kuitenkaan sovelleta, jos hankintaviranomaisena olevalla alueellisella tai paikallisella julkisyhteisöllä samalla on sopimuspuoleksi valittuun yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja jos kyseinen yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan viranomaisen tai sen omistavien viranomaisten kanssa (ks. vastaavasti em. asia Teckal, tuomion 50 kohta; em. asia Parking Brixen, tuomion 62 kohta ja asia C-480/06, komissio v. Saksa, tuomio 9.6.2009, Kok., s. I-4747, 34 kohta).

41 Se seikka, että sopimuspuoleksi valittu yksikkö toimii pääomayhtiön muodossa, ei mitenkään estä edellisessä kohdassa mieliin palautetussa oikeuskäytännössä hyväksytyn poikkeuksen soveltamista. Edellä mainitussa asiassa ANAV antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi sen, että tätä oikeuskäytäntöä sovelletaan osakeyhtiön tapaukseen.

42 Kansallinen tuomioistuin toteaa, että huolimatta siitä, että Setcon yhtiöjärjestyksen 1 §:n 3 ja 4 momentin mukaan kyseistä yhtiötä voivat omistaa vain julkiset tahot, yhtiöjärjestyksen 6 §:n 4 momentissa määrätään, että Setco voi laskea liikkeeseen

etuoikeutettuja osakkeita edistääkseen tarvittaessa omistuksen jakautumista paikallisella tasolla kunnan asukkaiden, talouden toimijoiden tai työntekijöiden kesken.

43 Istunnossa Ponte Nossan kunta esitti, että kyseinen 6 §:n 4 momentti olisi pitänyt kumota 23.12.2006 tehdyn Setcon yhtiöjärjestyksen muutoksen yhteydessä mutta että se on jäänyt yhtiöjärjestykseen erheen johdosta. Ponte Nossan kunta esittää vielä, että 6 §:n 4 momentti on sittemmin kumottu. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on varmistaa, ovatko nämä seikat, joiden perusteella voitaisiin katsoa, ettei ole mahdollista, että yksityiset sijoittajat voisivat hankkia osuuksia Setcosta, paikkansapitäviä.

44 Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä kysytään, voiko hankintaviranomaisella olla yhtiöön, jonka osakkeenomistaja se on ja jonka kanssa se aikoo tehdä sopimuksen, vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä, siinä tapauksessa, että on olemassa mahdollisuus, että yksityiset sijoittajat hankkivat osuuksia kyseisestä yhtiöstä, vaikka tämä mahdollisuus ei ole konkretisoitunut.

45 Tähän kysymykseen vastaamiseksi on palautettava mieliin, että se, että hankintaviranomainen omistaa yhdessä muiden viranomaisten kanssa sopimuspuoleksi valitun yhtiön kokonaan, voi osoittaa, vaikkakaan ei ratkaisevalla tavalla, että kyseisellä hankintaviranomaisella on tähän yhtiöön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä (ks. vastaavasti asia C-340/04, Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomio 11.5.2006, Kok., s. I-4137, 37 kohta ja asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008, Kok., s. I-8457, 31 kohta).

46 Sen sijaan yksityisen yrityksen osakkuus – jopa vähemmistöosakkuus – sellaisessa yhtiössä, jossa myös kyseinen hankintaviranomainen on mukana, sulkee joka tapauksessa pois sen, että kyseisellä hankintaviranomaisella voisi olla kyseiseen yhtiöön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä (ks. vastaavasti em. asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 49 kohta ja em. asia Coditel Brabant, tuomion 30 kohta).

47 Pääsääntönä on, että se, onko sopimuskumppaniksi valitun yhtiön omistajina tosiasiallisesti myös yksityisiä, on tarkistettava julkisen hankintasopimuksen tekohetkellä (ks. vastaavasti em. asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 15 ja 52 kohta). Voi myös olla paikallaan ottaa huomioon se seikka, että hetkellä, jona hankintaviranomainen tekee sopimuksen sellaisen yhtiön kanssa, jonka osake- tai osuuskannan se omistaa kokonaan, sovellettavan kansallisen lainsäädännön mukaan kyseisen yhtiön omistaminen on tehtävä lyhyellä aikavälillä mahdolliseksi muille (ks. vastaavasti em. asia Parking Brixen, tuomion 67 ja 72 kohta).

