Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MACIEJ SZPUNAR
24 päivänä helmikuuta 2022[1]

Asia C-332/20

Roma Multiservizi SpA ja
Rekeep SpA
vastaan
Roma Capitale ja
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(Ennakkoratkaisupyyntö – Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin, Italia))

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkiset hankinnat – Konsessiosopimukset – Integroitujen koulupalvelujen hallinnoimisen antaminen sekaomistuksessa olevan yhtiön hoidettavaksi – Yksityisen osakkaan valitseminen tarjouspyyntömenettelyssä – Vaatimus, jonka mukaan yksityisen osakkaan omistusosuuden sekaomistuksessa olevassa yhtiössä on oltava vähintään 30 prosenttia – Hankintaviranomaisen välillinen omistus yksityisessä osakkaassa

I Johdanto

1. Käsiteltävä asia tarjoaa unionin tuomioistuimelle tilaisuuden täsmentää oikeuskäytäntöään, joka koskee sitä, miten rakenteellinen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus (jäljempänä kumppanuus), johon hankintaviranomaiset toisinaan turvautuvat ”perinteisten” hankinta- tai konsessiosopimusten sijasta, ymmärretään unionin oikeudessa.

2. Vaikkei missään unionin oikeuden sitovassa säännöksessä nimenomaisesti säädetä kumppanuudesta,[2] komissio on kuitenkin määritellyt sen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanien välisen yhteistyön muodoksi, jossa nämä kumppanit perustavat sekaomistuksessa olevan yksikön, joka panee täytäntöön hankinta- tai konsessiosopimuksia,[3] ja niitä on käsitelty unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Unionin tuomioistuin on erityisesti todennut, että unionin oikeus ei lähtökohtaisesti ole esteenä sellaiselle kumppanuudessa noudatettavalle

[1] Alkuperäinen kieli: ranska.

[2] Ks. Bovis, Ch., ”Chapter 18: Public service partnerships”, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, toim. Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2016, s. 554 ja sitä seuraavat sivut, jossa tarkastellaan julkisen ja yksityisen sektorin eri yhteistyömuotoja ja erityisesti kumppanuutta unionin oikeuden kannalta.

[3] Ks. vihreä kirja julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta (KOM(2004) 327 final), 54 kohta.

menettelylle, jossa yhtäältä valitaan yksityinen kumppani ja toisaalta tehdään hankinta- tai konsessiosopimus tätä varten perustettavan julkisessa ja yksityisessä sekaomistuksessa olevan yksikön kanssa. [4]

3. Tässä ennakkoratkaisupyynnössä esiin tuodut ongelmat näyttävät johtuvan siitä, ettei unionin oikeudessa ole kumppanuutta koskevia säännöksiä, ja heijastuvat tämän ratkaisuehdotuksen rakenteeseen ja sisältöön. Unionin oikeuden kannalta katsottuna käsiteltävässä asiassa kyseessä olevaa oikeuskysymystä ja sen asiayhteyttä ei ole määritelty selvästi.

4. Ennakkoratkaisupyynnön yksityiskohtaisen tarkastelun perusteella olen tullut siihen tulokseen, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämillä kysymyksillä halutaan selvittää, onko se, miten hankintaviranomainen on laskenut yksityisen osakkaan omistusosuuden sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yksikössä ja tämän seurauksena sulkenut tarjoajan tarjouspyyntömenettelyn ulkopuolelle, direktiivin 2014/23/EU [5] ja/tai direktiivin 2014/24/EU [6] mukaista.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

1. Direktiivi 2014/23

5. Direktiivin 2014/23 3 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhteista toimintatapaa.

Käyttöoikeussopimuksen [eli konsessiosopimuksen] tekomenettelyä, mukaan lukien sopimuksen ennakoitua arvoa, suunniteltaessa ei saa pyrkiä sen jättämiseen tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle tai aiheettomasti suosimaan tai saattamaan epäedulliseen asemaan tiettyjä talouden toimijoita tai tiettyjä rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja.

2. Hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden on pyrittävä varmistamaan sopimuksen tekomenettelyn ja sopimuksen toteuttamisen avoimuus 28 artiklaa noudattaen.”

6. Kyseisen direktiivin 30 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Hankintaviranomainen tai hankintayksikkö on vapaa määrittämään menettelyn, jolla käyttöoikeussopimuksen saaja valitaan, edellyttäen että tämän direktiivin määräyksiä noudatetaan.

2. Käyttöoikeussopimuksen tekomenettelyn suunnittelussa on noudatettava 3 artiklassa säädettyjä periaatteita. Hankintaviranomainen tai hankintayksikkö ei erityisesti

[4] Ks. erityisesti tuomio 15.10.2009, Acoset (C-196/08, EU:C:2009:628; jäljempänä tuomio Acoset).

[5] Käyttöoikeussopimusten tekemisestä 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 94, s. 1).

[6] Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 94, s. 65).

käyttöoikeussopimuksen tekomenettelyn aikana saa antaa syrjivällä tavalla tietoja, jotka saattavat asettaa jotkut ehdokkaat tai tarjoajat muita edullisempaan asemaan.”

7. Kyseisen direktiivin 38 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden on tarkistettava ehdokkaiden tai tarjoajien ammatilliseen ja tekniseen pätevyyteen sekä rahoitukselliseen ja taloudelliseen tilanteeseen liittyvät osallistumisedellytykset omien lausuntojen ja näyttönä esitettävien viitetietojen pohjalta käyttöoikeussopimusta koskevassa ilmoituksessa edellytettävien vaatimusten mukaisesti, joiden on oltava syrjimättömiä ja oikeassa suhteessa hankinnan kohteeseen. Osallistumisvaatimusten on liityttävä tarpeeseen varmistaa käyttöoikeussopimuksen saajan kyky toteuttaa sopimus ja oltava oikeassa suhteessa siihen ottamalla huomioon hankinnan kohde ja tarve varmistaa todellinen kilpailu.”

2. Direktiivi 2014/24

8. Direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhteista toimintatapaa.

Hankintaa suunniteltaessa ei saa pyrkiä sen jättämiseen tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle tai kilpailun keinotekoiseen kaventamiseen. Kilpailun katsotaan olevan keinotekoisesti kavennettua, jos hankinta suunnitellaan aikomuksena suosia aiheettomasti tiettyjä talouden toimijoita tai saattaa tietyt talouden toimijat epäedulliseen asemaan.”

9. Kyseisen direktiivin 58 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Valintaperusteet voivat liittyä

a) kelpoisuuteen harjoittaa ammattitoimintaa;

b) taloudelliseen ja rahoitukselliseen tilanteeseen;

c) tekniseen ja ammatilliseen pätevyyteen.

Hankintaviranomaiset voivat asettaa talouden toimijoille osallistumisvaatimuksiksi ainoastaan 2, 3 ja 4 kohdassa tarkoitettuja perusteita. Niiden on rajoitettava vaatimukset ainoastaan niihin, joilla voidaan asianmukaisesti varmistaa, että ehdokas tai tarjoaja on oikeustoimikelpoinen ja että hänellä on riittävät rahoitusta koskevat voimavarat sekä tekniset ja ammatilliset valmiudet toteuttaa tehtävänä oleva hankintasopimus. Kaikkien vaatimusten on liityttävä hankinnan kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen.”

B Italian oikeus

10. Italian oikeudessa sekaomistuksessa olevista yhtiöistä säädetään julkisomisteisia yhtiöitä koskevien lakien koonnoksesta 19.8.2016 annetulla asetuksella nro 175 (decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica),[7] sellaisena kuin sitä sovelletaan pääasiassa (jäljempänä asetus nro 175).

11. Asetuksen nro 175 1 §:n mukaan sen tavoitteena on varmistaa julkisten omistusten tehokas hallinnointi, suojata ja edistää kilpailua ja markkinoita sekä säästää ja vähentää julkisia menoja. Kyseisessä asetuksessa säädetään, että julkishallinto voi sen 4 §:ssä tarkoitettujen toimintojen hallinnoimiseksi valita, hallinnoiko se niitä sisäisesti eli kokonaan omistamansa yhtiön välityksellä vai perustaako se tätä varten sekaomistuksessa olevan yhtiön, ja säädetään yksityiskohtaisesti jälkimmäisestä vaihtoehdosta, jotta tämä olisi unionin oikeuden mukainen.

12. Jälkimmäisen vaihtoehdon osalta asetuksen nro 175 17 §:n 1 momentissa täsmennetään seuraavaa:

”Yksityisen osakkaan omistusosuuden sekä julkisessa että yksityisessä sekaomistuksessa olevassa yhtiössä on oltava vähintään 30 prosenttia, ja yksityisen osakkaan valinta tapahtuu vuoden 2016 asetuksen nro 50[8] 5 §:n 9 momentin mukaisella julkisella hankintamenettelyllä, jonka tarkoituksena on sekä se, että yksityinen osakas merkitsee tai ostaa osuuksia, ja sekaomistuksessa olevan yhtiön toiminnan yksinomaisena tarkoituksena olevan hankinta- tai konsessiosopimuksen tekeminen.”

III Pääasian tosiseikat

13. Rooman kaupunki käynnisti vuonna 2018 tarjouspyyntömenettelyn, jolla oli kaksi tavoitetta: yhtäältä valita yksityinen osakas, jonka kanssa perustettaisiin julkisessa ja yksityisessä sekaomistuksessa oleva yhtiö (jäljempänä sekaomistuksessa oleva perustettava yhtiö), ja toisaalta antaa kyseisen yhtiön hoidettavaksi Rooman kaupungin toimivaltaan kuuluvat integroidut koulupalvelut, joiden arvoksi oli arvioitu 277 479 616,21 euroa. Tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan 51 prosenttia perustettavan yhtiön osuuksista omistaisi Rooman kaupunki, ja loput 49 prosenttia osuuksista hankkisi yksityinen osakas, joka vastaisi koko toiminnallisesta riskistä.

14. Roma Multiservizi SpA:n ja Rekeep SpA:n muodostama ryhmittymä jätti tarjouksen.

15. Tämä ryhmittymä suljettiin pois menettelystä 1.3.2019 tehdyllä päätöksellä nro 435 (jäljempänä poissulkemispäätös), koska AMA SpA, joka oli kokonaan Rooman kaupungin omistuksessa, omisti 51 prosenttia Roma Multiservizistä ja koska kyseisen ryhmittymän

7 GURI nro 210, 8.9.2016, s. 1.

8 Käyttöoikeussopimusten tekemisestä annetun direktiivin 2014/23/EU, julkisista hankinnoista annetun direktiivin 2014/24/EU sekä vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun direktiivin 2014/25/EU täytäntöönpanoa sekä julkisia rakennusurakoita sekä palvelu- ja tavarahankintoja koskevien sopimusten alalla voimassa olevan säännöstön uudelleenjärjestämisestä 18.4.2016 annettu asetus nro 50 (Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche’ per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; GURI nro 91, 19.4.2016, Supplemento ordinario).

tarjouksen hyväksyminen johtaisi siihen, että Rooman kaupungin tosiasiallinen omistusosuus sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä olisi 73,5 prosenttia[9] ja ylittäisi siten tarjouspyyntöasiakirjoissa vahvistetun 51 prosentin rajan.

16. Rekeep ja Roma Multiservizi riitauttivat tämän päätöksen Tribunale amministrativo regionale per il Laziossa (Lazion alueellinen hallintotuomioistuin, Italia), joka hylkäsi niiden kanteet kahdella 18.6.2019 antamallaan tuomiolla.

