JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
2 päivänä huhtikuuta 2020[1]

Asia C-3/19

Asmel società consortile a r.l.
vastaan
A.N.A.C. – Autorità Nazionale Anticorruzione,
muina osapuolina
A.N.A.C.A.P. – Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi entrate

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

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkiset hankinnat – Yhteishankintayksiköt – Pienet kunnat – Yhteishankintayksiköiden rajaaminen vain kahteen julkiseen organisaatiomalliin – Yksityisen pääoman toimia koskeva kielto – Jäsenvaltioiden harkintavalta – Jäsenvaltioiden toiminnan alueellinen rajaaminen

1. Tosiseikkojen ajankohtana voimassa olleissa Italian oikeussäännöissä, sellaisena kuin Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin, Italia) on niitä tulkinnut, sallitaan se, että pienet paikallisyhteisöt käyttävät yhteishankintayksiköitä rakennusurakoihin sekä tavara- ja palveluhankintaan edellyttäen, että se tehdään yksinomaan julkisten organisaatiomuotojen, kuten kuntien välisten konsortioiden tai kuntayhtymien, kautta.

2. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on epävarma siitä, onko kyseinen toimenpide unionin oikeuden mukainen, koska sillä voidaan rajoittaa yhteishankintayksiköiden käyttöä tavalla, joka on vastoin direktiiviä 2004/18/EY[2], jota sovellettiin ajallisesti sen ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitettuina ajankohtina, ja ristiriidassa ”palvelujen vapaan liikkuvuuden periaatteen sekä julkisten palveluhankintojen mahdollisimman suurta avoimuutta kilpailulle koskevan periaatteen kanssa”.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus. Direktiivi 2004/18

3. Direktiivin johdanto-osan 15 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Jäsenvaltioissa on kehitetty tiettyjä keskitettyjä hankintamenetelmiä. Useille hankintaviranomaisille on annettu tehtäväksi suorittaa hankintoja tai tehdä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia/puitejärjestelyjä muille hankintaviranomaisille. Hankintaerien suuruuden vuoksi voidaan näiden menetelmien avulla lisätä kilpailua ja parantaa julkisten hankintojen tehokkuutta. Tämän vuoksi olisi luotava yhteisön määritelmä hankintaviranomaisia varten perustetuille

1 Alkuperäinen kieli: espanja.

2 Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2004, L 134, s. 114).

yhteishankintaviranomaisille. Olisi myös määriteltävä edellytykset, joiden mukaisesti hankintaviranomaisten, jotka yhteishankintaviranomaista käyttäen hankkivat julkisia rakennusurakoita, tavaraa ja/tai palveluja, voidaan katsoa noudattaneen tätä direktiiviä syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden mukaisesti.”

4. Direktiivin johdanto-osan 16 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Jäsenvaltioissa sovellettavien erilaisten järjestelyjen huomioon ottamiseksi olisi niille jätettävä oikeus määrätä, että hankintaviranomaisilla on mahdollisuus käyttää puitejärjestelyjä, yhteishankintaviranomaisia, dynaamisia hankintajärjestelmiä, sähköisiä huutokauppoja ja kilpailuun perustuvaa neuvottelumenettelyä, sellaisina kuin ne on määritelty ja niitä säännellään tässä direktiivissä.”

5. Direktiivin 1 artiklassa (”Määritelmät”) säädetään seuraavaa:

”_ _

9. ’Hankintaviranomaisina’ pidetään valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

’Julkisoikeudellisella laitoksella’ tarkoitetaan laitosta,

a) joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta,

b) joka on oikeushenkilö, ja

c) jota joko rahoittaa pääosin valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää yli puolet.

Liitteessä III ovat ohjeelliset luettelot toisen alakohdan a, b ja c alakohdassa säädetyt edellytykset täyttävistä julkisoikeudellisista laitoksista ja niiden ryhmistä. Jäsenvaltioiden on määräajoin ilmoitettava komissiolle niiden luetteloihin tehdyt muutokset.

10. ’Yhteishankintaviranomaisella’ [eli yhteishankintayksiköllä] tarkoitetaan hankintaviranomaista, joka

– hankkii hankintaviranomaisille tarkoitettuja tavaroita ja/tai palveluja, tai

– tekee julkisia hankintoja koskevia sopimuksia sekä hankintaviranomaisille tarkoitettuja rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja koskevia puitejärjestelyjä.

_ _”

6. Direktiivin 11 artiklassa (”Yhteishankintaviranomaisten tekemät hankintasopimukset ja puitejärjestelyt”) säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltiot voivat antaa hankintaviranomaisille mahdollisuuden hankkia julkisia rakennusurakoita, tavaraa ja/tai palveluja yhteishankintaviranomaista käyttäen.