48 Erityiset seikat voivat poikkeuksellisesti edellyttää, että huomioon otetaan kyseisen hankintasopimuksen tekemispäivän jälkeen tapahtuneita seikkoja. Näin on erityisesti silloin, kun sopimuspuoleksi valitun yhtiön osuuksia, jotka hankintaviranomainen aiemmin omisti kaikki, on luovutettu yksityiselle yritykselle vähän sen jälkeen, kun kyseinen hankintasopimus tehtiin sopimuspuoleksi valitun yhtiön kanssa, sellaisen keinotekoisen järjestelyn yhteydessä, jolla oli tarkoitus kiertää asiaa koskevia yhteisön oikeussääntöjä (ks. vastaavasti asia C-29/04, komissio v. Itävalta, tuomio 10.11.2005, Kok., s. I-9705, 38–41 kohta).

49 Ei tosin voida pitää poissuljettuna, että yhtiön osuuksia myytäisin milloin tahansa kolmansille. Sen hyväksyminen, että tämän pelkän mahdollisuuden johdosta voisi rajoittamattomaksi aikaa jäädä arvioimatta, onko sopimuskumppaniksi, jonka kanssa tehdään julkinen hankintasopimus, valitun yhtiön osake- tai osuuskanta julkisessa omistuksessa vai ei, ei kuitenkaan olisi sopusoinnussa oikeusvarmuuden periaatteen kanssa.

50 Jos hankintaviranomainen yksin tai yhdessä muiden viranomaisten kanssa omistaa kokonaan yhtiön osake- tai osuuskannan hetkellä, jona kyseinen sopimus tehdään tämän yhtiön kanssa, pääsyn avaaminen yhtiön osake- tai osuuskantaan yksityisille sijoittajille voidaan ottaa huomioon vain, jos juuri kyseisellä hetkellä on olemassa konkreettinen lyhyen aikavälin suunnitelma tällaisesta avaamisesta.

51 Tästä seuraa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa, jossa sopimuspuoleksi valitun yhtiön osakekanta on kokonaisuudessaan julkisessa omistuksessa ja jossa ei ole mitään konkreettista viitettä siitä, että kyseisen yhtiön osakekanta

lähiaikoina avattaisiin yksityisille osakkeenomistajille, sen pelkkä mahdollisuus, että yksityiset henkilöt voisivat omistaa osan kyseisen yhtiön osakekannasta, ei riitä sen toteamiseksi, että viranomaisen määräysvaltaa koskeva edellytys ei täyty.

52 Tätä toteamusta eivät horjuta asiassa C-231/03, Coname, 21.7.2005 annetun tuomion (Kok., s. I-7287) 26 kohdassa esitetyt toteamukset, joiden mukaan se seikka, että asiassa, jonka johdosta tämä tuomio annettiin, kyseessä olleen kaltainen yhtiö on avoinna yksityiselle pääomalle, estää pitämästä sitä niiden kuntien, joilla on siitä osuus, julkisen palvelun ”sisäisen” hallinnon rakenteena. Kyseisessä asiassa julkinen palvelu oli nimittäin annettu sellaisen yhtiön hoidettavaksi, jonka osakekanta ei kokonaisuudessaan ollut julkisessa omistuksessa vaan pääosin julkisessa omistuksessa eli sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa sopimuksen tekohetkellä (ks. em. asia Coname, tuomion 5 ja 28 kohta).

53 On kuitenkin täsmennettävä, että siinä tapauksessa, että sopimus olisi kilpailuttamatta tehty julkisessa omistuksessa olevan yhtiön kanssa tämän tuomion 51 kohdassa mainituissa olosuhteissa, se seikka, että myöhemmin mutta edelleen sopimuksen voimassaoloaikana yksityisten osakkeenomistajien sallittaisiin hankkia osuus yhtiön osakekannasta, kyse olisi hankintasopimuksen perustavanlaatuisen edellytyksen muuttumisesta, joka edellyttäisi kilpailuttamista.