17. Rekeep ja Roma Multiservizi valittivat näistä tuomioista ennakkoratkaisua pyytäneeseen tuomioistuimeen.

18. Näiden asianosaisten huomautuksista ilmenee, että niiden tekemien valitusten käsittelyn aikana Rooman kaupunki oli antanut kyseiset palvelut neuvottelumenettelyn jälkeen Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativan (CNS) hoidettaviksi.

IV Asian käsittely unionin tuomioistuimessa ja ennakkoratkaisukysymykset

19. Näissä olosuhteissa Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin, Italia) päätti 13.2.2020 antamallaan päätöksellä, joka saapui unionin tuomioistuimeen 22.7.2020, lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko [unionin] oikeuden sekä direktiivin 2014/24/EU johdanto-osan 14 ja 32 perustelukappaleen ja 12 ja 18 artiklan sekä direktiivin 2014/23/EU 30 artiklan oikean tulkinnan mukaista – myös SEUT 107 artiklan kannalta – se, että kun tarkastellaan yksityisen osakkaan 30 prosentin vähimmäisomistusosuutta – jota kansallinen lainsäätäjä pitää riittävänä unionin oikeuskäytännössä vahvistettujen [unionin oikeuden] asiaa koskevien periaatteiden noudattamiseksi – sekä julkisessa että yksityisessä sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä, huomioon otetaan yksinomaan mainitun osakkaan muodollinen eli asiakirjoista ilmenevä omistusrakenne, vai voiko tarjouspyyntömenettelyn järjestänyt hankintaviranomainen ottaa huomioon – tai onko sen pikemminkin otettava huomioon – oma välillinen omistuksensa tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa?

2) Jos edelliseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko [unionin oikeuden] periaatteiden ja erityisesti kilpailua, oikeasuhteisuutta ja tarkoituksenmukaisuutta koskevien periaatteiden valossa johdonmukaista ja sopivaa, että tarjouspyyntömenettelyn järjestävä hankintaviranomainen voi sulkea pois menettelystä tarjoajana olevan yksityisen osakkaan, jonka tosiasiallinen omistusosuus sekä julkisessa että yksityisessä sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä jää todellisuudessa 30 prosentin alapuolelle todetun välittömän tai välillisen julkisen omistuksen vuoksi?”

[9] Se, että tosiasiallisen omistusosuuden piti olla 51 prosenttia, ilmeni jo tarjouspyyntöasiakirjoista. Kyseisten asiakirjojen mukaan Rooman kaupungin piti omistaa 51 prosenttia sekaomistuksessa olevan perustettavan yhtiön osuuksista. Loppujen osuuksien (73,5 % –51 % = 22,5 %), jotka olivat 22,5 prosenttia yhtiöstä, olisi pitänyt muodostua siitä, että Roma Multiservizin omistusosuus Rekeepin kanssa perustetusta ryhmittymästä oli noin 90 prosenttia. Se, että AMA, joka on kokonaan Rooman kaupungin omistuksessa, omisti 51 prosenttia Roma Multiservizistä, tarkoitti näin ollen sitä, että Rooman kaupungin tosiasiallinen omistusosuus sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä oli 22,5 prosenttia (22,5 % = 49 % x 90 % x 51 %). Kirjallisissa huomautuksissaan Rekeep ja Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) toteavat, että tarkoituksena oli yhtäältä, että Rekeep ryhmittymän valtuuttajana omistaisi 10 prosenttia ja Roma Multiservizi ryhmittymän johtajana toimivana valtuutettuna 90 prosenttia ryhmittymästä, ja toisaalta, että ne merkitsisivät itselleen sekaomistuksessa olevan, Rooman kaupungin kanssa perustettavan yhtiön osakkeita suhteessa osuuksiinsa ryhmittymässä.

20. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet pääasian asianosaiset ja CNS sekä Euroopan komissio. Istuntoa ei järjestetty.

V Asian tarkastelu

A Ennakkoratkaisukysymysten kohde

21. Ennakkoratkaisupyynnön tarkastelusta ilmenee, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on pääasian olosuhteissa ottanut huomioon seuraavat kaksi vaatimusta siltä osin kuin on kyse julkisesta ja yksityisestä omistusosuudesta sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä.

22. Ensimmäinen vaatimus koskee asetuksen nro 175 17 §:n 1 momentissa yksityiseltä osakkaalta edellytettyä 30 prosentin vähimmäisomistusosuutta sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä. Tämä yksityisen osakkaan vähimmäisomistusosuus tarkoittaa luonnollisestikin sitä, että julkisen sektorin enimmäisomistusosuus on 70 prosenttia.

23. Toinen vaatimus on hankintaviranomaisen käsiteltävässä asiassa tarjouspyynnössä asettama vaatimus, jonka mukaan yksityisen osakkaan omistusosuuden on oltava 49 prosenttia ja hankintaviranomaisen omistusosuuden 51 prosenttia.

24. Käsiteltävissä kahdessa ennakkoratkaisukysymyksessä, sellaisina kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on ne muotoillut, viitataan ainoastaan yksityiseltä osakkaalta edellytettyyn 30 prosentin vähimmäisomistusosuuteen sekaomistuksessa olevassa yhtiössä. Tässä yhteydessä on huomautettava, ettei ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustele unionin tuomioistuimelta sitä, onko tämä raja unionin oikeuden mukaan pätevä. Ennakkoratkaisukysymysten muotoilusta saa sen käsityksen, että kansallinen tuomioistuin haluaa selvittää, onko unionin oikeus esteenä sille, että tätä 30 prosentin vähimmäisomistusosuutta määritettäessä otetaan huomioon hankintaviranomaisen välillinen omistus kyseisessä yksityisessä osakkaassa.

25. Ennakkoratkaisupyynnön perustelut eivät kuitenkaan ole täysin yksiselitteiset siltä osin kuin on kyse ennakkoratkaisukysymysten kohteesta.

26. Yhtäältä kansallinen tuomioistuin nimittäin toteaa ennakkoratkaisukysymysten muotoilun mukaisesti, että pääasian ratkaisemiseksi on selvitettävä, ”onko sen määrittämiseksi, onko sekaomistuksessa olevassa [perustettavassa] yhtiössä olevien omistusosuuksien raja-arvoja (julkisen omistuksen osalta enintään 70 prosenttia ja yksityisen osakkaan omistuksen osalta vähintään 30 prosenttia) noudatettu, otettava huomioon ainoastaan yksityisen osakkaan oikeudellinen luonne, vai – jos julkinen osakkeenomistaja omistaa osuuden yksityisestä osakkaasta – onko huomioon otettava myös tämä julkinen omistus”.

27. Toisaalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin myös huomauttaa, ettei pääasiassa ole kyseenalaistettu julkisen omistusosuuden (51 prosenttia) ja yksityisen omistusosuuden (49 prosenttia) raja-arvojen lainmukaisuutta. Näin ollen se toteaa, että ”[käsiteltävä] asia koskee sen hankintaviranomaisen päätöksen lainmukaisuutta, jossa tämä katsoi, että arvioitaessa, oliko hankintaviranomaisen omistusosuudelle uudessa perustettavassa yhtiössä asetettua 51 prosentin enimmäisrajaa noudatettu, oli otettava huomioon myös [sen oma välillinen omistus kyseisessä yhtiössä]”.

28. Ottaen huomioon ennakkoratkaisukysymysten kohteen epäselvyyden on ensinnäkin huomautettava, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin mainitsee, että tarjouspyyntöjä koskevassa lex specialisissa, jonka säännökset ”pätevät” pääasiaan, määritetään selvästi julkisen ja yksityisen omistuksen osuudet, jotka ovat vastaavasti 51 ja 49 prosenttia. [10] Vaikuttaa siis siltä, että pääasiassa, joka koskee poissulkemispäätöstä, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii lähinnä tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettuja julkista ja yksityistä omistusosuutta koskevia vaatimuksia.

29. Toiseksi niistä osapuolista, joilta kysyttiin, oliko poissulkemispäätöstä muodollisesti perusteltu asetuksen nro 175 17 §:n 1 momentin rikkomisella vai tarjouspyyntöasiakirjoissa asetetun omistusrakennetta koskevan vaatimuksen noudattamatta jättämisellä, suurin osa vastasi, että sitä oli perusteltu jälkimmäisellä.

30. Roma Multiservizi vastasi yksiselitteisesti, että poissulkemispäätöksessä vedottiin siihen, että tarjouspyyntöasiakirjoissa mainittua pääomajakaumaa oli väitetysti jätetty noudattamatta.

31. Rooman kaupunki totesi aluksi, että poissulkemispäätöksen kohteena olevan ryhmittymän tarjouksessa on kaksi virhettä, jotka liittyvät kahteen julkista ja yksityistä omistusta koskevaan vaatimukseen. Tämän jälkeen se kuitenkin toisti ryhmittymän poissulkemisen perusteet, joista ilmenee, että sen poissulkeminen perustuu näkemykseen, jonka mukaan ”yksityisistä investoinneista muodostuvan riskipääoman osuus [sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä] jää alle 49 prosentin, mikä ei selvästikään vastaa tarjouspyyntöasiakirjoissa ja kaupunginvaltuuston päätöksissä asetettuja ehtoja”.

32. Rekeep totesi samansuuntaisesti Rooman kaupungin vastauksen kanssa, että poissulkemispäätöksen perusteluissa viitataan vain tarjouspyyntöasiakirjoissa mainittujen pääomaosuuksien noudattamatta jättämiseen, ja lisäsi, että kyseisen päätöksen johdanto-osassa vedotaan asetukseen nro 175.

33. Komissio näyttää vastauksessaan kallistuvan implisiittisesti samaan suuntaan. Kyseinen toimielin pitää selvänä, että yksityisen omistusosuuden vahvistaminen 49 prosenttiin – ja siitä seurannut poissulkeminen – perustuu yksinomaan asetuksen nro 175 17 §:ssä säädettyyn raja-arvoon. Päättelen tästä, että komission käsityksen mukaan poissulkeminen *seurasi* suoraan siitä, ettei tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettua vaatimusta yksityisestä 49 prosentin omistusosuudesta ollut noudatettu.

34. Vain CNS katsoo, että poissulkemispäätös perustuu sekä asetuksen nro 175 17 §:n 1 momentin rikkomiseen että tarjouspyyntöasiakirjoissa asetetun pääomajakaumaa koskevan vaatimuksen noudattamatta jättämiseen. CNS:n kyseisestä päätöksestä mainitsemat kohdat koskevat kuitenkin ainoastaan tarjouspyynnössä asetettuja julkista ja yksityistä omistusta koskevia vaatimuksia.

35. Näiden täsmennysten valossa on katsottava, että ensimmäisellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää, onko unionin oikeus esteenä sille, että määritettäessä yksityistä omistusosuutta sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä on otettava huomioon hankintaviranomaisen välillinen omistus tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa.

[10] Niin ikään ennakkoratkaisupyynnön tietojen mukaan Rome Multiservizi ja Rekeep riitauttivat poissulkemispäätöksen vedoten erityisesti lex specialisina pitämänsä lainsäädännön rikkomiseen, sen virheelliseen soveltamiseen ja sen virheelliseen finalistiseen tulkintaan.

36. Näin ollen toinen ennakkoratkaisukysymys on ymmärrettävä siten, että kansallinen tuomioistuin haluaa selvittää, onko unionin oikeus esteenä sille, että hankintaviranomainen sulkee pois tarjouspyyntömenettelystä tarjoajana olevan yksityisen osakkaan, jonka tosiasiallinen omistusosuus sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä ei vastaa tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettua yksityistä vähimmäisomistusosuutta koskevaa vaatimusta.

