JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JÁN MAZÁK
9 päivänä syyskuuta 2010[1]

1. Unionin tuomioistuimen on nyt käsiteltävässä asiassa annettava jälleen kerran ratkaisu perusteista, joiden mukaisesti palvelukonsessio voidaan erottaa julkisia palveluhankintoja koskevasta hankintasopimuksesta.

2. Oberlandesgericht Münchenin (Saksa) esittämien ennakkoratkaisukysymysten sanamuoto on seuraava:

”1) Onko palvelujen (tässä tapauksessa pelastuspalvelujen) suorittamisesta tehtyä sopimusta, jonka mukaan hankintaviranomainen ei suorita maksua suoraan sopimuksen saajalle vaan

a) käyttömaksu suoritettavista palveluista vahvistetaan sopimuksen saajan ja kolmansien osapuolten, jotka ovat omalta osaltaan hankintaviranomaisia (tässä tapauksessa sosiaalivakuutuslaitoksia), välisten neuvottelujen perusteella ja

b) mikäli yksimielisyyteen ei päästä, päätöksen tekee tätä varten nimitettävä välimieselin, jonka päätöksiä valtion tuomioistuimet valvovat, ja

c) maksusta eivät vastaa suoraan käyttäjät vaan keskuslaskutusyksikkö, jonka puoleen palvelujen suorittajan on lain mukaan käännyttävä ja joka suorittaa säännöllisesti maksuerät sopimuksen saajalle,

pelkästään tällä perusteella pidettävä direktiivin [2004/18] 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuna palvelukonsessiona – eikä saman direktiivin 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa tarkoitettuna julkisia palveluhankintoja koskevana sopimuksena?[2]

1 – Alkuperäinen kieli: ranska.

2 – EUVL L 134, s. 114.

2) Jos ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi, onko palvelukonsessiosta kyse silloin, kun julkiseen palveluun liittyvä liiketoiminnallinen riski on vähäinen, koska

   a) lain mukaan palvelujen käyttömaksujen on perustuttava liiketaloudellisten periaatteiden mukaan laskettuihin kustannuksiin, jotka vastaavat sääntöjenmukaisesta palvelujen suorittamisesta, taloudellisesta ja säästäväisestä liikkeenjohdosta sekä tehokkaasta organisaatiosta koituvia kustannuksia

   b) käyttömaksut peritään maksukykyisiltä sosiaalivakuutuslaitoksilta ja

   c) sopimuksen saajalle on varmistettu tietynlainen yksinoikeus liiketoiminnan harjoittamiseen sopimuksessa vahvistetulla alueella,

   mutta sopimuksen saaja ottaa kokonaan kantaakseen kyseisen vähäisen riskin?"

3. Unionin tuomioistuimen pitäisi vastaamalla esitettyihin kysymyksiin auttaa kansallista tuomioistuinta antamaan ratkaisu valituksesta, jonka Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (jäljempänä Stadler) on tehnyt Vergabekammer Südbayernin (Etelä-Baijerin julkisista hankinnoista vastaava oikaisulautakunta) päätöksestä, jolla se jätti tutkimatta Stadlerin vaatimuksen, joka koski menettelyä, jota Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (Passaun pelastus- ja palontorjuntapalvelusta vastaava kuntayhtymä, jäljempänä Passaun kuntayhtymä) noudatti tehdessään sopimuksia Baijerin pelastuspalvelulaissa (Bayerisches Rettungsdienstgesetz, jäljempänä BayRDG) tarkoitettujen pelastuspalvelujen suorittamisesta, sillä perusteella, että pelastuspalvelujen suorittaminen on palvelukonsessio, joka ei kuulu julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalaan.

4. Stadler suoritti pelastuspalveluja Passaun kuntayhtymälle 31.12.2008 asti,[3] ja sen mielestä kyseinen sopimus ei ole julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitettu palvelukonsessio vaan kyseisen direktiivin 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa tarkoitettu julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus.