54 Tämän jälkeen nousee esille kysymys siitä, onko tapauksessa, jossa viranomainen tulee vähemmistöosakkaaksi julkisessa omistuksessa täysin olevaan osakeyhtiöön voidakseen antaa tietyn julkisen palvelun hoitamisen kyseisen yhtiön tehtäväksi, kullakin tämän yhtiön osakkaana olevalla viranomaisella oltava yksinään määräysvalta vai voiko määräysvalta olla niillä yhdessä, jotta määräysvalta voidaan luokitella sitä määräysvaltaa vastaavaksi, joka kyseisillä viranomaisilla on omiin yksikköihinsä.

55 Oikeuskäytännössä ei edellytetä, että määräysvalta sopimuskumppaniksi valittuun yhtiöön olisi tällaisessa tapauksessa kullakin yksin (ks. vastaavasti em. asia Coditel Brabant, tuomion 46 kohta).

56 Silloin, kun useat viranomaiset päättävät toteuttaa tietyt julkisia palveluja koskevat tehtävänsä turvautumalla yhtiöön, jonka ne omistavat yhdessä, on nimittäin yleensä poissuljettua, että jollakin näistä viranomaisista, jolla on vain vähemmistöosuus tästä yhtiöstä, on yksin ratkaiseva määräysvalta yhtiön päätöksentekoon. Jos tällaisessa tapauksessa edellytettäisiin, että viranomaisella on yksin määräysvalta, johtaisi tämä kilpailuttamispakkoon useimmissa sellaisissa tapauksissa, joissa viranomainen haluaisi hankkia osuuden muiden viranomaisten omistamasta yhtiöstä antaakseen kyseisen yhtiön tehtäväksi tietyn julkisen palvelun hoitamisen (ks. vastaavasti em. asia Coditel Brabant, tuomion 47 kohta).

57 Tällainen lopputulos ei olisi julkisia hankintoja koskevia sopimuksia ja konsessiosopimuksia koskevien yhteisön oikeussääntöjen mukainen. Viranomaisella on nimittäin katsottu olevan mahdollisuus suorittaa yleisen edun mukaisia tehtäviään omilla hallinnollisilla, teknisillä tai muilla voimavaroillaan ilman, että sen olisi turvauduttava sellaisten ulkoisten yksiköiden apuun, jotka eivät kuulu sen omiin yksiköihin (em. asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 48 kohta; em. asia Coditel Brabant, tuomion 48 kohta ja em. asia komissio v. Saksa, tuomion 45 kohta).

58 Viranomainen voi käyttää tätä mahdollisuutta toteuttaa julkisia palveluja koskevat tehtävänsä omilla voimavaroillaan yhdessä muiden viranomaisten kanssa (ks. vastaavasti asia C-295/05, Asemfo, tuomio 19.4.2007, Kok., s. I-2999, 57 kohta ja em. asia Coditel Brabant, tuomion 49 kohta).

59 On siis todettava, että silloin, kun useat viranomaiset omistavat yhtiön, jolle ne antavat tehtäväksi jonkin julkista palvelua koskevan tehtävänsä hoitamisen, nämä viranomaiset voivat käyttää yhdessä tätä määräysvaltaa yhtiöön (ks. vastaavasti em. asia Coditel Brabant, tuomion 50 kohta).

60 Kollegiaalisen elimen osalta ei ole merkitystä sillä, minkälaista menettelyä päätöksenteossa noudatetaan ja turvaudutaanko siinä esimerkiksi enemmistöpäätösten tekemiseen (ks. em. asia Coditel Brabant, tuomion 51 kohta).

61 Myöskään tätä päätelmää ei horjuta edellä mainitussa asiassa Coname annettu tuomio. Yhteisöjen tuomioistuin tosin totesi kyseisen tuomion 24 kohdassa, että 0,97 prosentin omistusosuus on niin pieni, ettei kunta voi sen perusteella käyttää määräysvaltaa julkista palvelua hoitavaan konsession saajaan nähden. Tässä tämän tuomion kohdassa yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan käsitellyt kysymystä siitä, voidaanko tällaista määräysvaltaa käyttää yhdessä (ks. em. asia Coditel Brabant, tuomion 52 kohta).