37. Näin uudelleenmuotoilluista ennakkoratkaisukysymyksistä on vielä syytä esittää muutamia huomautuksia.

38. Ensinnäkin ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen alkuperäisestä muotoilusta saa sen käsityksen, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää, onko unionin oikeus esteenä sille, että hankintaviranomainen ei ota huomioon kaikenlaista julkista omistusta tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa, vaan se ottaa huomioon ainoastaan ”oman omistuksensa” kyseisessä osakkaassa (”tarjouspyyntömenettelyn järjestänyt hankintaviranomainen [voi] ottaa huomioon – tai sen pikemminkin [on] otettava huomioon – oma välillinen omistuksensa yksityisessä osakkaassa”). Useat ennakkoratkaisupyynnön kohdat tukevat paitsi tarjouspyynnössä [11] myös – ja pääasiassa ennen muuta – poissulkemispäätöksessä [12] asetettujen julkista ja yksityistä omistusta koskevien vaatimusten tällaista tulkintaa.

39. Ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen muotoilusta myös ilmenee, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää, ”voidaanko” tällainen välillinen omistus ottaa huomioon tai onko se pikemminkin ”otettava” huomioon. On selvää, että pääasiassa hankintaviranomainen otti huomioon oman välillisen omistuksensa. Poissulkemispäätöksen laillisuuden tutkimiseksi on riittävää määrittää, onko unionin oikeus esteenä tällaiselle huomioon ottamiselle.

40. Lisäksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että toinen ennakkoratkaisukysymys esitetään vain siinä tapauksessa, että ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi. Alkuperäisessä muodossaan ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä esitetään kaksi vaihtoehtoa (”ovatko [unionin oikeuden säännökset] esteenä sille, että – – huomioon otetaan yksinomaan [välitön omistus], vai voiko [hankintaviranomainen] ottaa huomioon – tai onko se pikemminkin otettava huomioon – [välillinen omistus] tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa?”). Joka tapauksessa on todettava, että toinen kysymys esitetään siinä tapauksessa, että ensimmäiseen kysymykseen vastataan siten, että unionin oikeus ei ole esteenä sille, että hankintaviranomaisen välillinen omistus tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa otetaan huomioon.

41. Jotta ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle voitaisiin antaa hyödyllinen vastaus, on lisäksi määritettävä pääasiaan sovellettava järjestelmä ja yksilöitävä sen säännöksistä ne, joiden tulkitseminen on tarpeen, jotta kyseinen tuomioistuin voisi ratkaista käsiteltävänään olevan asian. Kaikki kansallisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyynnössä mainitsevat säännökset eivät nimittäin vaikuta olevan merkityksellisiä käsiteltävän asian ratkaisun kannalta. Tästä syystä tietyt osapuolet kyseenalaistavat sen, voidaanko ennakkoratkaisukysymykset ottaa tutkittaviksi.

[11] Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa erityisesti, että hankintaviranomainen ”vahvisti Rooman kaupungin omistusosuudeksi 51 prosenttia ja yksityisen osakkaan osuudeksi 49 prosenttia” ja että tämä viranomainen tarjouspyyntömenettelyä järjestäessään ”vahvisti Rooman kaupungin osuudeksi 51 prosenttia”.

[12] Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa erityisesti, että ”Rooman kaupungin – – tosiasiallinen omistusosuus sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä olisi 73,5 prosenttia, joka ylittäisi kyseisissä tarjouspyyntöasiakirjoissa asetetun 51 prosentin raja-arvon” ja että ”Rooman kaupungin omistusosuus [sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä] olisi ylittänyt sille asetetun 51 prosentin rajan”.

B Ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottaminen ja sovellettava järjestelmä

42. Ensimmäisessä kysymyksessään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa useisiin unionin oikeuden säännöksiin täsmentämättä nimenomaisesti syitä, joiden vuoksi se on epävarma niiden tulkinnasta. Toisesta ennakkoratkaisukysymyksestä on todettava, että siinä mainitaan ainoastaan tiettyjä unionin oikeuden periaatteita, erityisesti kilpailua, oikeasuhteisuutta ja tarkoituksenmukaisuutta koskevat periaatteet, muttei viitata yhteenkään unionin oikeuden säännökseen.

43. Tältä osin komissio katsoo, että ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin se koskee SEUT 107 artiklaa, kun taas CNS kyseenalaistaa sen, voidaanko kumpaakaan ennakkoratkaisukysymystä ottaa tutkittavaksi.[13] Tutkin nämä oikeudenkäyntiväitteet jäljempänä esittämässäni ennakkoratkaisupyynnön tarkastelussa, jossa pyrin yksilöimään käsiteltävän asian kannalta merkitykselliset unionin oikeuden säännökset.

1. Direktiivit 2014/23 ja 2014/24

44. Ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä, sellaisena kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on sen muotoillut, viitataan sekä direktiiviin 2014/23 että direktiiviin 2014/24. Näissä direktiiveissä vahvistetaan vastaavasti konsessiosopimusten tekemistä koskevat säännöt ja hankintamenettelyjä koskevat säännöt.

45. Käsiteltävässä asiassa sovellettavan direktiivin määrittämiseksi on syytä tutkia tarjouspyynnön kohde sekä sopimus, joka hankintaviranomaisen oli tarkoitus tehdä tämän tarjouspyyntömenettelyn päätteeksi.

46. Pääasiassa kyseessä olevalla tarjouspyynnöllä oli kaksi kohdetta, joten voidaan katsoa, että tehtävä sopimus muodostui kahdesta osasta, joista toinen koski yksityisen osakkaan valintaa sekaomistuksessa olevaan perustettavaan yhtiöön ja toinen integroitujen koulupalvelujen antamista tämän yhtiön hoidettaviksi.

47. Voiko sopimuksen ensimmäinen osa vaikuttaa direktiivin 2014/23 tai direktiivin 2014/24 sovellettavuuteen näihin pääasiassa kyseessä oleviin kahteen sopimuksen osaan? Oikeuskäytännöstä voidaan johtaa hyödyllisiä ohjeita siihen, miten tähän kysymykseen on vastattava.

a) Merkityksellinen oikeuskäytäntö

48. Tuomion Club Hotel Loutraki ym.[14] taustalla olleessa asiassa unionin tuomioistuin sai käsiteltäväkseen vastaavan kysymyksen. Ennakkoratkaisupyyntö koski sopimusta, joka muodostui kolmesta osasta: sopimuksesta, jonka perusteella 49 prosenttia julkisen yrityksen osakkeista luovutettiin sen yksityistämiseksi, sopimuksesta, jonka perusteella luovutuksensaaja otti

[13] CNS:n mukaan ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ainoastaan vaatii tutkimaan, soveltuuko kansallinen oikeus yhteen unionin oikeuden yleisperiaatteiden kanssa, yksilöimättä kuitenkaan konkreettisesti niitä nimenomaisia säännöksiä, joiden kannalta tämä yhteensoveltuvuus olisi tutkittava. CNS:n mukaan ennakkoratkaisukysymyksen merkityksettömyyden osoittaa myös se, ettei unionin oikeudessa ole säännöksiä julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusmuodoista.

[14] Tuomio 6.5.2010 (C-145/08 ja C-149/08, EU:C:2010:247; jäljempänä tuomio Club Hotel Loutraki ym.).

vastatakseen kasinoliiketoiminnan harjoittamisesta palkkiota vastaan, ja sopimuksesta, jonka perusteella luovutuksensaaja sitoutui toteuttamaan kasinotilojen kunnostamista koskevan suunnitelman.

49. Tämän kysymyksen ratkaisemiseksi unionin tuomioistuin – todettuaan, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin oli perustellusti luokitellut sopimuksen ”sekamuotoiseksi” [15] – tutki, muodostiko sopimus jakamattoman kokonaisuuden ja kuuluiko se pääasiallisen kohteensa vuoksi kokonaisuutena jonkin siinä tapauksessa kyseessä olleen direktiivin soveltamisalaan. [16] Tässä yhteydessä unionin tuomioistuin viittasi oikeuskäytäntöön, jonka mukaan ”sellaisen sekamuotoisen sopimuksen tapauksessa, jonka eri osat liittyvät – – erottamattomalla tavalla toisiinsa ja muodostavat näin jakamattoman kokonaisuuden, kyseistä liiketoimea on tarkasteltava yhtenä kokonaisuutena sen luonnehtimiseksi oikeudellisesti ja sitä on arvioitava sen pääkohteena olevaan osaan tai sopimuksen hallitsevaan osatekijään sovellettavien säännösten perusteella”. [17]

50. Tästä oikeuskäytännöstä unionin tuomioistuin totesi aluksi, että kyseessä oli sekamuotoinen sopimus, jota oli pidettävä jakamattomana kokonaisuutena, koska se oli tehtävä sellaisen yhden sopimuskumppanin kanssa, jolla on sekä tarvittavat taloudelliset voimavarat kyseessä olevien osakkeiden hankkimiseksi että ammatillista kokemusta kasinotoiminnan harjoittamisesta. Toiseksi unionin tuomioistuin totesi, että sopimuksen pääkohde oli se, että luovutettiin 49 prosenttia julkisen yrityksen osakkeista. [18] Tämä päätelmä perustui siihen, että osakkeiden luovutus oli tosiasiallisesti yksityistämistä ja että sillä oli ajallisesti rajoittamaton vaikutus, joten tulo, jonka luovutuksensaaja sai osakkeenomistajana, oli selvästi merkittävämpi kuin palkkio, jonka se sai palvelujen suorittajana. [19]

51. Tuomiossa Mehiläinen ja Terveystalo Healthcare [20] unionin tuomioistuin tutki saman oikeuskäytännön perusteella [21] järjestelyn, jossa hankintaviranomainen teki siitä erillisen yksityisen yksikön kanssa sopimuksen, jolla perustettiin osakeyhtiömuotoinen yhteisyritys, jolta kyseinen hankintaviranomainen sitoutui sitä perustettaessa hankkimaan neljän vuoden siirtymäkauden ajan työterveys- ja työhyvinvointipalvelut, jotka sen oli tarjottava työntekijöilleen.

52. Kuten tuomiossa Club Hotel Loutraki ym., tuomiossa Healthcare unionin tuomioistuin totesi, että kyseinen järjestely oli sekamuotoinen sopimus. Unionin tuomioistuin kuitenkin katsoi, että tämän järjestelyn osat eivät olleet erotettavissa toisistaan, koska ei ollut objektiivista tarvetta sekamuotoisen sopimuksen tekemiseen yhden ainoan sopimuskumppanin kanssa. Unionin tuomioistuin katsoi erityisesti, että sitä, että palveluja koskeva osa kyseessä olevasta sekamuotoisesta sopimuksesta oli erotettavissa tämän sopimuksen muista osista, tuki yhtäältä se, että hankintaviranomainen oli ilmaissut aikomuksensa järjestää siirtymäkauden jälkeen tarjouspyyntömenettelyn hankkiakseen tällaisia palveluja työntekijöilleen, ja toisaalta se, että yhteisyritys oli tosiasiallisesti perustettu ja että se oli toiminut ilman sopimuksen sitä osaa, joka muodostui palveluista. [22]

15 Tuomio Club Hotel Loutraki ym., 46 kohta.

16 Tuomio Club Hotel Loutraki ym., 50 kohta.

17 Tuomio Club Hotel Loutraki ym., 48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

18 Tuomio Club Hotel Loutraki ym., 57 kohta.

19 Tuomio Club Hotel Loutraki ym., 55 ja 57 kohta.

20 Tuomio 22.12.2010 (C-215/09, EU:C:2010:807; jäljempänä tuomio Healthcare).

21 Tuomio Healthcare, 36 kohta.

22 Tuomio Healthcare, 43 ja 44 kohta.

53. Tuomiossa Acoset unionin tuomioistuin, jolta kysyttiin integroidun vesihuollon hallinnointiin liittyvän paikallisen julkisen palvelun antamisesta suoraan sekaomistuksessa olevan yhtiön hoidettavaksi, ei edes ottanut esiin kysymystä siitä, oliko kyseessä sekamuotoinen sopimus, jonka eri osat liittyvät erottamattomalla tavalla toisiinsa ja muodostavat näin jakamattoman kokonaisuuden. Sen määrittämiseksi, kuuluiko kyseinen hallinnointiin liittyvän paikallisen julkisen palvelun antaminen hoidettavaksi jommankumman kyseessä olleen direktiivin soveltamisalaan, unionin tuomioistuin keskittyi tarkastelemaan integroidun vesihuollon hallinnointia koskevaa paikallista julkista palvelua ja tämän palvelun hallinnointiin liittyneitä rakennusurakoita.