2. Hankintaviranomaisten, jotka hankkivat julkisia rakennusurakoita, tavaraa ja/tai palveluja käyttäen yhteishankintaviranomaista 1 artiklan 10 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa, katsotaan noudattaneen tätä direktiiviä, jos kyseinen yhteishankintaviranomainen on noudattanut sitä.”

B Italian oikeus

1. Paikallisyhteisöjä koskevien lakien koonnos (Testo unico degli enti locali)[3]

7. Asetuksen 30 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Paikallisyhteisöt voivat tiettyjen tehtävien ja palvelujen koordinoitua hoitamista varten tehdä keskenään erityisiä sopimuksia.”

8. Asetuksen nro 31 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Paikallisyhteisöt voivat yhden tai useamman palvelun yhteistä hallinnointia ja tehtävien yhteistä suorittamista varten perustaa konsortion 114 §:ssä tarkoitettuja erityisiä liikeyrityksiä koskevien säännösten mukaisesti, jos säännökset ovat yhteensopivia konsortion kanssa. Konsortioon voi osallistua muita julkisyhteisöjä, joilla on niihin sovellettavien lakien mukaan siihen oikeus.”

9. Asetuksen 32 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Kuntayhtymä on paikallisyhteisö, joka koostuu kahdesta tai useammasta yleensä vierekkäisestä kunnasta ja jonka tavoitteena on toteuttaa yhdessä tehtäviä ja palveluja.”

2. Julkisia hankintoja koskeva koodeksi (Codice dei contratti pubblici)[4]

10. Asetuksen nro 163 3 §:n 25 momentissa luokitellaan hankintaviranomaisiksi seuraavat:

”valtion viranomaiset; alueelliset tai paikalliset julkisyhteisöt; muut ei-kaupalliset julkisyhteisöt; julkisoikeudelliset laitokset; näiden yksikköjen muodostamat yhdistykset, yhtymät ja konsortiot niiden nimityksestä riippumatta”.

11. Asetuksen nro 163 3 §:n 34 momentissa yhteishankintayksiköllä tarkoitetaan:

”hankintaviranomaista, joka:

– hankkii hankintaviranomaisille tai muille hankintayksiköille tarkoitettuja tavaroita tai palveluja tai

– tekee julkisia hankintoja koskevia sopimuksia sekä hankintaviranomaisille tai muille hankintayksiköille tarkoitettuja rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja koskevia puitejärjestelyjä”.

3 Asetus (decreto-legge) nro 267, annettu 18.8.2000 (jäljempänä asetus nro 267).

4 Asetus (decreto-legge) nro 163, annettu 12.4.2006 (jäljempänä asetus nro 163).

12. Asetuksen nro 163 33 §:n 3 bis momentin [5] alkuperäisessä versiossa säädetään seuraavaa:

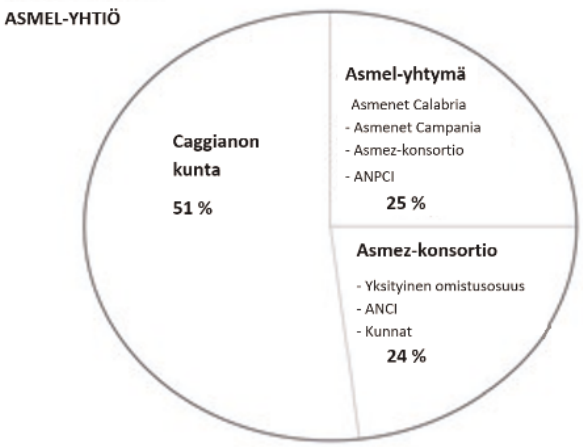
”Enintään 5 000 asukkaan kuntien, jotka kuuluvat asianomaiseen provinssiin, on annettava yksistään yhden ainoan yhteishankintayksikön tehtäväksi rakennusurakoiden, palvelujen ja tavaroiden hankinta lakien koonnoksesta 18.8.2000 annetun asetuksen nro 267 32 §:ssä tarkoitettujen kuntayhtymien, jos niitä on, alueella tai tehtävä samojen kuntien välinen nimenomainen konsortiosopimus kääntymällä toimivaltaisten virastojen puoleen.”

13. Saman 33 §:n 3 bis momentissa, sellaisena kuin se on muutettuna [6] (vuonna 2014), säädetään seuraavaa:

”Kunnat, jotka eivät ole provinssien pääkaupunkeja, hankkivat rakennusurakoita, tavaroita ja palveluja 18.8.2000 annetun asetuksen nro 267 32 §:ssä tarkoitetuissa kuntayhtymissä, jos niitä on, tai tekemällä nimenomaisen konsortiosopimuksen samojen kuntien välillä ja kääntymällä myös provinssien toimivaltaisten virastojen puoleen tai käyttämällä yhteisostoryhmää tai provinsseja 7.4.2014 annetun lain nro 56 mukaisesti. Vaihtoehtoisesti samat kunnat voivat tehdä omat hankintansa Consip S.p.A:n tai muun yhteisostoryhmän hallinnoimilla sähköisillä hankintavälineillä.”