62 Yhteisöjen tuomioistuin onkin myöhemmin edellä mainitussa asiassa Asemfo antamassaan tuomiossa (56–61 kohta) hyväksynyt sen, että tietyissä olosuhteissa hankintaviranomaisena toimivan viranomaisen määräysvaltaa koskeva vaatimus voi täyttyä, vaikka asianomainen viranomainen omisti vain 0,25 prosenttia julkisen yrityksen osake- tai osuuskannasta (ks. em. asia Coditel Brabant, tuomion 53 kohta).

63 Tästä seuraa, että jos viranomainen tulee vähemmistöosakkaaksi julkisessa omistuksessa täysin olevaan osakeyhtiöön voidakseen antaa tietyn julkisen palvelun hoitamisen kyseisen yhtiön tehtäväksi, tämän yhtiön osakkaina olevien viranomaisten määräysvalta yhtiöön voidaan luokitella sitä määräysvaltaa vastaavaksi, joka niillä on omiin yksikköihinsä, kun näillä viranomaisilla on tämä määräysvalta yhdessä.

64 Kansallisen tuomioistuimen esittämä kysymys koskee lisäksi sen määrittämistä, ovatko Setcon yhtiöjärjestyksessä määrätyn kaltaiset päätöksentekorakenteet sellaisia, että osakkeenomistajina olevilla kunnilla tosiasiallisesti on omistamaansa yhtiöön vastaava määräysvalta kuin niillä on omiin yksikköihinsä.

65 Arvioitaessa sitä, onko hankintaviranomaisella vastaava määräysvalta sopimuspuoleksi valittuun yhtiöön kuin sillä on omiin yksikköihinsä, on otettava huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset lainsäännökset ja olosuhteet. Niitä koskevasta tarkastelusta on ilmettävä, että sopimuspuoleksi valittuun yhtiöön käytetään sellaista määräysvaltaa, että hankintaviranomainen voi vaikuttaa mainitun yhtiön päätöksiin. Kyseessä on oltava mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategisiin tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin (ks. vastaavasti em. asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 36 kohta ja em. asia Coditel Brabant, tuomion 28 kohta).

66 Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenevistä asian kannalta merkityksellisistä seikoista on tarkasteltava ensiksi sovellettavaa lainsäädäntöä, sitten sitä, onko kyseinen yhtiö markkinasuuntautunut, ja vielä Setcon yhtiöjärjestyksessä määrättyjä määräysvallan käyttöä koskevia mekanismeja.

67 Sovellettavan lainsäädännön osalta on todettava, että asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momentin c kohdassa säädetään, että palvelu voidaan antaa Euroopan unionin oikeussääntöjä noudattaen kokonaan julkisessa omistuksessa olevien yhtiöiden hoidettavaksi sillä edellytyksellä, että osake- tai osuuskannan omistavalla julkisyhteisöllä tai omistavilla julkisyhteisöillä ”on kyseiseen yhtiöön vastaava määräysvalta kuin sillä tai niillä on omiin yksikköihinsä ja että tämä yhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa”.

68 Valitessaan tämän sanamuodon Italian lainsäätäjä on sanatarkasti toistanut edellä mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohdassa asetettujen edellytysten, jotka on vahvistettu useassa yhteisöjen tuomioistuimen myöhemmässä tuomiossa, sanamuodon. Tällainen kansallinen lainsäädäntö on lähtökohtaisesti sopusoinnussa yhteisön oikeuden kanssa, mutta on täsmennettävä, että tämän lainsäädännön tulkinnan on myös oltava sopusoinnussa yhteisön oikeuden vaatimusten kanssa (ks. vastaavasti em. asia ANAV, tuomion 25 kohta).

69 Lisäksi ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee, että Setcon osakkaina olevat kunnat muuttivat 23.12.2006 kyseisen yhtiön yhtiöjärjestystä, jotta niillä olisi kyseiseen yhtiöön vastaava määräysvalta kuin niillä on omiin yksikköihinsä asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momentin c kohdassa tarkoitetulla tavalla.