54. Tuomiota Acoset ei kuitenkaan voida tulkita siten, että kun kyseessä on sopimus, joka muodostuu useista osista, joista yksi koskee sekaomistuksessa olevan yhtiön perustamista, viimeksi mainittu osa on jätettävä huomiotta ja on tutkittava vain muut osat. Tällainen tulkinta olisi vastoin kyseisen tuomion jälkeistä oikeuskäytäntöä, johon viittasin tämän ratkaisuehdotuksen edellisissä kohdissa.

55. Tuomio Acoset on näin ollen ymmärrettävä siten, että unionin tuomioistuin on siinä implisiittisesti katsonut ensinnäkin, että kyseessä oli sekamuotoinen sopimus, jonka osat muodostivat jakamattoman kokonaisuuden, ja toiseksi, että paikallista julkista palvelua koskeva osa oli tämän sopimuksen pääkohde.

56. Tästä seuraa, että hankintaviranomaisen käynnistämässä menettelyssä tehty sopimus, joka koskee yksityisen osakkaan valintaa sekaomistuksessa olevaan yhtiöön ja hankinta- tai konsessiosopimuksen tekemistä tämän yhtiön kanssa, on kahdesta osasta muodostuva sekamuotoinen sopimus.[23] Siltä osin kuin on kyse tällaisesta sekamuotoisesta sopimuksesta, on ensinnäkin määritettävä, liittyvätkö sopimuksen eri osat erottamattomalla tavalla toisiinsa ja muodostavatko ne siten jakamattoman kokonaisuuden, toiseksi yksilöitävä sopimuksen pääkohde tai sitä hallitseva osatekijä, ja kolmanneksi määritettävä järjestelmä, jota kyseiseen sopimukseen sovelletaan tämän pääkohteen tai hallitsevan osatekijän kannalta.[24]

[23] Tietyt osapuolet näyttävät kyseenalaistavan sen, voidaanko sopimusta, jonka toinen osa koskee yksityisen osakkaan valintaa sekaomistuksessa olevaan perustettavaan yhtiöön, pitää sekamuotoisena sopimuksena. Vaikka tuomiossa Acoset unionin tuomioistuin ei käyttänyt ilmausta ”sekamuotoinen sopimus”, se teki niin tuomiossa Club Hotel Loutraki ym. ja tuomiossa Healthcare. Vaikka lisäksi oletettaisiin, että direktiiviä 2014/24 sovelletaan käsiteltävään asiaan ja että pääasiassa kyseessä oleva sopimus ei kuulu mainitun direktiivin 3 artiklassa tarkoitetun sekamuotoisten hankintojen käsitteen alaan, koska yksityisen osakkaan valinta sekaomistuksessa olevan yhtiön perustamista varten ei koske hankintasopimusta (ks. jäljempänä alaviite 24), pääasiassa kyseessä oleva sopimus voi silti kuulua laajempaan sekamuotoisten sopimusten ryhmään, johon unionin tuomioistuin näyttää viitanneen tuomiossa Club Hotel Loutraki ym. ja tuomiossa Healtcare.

[24] Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä omaksutusta ratkaisusta riippumatta on todettava, että jos pääasiaan sovelletaan direktiiviä 2014/24, samaan lopputulokseen voitaisiin a priori päätyä kyseisen direktiivin 3 artiklan 6 kohdan perusteella, sillä siinä säädetään, että ”jos tietyn hankintasopimuksen eri osia ei voi objektiivisesti erottaa toisistaan, sovellettavasta oikeudellisesta järjestelystä päätetään sopimuksen pääkohteen perusteella”. Kyseisen direktiivin mukaan hankintasopimuksen tarkoituksena on rakennusurakoiden toteuttaminen, tavaroiden toimittaminen tai palvelujen suorittaminen. Näin ollen on selvitettävä, kuuluvatko yksityisen osakkaan valinta ja sekaomistuksessa olevan yhtiön perustaminen samassa direktiivissä tarkoitetun hankintasopimuksen käsitteen alaan. Vaikuttaa siltä, että oikeuskirjallisuudessa katsotaan, että näin on (ks. vastaavasti Andrecka, M., ”Institutionalized Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU”, *European Procurement & Public*, 2014, nide 9, nro 3, s. 176, siltä osin kuin tekijä viittaa direktiivin 2014/24 3 artiklan 4 kohtaan). Koska on epävarmaa, mitä järjestelmää käsiteltävässä asiassa sovelletaan, on lisäksi todettava, että direktiivissä 2014/24, jonka 3 artiklan 6 kohdassa säädetään, että ”jos tietyn hankintasopimuksen [(marché)] eri osia ei voi objektiivisesti erottaa toisistaan, sovellettavasta oikeudellisesta järjestelystä päätetään [sekamuotoisen] sopimuksen pääkohteen perusteella”, käytetty [ranskankielinen] sanamuoto on erilainen kuin direktiivissä 2014/23, jonka 20 artiklan 5 kohdassa säädetään, että ”jos *tietyn hankintasopimuksen [(contrat)] eri osia* ei voi objektiivisesti erottaa toisistaan, sovellettavasta oikeudellisesta järjestelystä päätetään sopimuksen pääkohteen perusteella” (kursivointi tässä), ja näistä jälkimmäinen vaikuttaa joustavammalta, ainakin tiettyjen kyseisten direktiivien kieliversioiden, erityisesti niiden ranskankielisten versioiden osalta.

b) Soveltaminen

1) Sekamuotoinen sopimus: liittyvätkö osat erottamattomalla tavalla toisiinsa?

57. Mielestäni pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen kaksi osaa liittyvät erottamattomalla tavalla toisiinsa, kuten tuomion Club Hotel Loutraki ym. ja tuomion Acoset taustalla olleissa asioissa.

58. Sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisesta ja yksityisestä sopimuskumppanista muodostettu sekaomistuksessa oleva yhtiö voi tarjota integroituja koulupalveluja, on nimittäin objektiivisesti tarpeen valita sopimuskumppani, jolla on tarvittavat rahoitusta koskevat voimavarat hankkia 49 prosenttia sekaomistuksessa olevasta perustettavasta yhtiöstä ja joka täyttää tietyt muut edellytykset sille, että se voi sekaomistuksessa olevana yhtiönä ottaa hoitaakseen integroidut koulupalvelut ja kantaa koko toiminnallisen riskin. Sopimuksen kummankin osan on siten koskettava samaa kumppania, vaikka teknisesti sen ensimmäinen osa koskee yksityisen osakkaan valintaa ja toinen osa integroitujen koulupalvelujen antamista sellaisen sekaomistuksessa olevan yhtiön hoidettaviksi, jonka osakkeista tämä osakas omistaa 49 prosenttia.[25]

59. Toisin kuin tuomion Healthcare taustalla olleessa asiassa,[26] jossa palveluja koskeneeseen sopimuksen osaan liittyneet olosuhteet olivat hyvin erityislaatuiset, käsiteltävässä asiassa ei ole mitään perustetta katsoa, että sekaomistuksessa olevan yhtiön perustamista koskeva sopimuksen osa voitaisiin erottaa sen integroituja koulupalveluja koskevasta osasta. Jollei jälkimmäistä osaa olisi, sekaomistuksessa oleva perustettava yhtiö objektiivisesti ottaen menettäisi olemassaolonsa taloudellisen syyn. Italian oikeudessa asetuksen nro 175 17 §:n 1 momentin mukaan sekaomistuksessa olevan yhtiön toiminnan yksinomaisena tarkoituksena on hankinta- tai konsessiosopimuksen täytäntöönpano.

60. Seuraavaksi on määritettävä, onko pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen pääkohteena osa, joka koskee sekaomistuksessa olevan yhtiön perustamista, vai osa, joka koskee integroituja koulupalveluja.

2) Sopimuksen pääkohde

61. Mielestäni pääasiassa kyseessä olevan sekamuotoisen sopimuksen pääkohde on osa, joka koskee integroituja koulupalveluja.

62. Sekaomistuksessa oleva perustettava yhtiö oli vain keino varmistaa, että integroituja koulupalveluja tarjottiin kumppanuuden perusteella, eikä tämä yhtiö suinkaan ollut tarjouspyynnön kohde. Toisin kuin tuomion Club Hotel Loutraki ym. taustalla olleessa asiassa, käsiteltävässä asiassa ei ole kyse aikaisemmin toimineen julkisen yrityksen osakkeiden hankinnasta sen yksityistämiseksi, vaan siinä on kyse sekaomistuksessa olevan yhtiön perustamisesta integroitujen koulupalvelujen toteuttamista varten.

[25] Ks. analogisesti tuomion Loutraki ym. 53 kohta luettuna yhdessä saman tuomion 28 kohdan kanssa, jonka mukaan kyseinen sekamuotoinen sopimus käsitti yhtäältä ”osan, jossa [Ellinika Touristika Akinita AE -yhtiö] myy osakkeita edullisimman tarjouksen tekijälle ja joka ei sellaisenaan kuulu julkisia hankintoja koskevien unionin säännösten soveltamisalaan, ja toisaalta osan, joka koskee palveluhankintaa koskevaa sopimusta edullisimman tarjouksen tehneen tarjoajan, joka vastaa kasinoyrityksen toiminnan harjoittamiseen liittyvistä velvoitteista, kanssa”, kun taas, kuten kyseisen tuomion 25 kohdasta ilmenee, yhtiö, joka tarjoajan oli perustettava (eikä siis tarjoaja itse) toimi toiminnan harjoittajana ja teki vähintään yhden sopimuksen. Ks. tästä myös tuomio Acoset, 54 ja 61 kohta.

[26] Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 52 kohta.

63. Lisäksi tuomion Club Hotel Loutraki ym. taustalla olleessa asiassa aikaisemmin toimineen julkisen yrityksen osakeomistus oli jo itsessään merkittävä tulonlähde. Ei ole mitään perustetta katsoa, että näin on myös käsiteltävässä asiassa. Tuomioon Club Hotel Loutraki ym. ei siten voida tukeutua sen päätelmän tekemiseksi, että nyt käsiteltävässä tapauksessa sekaomistuksessa olevan yhtiön perustaminen on pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen pääkohde.

64. Näin ollen se, kumpaa direktiiviä pääasian yhteydessä sovelletaan, on tutkittava integroituja koulupalveluja koskevan sopimuksen osan kannalta.