II Tosiseikat ja ennakkoratkaisupyyntö

14. Asmel società consortile a.r.l. (jäljempänä Asmel s.c.a.r.l.) on 23.1.2013 konsortioksi perustettu osakeyhtiö, jonka osakkeita omistavat Consorzio Asmez [7] (24 prosenttia), yksityinen yhtymä Asmel [8] (25 prosenttia) ja Caggianon kunta (51 prosenttia).



15. Asmel s.c.a.r.l. harjoitti vuosien aikana yhteishankintayksikkötoimintaa paikallisyhteisöjen hyväksi. [9]

16. Asmel s.c.a.r.l:n ja siihen kuulumattomien kuntien välinen suhde perustui siihen, että näiden kuntien hallitukset tekivät sopimuksia koskevat päätökset, joissa

5 Lisättiin 6.12.2011 annetun asetuksen (decreto-legge) nro 201, joka ratifioitiin 22.12.2011 annetulla lailla nro 214, 23 §:n 4 momentilla.

6 24.4.2014 annetun asetuksen (decreto-legge) nro 66, joka ratifioitiin 23.6.2014 annetulla lailla nro 89, 9 §:n 4 momentti. Asetuksen nro 163 33 §:n 3 bis momentti on sittemmin kumottu 18.4.2016 annetun asetuksen (decreto-legge) nro 50 217 §:n nojalla.

7 Yksityiset yritykset perustivat Consorzio Asmezin 25.3.1994 Napolissa. Se aloitti toimintansa Selene service s.r.l. -yhtiön, jolla on sopimus Associazione Nazionale Comuni Italianin (Italian kuntien kansallinen yhdistys, ANCI) kanssa, liityttyä sen jäseneksi. Myöhemmin siihen ovat liittyneet Basilicatan ja Calabrian kunnat.

8 Asmenet Campania ja Asmenet Calabria, jotka ovat molemmat konsortioksi perustettuja osakeyhtiöitä, Consorzio Asmez ja Associazione Nazionale Piccoli Comuni Italiani (Italian pienten kuntien kansallinen yhdistys, ANPCI) perustivat Associazione Asmelin 26.5.2010.

9 Ennakkoratkaisupyynnön mukaan se järjesti käytännössä tarjouskilpailun puitesopimusten tekemiseksi kunnallisen kiinteistöveron maksuunpanoa ja valvontaa sekä verovelkojen pakkoperintää koskevan palvelun tarjoamisesta ja 152 erilaista sähköistä tarjouspyyntömenettelyä Asmel s.c.a.r.l:aan sidoksissa oleville kunnille.

– ne yhtäältä viittasivat aikaisempaan päätökseen, jolla ne olivat hyväksyneet liittyvänsä Associazione Asmeliin ja muodostavansa asetuksen nro 163 33 §:n 3 bis momentissa tarkoitetun konsortion

– ne toisaalta antoivat Asmel s.c.a.r.l:n tehtäväksi kehittää julkisia hankintamenettelyjä tietoteknisellä alustalla.[10]

17. Autorità Nazionale Anticorruzione (kansallinen korruptiontorjuntaviranomainen, jäljempänä ANAC) toteutti useiden kanteluiden seurauksena tutkimuksen, jossa se totesi, että Asmel s.c.a.r.l. ja Consorzio Asmez eivät noudattaneet asetuksessa nro 163 säädettyjä yhteishankintayksiköiden organisaatiomalleja.

18. ANAC:n mukaan Asmel s.c.a.r.l. oli luonteeltaan yksityinen – tarkalleen ottaen yksityisoikeudellinen – yhtiö, joka puolestaan koostui muista yhteenliittymistä. Näin ollen se ei voinut olla yhteishankintayksikkö, koska Italian oikeusjärjestyksessä edellytetään julkisia toimintamuotoja julkisyhteisöjen tai paikallisyhteisöjen yhteenliittymien, kuten asetuksen nro 267 30 §:ssä tarkoitettujen sopimusten nojalla perustettujen kuntayhtymien ja kuntien välisten konsortioiden, kautta. Se totesi myös, että vaikka yksityisten yksiköiden käyttö hyväksyttäisiin, niiden on oltava sisäisiä elimiä, jotka harjoittavat perustajakuntiin rajoittuvaa toimintaa, kun taas käsiteltävässä asiassa vastaavaa määräysvaltaa ja suoritetun toiminnan alueellista rajaamista koskevaa vaatimusta ei ollut täytetty.