70 Se, että tällä Setcon yhtiöjärjestyksen muutoksella pyritään takaamaan yhteisön alaa koskevan lainsäädännön noudattaminen, ilmenee myös yhtiöjärjestyksen 8 bis §:n 1 momentista.

71 Mikään asiakirja-aineistossa ei muutenkaan viittaa siihen, että yhtiöjärjestystä olisi muutettu julkisia hankintasopimuksia koskevien yhteisön oikeussääntöjen kiertämiseksi.

72 On vielä todettava, että kuten ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee, sekä asian kannalta merkityksellisen lainsäädännön että yhtiöjärjestyksen nojalla pienikokoiset paikalliset julkisyhteisöt voivat suoraan antaa taloudellisesti merkityksellisten paikallisten julkisten palvelujen hoitamisen yhtiöille, jotka ovat kokonaan julkisessa omistuksessa, vain, jos näillä julkisyhteisöillä on yhtiöön vastaava määräysvalta kuin niillä on omiin yksikköihinsä yhteisön oikeudessa tarkoitetulla tavalla. Kansallisen tuomioistuimen mukaan ilmaisua ”vastaava määräysvalta” ei ole siellä kuitenkaan määritelty.

73 Sen kysymyksen osalta, onko kyseinen yhtiö markkinasuuntautunut, minkä vuoksi sen osakkeenomistajina olevilla julkisyhteisöillä siihen oleva määräysvalta on luonteeltaan epävarmaa, on tutkittava kyseisen yhtiön toiminnan maantieteellistä ja aineellista laajuutta ja sitä, onko sen mahdollista ryhtyä liikesuhteisiin yksityisen sektorin yritysten kanssa.

74 Setcon yhtiöjärjestyksen 3 §:ssä, jonka otsikkona on ”Toimiala”, määrätään, että Setco hoitaa paikallisia julkisia palveluja, jotka koskevat yksinomaan sellaisia paikallisia julkisyhteisöjä, jotka antavat kyseiset palvelut sen hoidettaviksi.

75 Lisäksi yhtiöjärjestyksen 8 bis §:n 2 momentissa määrätään, että Setco hoitaa palveluja yksinomaan hankintaosakkaiden lukuun ja näiden osakkeenomistajien toimivaltaan kuuluvilla alueilla.

76 Nämä määräykset osoittavat yhtäältä, että sopimuspuoleksi valitun yhtiön toiminnan maantieteellinen laajuus ei ylitä niiden kuntien aluetta, jotka ovat yhtiön osakkeen-

omistajia, ja toisaalta, että yhtiön toimialana on hoitaa julkisia palveluja ainoastaan näiden kuntien lukuun.

77 Yhtiöjärjestyksen 3 §:n 3 momentissa määrätään kuitenkin, että Setco voi myös suorittaa palveluja yksityisille oikeussubjekteille, kun tämä ei ole ristiriidassa yhtiön tavoitteiden kanssa tai kun se myötävaikuttaa näiden tavoitteiden saavuttamiseen.

78 Istunnossa Setco on esittänyt, että yhtiöllä oleva oikeus hoitaa asioita yksityisen sektorin yritysten kanssa on liitännäinen oikeus, joka on tarpeen yhtiön julkista palvelua koskevien tehtävien täyttämiseksi. Esimerkkinä Setco on maininnut lajiteltujen jätteiden keruun, jonka vuoksi saattaisi olla tarpeen myydä tiettyjä talteen otettujen materiaalien ryhmiä erityisille yksiköille näiden materiaaliryhmien kierrättämiseksi. Setcon mukaan kyse on jätteiden keräyksen liitännäistoiminnasta eikä päätoiminnasta irrallisesta toiminnasta.

79 On katsottava, että jos pääasiassa kyseessä olevalle sopimuspuoleksi valitulle yhtiölle annettu oikeus tuottaa palveluja yksityisille talouden toimijoille on vain liitännäinen sen pääasialliselle toiminnalle, mikä kansallisen tuomioistuimen on varmistettava, tämän oikeuden olemassaolo ei poista sitä, että yhtiön pääasiallisena tavoitteena on edelleen julkisten palvelujen hoitaminen. Niinpä tällaisen oikeuden olemassaolo ei riitä, jotta katsottaisiin, että kyseinen yhtiö on markkinasuuntautunut, minkä vuoksi sen omistavilla julkisyhteisöillä oleva määräysvalta siihen on luonteeltaan epävarmaa.