3) Palveluhankintasopimuksia vai palvelukonsessioita?

65. Ennakkoratkaisupyyntö on vajaa siltä osin kuin on kyse integroituja koulupalveluja koskevasta sopimuksen osasta.

66. Pitää toki paikkansa, että asianosaisten unionin tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissa vastauksissa esitetään tiettyjä selvennyksiä siihen, minkälainen palveluvalikoima integroituja koulupalveluja koskevaan sopimuksen osaan sisältyy.[27] Näiden selvennysten perusteella ei kuitenkaan voida kiistattomasti luokitella tässä ratkaisuehdotuksessa, kuuluuko tämä sopimuksen osa palveluhankintasopimuksiin vai palvelukonsessioihin.

67. Tällainen konkreettinen luokittelu kuuluu joka tapauksessa yksin kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan.[28] Unionin tuomioistuin voi tarvittaessa tehdä täsmennyksiä ohjatakseen kansallista tuomioistuinta tässä luokittelussa.

68. Tältä osin on aluksi todettava, että direktiivissä 2014/24 tarkoitettuihin palveluhankintasopimuksiin sisältyy vastike, jonka hankintaviranomainen maksaa suoraan palveluntarjoajalle.[29] Direktiivissä 2014/23 tarkoitetut palvelukonsessiot ovat sitä vastoin sopimuksia, joilla palvelujen tarjoaminen ja hallinnoiminen siirretään tietylle toimijalle ja joissa tämän siirtämisen vastikkeena on joko yksinomaan oikeus hyödyntää palveluja tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.[30] Unionin tuomioistuin on vastaavasti todennut palvelukonsession olemassaolon erityisesti tapauksissa, joissa palvelun suorittajan saama vastike tuli palvelun käyttäjien suorittamista maksuista.[31] Näin ollen se ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitsema seikka, että Italian oikeuden mukaan perustettu sekaomistuksessa oleva yhtiö harjoittaa todellisuudessa vastikkeellista ja voittoja tuottavaa toimintaa (vaikkakin nämä voitot ovat kyseisen tuomioistuimen mukaan vaatimattomia), voi merkitä sitä, että on sovellettava direktiiviä 2014/23.

27 Asianosaisten huomautuksista ja niiden vastauksista unionin tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin ilmenee, että integroidut koulupalvelut muodostuvat yleisistä huoltotöistä, tavarankäsittelystä, tavarankuljetuksesta ja siivouksesta päiväkodeissa ja kouluissa sekä koulukuljetuksesta. Koulukuljetuspalvelun sisältyminen tähän valikoimaan ei näytä saaneen ennakkoratkaisua pyytänyttä tuomioistuinta pohtimaan vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/25/EU (EUVL 2014, L 94, s. 243) soveltamista. Joka tapauksessa on todettava yhtäältä, että tämän direktiivin 4 ja 6 artiklassa vahvistetaan myös sekamuotoisia sopimuksia koskevia sääntöjä, ja toisaalta, ettei ole mitään perustetta katsoa, että koulukuljetus olisi pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen tai sen integroituja koulupalveluja koskevan osan pääkohde.

28 Ks. vastaavasti tuomio 10.11.2011, Norma-A ja Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, 57 ja 59 kohta).

29 Ks. direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohta. Ks. vastaavasti myös tuomio Acoset, 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

30 Ks. direktiivin 2014/23 5 artiklan 1 kohdan b alakohta.

31 Ks. tuomio Acoset, 43 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

69. Toiseksi on todettava, että vaikka korvaustapa onkin yksi ratkaisevista tekijöistä palvelukonsessioksi luokittelun näkökulmasta, palvelukonsessio edellyttää sitä, että konsessionsaaja ottaa kantaakseen kyseisten palvelujen hyödyntämiseen liittyvän riskin.[32] Tämän riskinsiirron erotteluperuste on kodifioitu direktiiviin 2014/23.[33] Kyseistä perustetta kuvataan kyseisen direktiivin italiankielisessä versiossa käsitteellä ”rischio operativo” (toiminnallinen riski). Päätöksessä, jolla Rooman kaupunki käynnisti tarjouspyyntömenettelyn, käytetään tätä samaa käsitettä täsmentämään, että valitun tarjoajan on kannettava tämä riski kokonaisuudessaan.[34]

70. Kolmanneksi on niin, että voidakseen vastata ennakkoratkaisukysymyksiin unionin tuomioistuin voi sille esitettyjen seikkojen perusteella lähteä siitä oletuksesta, että sopimus kuuluu jommankumman kyseessä olevan direktiivin soveltamisalaan.[35] Mielestäni käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan ole mahdollista ajatella tällaista lähestymistapaa, koska ei ole käytettävissä tietoja, joiden perusteella voitaisiin ratkaista, kumpaa järjestelmää tässä tapauksessa on sovellettava. Ennen muuta katson komission tapaan, ettei se, kummassa direktiivissä säädettyä järjestelmää sovelletaan, välttämättä vaikuta käsiteltävässä asiassa esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin annettaviin vastauksiin. Integroituja koulupalveluja koskevaan osaan sovellettavaa järjestelmää voidaan nimittäin soveltaa yksityisen osakkaan valintaa koskevaan osaan ainoastaan ”laajemmassa merkityksessä”. Koska ennakkoratkaisukysymykset koskevat vain jälkimmäistä osaa, tässä yhteydessä voidaan soveltaa ainoastaan kyseisten järjestelmien pääperiaatteita, jotka pätevät yhtä lailla kumpaankin sopimuksen osaan. Samalla kun otan huomioon kansallisten tuomioistuinten ja unionin tuomioistuimen välisen toimivallan jaon viittaan siis tässä ratkaisuehdotuksessa sekä direktiiviin 2014/23 että direktiiviin 2014/24.[36]

2. Yksiköiden välisiä hankintasopimuksia julkisella sektorilla koskeva järjestelmä

71. Ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä kansallinen tuomioistuin viittaa ainoastaan direktiivin 2014/24 12 artiklaan ja sen johdanto-osan 14 ja 32 perustelukappaleeseen ja toistaa ennakkoratkaisupyynnössä kyseisen direktiivin 12 artiklan 1 kohdan ensimmäistä alakohtaa. Kyseinen tuomioistuin ei kuitenkaan täsmennä syitä, joiden vuoksi se on epävarma viimeksi mainitun säännöksen tulkinnasta.

72. Ensinnäkin on todettava, että direktiivin 2014/24 johdanto-osan 14 perustelukappaleessa ainoastaan mainitaan, että talouden toimijoiden käsitettä olisi tulkittava laajasti, ja vahvistetaan näin, että sekaomistuksessa oleva yhtiö voi hyvin kuulua tämän käsitteen alaan. Muilta osin kyseisessä perustelukappaleessa lähinnä toistetaan saman direktiivin

32 Ks. vastaavasti tuomio 10.11.2011, Norma-A ja Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, 44 kohta). Ks. vastaavasti myös ratkaisuehdotukseni Promoimpresa ym. (C-458/14 ja C-67/15, EU:C:2016:122, 62 ja 63), jossa totesin, että palvelukonsessiolle on ominaista erityisesti se, että viranomainen antaa konsessionhaltijan hoidettavaksi palvelun, jonka tarjoaminen (ja, lisättäköön, siihen liittyvä riski) tavallisesti kuuluisi sen itsensä vastuulle, ja tällä tavalla velvoittaa konsessionhaltijan tarjoamaan kyseistä palvelua.

33 Ks. direktiivin 2014/23 1 artiklan 1 kohta ja johdanto-osan 18 perustelukappale.

34 Pääasiassa riskin olisi kantanut sekamuotoisen sopimuksen ensimmäisen osan yhteydessä valittu yksityinen osakas, kun taas integroidut koulupalvelut, jotka olivat tämän sopimuksen pääkohde, olisi pitänyt antaa kyseisen sopimuksen toisen osan yhteydessä sekaomistuksessa olevan perustettavan yhtiön hoidettaviksi. Tämä erityispiirre huomioon ottaen voitaisiin väittää, että sopimuksen toisessa osassa irrallaan tarkasteltuna ei ole kyse riskin siirtymisestä valitulle tarjoajalle. Käsiteltävässä asiassa tarjouspyyntömenettelyllä pyrittiin joka tapauksessa vapauttamaan hankintaviranomainen integroitujen koulupalvelujen toteuttamiseen liittyvästä riskistä. Tästä syystä en sulje pois toisen osan luokittelua konsessioksi tästä erityispiirteestä huolimatta. Kyseisen erityispiirteen problematiikasta ks. myös edellä tämän ratkaisuehdotuksen 58 kohta.

35 Ks. analogisesti tuomio Acoset, 42 kohta.

36 Perusteellisuuden vuoksi huomautan, että direktiivejä 2014/23 ja 2014/24 sovelletaan ajallisesti pääasiaan ja että hankintasopimuksen hinta, joksi arvioidaan yli 277 miljoonaa euroa, ylittää näissä direktiiveissä asetetut kynnysarvot. Ks. direktiivin 2014/23 8 artikla ja direktiivin 2014/24 4 artikla.

2 artiklan 1 kohdan 10 alakohdassa esitetty kyseisen käsitteen määritelmä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei ennakkoratkaisukysymyksessään viittaa viimeksi mainittuun säännökseen.

73. Toiseksi direktiivin 2014/24 12 artiklan 1 kohdassa säädetään, että hankintasopimuksiin, joita tehdään sellaisten oikeushenkilöiden kanssa, joissa hankintaviranomainen käyttää määräysvaltaa, ei pitäisi soveltaa kyseisessä direktiivissä säädettyjä menettelyjä. Tässä säännöksessä säädetään kyseisten yksiköiden vertikaalisesta yhteistyöstä tai perinteisestä sisäisestä hankinnasta (in house).

74. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kuitenkin toteaa selvästi, että Italian oikeudessa pääasiassa kyseessä olevan sekaomistuksessa olevan yhtiön perustaminen on vaihtoehto sisäiselle hallinnoinnille.[37]

75. Ennen muuta vaikuttaa siltä, että direktiivi 2014/24 12 artiklan 1 kohdassa säädetyn poikkeuksen soveltaminen palvelujen hankkimiseen kumppanuusyksiköltä on a priori suljettava pois. Kuten nimittäin saman direktiivin johdanto-osan 31 perustelukappaleen kolmannessa kohdassa todetaan, olisi varmistettava, että soveltamisalan ulkopuolelle näin jätetty julkisen sektorin sisäinen yhteistyö ei aiheuta kilpailun vääristymistä yksityisiin talouden toimijoihin nähden, jos yksityinen palvelujentarjoaja on kilpailijoitaan edullisemmassa asemassa. Direktiiviä 2014/24 edeltäneen oikeuskäytännön[38] mukaisesti tämän direktiivin johdanto-osan 32 perustelukappaleessa myös täsmennetään, että 12 artiklan 1 kohdassa säädetty poikkeus ”ei saisi koskea tilanteita, joissa yksityinen talouden toimija osallistuu suoraan määräysvallan alaisen oikeushenkilön pääomaan, koska hankintasopimuksen tekeminen ilman tarjousperusteista menettelyä antaisi määräysvallan alaisessa oikeushenkilössä osakkaana olevalle yksityiselle talouden toimijalle aiheettoman edun sen kilpailijoihin nähden”.