5. Pääasian vastapuolena oleva Passaun kuntayhtymä sekä pääasian oikeudenkäynnin väliintulijat Malteser Hilfsdienst

3 – Stadlerin ja Passaun kuntayhtymän keskenään tekemät sopimukset irtisanottiin jälkimmäisen aloitteesta. Vaikuttaa siltä, että sopimusten irtisanominen on liittynyt 1.1.2009 voimaan tulleeseen BayRDG:hen ja erityisesti sen 13 §:n 1 momenttiin, johon sisältyy luettelo järjestöistä, joiden tehtäväksi pelastuspalvelut on ensisijaisesti annettava.

eV ja Bayerisches Rotes Kreuz [4] katsovat sen sijaan, että kyseiset sopimukset ovat palvelukonsessioita.

6. Kirjallisia huomautuksia ovat unionin tuomioistuimessa esittäneet pääasian asianosaisten lisäksi Saksan liittotasavalta, Tšekin tasavalta sekä Euroopan komissio. Ruotsin kuningaskunta sekä huomautusten esittäjät Tšekin tasavaltaa lukuun ottamatta esittivät suulliset lausumansa 24.6.2010 pidetyssä istunnossa.

Kansallinen lainsäädäntö

7. Saksassa kunnat tekevät julkisten pelastuspalvelujen organisoinnista vastaavana viranomaisena sopimuksia palvelun suorittajien kanssa kyseisten palvelujen toimittamiseksi alueensa koko väestölle.

8. Eri osavaltioissa on käytössä kaksi erilaista mallia palvelujen suorittajille maksettavasta vastikkeesta. Ensimmäisessä eli niin sanotussa hankintamallissa vastikkeen maksaa suoraan kunta. [5] Toisen eli niin sanotun konsessiomallin mukaan pelastuspalvelujen suorittaja perii rahalliset vastikkeet potilailta tai sosiaalivakuutuslaitoksilta.

9. Baijerin osavaltio, jossa pääasian oikeudenkäynti käydään, on valinnut niin sanotun konsessiomallin. Pelastuspalvelut sisältävät pelastustoiminnan onnettomuustilanteissa, lääkärin valvonnassa suoritettavat potilaskuljetukset, sairaankuljetuksen, pelastustoiminnan vuoristo- ja luola-alueilla sekä vesistöjen pelastuspalvelut; näistä säädetään Baijerissa BayRDG:ssä, joka tuli voimaan 1.1.2009.

10. BayRDG:n 13 §:n 1 ja 2 momentissa säädetään onnettomuustilanteiden pelastustoiminnasta sekä lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista ja sairaankuljetuksista, että pelastuspalvelusta ja palontorjunnasta vastaava kuntayhtymä antaa niitä koskevat toimeksiannot avustusjärjestöille, kuten Bayerisches Rotes Kreuzille (Baijerin Punainen Risti), Arbeiter-Samariter-Bundille (Samarialaisten järjestö), Malteser Hilfsdienstille (Maltan ritarikunnan avustuspalvelu) tai Johanniter-Unfall-Hilfelle (Johanniittajärjestön onnettomuusapu). Ainoastaan siinä tapauksessa, että avustusjärjestöt eivät ole

4 – Järjestöt, joiden kanssa Passaun kuntayhtymä teki sopimuksia julkisista pelastuspalveluhankinnoista sen jälkeen, kun Stadlerin kanssa tehdyt sopimukset oli irtisanottu.

5 – Välipäätöksestä ilmenee Bundesgerichtshofin (liittovaltion ylin tuomioistuin) jo todenneen, että hankintamalli on palveluhankintoja koskeva sopimus. Asiassa C-160/08, komissio v. Saksa, 29.4.2010 annetusta tuomiosta (Kok., s. I-3713) on pääteltävissä, että unionin tuomioistuin on samaa mieltä.

valmiita tai kykene ottamaan toimeksiantoa vastaan, pelastuspalvelusta ja palontorjunnasta vastaava kuntayhtymä antaa alueelliset pelastuspalvelut kolmansien osapuolten tehtäväksi tai suorittaa ne itse tai jäsentensä välityksellä.

11. BayRDG:n 13 §:n 4 momentissa säädetään, että pelastuspalvelusta ja palontorjunnasta vastaavan kuntayhtymän sekä pelastuspalvelun suorittamistoimeksiannon saajan välisestä oikeussuhteesta määrätään julkisoikeudellisella sopimuksella.