19. ANAC totesi, että Asmel s.c.a.r.l. harjoitti tavaranhankintatoimintaa siihen kuuluville yhteisöille mutta että ne osallistuivat vain välillisesti yhteishankintayksikköön. Se selitti, että paikallisyhteisöt liittyivät ensin Associazione Asmeliin ja antoivat vasta myöhemmin kunnanvaltuuston päätöksellä hankintatoiminnot Asmel s.c.a.r.l:n tehtäväksi.

20. ANAC sulki 30.4.2015 tekemällään päätöksellä nro 32 pois sen, että Asmel s.c.a.r.l. -yhtiö voitaisiin luokitella julkisoikeudelliseksi laitokseksi, kielsi siltä välitystoiminnan julkisissa hankinnoissa ja totesi sen toteuttamat tarjouskilpailut lainvastaisiksi.

21. Asmel s.c.a.r.l. riitautti ANAC:n päätöksen Tribunale amministrativo regionale per il Laziossa (Lazion alueellinen hallintotuomioistuin, Italia). Se väitti, että vaikka se oli yleisen oikeuden mukainen yhteisö, se oli oikeussubjekti, se täytti yleisen edun mukaisia tarpeita, sillä ei ollut teollista tai kaupallista luonnetta, sitä rahoittivat liittymään kuuluvat paikallisyhteisöt ja se toimi niiden määräävän vaikutusvallan alaisena. Näin ollen se väitti olevansa hankintaviranomainen ja täyttävänsä edellytykset, joiden perusteella sitä voidaan pitää ”yhteishankintayksikkönä”.

22. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio hylkäsi Asmel s.c.a.r.l:n kanteen 22.2.2016 antamassaan tuomiossa nro 2339. Kyseisen tuomioistuimen mukaan yhtiötä ei voitu pitää julkisoikeudellisena laitoksena, kun otetaan huomioon sen rahoitustapa ja hallintoa koskeva määräysvalta. Se totesi, ettei se ollut asetuksessa nro 163 säädettyjen yhteishankintayksiköiden organisaatiomallien mukainen ja katsoi, että sen toiminta-ala oli rajattava perustajakuntien alueelle.

23. Asmel s.c.a.r.l. valitti Tribunale amministrativo regionale per il Lazion tuomiosta Consiglio di Statoon ja vetosi useisiin perusteisiin, joista jälkimmäinen tuomioistuin pitää käsiteltävän asian kannalta merkityksellisinä kahta:

– on virheellistä katsoa, että konsortioyhtiön organisaatiomalli on yhteensopimaton yhteishankintayksiköitä koskevien asetuksen nro 163 säännösten kanssa; ja

– asetuksessa nro 163 ei rajata kyseisten yhteishankintayksiköiden toimintaa alueellisesti.

10 Näistä palveluista perittävä maksu oli 1,5 prosenttia sopimuksen arvosta, ja jokaisen mainitun alustan kautta tehdyn sopimuksen sopimuspuoleksi valitun oli maksettava se.

24. Consiglio di Stato huomauttaa, että alueelliset julkisyhteisöt kuuluvat asetuksen nro 163 3 §:n 25 momentissa mainittuihin hankintaviranomaisiin. Mikä tahansa näistä yhteisöistä voi lähtökohtaisesti hoitaa yhteishankintayksikön tehtäviä (asetuksen nro 163 3 §:n 34 momentti). Pienten kuntien on kuitenkin tehtävä tämä sellaisen ”tietyn organisaatiomallin” (asetuksen nro 163 33 §:n 3 bis momentti) välityksellä, joka poikkeaa muille viranomaisille säädetystä yleisestä mallista.

25. Tämän ”tietyn mallin” mukaisesti pienet kunnat [11] voivat turvautua vain seuraavien kahden mallin mukaisiin yhteishankintayksiköihin: a) asetuksen nro 267 32 §:ssä tarkoitettuihin kuntayhtymiin ja b) asetuksen nro 267 31 §:ssä lueteltuihin paikallisyhteisöjen välisiin konsortioihin. [12]

26. Consiglio di Staton mukaan edellä mainittu pieniä kuntia koskeva velvollisuus näyttää olevan vastoin mahdollisuutta turvautua yhteishankintayksiköihin yhteistyömuotoja rajoittamatta.