76. Kolmanneksi voidaan vielä kysyä, onko pääasiassa kyseessä oleva sekamuotoinen sopimus jätettävä direktiivin 2014/24 soveltamisalan ulkopuolelle sen 12 artiklan 4 kohdan nojalla. Tämä säännös koskee yksinomaan useiden hankintaviranomaisten välillä tehtyjä hankintasopimuksia, jos näillä sopimuksilla käynnistetään tai toteutetaan kyseisten hankintaviranomaisten välinen yhteistyö.

77. Voitaisiin teoretisoida, että Rooman kaupunki hankintaviranomaisena halusi käynnistää yhteistyön sellaisen sekamuotoisen perustettavan yhtiön kanssa, joka sekin tarjoaisi integroituja koulupalveluja ja jonka osakkeista 51 prosenttia olisi Rooman kaupungin omistuksessa. Näin ollen tämä yhtiö olisi direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 4 alakohdassa tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos ja voisi siten muodostaa direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 1 alakohdassa tarkoitetun hankintaviranomaisen.

78. Vaikka oletettaisiin, että direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdassa säädetyn poikkeuksen soveltamisedellytykset täyttyvät tällaisessa tilanteessa, unionin tuomioistuin on todennut tuomiossa Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung,[39] että tämä säännös edellyttää, että hankintaviranomaisten välinen yhteistyö ei saa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaan johtaa siihen, että jokin yksityinen yritys asetetaan kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan. Tästä seuraa, kuten julkisasiamies Campos Sánchez-Bordona totesi kyseisessä asiassa esittämässään ratkaisuehdotuksessa,[40] että hankintaviranomaisten välinen yhteistyö, jossa

37 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 11 kohta.

38 Ks. tuomio 6.4.2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, 31 ja 32 kohta).

39 Tuomio 28.5.2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395).

40 Ratkaisuehdotus Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, 109 kohdan kolmas luetelmakohta).

yksityinen toimija asetetaan markkinoilla etuoikeutettuun asemaan kilpailijoihinsa nähden, ei voi kuulua direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdan soveltamisalaan. Näiden selvennysten valossa, ja kun otetaan huomioon yksityisen osakkaan omistus sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä, olen sitä mieltä, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva yhteistyö ei voi kuulua kyseisessä säännöksessä vahvistetun poikkeuksen soveltamisalaan.

79. Näin ollen direktiivin 2014/24 12 artiklaa ei tarvitse välttämättä tulkita, jotta ennakkoratkaisukysymyksiin voitaisiin antaa vastaus.

3. Sosiaalipalveluja ja muita erityisiä palveluja koskeviin sopimuksiin sovellettava järjestelmä

80. Direktiivin 2014/24 74 artiklassa säädetään, että sen liitteessä XIV luetellut sosiaalipalveluja ja muita erityisiä palveluja koskevat hankintasopimukset on tehtävä kyseisen direktiivin III osaston I luvun mukaisesti. Kaikki osapuolet CNS:ää lukuun ottamatta totesivat unionin tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, että ainakin yksi integroituja koulupalveluja koskevaan osaan sisältyvistä palveluista kuuluu tai voi kuulua kyseisen liitteen soveltamisalaan.

81. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asia on tarkastaa, pitääkö tämä paikkansa. Jos näin on, riittää, että hankintamenettelyssä noudatetaan direktiivissä 2014/24 tällaisten hankintasopimusten tekemisestä annettuja kevennettyjä sääntöjä. Esitän vain muutaman huomion, joista voi olla hyötyä kyseiselle tuomioistuimelle.

82. Yhtäältä direktiivin 2014/24 III osaston I luvussa toki otetaan käyttöön erityinen sosiaalipalveluja ja muita erityisiä palveluja koskevien hankintasopimusten tekomenettely. Näihin hankintasopimuksiin ei siten sovelleta tavanomaisen järjestelmän sääntöjä. Saman direktiivin 76 artiklan 1 kohdassa kuitenkin säädetään, että jäsenvaltioiden on otettava käyttöön kyseisen luvun soveltamisalaan kuuluvien hankintasopimusten tekemiseksi kansalliset säännöt, joilla varmistetaan, että hankintaviranomaiset noudattavat avoimuuden ja talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteita. A priori kyse on siten samoista periaatteista kuin ne, joihin viitataan mainitun direktiivin 18 artiklassa. En voi siten sulkea pois sitä, että III osaston I luvun soveltaminen pääasiaan ei vaikuttaisi ennakkoratkaisukysymyksiin annettaviin vastauksiin. [41]

83. Toisaalta, ennen kuin voidaan todeta, että direktiivin 2014/24 III osaston I luvun sääntöjä sovelletaan pääasiassa kyseessä olevaan sopimukseen, on vielä verrattava keskenään mainitun luvun soveltamisalaan kuuluvien palvelujen ja kyseisen direktiivin tavanomaisen järjestelmän soveltamisalaan kuuluvien palvelujen ennakoituja arvoja ja määritettävä näiden arvojen perusteella sopimuksen pääkohde. [42]

84. Koska käytettävissä ei ole tietoja, joiden perusteella voitaisiin todeta, että pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen pääkohteena on pidettävä direktiivin 2014/24 III osaston I luvun soveltamisalaan kuuluvia palveluja, ja koska ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei mitenkään viittaa kyseisen luvun säännöksiin, lähden siitä olettamasta, että kevennettyjä sääntöjä ei sovelleta käsiteltävään asiaan.

[41] Ks. tästä myös edellä tämän ratkaisuehdotuksen 70 kohta.

[42] Direktiivin 2014/24 3 artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa säädetään, että ”jos on kyse sekamuotoisista hankintasopimuksista, jotka koskevat osittain III osaston I luvussa tarkoitettuja palveluja ja osittain muita palveluja, taikka sekamuotoisista hankintasopimuksista, jotka koskevat osittain palveluja ja osittain tavaroita, niiden pääkohde on määritettävä sen mukaan, minkä palvelujen tai tavaroiden ennakoidut arvot ovat korkeimmat”.

4. SEUT 107 artikla

85. Ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä viitataan SEUT 107 artiklaan. Komissio väittää, että ennakkoratkaisupyyntö on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin se koskee tämän primaarioikeuden määräyksen tulkintaa.

86. Olen tästä komission kanssa samaa mieltä. Ennakkoratkaisupyynnössä ei nimittäin selvästi yksilöidä sitä toimenpidettä, jota pääasiassa kyseessä olevassa menettelyssä olisi pidettävä valtiontukena. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei myöskään täsmennä syitä, joiden vuoksi kyseisen määräyksen tulkinta on tarpeen sen käsiteltävänä olevan oikeusriidan ratkaisemiseksi.

87. Ennakkoratkaisupyyntö voidaan toki ymmärtää siten, ettei kansallinen tuomioistuin pyydä unionin tuomioistuinta tulkitsemaan kyseistä primaarioikeuden määräystä, vaan se pyytää tulkitsemaan direktiivejä 2014/23 ja 2014/24 kyseisen määräyksen valossa (”SEUT 107 artiklan kannalta”). Ennakkoratkaisupyynnön tällainen tulkinta ei kuitenkaan muuta sitä, että ennakkoratkaisukysymyksiin ei missään tapauksessa ole tarpeen vastata siltä osin kuin ne koskevat SEUT 107 artiklaa.

88. Näin ollen CNS:n esittämä oikeudenkäyntiväite on hyväksyttävä siltä osin kuin se koskee ensimmäistä ennakkoratkaisukysymystä ja SEUT 107 artiklaa ja, edellä tämän ratkaisuehdotuksen 71–79 kohdassa esitetyistä syistä, direktiivin 2014/24 12 artiklaa.

C Asiakysymys

89. Niiden unionin oikeuden oikeussääntöjen ohella, joita ei voida pitää merkityksellisinä käsiteltävän asian ratkaisun kannalta, ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä viitataan direktiivin 2014/23 30 artiklaan ja direktiivin 2014/24 18 artiklaan. Jotta voitaisiin yksilöidä kaikki näiden direktiivien merkitykselliset säännökset, tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettuja julkista ja yksityistä omistusta koskevia vaatimuksia on ensin tarkasteltava niiden oikeassa asiayhteydessä.

1. Julkista ja yksityistä omistusta koskevat vaatimukset direktiivien 2014/23 ja 2014/24 asiayhteydessä

90. Direktiivin 2014/24 56 artiklassa unionin lainsäätäjä erottaa toisistaan nimenomaisesti kahdenlaisia perusteita, nimittäin laadulliset valintaperusteet, joita ovat ennen kaikkea poissulkemisperusteet ja valintaperusteet, joilla arvioidaan talouden toimijoiden kyvykkyyttä toteuttaa hankintasopimus (direktiivin 57 ja 58 artikla), ja hankintasopimuksen tekoperusteet, jotka koskevat itse tarjouksia. Vastaava erottelu tehdään direktiivin 2014/23 ehdokkaiden valintaa ja laadullista arviointia koskevassa 38 artiklassa ja konsessiosopimuksen tekoperusteita koskevassa 41 artiklassa.

91. Tästä on syytä todeta, ettei ennakkoratkaisupyynnössä selvästi selitetä tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettujen julkista ja yksityistä omistusta koskevien vaatimusten taustalla olevaa logiikkaa. Koska nämä vaatimukset ovat asetuksessa nro 175 vahvistettuihin vaatimuksiin nähden erityislainsäädäntöä,[43] tämä logiikka on johdettavissa kyseistä asetusta

[43] Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 28 kohta.

koskevista selvennyksistä. Näyttää siltä, että tarjouspyyntöasiakirjoissa on tarkennettu kyseisiä prosenttiosuuksia ja niiden luonnetta (täsmällisesti määritellyt vaatimukset enimmäis- ja vähimmäisrajojen sijasta) tämän kuitenkaan vaikuttamatta olennaisesti niiden tavoitteisiin.

92. Ymmärrän ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tältä osin esittämät selvennykset siten, että rajaamalla julkinen omistus sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä enintään 70 prosenttiin pyrittiin varmistamaan, että yksityinen omistus kyseisessä yhtiössä ei ole alle 30 prosenttia.

93. Yhtäältä tästä seuraa yleisesti markkinoiden ja talouden toimijoiden kannalta, että yksityinen osakas ei pääse pienentämään liikaa (alle 30 prosenttiin) osakkuudestaan sekaomistuksessa olevassa yhtiössä aiheutuvaa taloudellista riskiä eikä hankkimaan siitä, että julkinen sektori omistaa yhtiöstä osan, perusteetonta etua, joka estäisi muita yksiköitä harjoittamasta kannattavasti samaa taloudellista toimintaa kyseisellä markkinasegmentillä. Tästä näkökulmasta, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, tällä enimmäisrajalla pyritään estämään vapaan kilpailun periaatteen kiertäminen.

94. Toisaalta tällä enimmäisrajalla taataan tarjouspyyntömenettelyn kohteen ja hankintaviranomaisen kannalta, että yksityinen osakas on toimintakykyinen kumppani, joka osallistuu sekaomistuksessa olevalle perustettavalle yhtiölle annettavien tehtävien toteuttamiseen sijoittamalla siihen pääomaa ja asettamalla sen käyttöön näiden tehtävien toteuttamiseen tarvittavaa osaamista ja ottaa kantaakseen niiden toteuttamisesta aiheutuvan toiminnallisen riskin.

95. Huomautan, että yksityisen osakkaan tosiasiallista osallistumista koskevilla näkökohdilla näyttää olevan erityisen suuri merkitys pääasian ja tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettujen julkista ja yksityistä omistusta koskevien vaatimusten kannalta. Kun otetaan huomioon, että taloudellista ja rahoituksellista tilannetta ja/tai teknistä ja ammatillista pätevyyttä koskevat edellytykset ja perusteet ovat väistämättä tapauskohtaisia,[44] ja kuten tuomiosta Acoset ilmenee,[45] tämä huomio viittaa siihen, että tarjouspyyntöasiakirjoissa asetetut julkista ja yksityistä omistusta koskevat vaatimukset ovat laadullisia valintaperusteita.