12. BayRDG:n 21 §:ssä säädetään, että onnettomuustilanteiden pelastustoiminnan, lääkärin valvonnassa suoritettavien potilaskuljetusten ja sairaankuljetusten harjoittaminen on luvanvaraista toimintaa. BayRDG:n 24 §:n 2 momentin mukaan lupa on myönnettävä, jos asianomainen esittää saman lain 13 §:n 4 momentissa tarkoitetun julkisoikeudellisen sopimuksen.

13. BayRDG:n 32 §:ssä säädetään, että pelastustoiminnan palveluista ja lääkärien osallistumisesta niihin peritään käyttömaksuja, joiden on perustuttava liiketaloudellisten periaatteiden mukaan laskettuihin kustannuksiin, jotka vastaavat sääntöjenmukaisesta palvelujen suorittamisesta, taloudellisesta ja säästäväisestä liikkeenjohdosta sekä tehokkaasta organisaatiosta koituvia kustannuksia.

14. Onnettomuustilanteiden pelastustoiminnasta, lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista ja sairaankuljetuksista perittävistä käyttömaksuista säädetään BayRDG:n 34 §:ssä, jonka sanamuoto on seuraava:

”– –

(2) Sosiaalivakuutuslaitokset sopivat käyttömaksuista, joita ne maksavat onnettomuustilanteiden pelastustoiminnasta, lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista ja sairaankuljetuksista, yhtenäisesti pelastuspalvelun suorittajien tai niiden aluejärjestöjen kanssa. – –

(3) Käyttömaksuja koskeva sopimus tehdään vuosittain etukäteen.

(4) Onnettomuustilanteiden pelastustoiminnan, lääkärin valvonnassa suoritettavien potilaskuljetusten ja sairaankuljetusten kustannukset on jaettava käyttäjien maksettaviksi yhtenäisin perustein. Palvelun suorittajan on perittävä sosiaalivakuutuslaitosten kanssa sovittavat käyttömaksut myös kaikilta muilta

henkilöiltä ja laitoksilta, jotka käyttävät julkisen pelastuspalvelun palveluja.

(5) Käyttömaksujen perustana ovat aina ennakoidut kustannukset, jotka 32 §:n toisen virkkeen nojalla voidaan ottaa huomioon onnettomuustilanteiden pelastustoiminnassa sekä lääkärin valvonnassa suoritettavien potilaskuljetusten ja sairaankuljetusten suorittamisessa, sekä odotettavissa olevat palvelusuoritteiden määrät suoriteajanjaksolla. Palvelun kustannuksiin kuuluvat erityisesti myös pelastuspalvelun lääkäripalvelujen kustannukset, – – sekä 8 momentissa tarkoitetut kustannukset, jotka aiheutuvat Baijerin pelastuspalvelun keskuslaskutusyksikön toiminnasta. Sosiaalivakuutuslaitokset sopivat kussakin tapauksessa erikseen yksittäisten palvelujen suorittajien, yhteisten keskustoimistojen hallinnoijien sekä Baijerin pelastuspalvelun keskuslaskutusyksikön kanssa käyttömaksua koskevan ajanjakson odotettavissa olevista kustannuksista. Kustannuksista voidaan sopia budjetin muodossa. – –

(6) Jos 2 momentissa tarkoitettua käyttömaksuja koskevaa sopimusta tai 5 momentissa tarkoitettua sopimusta ei tehdä käyttömaksun suorittamista koskevaa ajanjaksoa edeltävän varainhoitovuoden marraskuun 30. päivään mennessä, odotettavissa olevien kustannusten ja käyttömaksujen suuruudesta määrätään välimiesmenettelyssä maksuja käsittelevässä välimieselimessä – –. Käyttömaksuja ei voida jälkikäteen muuttaa.