27. Se mukaan kansallisessa lainsäädännössä asetetaan myös kuntien välisiä konsortioita koskeva lisärajoitus, jossa suljetaan pois yksityisten osallistuminen. [13] Tämä poissulkeminen saattaa olla vastoin unionin oikeuden mukaisia periaatteita, jotka koskevat palvelujen vapaata liikkuvuutta ja mahdollisimman suurta avoimuutta kilpailulle, koska sillä rajataan liiketoiminnaksi katsottava palvelujen tarjoaminen yksistään tyhjentävästi luetelluille Italian julkisoikeudellisille toimijoille, vaikka palvelujen tarjoaminen voitaisiin tässä yhteydessä toteuttaa parhaiten sisämarkkinoilla vapaan kilpailun järjestelmän puitteissa.

28. Consiglio di Staton tulkinnan mukaan on lisäksi niin, että vaikka kansallisessa lainsäädännössä ei määritellä yhteishankintayksiköiden toiminta-alaa, siinä vahvistetaan niitä käyttävien kuntien alueen ja yhteishankintayksikön toiminta-alan välinen vastaavuus. Mainittu toiminta-ala on siten rajattu kuntayhtymään kuuluvien kuntien tai konsortion muodostavien kuntien alueelle. Sen mukaan myös tällainen rajaaminen on palvelujen vapaan liikkuvuuden periaatteen ja mahdollisimman suurta avoimuutta kilpailulle koskevan periaatteen vastainen, koska sillä luodaan yhteishankintayksiköiden yksinoikeudellisia toiminta-alueita.

29. Tässä tilanteessa Consiglio di Stato esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”Onko [unionin] oikeuden kanssa ristiriidassa 12.4.2006 annetun asetuksen nro 163 33 §:n 3 bis momentin kaltainen kansallinen säännös, jolla kuntien itsemääräämisoikeutta rajataan niiden turvautuessa hankinnoissa yhteishankintayksikköön, yksistään kahteen organisaatiomalliin eli kuntayhtymään, jos se on jo olemassa, tai kuntien välillä perustettavaan konsortioon?

Onko [unionin] oikeuden ja erityisesti palvelujen vapaan liikkuvuuden periaatteen sekä julkisten palveluhankintojen mahdollisimman suurta avoimuutta kilpailulle koskevan periaatteen kanssa ristiriidassa 12.4.2006 annetun asetuksen nro 163 33 §:n 3 bis momentin kaltainen kansallinen säännös, jolla – kun sitä luetaan yhdessä saman asetuksen 3 §:n 25 momentin kanssa kuntien konsortion organisaatiomallin yhteydessä – suljetaan pois mahdollisuus muodostaa yksityisoikeudellisia elimiä, kuten yleisen oikeuden mukainen konsortio, johon osallistuu myös yksityisiä?

11 Säännöksen ensimmäisen version mukaan aluksi alle 5 000 asukkaan kunnat ja myöhemmin vuoden 2014 version sanamuodon mukaan kunnat, jotka eivät ole provinssien pääkaupunkeja.

12 On kuitenkin lisättävä, että – kuten Italian hallitus huomauttaa – kyseessä olevassa säännöksessä sallitaan siihen vuonna 2014 tehdyn muutoksen jälkeen se, että ”vaihtoehtoisesti samat kunnat voivat tehdä omat hankintansa Consip S.p.A:n tai muun yhteisostoryhmän hallinnoimilla sähköisillä hankintavälineillä”. ANAC:n 30.4.2015 tekemässä päätöksessä viitattiin näihin kahteen mahdollisuuteen ja korostettiin, että pienet kunnat voivat turvautua myös julkishallinnon hankintoja varten perustettuun valtakunnalliseen yhteishankintayksikköön (Consip) tai muuhun ”vastaavaan yhteisostoryhmään”, joihin kuuluvat alueelliset yhteishankintayksiköt.

13 Asetuksen nro 163 3 §:n 25 momentissa esitetyn ”hankintaviranomaisen” määritelmän mukaan tällaisia konsortioita ovat ainoastaan julkisyhteisöjen muodostamat konsortiot.

Onko [unionin] oikeuden ja erityisesti palvelujen vapaan liikkuvuuden periaatteen sekä julkisten palveluhankintojen mahdollisimman suurta avoimuutta kilpailulle koskevan periaatteen kanssa ristiriidassa 33 §:n 3 bis momentin kaltainen kansallinen säännös, jolla – kun sitä tulkitaan siten, että sillä annetaan yhteishankintayksikköinä toimiville kuntien konsortioille lupa toimia alueella, joka muodostuu kokonaisvaltaisesti katsottuna kyseiseen alueeseen liittyvistä kunnista, ja siten lupa toimia korkeintaan provinssin alueella – mainittujen yhteishankintayksikköjen toiminta-alalle asetetaan rajat?”

III Asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa

30. Ennakkoratkaisupyyntö saapui unionin tuomioistuimeen 3.1.2019.

31. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Asmel s.c.a.r.l, Italian hallitus ja Euroopan komissio, jotka osallistuivat 29.1.2020 pidettyyn istuntoon.

IV Oikeudellinen arviointi

A Ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottaminen

32. Sekä komissio että Italian hallitus esittävät ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamista koskevia vastaväitteitä.

33. Italian hallituksen mukaan kaikki nämä kysymykset on hypoteettisina jätettävä tutkimatta. Se väittää, että unionin tuomioistuimen vastauksesta riippumatta ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle tehtyä valitusta ei voida hyväksyä, koska Asmel s.c.a.r.l:lle ei ole annettu tehtäväksi mitään kilpailutukseen perustuvaa hankintapalvelua.

34. Vastaväitettä ei voida hyväksyä sen vuoksi, että koska ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida ennakkoratkaisukysymyksen tarpeellisuus käsiteltävän oikeusriidan ratkaisemisen kannalta, unionin tuomioistuin voi kieltäytyä vastaamasta kysymykseen vain siinä tapauksessa, että se osoitetaan selvästi tarpeettomaksi (mitä käsiteltävässä asiassa ei ole tehty).

35. Tässä Italian hallituksen väitteessä kiinnitetään huomiota pikemminkin riidan asiasisältöön kuin varsinaisen ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamiseen. Sen selvittäminen, minkä tyyppisiä julkisia yhteishankintayksiköitä tai yhteishankintayksilöitä, joihin osallistuu yksityisiä tahoja, pienet kunnat voivat käyttää, ei ole hypoteettinen vaan todellinen kysymys, jonka ratkaiseminen edellyttää Italian lainsäädännössä asetettujen rajoitusten vertaamista unionin oikeuteen.

36. Komission mukaan *näyttää* ensinnäkin siltä, että ANAC:n soveltama säännös, jonka yhteensopivuutta unionin oikeuden kanssa Consiglio di Stato pohtii, on kumottu, minkä johdosta Asmel s.c.a.r.l:lle mahdollisesti aiheutuneet vahingot, joita ennakkoratkaisupyyntö koskee, ovat lakanneet. Tällä seikalla voidaan sen mukaan perustella sitä, että oikeusriita menettää kohteensa.

37. Juuri kumoaminen, johon komissio viittaa, vaikutti vuonna 2016 asetuksen nro 163 33 §:n 3 bis momentin tekstiin sen jälkeen, kun sitä oli vuonna 2014 muutettu. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on tutkia, mikä vaikutus mainitulla kumoamisella on pääasian oikeudenkäynnissä, mutta käsiteltävän asian kannalta merkityksellisestä näkökulmasta tarkasteltuna ei voi olla kyse ennakkoratkaisupyynnön kohteen menettämisestä, varsinkaan jos oikeusriita on ratkaistava

tosiseikkojen tapahtuma-aikaan voimassa olleen lainsäädännön mukaisesti.[14]

38. Käsittelen komission kolmannesta ennakkoratkaisukysymyksestä esittämää oikeudenkäyntiväitettä mainitun ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelun yhteydessä.

B Alustavat toteamukset

39. Consiglio di Stato pyrkii tiivistetysti esitettynä selvittämään, onko sellainen *organisaatiomalli*, jossa pienten paikallisyhteisöjen sallitaan[15] käyttää vain kahden mallin mukaisia yhteishankintayksiköitä (kuntayhtymät ja kuntien väliset konsortiot), unionin oikeuden mukainen.

40. Ennakkoratkaisupyynnössä mainitaan palvelujen tarjoamisen vapaus (SEUT 56 artikla) periaatteena, joka Italian lainsäädännössä kyseenalaistetaan, ja viitataan samalla nimenomaisesti yhteishankintayksiköitä koskeviin direktiivin 2004/18 säännöksiin.

41. Julkishallinnon hankintojen osalta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä nojaudutaan EUT-sopimuksessa määrättyihin perusvapauksiin silloin, kun asianomaista alaa sääntelevää direktiiviä ei voida soveltaa. Käsiteltävässä asiassa direktiivi, jolla säänneltiin ajallisesti julkisia hankintoja (ja näin ollen yhteishankintayksiköiden oikeudellista järjestelmää unionin oikeudessa), oli direktiivi 2004/18.

42. Lisäksi asetuksen nro 163 3 §:n 34 momentissa toistetaan direktiivin 2004/18 1 artiklan 10 kohdassa esitetty yhteishankintayksiköiden määritelmä, mistä ilmenee, että kyseisellä kansallisella säännöksellä saatetaan mainittu direktiivi osaksi kansallista oikeusjärjestystä.