96. Lisäksi ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että koska laskentamenetelmässä otettiin huomioon hankintaviranomaisen välillinen omistus kyseisessä osakkaassa, tarjoajat suljettiin pois tarjouspyynnöllä käynnistetystä menettelystä, koska kyseisiä vaatimuksia ei ollut noudatettu. Tältä osin vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, että laadulliset valintaperusteet mahdollistavat sen, että hankintaviranomainen voi hyväksyä tarjouksen tekemisen ainoastaan sellaisilta talouden toimijoilta, joiden pätevyys antaa ymmärtää, että ne pystyvät toteuttamaan tarjouspyynnön kohteena.[46]

[44] Direktiivin 2014/23 38 artiklan 1 kohdan toisessa virkkeessä säädetään, että ”osallistumisvaatimusten on liityttävä tarpeeseen varmistaa käyttöoikeussopimuksen saajan kyky toteuttaa sopimus ja oltava oikeassa suhteessa siihen ottamalla huomioon hankinnan kohde ja tarve varmistaa todellinen kilpailu”. Direktiivin 2014/24 58 artiklan 1 kohdassa säädetään vastaavasti, että hankintaviranomaisten on rajoitettava osallistumisvaatimukset ”ainoastaan niihin, joilla voidaan asianmukaisesti varmistaa, että ehdokas tai tarjoaja on oikeustoimikelpoinen ja että hänellä on riittävät rahoitusta koskevat voimavarat sekä tekniset ja ammatilliset valmiudet toteuttaa tehtävänä oleva hankintasopimus. Kaikkien vaatimusten on liityttävä hankinnan kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen.”

[45] Ks. tuomion Acoset 59 kohta: ”– – yksityisen osakkaan valitseminen tämän tuomion 46–49 kohdassa mainittuja vaatimuksia noudattaen ja yksityisen osakkaan valintaperusteiden valinta voivat korjata tämän tilanteen, kun ehdokkaiden on osoitettava paitsi kykynsä tulla osakkaaksi, myös ja varsinkin tekninen kykynsä suorittaa palvelu ja niiden tarjouksesta seuraavat taloudelliset ja muut edut”. Kyseisessä tuomiossa korostettiin niiden laadullisten valintaperusteiden merkitystä, jotka koskevat kykyä toteuttaa palvelu tai täyttää konsessio (ks. vastaavasti Brown, A., ”Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)”, *Public Procurement Law Review*, 2010, nide 2, s. 4), sivuuttamatta kuitenkaan niitä laadullisia valintaperusteita, jotka koskevat kykyä ryhtyä yksityiseksi osakkaaksi sekaomistuksessa olevaan perustettavaan yhtiöön.

[46] Ks. vastaavasti tuomio 8.7.2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, 62 kohta).

97. Pääasiassa kyseessä olevan kaltaiset julkista ja yksityistä omistusta koskevat vaatimukset eivät siten näytä koskevan tarjouksia (sopimuksen tekoperusteita).[47] Ne näyttävät päinvastoin olevan laadullisia valintaperusteita, joiden avulla hankintaviranomainen pyrkii varmistamaan, että yksityisellä osakkaalla on sellaiset taloudelliset ja rahoitukselliset voimavarat ja/tai tekninen ja ammatillinen pätevyys, joilla se kykenee noudattamaan hankintaviranomaisen sekaomistuksessa olevalle yhtiölle määrittämää julkisen ja yksityisen pääoman jakaumaa sijoittamalla yhtiöön pääomaa ja kantamalla koko yhtiön tehtäväksi annetun palvelun toteuttamisesta aiheutuvan toiminnallisen riskin.[48] Pääasiassa kyseessä olevan kaltaiset tarjouspyyntöasiakirjoissa asetetut julkista ja yksityistä omistusosuutta koskevat vaatimukset ovat siten direktiivin 2014/23 38 artiklan 1 kohdassa tai tapauksen mukaan direktiivin 2014/24 58 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja perusteita ja edellytyksiä.

2. Ennakkoratkaisukysymysten uudelleenmuotoilu

98. Kun otetaan huomioon ennakkoratkaisukysymysten kohteesta,[49] pääasiassa sovellettavasta järjestelmästä[50] ja kyseisessä asiassa sovellettavien julkista ja yksityistä omistusta koskevien vaatimusten luokittelusta[51] toimitetut selvennykset, ehdotan, että ennakkoratkaisukysymykset muotoillaan uudelleen täsmentämällä ne unionin säännökset, joiden tulkitseminen on tarpeen, jotta ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle voidaan antaa hyödyllinen vastaus.

99. Näin ollen mielestäni on katsottava, että ennakkoratkaisukysymyksillään, joita on mielestäni tarkasteltava yhdessä, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa selvittää, onko direktiivin 2014/23 30 artiklaa ja 38 artiklan 1 kohtaa tai tapauksen mukaan direktiivin 2014/24 18 artiklaa ja 58 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että ne ovat esteenä sille, että tarjoajana olevan yksityisen osakkaan omistusosuuden määrittämiseksi sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä otetaan huomioon hankintaviranomaisen välillinen omistus tässä tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa niin, että se on suljettava pois tarjouspyyntömenettelystä, jos tämän välillisen omistuksen huomioon ottaminen johtaa siihen, että hankintaviranomaisen tarjouspyyntöasiakirjoissa edellyttämä yksityisen omistuksen prosenttiosuus ei täyty.

3. Arviointi

100. Koska tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettuja julkista ja yksityistä omistusta koskevia vaatimuksia on pidettävä taloudellisia ja rahoituksellisia voimavaroja ja/tai teknistä ja ammatillista pätevyyttä koskevina edellytyksinä ja perusteina, niiden on liityttävätarjouspyyntömenettelyn kohteeseen ja oltava oikeassa suhteessa siihen.[52] Direktiivi

47 Kuten oikeuskirjallisuudessa todetaan, kumppanuuden yhteydessä laadulliset valintaperusteet on tärkeää erottaa sopimuksen tekoperusteista, vaikka se on vaikeaa. Ks. Andrecka, M. ja Kania, M., ”Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice”, *Polish Review of International and European Law*, 2013, nide 2, nro 1, s. 148.

48 Tästä syystä katson, että luonnehdintaa, jonka unionin tuomioistuin teki 19.5.2009 antamassaan tuomiossa Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, 21 ja 23 kohta) sellaisesta kansallisesta lainsäädännöstä, jonka tarkoituksena oli estää kaikki mahdollinen salainen yhteistyö samaan hankintamenettelyyn osallistuvien välillä ja taata ehdokkaiden yhdenvertainen kohtelu ja menettelyn avoimuus, ei voida soveltaa käsiteltävään asiaan siltä osin kuin on kyse julkista ja yksityistä omistusta koskevista vaatimuksista, jotka on sitä paitsi asetettu tarjouspyyntöasiakirjoissa.

49 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 35 ja 36 kohta.

50 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 70 kohta.

51 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 97 kohta.

52 Ks. edellä alaviite 44.

2014/23 30 artiklan ja direktiivin 2014/24 18 artiklan mukaan hankintaviranomaisen on sovellettava näitä vaatimuksia tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteiden ja avoimuus- ja suhteellisuusperiaatteiden mukaisesti.

101. Ensinnäkin on tarkastettava, onko näiden vaatimusten ja tarjouspyyntömenettelyn välillä olemassa yhteys.

102. Tarjouspyyntöasiakirjoissa vahvistettujen vaatimusten logiikan mukaan (Rooman kaupungin osuudeksi vahvistettiin 51 prosenttia ja yksityisen osakkaan osuudeksi 49 prosenttia) valintakelpoisen tarjoajan on oltava hankintaviranomaiseen nähden kolmas yksikkö. Se, että hankintaviranomaisen omistusosuus sekaomistuksessa olevassa yhtiössä olisi tätä suurempi sen vuoksi, että tarjoaja on hankintaviranomaisen määräysvallassa (mikä myös johtuu välillisestä omistuksesta), vaikuttaisi nimittäin hankintaviranomaisen kyseiselle yhtiölle määrittämän julkisen ja yksityisen pääoman jakaumaan. Lisäksi yksityisen kumppanin rooli saattaisi tässä tilanteessa kaventua, jolloin taloudelliset ja rahoitukselliset voimavarat ja/tai tekninen ja ammatillinen pätevyys, jotka tarjoaja tosiasiallisesti sitoutuisi antamaan käyttöön, jäisivät alle hankintaviranomaisen asettaman 49 prosentin rajan. Näiden vaatimusten on siten katsottava liittyvän tarjouspyyntömenettelyn kohteeseen.

103. Koska pääsääntöisesti unionin oikeus ei ole esteenä sille, että kumppanuuden yhteydessä turvaudutaan yhteen ainoaan menettelyyn,[53] laadullisten valintaperusteiden ja tarjouspyyntömenettelyn kohteen välistä yhteyttä koskevalle vaatimukselle annettava tulkinta ei myöskään saisi estää hankintaviranomaisia käyttämästä tätä yhteistyömuotoa (eikä vahvistamasta julkisen ja yksityisen omistuksen jakaumaa sekaomistuksessa olevassa yhtiössä). Kumppanuuteen turvautuminen perustuu nimittäin jäsenvaltioiden vapauteen valita palvelujen tarjoamistapa, jolla hankintaviranomaiset täyttävät omat tarpeensa.[54]

104. Toiseksi julkista ja yksityistä omistusosuutta koskevien vaatimusten oikeasuhteisuudesta on muistutettava, että ainakin sen valossa, kuinka olen käsiteltävän ennakkoratkaisupyynnön ymmärtänyt, kyseisissä vaatimuksissa ei järjestelmällisesti suljeta pois tarjoajia, joiden pääoma on peräisin julkisista varoista.[55] Kun sitä vastoin otetaan huomioon ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen alkuperäinen muotoilu, nämä vaatimukset näyttävät koskevan kaikenlaisia hankintaviranomaisen välillisen omistuksen muotoja yksityisessä osakkaassa.

105. Hankintaviranomaisen välillinen omistus yksityisessä osakkaassa voi kuitenkin toteutua monissa eri muodoissa. Lisäksi sen vaikutus kyseisen yksityisen osakkaan toimintaan riippuu tämän organisaatiorakenteesta. Näin ollen ei ole varmuutta siitä, johtaako kaikenlainen välillinen omistus yksityisessä osakkaassa siihen, että taloudelliset ja rahoitukselliset voimavarat ja/tai tekninen ja ammatillinen pätevyys, jotka tarjoaja tosiasiallisesti sitoutuu antamaan käyttöön, jäävät alle hankintaviranomaisen asettaman 49 prosentin rajan.

106. Näin ollen ei ole suhteellisuusperiaatteen mukaista, että huomioon otetaan kaikenlainen hankintaviranomaisen välillinen omistus yksityisessä osakkaassa, koska tällöin sivuutetaan se, että tällainen välillinen omistus ei välttämättä johda siihen, että taloudelliset ja rahoitukselliset voimavarat ja/tai tekninen ja ammatillinen pätevyys, jotka kyseinen yksityinen osakas

53 Ks. tuomio Acoset, 63 kohta.

54 Ks. myös direktiivin 2014/24 johdanto-osan viides perustelukappale, jossa todetaan, että ”tässä direktiivissä ei millään tavalla velvoiteta jäsenvaltioita turvautumaan alihankintaan tai ulkoistamiseen sellaisten palvelujen suorittamisessa, jotka ne haluavat suorittaa itse tai järjestää muulla tavalla kuin tässä direktiivissä tarkoitetuilla hankintasopimuksilla”.