(7) Sosiaalivakuutuslaitosten kanssa sovitut tai lainvoimaisesti vahvistetut odotettavissa olevat kustannukset katetaan onnettomuustilanteiden pelastustoiminnasta sekä lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista ja sairaankuljetuksista saaduilla käyttömaksuilla (tuloselvitys). Käyttömaksujen suorittamista koskevan ajanjakson päätyttyä jokaisen palvelujen suorittajan, yhteisen keskustoimiston jokaisen hallinnoijan ja Baijerin pelastuspalvelun keskuslaskutusyksikön on osoitettava todellisuudessa syntyneet kustannukset loppulaskelmassa sekä esitettävä niitä ja kustannuksia koskevaa sopimusta käsittelevä vertailu (kirjanpitoraportti). Mikäli todelliset kustannukset ja sosiaalivakuutuslaitosten kustannuksia koskevassa sopimuksessa hyväksymät odotettavissa olevat kustannukset poikkeavat toisistaan, kirjanpitoraportin lopputulos on käsiteltävä seuraavissa käyttömaksuja koskevissa neuvotteluissa; tällaista tulosraporttia ei voida esittää, jos palvelun suorittajan – – tai keskuslaskutusyksikön – – kustannuksista on sovittu budjetin muodossa.

(8) Baijerin pelastuspalvelun keskuslaskutusyksikkö on mukana 2–7 momentin ja 35 §:n täytäntöönpanossa, ja sen tehtävänä on erityisesti

1. toimia neuvonantajana 2 momentissa tarkoitetun käyttömaksuja koskevan sopimuksen ja 5 momentissa tarkoitettujen sopimusten tekemisen yhteydessä

2. laskea toimijoiden odotettavissa olevien kustannusten ja julkisen pelastuspalvelun odotettavissa olevien suoritemäärien perusteella tarvittavat käyttömaksut ja ehdottaa niitä osapuolten sovittaviksi; tämä pätee myös käyttömaksujen tarvittavaan mukautukseen kuluvan varainhoitovuoden aikana

3. periä käyttömaksut julkisen pelastuspalvelun palveluista –– kustannuksista vastaavilta

4. tehdä tuloselvitys

5. maksaa palvelujen suorittamisesta aiheutune[ita kustannuksia vastaavat summat] pelastuspalvelun suorittajille

6. tarkastaa palvelujen suorittajien kirjanpitoraportin –– uskottavuus sekä kirjanpidon paikkansapitävyys ja

7. laatia tarkastettu loppulaskelma julkisesta pelastuspalvelusta.

Baijerin pelastuspalvelun keskuslaskutusyksikkö suorittaa palvelunsa tältä osin voittoa tavoittelematta. Kaikki osallistujat ovat velvollisia tukemaan Baijerin pelastuspalvelun keskuslaskutusyksikköä sen tehtävissä ja antamaan sille tätä tarkoitusta varten tarvittavat tiedot ja asiakirjat.”

15. Käyttömaksujen osalta toimivaltaisen välimieselimen kokoonpano täsmennetään BayRDG:n 48 §:ssä. Tämän pykälän mukaan välimieselin koostuu maapelastuspalvelun käyttömaksuja koskevissa riidoissa kolmesta maapelastuspalvelun suorittajia edustavasta ja kolmesta sosiaalivakuutuslaitoksia edustavasta jäsenestä sekä välimieselimen puheenjohtajasta. Puheenjohtajan ja varapuheenjohtajan nimittävät yhdessä julkisen pelastuspalvelun suorittajat, Baijerin sopimuslääkäreiden järjestö, saattajina toimivien lääkäreiden näkemysten huomioimisen varmistamiseksi nimetyt edustajat sekä sosiaalivakuutuslaitokset.

16. BayRDG:n 53 §:ssä säädetään, että ylin toimivaltainen pelastuspalveluviranomainen

eli Baijerin osavaltion sisäasiainministeriö voi asetuksella määrätä Baijerin pelastuspalvelun keskuslaskutusyksiköstä.

Oikeudellinen arviointi

17. Kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava, onko niin sanotun konsessiomallin mukaisia sopimuksia pidettävä palvelukonsessioina vai mallin nimityksestä huolimatta julkisia palveluhankintoja koskevana sopimuksena. Tässä yhteydessä on muistutettava, että kysymystä on arvioitava yksinomaan unionin oikeuden kannalta [6] eli tässä tapauksessa direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa sekä 4 kohdassa määriteltyjen käsitteiden ”julkisia hankintoja koskevat sopimukset”, ”julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset” ja ”palveluja koskeva käyttöoikeussopimus” (jäljempänä palvelukonsessio) sekä niihin liittyvän unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa.