80 Tätä toteamusta tukee se seikka, että edellä mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohdassa asetettu jälkimmäinen edellytys, jonka mukaan sopimuskumppaniksi valitun yhtiön on harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavien julkisyhteisöjen kanssa, mahdollistaa sen, että yhtiö harjoittaa toisarvoista toimintaa muiden toimijoiden kuin näiden julkisyhteisöjen kanssa (ks. vastaavasti em. asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 63 kohta). Tämä edellytys menettäisi merkityksensä, jos edellä mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohdassa asetettua ensimmäistä edellytystä tulkittaisiin siten, että siinä kielletään kaikki liitännäinen toiminta, mukaan lukien toiminta yksityisen sektorin kanssa.

81 Setcon yhtiöjärjestyksessä määrättyjen määräysvallan käyttöä koskevien mekanismien osalta asiakirjoista ilmenee, että yhtiöjärjestykseen 23.12.2006 tehdyillä muutoksilla osakkeenomistajat halusivat antaa yhtiökokoukselle ja hallitukselle, sellaisina kuin niistä säädetään Italian yhtiöoikeudessa, päätöksentekorakenteita, joista ei nimenomaisesti säädetä Italian yhtiöoikeudessa ja joilla oli tarkoitus varmistaa, että osakkeenomistajilla on Setcoon vastaava määräysvalta kuin niillä on omiin yksikköihinsä. Kyse on muun muassa voimakkaamman määräysvallan varmistamisesta yhtäältä yhteiskomitean välityksellä ja toisaalta teknisen komitean välityksellä, jollainen on Setcon eri toiminnoista vastaavalla kullakin osastolla.

82 Kuten yhtiöjärjestyksen 8 ter ja 8 quater §:stä ilmenee, yhteiskomitea ja tekniset komiteat koostuvat osakkeenomistajina olevien julkisyhteisöjen edustajista. Kullakin näistä julkisyhteisöistä on yksi ääni näissä komiteoissa kyseisen julkisyhteisön koosta tai sen omistamien osakkeiden lukumäärästä riippumatta.

83 Lisäksi Setcon yhtiöjärjestyksen 8 bis–8 quater §:ssä annetaan yhteiskomitealle ja teknisille komiteoille laajat määräysvaltuudet ja päätöksentekovaltuudet.

84 Vastaavasti Setcon yhtiöjärjestyksen 14 §:ssä rajoitetaan yhtiökokouksen valtuuksia, kun siinä määrätään, että yhtiökokouksen on otettava huomioon edellä mainittujen komiteoiden vahvistamat ohjeet ja määräykset, ja kun siinä edellytetään yhteiskomitean puoltavaa lausuntoa, ennen kuin yhtiökokous voi valtuuttaa yhtiön hallituksen jäsenet toteuttamaan tiettyjä toimia.

85 Samoin Setcon yhtiöjärjestyksen 16 §:ssä rajoitetaan hallituksen päätöksenteon itsenäisyyttä, kun siinä velvoitetaan hallitus kunnioittamaan kyseisille komiteoille varattuja valtuuksia ja kun siinä asetetaan hallituksen päätösten edellytykseksi se, että ne ovat näiden komiteoiden antamien ohjeiden mukaisia.

86 Kun otetaan huomioon niiden määräysvaltuuksien ja päätöksentekovaltuuksien laajuus, jotka pääasiassa kyseessä olevan sopimuskumppaniksi valitun yhtiön yhtiöjärjestyksen määräysten kaltaisissa määräyksissä annetaan niillä perustetuille

komiteoille, samoin kuin se seikka, että nämä komiteat koostuvat osakkeenomistajina olevien julkisyhteisöjen edustajista, tällaisia yhtiöjärjestyksen määräyksiä on pidettävä sellaisina, että niiden perusteella osakkeenomistajina olevat julkisyhteisöt kykenevät näiden komiteoiden välityksellä vaikuttamaan ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategisiin tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin.