43. Yhdyn näin ollen komission näkemykseen, jonka mukaan ennakkoratkaisukysymyksiin on vastattava direktiivin 2004/18 kannalta.

44. Viime kädessä merkitystä ei ole sillä, että ennakkoratkaisupyynnössä ei täsmennetä yhdenkään pääasian oikeudenkäynnissä riitautetun hankintasopimuksen arvoa sen selvittämiseksi, ylittääkö se direktiivin 2004/18 soveltamiskynnyksen. Asmel s.c.a.r.l:n toiminnan laajuuden kuvauksen perusteella voidaan olettaa, että se ylittää direktiivin 2004/18 7 artiklassa asetetun vähimmäismäärän,[16] ja juuri tähän toimintaan ennakkoratkaisupyynnössä viitataan yleisesti.

45. Vaikka annan näihin kolmeen ennakkoratkaisukysymykseen vain yhden ainoan lopullisen vastauksen, on mielestäni tarkoituksenmukaisempaa tarkastella niitä erikseen Consiglio di Staton ehdottamassa järjestyksessä.

C Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

46. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan asetuksen nro 163 33 §:n 3 bis momentilla ”kuntien itsemääräämisoikeus rajataan niiden turvautuessa hankinoissa yhteishankintayksikköön, yksistään kahteen organisaatiomalliin eli kuntayhtymään, jos se on jo olemassa, tai kuntien välillä perustettavaan konsortioon”. Se kysyy, onko kyseinen säännös ristiriidassa unionin oikeuden kanssa (ilman muita täsmennyksiä).[17]

14 Italian hallitus väitti istunnossa, että yhteishankintayksiköitä koskeva uusi sääntely (18.4.2016 annetun asetuksen (decreto-legge) nro 50 37 §:n 4 momentti), jolla sen mukaan korvataan asetuksen nro 163 33 §:n kumottu 3 bis momentti, tulee vuonna 2019 annetun lain nro 55 1 §:n nojalla voimaan vasta 31.12.2020. Tällä tosiseikalla komissio myönsi ennakkoratkaisukysymyksiin annettavan vastauksen tarpeellisuuden asian ratkaisemisen kannalta vuoden 2016 lainsäädäntöuudistuksesta huolimatta.

15 Ennakkoratkaisupyynnössä otetaan lähtökohdaksi tämä väite. Ks. kuitenkin Italian hallituksen täsmennys, joka koskee pienten kuntien mahdollisuutta käyttää myös valtakunnallisia tai alueellisia yhteishankintayksiköitä (vrt. alaviite 12).

16 Ennakkoratkaisupyynnön 1.4 kohdassa, johon komissio viittaa huomautustensa 34 kohdassa, todetaan, että hankintamenettelyjä, jotka Asmel s.c.a.r.l. on hoitanut eri paikallisyhteisöjen nimissä, on vähintään 152 (ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 9).

17 Ks. alaviite 12, joka koskee muita kuntien käytettävissä olevia mahdollisuuksia.

47. Kunkin jäsenvaltion paikallisyhteisöjen itsemääräämisoikeuden laajuus, johon ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa, on seikka, joka kyseisten valtioiden perustuslain säätäjän tai tavallisten lakien säätäjän on määriteltävä, eikä unionin oikeudessa ole tältä osin annettu täsmällistä sääntelyä.

48. Keskityn siis direktiiviin 2004/18, jolla ”yhteishankintayksiköt” otettiin käyttöön unionin oikeudessa vastineena sille joidenkin jäsenvaltioiden yleiselle käytännölle, jonka seurauksena julkishallinto hankkii tavaroita tai palveluja kyseisen keskitetyn järjestelmän kautta. [18]

49. Vaikka direktiiviä 2014/24/EU [19] ei voida soveltaa ajallisesti, siinä on päätetty säilyttää nämä keskitetyt hankintamenettelyt, jopa edeltävää direktiiviä ehdottomammin sanamuodoin. [20]

50. Direktiivin 2004/18 1 artiklan 10 kohdan määritelmän mukaan ”’yhteishankintaviranomaisella’ tarkoitetaan hankintaviranomaista, joka – – hankkii hankintaviranomaisille tarkoitettuja tavaroita ja/tai palveluja, tai – – tekee julkisia hankintoja koskevia sopimuksia sekä hankintaviranomaisille tarkoitettuja rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja koskevia puitejärjestelyjä”.

51. Direktiivin 2004/18 11 artiklan mukaan jäsenvaltiot *voivat* säätää, että hankintaviranomaisilla on mahdollisuus ”hankkia julkisia rakennusurakoita, tavaraa ja/tai palveluja yhteishankintaviranomaista käyttäen”. [21]

52. Direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan määritelmän mukaan hankintaviranomaisina pidetään ”valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä”.