18. Koska direktiivin 2004/18 17 artiklan mukaan direktiiviä ei sovelleta palvelukonsessioihin, riidanalaisten sopimusten luokitteleminen vaikuttaa menettelyyn, jossa ne tehdään. Unionin oikeuden nykytilassa palvelukonsessioita ei säännellä millään niistä direktiiveistä, joilla unionin lainsäätäjä on säännellyt julkisten hankintojen alaa, mutta tällaisia sopimuksia tekevien viranomaisten on kuitenkin noudatettava EY:n perustamissopimuksen perustavanlaatuisia määräyksiä, kuten EY 43 ja EY 49 artiklaa, samoin kuin niistä johtuvaa avoimuusvelvoitetta. [7]

19. Korostettakoon tässä yhteydessä vielä sitä, että unionin tuomioistuimen tehtävänä ei ole luokitella ennakkoratkaisumenettelyssä niin sanotun konsessiomallin mukaan tehtyjä sopimuksia, vaan tämä kuuluu kansalliselle tuomioistuimelle. Vastatessaan esitettyihin kahteen ennakkoratkaisukysymykseen, jotka liittyvät tiiviisti toisiinsa ja jotka on mielestäni tutkittava yhdessä, unionin tuomioistuimen tehtävänä on selittää ja täsmentää perusteita, jotka ovat hyödyllisiä kyseisen luokittelun tekemiseksi. [8]

20. Heti aluksi on korostettava nyt käsiteltävässä asiassa sekä asiassa Eurawasser, [9] jossa annettiin tuomio 10.9.2009, esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten samankaltaisuutta. Kansalliset tuomioistuimet pohtivat molemmissa tapauksissa lähinnä yhtäältä sitä, merkitseekö se, ettei viranomainen maksa vastiketta suoraan palvelujen suorittajalle,

6 – Ks. asia C-196/08, Acoset, tuomio 15.10.2009 (Kok., s. I-9913, 38 kohta) ja asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007 (Kok., s. I-6657, 31 kohta).

7 – Ks. asia C-91/08, Wall, tuomio 13.4.2010 (Kok., s. I-2815, 33 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

8 – Ks. vastaavasti asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok., s. I-8585, 32 kohta).

9 – Asia C-206/08 (Kok., s. I-8377).

jonka kanssa se on sopimussuhteessa, jo itsessään sitä, että sopimusta on pidettävä palvelukonsessiona, ja toisaalta sitä, onko mainitun luokittelun kannalta ratkaisevaa, että palvelun suorittajan kannettavana oleva ja, sopimuksen kattamaan palveluun liittyvä liiketoiminnallinen riski on vähäinen jo alun perin eli siinäkin tapauksessa, että kyseinen viranomainen suorittaa palvelun.

21. Ennakkoratkaisukysymykset liittyvät siis kahteen perusteeseen, joita unionin tuomioistuin käyttää erottaakseen palvelukonsession ja palveluhankintasopimuksen toisistaan. Ensinnäkään palvelujen suorittaja ”ei saa suoraan vastiketta”, eli vastike ei ole peräisin kyseisestä palvelusta sopimuksen tekevältä viranomaiselta vaan kolmansilta osapuolilta, ja toiseksi ”kyseiseen palveluun liittyvä liiketoiminnallinen riski otetaan vastattavaksi”.

22. Näiden kahden perusteen välistä yhteyttä selitettiin edellä mainitussa asiassa Parking Brixen annetussa tuomiossa [10] niin, että se, ettei palvelujen suorittaja saa vastiketta suoraan, merkitsee sitä, että tämä ottaa kyseiseen palveluun liittyvän liiketoiminnallisen riskin vastattavakseen ja että kyseessä on siten palvelukonsessio.