55 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 38 kohta.

tosiasiallisesti sitoutuu antamaan käyttöön, jäävät alle hankintaviranomaisen asettaman 49 prosentin rajan. Jollei tehdä tarkistuksia, jotka osoittavat, että näin on, tätä tarjoajana olevaa yksityistä osakasta ei voida automaattisesti sulkea pois tarjouspyyntömenettelystä tämän välillisen omistuksen perusteella.

107. Ei ole helppoa todeta, onko hankintaviranomainen konkreettisesti tehnyt tällaisia tarkistuksia käsiteltävässä asiassa. On kuitenkin todettava, että ensinnäkin poissulkemispäätöksessä mainittujen yksiköiden pääomarakenteen tarkastelusta saa sen käsityksen, että näin on. Lisäksi vaikuttaa siltä, että ennakkoratkaisupyynnössä viitataan kyseiseen päätökseen siltä osin kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että jos ”otetaan huomioon aineelliset seikat eli [Roma Multiservizin] omistusrakenne ja erityisesti se, että [AMA], joka on kokonaan Rooman kaupungin omistuksessa, omistaa siitä 51 prosenttia, – – [julkinen] omistus sekaomistuksessa olevassa [perustettavassa] yhtiössä oli *tosiasiallisesti* 73,5 prosenttia ja [yksityinen omistus] [26,5 prosenttia]”. Mikään ei viittaa siihen, että päätöksentekovallan ja toiminnallisten riskien jakoa ei ole tehty suhteessa omistukseen. Hankintaviranomaisen enemmistöosuus tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa näyttää siis voivan johtaa siihen, että taloudelliset ja rahoitukselliset voimavarat ja/tai tekninen ja ammatillinen pätevyys, jotka kyseinen yksityinen osakas tosiasiallisesti sitoutuu antamaan käyttöön, jäävät alle hankintaviranomaisen asettaman 49 prosentin rajan.

108. Näin ollen olen sitä mieltä, että direktiivin 2014/23 30 artiklaa ja 38 artiklan 1 kohtaa tai tapauksen mukaan direktiivin 2014/24 18 artiklaa ja 58 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että nämä säännökset ovat esteenä sille, että tarjoajana olevan yksityisen osakkaan omistusosuuden määrittämiseksi sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä otetaan huomioon kaikenlainen hankintaviranomaisen välillinen omistus tässä tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa niin, että kyseinen osakas on automaattisesti suljettava pois tarjouspyyntömenettelystä, jos tämän välillisen omistuksen huomioon ottaminen johtaa siihen, että hankintaviranomaisen tarjouspyyntöasiakirjoissa edellyttämä yksityisen omistuksen prosenttiosuus ei täyty.

109. Sitä vastoin direktiivin 2014/23 30 artikla ja 38 artiklan 1 kohta tai tapauksen mukaan direktiivin 2014/24 18 artikla ja 58 artiklan 1 kohta eivät ole esteenä tämän välillisen omistuksen huomioon ottamiselle silloin, kun se ei ole automaattista. Nämä säännökset eivät ole esteenä välillisen omistuksen huomioon ottamiselle etenkään silloin, kun hankintaviranomaisen tekemissä tarkistuksissa ilmenee, että kyseinen omistus muodostuu siten, että toinen yksikkö, joka on kokonaan hankintaviranomaisen omistuksessa, omistaa enemmistöosuuden tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa, kunhan päätöksentekovallan ja riskien jako tässä tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa ja tässä yksikössä tapahtuu suhteessa omistukseen.

110. Suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta on perusteellisuuden vuoksi huomautettava, että komissio näyttää kyseenalaistavan sen, onko Rekeepin ja Roma Multiservizin tarjouksen poissulkeminen tämän periaatteen mukaista, koska Rooman kaupungin olisi pitänyt antaa näiden tarvittaessa osoittaa, että sen välillisestä omistuksesta Roma Multiservizissä ei seurannut eturistiriitojen riskiä. Tarjouspyyntöasiakirjoissa vahvistettujen julkista ja yksityistä omistusta koskevien vaatimusten päätarkoituksena ei kuitenkaan ole poistaa tällaisia riskejä. Lisäksi eturistiriita on yksi direktiiveissä 2014/23 ja 2014/24 säädetyistä poissulkemisperusteista, eikä ennakkoratkaisupyynnössä viitata mitenkään siihen. Siinä ei viitata myöskään direktiivin 2014/23 35 artiklaan eikä direktiivin 2014/24 24 artiklaan.

111. Kolmanneksi siltä osin kuin on kyse avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteista, on todettava, että kirjallisissa huomautuksissaan Roma Multiservizi ja Rekeep väittävät, ettei tarjouspyyntöasiakirjoissa mainita, että hankintaviranomaisen välillisen omistus tarjoajana olevassa osakkaassa otetaan huomioon.

112. Ennakkoratkaisupyynnössä ei viitata tällaisen maininnan puuttumiseen tarjouspyyntöasiakirjoista. Tässä yhteydessä on huomautettava, että unionin tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamassaan vastauksessa Rooman kaupunki mainitsee, että asetuksessa nro 175, joka näyttää koskevan direktiivien 2014/23 ja 2014/24 soveltamissääntöjä, julkisella yrityksellä tarkoitetaan yritystä, jossa hankintaviranomaiset voivat suoraan tai välillisesti käyttää määräysvaltaa. Rekeepin huomautusten mukaan tässä asetuksessa säädetään myös, että ”jos voimassa olevissa säännöksissä sallitaan sekaomistuksessa olevien yhtiöiden perustaminen julkisten rakennusurakoiden toteuttamista ja hallinnointia taikka yleishyödyllisten palvelujen järjestämistä ja hallinnointia varten, yksityiset osakkaat valitaan hankintamenettelyllä”. A contrario -tulkinnan perusteella voidaan siis todeta, että yksityinen osakas ei sekaomistuksessa olevan yhtiön yhteydessä saa olla suoraan eikä välillisesti hankintaviranomaisen määräysvallassa. Määräysvallan käyttämisen mahdollistavaa välillistä omistusta yksityisessä osakkaassa ei kuitenkaan voida rinnastaa mihin tahansa välilliseen omistukseen tällaisessa yksityisessä osakkaassa.

113. Joka tapauksessa kansalliset tuomioistuimet ovat yksin toimivaltaisia tarkistamaan tapauksen mukaan, ovatko nämä väitteet perusteltuja ja onko niillä merkitystä pääasian käsittelyn nykyisessä vaiheessa.

114. Siltä osin kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa direktiivin 2014/23 30 artiklaan ja direktiivin 2014/24 18 artiklaan, tälle tuomioistuimelle on syytä esittää hyödyllisiä selvennyksiä tarkistuksesta, joka sen on tehtävä kyseisissä säännöksissä vahvistettujen periaatteiden kannalta.

115. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteet, jotka säätelevät kaikkia julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjä, edellyttävät, että hankintaan osallistumista koskevat aineelliset ja menettelylliset edellytykset ja etenkin tarjoajien velvollisuudet määritetään selvästi etukäteen ja että ne julkaistaan, jotta menettelyssä asetettavat vaatimukset selviävät täsmällisesti tarjoajille ja jotta ne voivat varmistua siitä, että kaikille kilpailijoille asetetaan samat vaatimukset. [56]

116. Esimerkiksi siltä osin kuin on kyse direktiivissä 2014/24 säädetystä järjestelmästä, hankintailmoituksissa on pääsääntöisesti oltava luettelo ja lyhyt kuvaus niistä valintaperusteista ja talouden toimijoiden asemaa koskevista perusteista, joiden pohjalta nämä toimijat voitaisiin sulkea pois tarjouspyyntömenettelystä. [57]

117. Tämän logiikan mukaisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusvelvollisuutta on tulkittava siten, että ne ovat esteenä sille, että talouden toimija suljetaan pois julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelystä sen johdosta, ettei kyseinen toimija ole noudattanut velvollisuutta, joka ei perustu nimenomaisesti hankintamenettelyyn liittyviin asiakirjoihin tai

[56] Ks. tuomio 17.5.2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, 23 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

[57] Ks. direktiivin 2014/24 49 artikla ja liitteessä V olevan C osan 11 kohdan c alakohta.

voimassa olevaan kansalliseen lakiin vaan tämän lain ja näiden asiakirjojen tulkintaan sekä siihen, että kansalliset hallintoviranomaiset tai -tuomioistuimet täydentävät mainituissa asiakirjoissa olevia puutteita. [58]

118. Koska hankintaviranomaisen välillinen omistus yksityisessä osakkaassa voi toteutua monissa eri muodoissa ja koska sen vaikutus kyseisen yksityisen osakkaan toimintaan riippuu tämän organisaatiorakenteesta, ei vaikuta itsestään selvältä, että kaikenlainen hankintaviranomaisen välillinen omistus johtaa automaattisesti kyseisen tarjoajan sulkemiseen pois tarjouspyyntömenettelystä siitä syystä, että julkista ja yksityistä omistusta koskevia vaatimuksia ei ole noudatettu. Mielestäni ei ole riittävän ilmeistä, että kansallista lainsäädäntöä tai tarjouspyyntöasiakirjoja olisi tulkittava näin.

119. Jollei edellä avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteista esittämistäni lisähuomautuksista muuta johdu, pitäydyn suhteellisuusperiaatteen noudattamisen osalta edellä tämän ratkaisuehdotuksen 108 kohdassa esittämässäni kannassa.

VI Ratkaisuehdotus

120. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Consiglio di Staton (ylin hallintotuomioistuin, Italia) esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Käyttöoikeussopimusten tekemisestä 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/23/EU 30 artiklaa ja 38 artiklan 1 kohtaa tai tapauksen mukaan julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU 18 artiklaa ja 58 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että nämä säännökset ovat esteenä sille, että tarjoajana olevan yksityisen osakkaan omistusosuuden määrittämiseksi sekaomistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä otetaan huomioon kaikenlainen hankintaviranomaisen välillinen omistus tässä tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa niin, että kyseinen osakas on automaattisesti suljettava pois tarjouspyyntömenettelystä, jos tämän välillisen omistuksen huomioon ottaminen johtaa siihen, että hankintaviranomaisen tarjouspyyntöasiakirjoissa edellyttämä yksityisen omistuksen prosenttiosuus ei täyty.

Sitä vastoin direktiivin 2014/23 30 artikla ja 38 artiklan 1 kohta tai tapauksen mukaan direktiivin 2014/24 18 artikla ja 58 artiklan 1 kohta eivät ole esteenä tämän välillisen omistuksen huomioon ottamiselle silloin, kun se ei ole automaattista. Nämä säännökset eivät ole esteenä välillisen omistuksen huomioon ottamiselle etenkään silloin, kun hankintaviranomaisen tekemissä tarkistuksissa ilmenee, että kyseinen omistus muodostuu siten, että toinen yksikkö, joka on kokonaan hankintaviranomaisen omistuksessa, omistaa enemmistöosuuden tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa, kunhan päätöksentekovallan ja riskien jako tarjoajana olevassa yksityisessä osakkaassa ja tässä yksikössä tapahtuu suhteessa omistukseen.

[58] Ks. tuomio 2.6.2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, 51 kohta).