87 Kansallinen tuomioistuin katsoo kuitenkin, että siltä osin kuin Setcon yhtiöjärjestyksen 8 bis–8 quater § koskevat yhteiskomiteaa ja teknisiä komiteoita, nämä pykälät voidaan rinnastaa Italian siviililakikoonnoksen 2341 §:n alaisuuteen kuuluviin osakkeenomistajien välisiin sopimuksiin. Kansallinen tuomioistuin päättelee tästä, että osakkeenomistajina olevilla julkisyhteisöillä omiin yksikköihinsä olevaa määräysvaltaa vastaava määräysvalta, jota näiden komiteoiden mekanismilla tavoitellaan, voisi olla tehoton.

88 Tässä on kyse kansallisten oikeussääntöjen tulkintaa koskevasta kysymyksestä, jonka ratkaiseminen kuuluu kansalliselle tuomioistuimelle.

89 Jollei kansallisen tuomioistuimen suorittamasta yhtiöjärjestyksen kyseisten määräysten tehokkuuden tarkastamisesta muuta johdu, tästä seuraa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa sopimuskumppaniksi valitun yhtiön osakkeenomistajina olevilla julkisyhteisöillä yhtiöjärjestyksen mukaisten elinten välityksellä olevaa määräysvaltaa sopimuskumppaniksi valittuun yhtiöön voidaan pitää sellaisena, että sen nojalla näillä julkisyhteisöillä on yhtiöön vastaava määräysvalta kuin niillä on omiin yksikköihinsä.

90 Esitettyyn kysymykseen on edellä esitetyn perusteella vastattava seuraavasti:

EY 43 ja EY 49 artiklan, yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevien periaatteiden samoin kuin niistä seuraavan avoimuusperiaatteen vastaista ei ole tehdä suoraan julkisia palveluhankintoja koskevaa sopimusta kokonaan julkisessa omistuksessa olevan osakeyhtiön kanssa, kun hankintaviranomaisena olevalla julkisyhteisöllä on tähän yhtiöön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin

yksikköihinsä ja kun yhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa.

Jollei kansallisen tuomioistuimen suorittamasta yhtiöjärjestyksen kyseisten määräysten tehokkuuden tarkastamisesta muuta johdu, osakkeenomistajina olevien julkisyhteisöjen määräysvaltaa yhtiöön voidaan pitää sitä määräysvaltaa vastaavana, joka niillä on omiin yksikköihinsä, pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa, joissa

– kyseisen yhtiön toiminta rajoittuu näiden julkisyhteisöjen alueelle ja sitä harjoitetaan pääasiallisesti näiden julkisyhteisöjen hyväksi ja

– nämä julkisyhteisöt vaikuttavat niiden edustajista koostuvien yhtiöjärjestyksen mukaisten elinten välityksellä ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategisiin tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin.

**Oikeudenkäyntikulut**

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

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

**EY 43 ja EY 49 artiklan, yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevien periaatteiden samoin kuin niistä seuraavan avoimuusperiaatteen vastaista ei ole tehdä suoraan julkisia palveluhankintoja koskevaa sopimusta kokonaan julkisessa omistuksessa olevan osakeyhtiön kanssa, kun hankintaviranomaisena olevalla julkisyhteisöllä on tähän yhtiöön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja kun yhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa.**

**Jollei kansallisen tuomioistuimen suorittamasta yhtiöjärjestyksen kyseisten määräysten tehokkuuden tarkastamisesta muuta johdu, osakkeenomistajina olevien julkisyhteisöjen määräysvaltaa yhtiöön voidaan pitää sitä määräysvaltaa vastaavana, joka niillä on omiin yksikköihinsä, pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa, joissa**

– **kyseisen yhtiön toiminta rajoittuu näiden julkisyhteisöjen alueelle ja sitä harjoitetaan pääasiallisesti näiden julkisyhteisöjen hyväksi ja**

– **nämä julkisyhteisöt vaikuttavat niiden edustajista koostuvien yhtiöjärjestyksen mukaisten elinten välityksellä ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategisiin tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin.**

Allekirjoitukset