23. Edellä mainitussa asiassa komissio vastaan Italia 18.7.2007 annetussa tuomiossa [11] korvattiin direktiiviin 2004/18 sisältyvän palvelukonsession määritelmän mukaisesti suoran vastikkeen puuttumista koskeva peruste perusteella, joka koskee palvelujen suorittajan oikeutta ”hyödyntää omaa palvelujen tarjoamistaan”. Yhteisöjen tuomioistuin totesi tämän jälkeen kyseisen perusteen nojalla, että kyse on palvelukonsessiosta silloin, kun sovittu vastike perustuu siihen, että palvelun suorittaja saa oikeuden hyödyntää omaa palvelujen tarjoamistaan ja ottaa vastatakseen kyseiseen palvelutoimintaan liittyvän riskin. Tämä oikeuskäytäntö on myöhemmin vahvistettu asiassa Acoset annetussa tuomiossa. [12]

24. Kyseistä suoran vastikkeen puuttumista koskevaa perustetta tarkasteltiin uudelleen asiassa Eurawasser annetussa tuomiossa, [13] jonka mukaan se, että palvelun suorittaja saa kolmansilta perittävät maksut, on yksi sille annettujen palvelun hyödyntämistä koskevien oikeuksien muodoista.

25. Edellä siteerattujen yhteisöjen tuomioistuimen toteamusten perusteella voidaan mielestäni päätellä, että suoran vastikkeen puuttumista koskeva peruste on ratkaiseva, jotta palveluja koskeva sopimus voidaan luokitella palvelukonsessioksi, koska yhteisöjen tuomioistuimen mukaan palvelujen suorittajalle suoraan maksettavan vastikkeen

10 – Mainittu edellä alaviitteessä 8, tuomion 40 kohta.

11 – Mainittu edellä alaviitteessä 6, tuomion 34 kohta.

12 – Mainittu edellä alaviitteessä 6, tuomion 39 kohta.

13 – Mainittu alaviitteessä 9, tuomion 53 kohta.

puuttuminen on yksi muoto palvelujen suorittajalle annetusta oikeudesta hyödyntää omaa palveluaan, ja se merkitsee samalla sitä, että palvelujen suorittaja ottaa vastatakseen kyseisiin palveluihin liittyvän liiketoiminnallisen riskin. [14]

26. Samaan lopputulokseen päädytään, jos otetaan huomioon direktiiviin 2004/18 sisältyvän julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen määritelmän ja palvelukonsession määritelmän välinen vuorovaikutus. Ne kattavat kaikki viranomaisten tekemät palvelusopimukset. Tästä seuraa, että jos sopimus ei ole julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus, sen on välttämättä oltava palvelukonsessio, ja päinvastoin. Koska yhteisöjen tuomioistuin on toistuvasti todennut, että hankintaviranomainen suoraan palvelujen suorittajalle maksama vastike on julkisia palveluhankintoja koskevaa sopimusta koskeva peruste, [15] se, ettei vastiketta makseta tällä tavoin, merkitsee siis välttämättä sitä, että kyseessä on palvelukonsessio.

27. Kuten edellä siteeratut tuomiot osoittavat, palvelujen suorittajalle suoraan maksettavan vastikkeen puuttuminen merkitsee kaikkiaan sitä, että sopimus on luokiteltava palvelukonsessioksi.

28. Se, että kyseinen viranomainen maksaa vastikkeen suoraan palvelujen suorittajalle, ei kuitenkaan välttämättä merkitse sitä, että kyseessä olisi julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus. Yhteisöjen tuomioistuimen toteamuksesta, jonka mukaan epäsuora vastike on ”yksi muodoista”, joissa palvelujen suorittajalle annettu oikeus hyödyntää omaa palvelujen tarjoamistaan voi ilmetä, [16] seuraa näet, että on olemassa myös muita muotoja, joissa oikeus hyödyntää palvelujen tarjoamistaan saattaa ilmetä. Tämä selittää sen, miksi se tutki asiassa Contse ym. 27.10.2005 antamassaan tuomiossa, [17] asiassa komissio vastaan Italia 18.7.2007 antamassaan tuomiossa [18] sekä asiassa Hans & Christophorus Oymanns 11.9.2009 antamassaan tuomiossa, [19] voivatko kyseiset sopimukset olla palvelukonsessioita, vaikka palvelujen suorittajat saavat vastikkeen suoraan asianomaisilta viranomaisilta.

29. Kyseisissä tuomioissa laadittiin ”toissijaiset perusteet”, joiden pohjalta voidaan päätellä palvelujen suorittajan ottaneen kyseiseen palveluun liittyvän liiketoiminnallisen

14 – Oikeuskäytännöstä on mahdollista löytää myös tuomioita, joissa yhteisöjen tuomioistuin on todennut sopimuksen olevan palvelukonsessio jo pelkästään sillä perusteella, että vastike on ollut epäsuora. Mainittakoon esimerkkeinä asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3303, 16 kohta) ja asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008 (Kok., s. I-8457, 24 kohta).

15 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 6 mainittu asia Acoset, tuomion 39 kohta; alaviitteessä 9 mainittu asia Eurawasser, tuomion 51 kohta ja alaviitteessä 8 mainittu asia Parking Brixen, tuomion 39 kohta.

16 – Edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Eurawasser, tuomion 53 kohta.

17 – Asia C-234/03 (Kok., s. I-9315).

18 – Mainittu alaviitteessä 6.

19 – Asia C-300/07 (Kok., s. I-4779).

riskin vastattavakseen silloin, kun kyseessä on suora vastike; näihin kuuluvat peruste, jonka mukaan palvelun laiminlyönnistä aiheutuvista vahingoista johtuva vastuu siirretään kokonaan, [20] sekä peruste, joka koskee tiettyä taloudellista vapautta määrittää tietyn palvelun hyödyntämisedellytykset. [21] Oikeuskäytännössä on myös täsmennetty selvästi, millaiset ominaisuudet eivät ole ratkaisevia kyseisten sopimusten luonnehtimisessa; näitä ovat esimerkiksi sopimusten kesto, palvelujen suorittajan vastuulla olevat merkittävät alkuvaiheen investoinnit tai merkittävä itsenäisyys siinä, miten palvelujen suorittaja suorittaa palveluja, joskaan tämä luettelo ei toki ole tyhjentävä. [22]

30. On kuitenkin todettava, että ”toissijaisia perusteita” on käytetty vain silloin, kun palvelujen suorittaja on saanut suoran vastikkeen. Tämä saattaisi osoittaa sen, ettei palvelujen suorittaja saa vastiketta suoraan, olevan riittävä peruste luokitella kyseinen sopimus palvelukonsessioksi.

31. Nyt käsiteltävässä tapauksessa on selvää, että vastiketta ei maksa kyseisten pelastuspalvelujen suorittajalle kyseisen palvelun sen tehtäväksi antanut viranomainen vaan kolmannet osapuolet eli sosiaalivakuutuslaitokset, yksityisesti vakuutetut henkilöt ja vakuuttamattomat henkilöt. [23]

32. Ellei kansallisen tuomioistuimen selvityksissä toisin ilmene, vaikuttaa siltä, että vaikka sosiaalivakuutuslaitoksia itseään voitaisiin pitää direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan määritelmässä tarkoitettuna hankintaviranomaisena, ne ovat riittävän erillisiä oikeussubjekteja ja riippumattomia kyseisen palvelun tehtäväksi antaneesta viranomaisesta, jotta on perusteltua katsoa, että kyseessä on ”kolmansien osapuolten” palvelun suorittajalle maksama vastike. [24]

33. Nyt käsiteltävään asiaan liittyvä erityispiirre on siinä, että käyttömaksun suorittavat yksiköt eli sosiaalivakuutuslaitokset, yksityisesti vakuutetut henkilöt ja vakuuttamattomat henkilöt, eivät maksa kyseistä maksua suoraan pelastuspalvelun suorittajalle vaan keskuslaskutusyksikölle, joka vastaa pelastuspalvelusta Baijerissa. On vielä selvitettävä, voiko tämä seikka vaikuttaa toteamukseen,

20 – Ks. edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Contse ym., tuomion 22 kohta.

21 – Ks. edellä alaviitteessä 19 mainittu asia Hans & Christophorus Oymanns, tuomion 71 kohta.

22 – Ks. edellä alaviitteessä 6 mainittu asia komissio v. Italia, tuomion 42 ja 44 kohta.

23 – Pääasian asianosaiset vahvistavat yksimielisesti, että noin 10 prosenttia käyttömaksuista saadaan yksityisesti vakuutetuilta henkilöiltä ja vakuuttamattomilta henkilöiltä.

24 – Sosiaalivakuutuslaitokset olivat myös edellä alaviitteessä 19 mainitussa asiassa Hans & Christophorus Oymanns annetun tuomion taustalla. Ne olivat kyseisessä asiassa palvelusta sopimuksen tehneitä viranomaisia mutta maksoivat samalla vastikkeen kyseisestä palvelusta, kun taas nyt käsiteltävässä tapauksessa sosiaalivakuutuslaitokset maksavat ainoastaan vastikkeen suoritetuista palveluista.

jonka mukaan se, ettei palvelujen suorittaja saa vastiketta suoraan, on riittävä peruste luokitella kyseinen sopimus palvelukonsessioksi.

34. Tähän kysymykseen on mielestäni vastattava kieltävästi. Se seikka, että jonkinlainen ”välittäjä” toimii palvelujen suorittajan ja kyseisen palvelun maksajan välissä, ei missään tapauksessa kyseenalaista toista toteamusta eli sitä, että palvelujen suorittajalle ei maksa vastiketta suoraan viranomainen, joka on tehnyt sopimuksen kyseisestä palvelusta hänen kanssaan, varsinkaan silloin kun kyseinen viranomainen ei vaikuta millään tavoin maksuihin.

35. Tämän perusteella päättelen, että se, ettei kyseisestä palvelusta palvelujen suorittajan kanssa sopimuksen tehnyt viranomainen maksa korvausta tälle suoraan, on riittävä peruste luokitella kyseinen sopimus palvelukonsessioksi. Tässä yhteydessä ei ole merkityksellistä tietää ensinnäkään sitä, kuka maksaa vastikkeen suoritetuista palveluista, mikäli oletetaan, että kyseessä on riittävän erillinen ja kyseisestä palvelusta sopimuksen tehneestä viranomaisesta riippumaton elin, eikä toiseksi sitä, mitkä ovat vastikkeen perimistavat.

36. Vastauksen kysymykseen siitä, onko tällaisen sopimuksen luokittelussa palvelukonsessioksi ratkaisevaa, että palvelun suorittajan vastattavakseen ottama kyseisen palvelun suorittamiseen liittyvä liiketoiminnallinen riski on ollut vähäinen jo alun perin eli siinäkin tapauksessa, että hankintaviranomainen suorittaa palvelun, pitäisi mielestäni perustua asiassa Eurawasser annettuun tuomioon. [25]

37. Tässä tapauksessa saattaa tosin tulla esiin kysymys siitä, mikä osuus liiketoiminnallisesta riskistä liittyy pelastuspalveluun. Kyseessä ovat kuitenkin tosiseikkoja koskevat toteamukset, joiden tekeminen kuuluu tarvittaessa kansalliselle tuomioistuimelle.

38. Kyseiseen palveluun liittyvän liiketoiminnallisen riskin määrä ei ole ratkaiseva. Ratkaisevaa on sen riskin siirtäminen palvelujen suorittajalle, jolle kyseisestä palveluksesta sopimuksen tekevä viranomainen olisi itse alttiina, jos sen pitäisi suorittaa palvelu itse. [26]

25 – Mainittu alaviitteessä 9.

26 – Julkisasiamies Sharpston teki vastaavan päätelmän yhdistetyissä asioissa C-145/08 ja C-149/08, Club Hotel Loutraki ym., tuomio 6.5.2010 29.10.2009 antamassaan ratkaisuehdotuksessa (Kok., s. I-4165), kun hän katsoi, ettei ratkaisevaa ole se, onko toiminnan riski itsessään merkittävä, vaan se, että mikä tahansa riski, josta hankintaviranomainen on aiemmin vastannut, on joko kokonaan tai merkittävässä määrin siirretty tarjoajalle, jonka kanssa sopimus tehdään.

Ratkaisuehdotus

39. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Oberlandesgericht Münchenin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Se, ettei palvelun suorittaja saa vastiketta suoraan viranomaiselta, jonka kanssa se on tehnyt sopimuksen kyseisestä palvelusta, on riittävä peruste luokitella sopimus julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitetuksi palvelukonsessioksi. Tässä yhteydessä on merkityksetöntä ensinnäkin se, kuka maksaa vastikkeen suoritetuista palveluista, jos kyseinen elin on riittävän erillinen ja riippumaton kyseisestä palvelusta sopimuksen tehneestä viranomaisesta, toiseksi se, millä tavoin vastike peritään, ja kolmanneksi se, oliko kyseiseen palveluun liittyvä liiketoiminnallinen riski jo alun perin vähäinen.