53. Direktiivin 2004/18 systematiikassa mikään ei estä sitä, että julkisoikeudelliseen laitokseen liitetään tiukoin edellytyksin yksityisiä. Direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan mukaan julkisoikeudellisen laitoksen asema perustuu tiettyihin tekijöihin, jotka liittyvät yhtäältä sen alkuperään ja oikeussubjektiuteen [22] ja toisaalta sen riippuvuuteen valtiosta, alueellisista tai paikallisista viranomaisista tai muista julkisoikeudellisista laitoksista sekä siihen, että se on niiden määräysvallassa. [23]

54. Yksityinen oikeussubjekti voi siis lähtökohtaisesti kuulua hankintaviranomaiseksi luokiteltuun julkiseen laitokseen edellyttäen, että kyseinen laitos täyttää edellä mainitsemani edellytykset. [24]

18 Direktiivin 2004/18 johdanto-osan 15 perustelukappale.

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

20 Direktiivin 2014/24 johdanto-osan 59 perustelukappaleen mukaan ”unionin julkisten hankintojen markkinoilla on kehittymässä vahva suuntaus julkisten ostajien kysynnän yhdistämiseen, jotta saataisiin mittakaavaetuja muun muassa alhaisempien hintojen ja liiketoimikustannusten muodossa ja jotta hankintojen hallinnointi ja ammattimaisuus tehostuisivat”.

21 Artiklan englanninkielisen version mukaan ”contracting authorities may purchase works, supplies and/or services *from* or *through* a central purchasing body” (kursivointi tässä). Tämän kaksiosaisen ilmaisun (*from* or *through*) käyttö näyttää ennakoivan yhteishankintayksiköiden ryhmien ja toimintojen kaksijakoisuutta, jota täsmennetään selkeämmin uudemmassa direktiivissä 2014/24: ne voivat toimia joko *tukkuliikkeinä*, jotka ostavat, varastoivat ja jälleenmyyvät, tai *välittäjinä* hankintaviranomaisille tekemällä niille sopimuksia, käyttämällä dynaamisia hankintajärjestelmiä tai tekemällä puitejärjestelyjä niiden käyttöön (ks. direktiivin 2014/24 johdanto-osan 69 perustelukappale).

22 Niiden on oltava laitoksia, jotka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja jotka ovat oikeussubjekteja.

23 Niillä tarkoitetaan laitosta, ”jota joko rahoittaa pääosin valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää yli puolet”.

24 Julkisoikeudellisen laitoksen aseman epääminen Asmel s.c.a.r.l:lta perustui sen rahoitustapaan ja siihen, että siihen kuului yrityksiä ja muita yksityisiä yksiköitä, joiden hallinnon tai johdon osalta valtio, alueelliset viranomaiset tai muut julkisoikeudelliset laitokset eivät voi käyttää lainsäädännössä edellytettyä määräysvaltaa. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on vahvistaa tai olla vahvistamatta tämä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi.

55. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan silloin, kun kyse on pienistä paikallisyhteisöistä, ne on perustettava yksinomaan julkisoikeudellisen oikeushenkilön, kuten kuntayhtymän tai kuntien välisen konsortion, muotoon, jotta voidaan perustaa paikallisia hankintayksiköitä. Yksityiset eivät siis voi osallistua kyseisiin yhteishankintayksiköihin, joilta pienet paikallisyhteisöt voivat hankkia rakennusurakoita, tavaroita ja palveluja.

56. Vaikka direktiivissä 2004/18 edellytetään, että yhteishankintayksiköiden on oltava hankintaviranomaisia, siinä ei edellytetä jäsenvaltioilta, että kaikki julkisoikeudelliset laitokset (riippumatta siitä, osallistuuko niihin yksityisiä vai ei), joilla on hankintaviranomaisen asema, käyttävät niitä.

57. Direktiivissä 2004/18 annetaan tällä alalla jäsenvaltioille laaja harkintavalta. Sen johdanto-osan 16 perustelukappaleessa korostetaan ”jäsenvaltioissa sovellettavien erilaisten järjestelyjen huomioon ottamiseksi” olevan aiheellista jättää niille ”oikeus määrätä, että hankintaviranomaisilla on mahdollisuus käyttää – – yhteishankintaviranomaisia – – sellaisina kuin ne on määritelty ja niitä säännellään tässä direktiivissä”.

58. Johdanto-osan tämän perustelukappaleen normatiivinen ilmentymä konkretisoituu direktiivin 2004/18 11 artiklan 1 kohdassa, johon edellä viittasin. Sen mukaan jäsenvaltiot voivat *valintansa* mukaan antaa hankintaviranomaisilleen (käsiteltävässä asiassa paikallisyhteisöille) mahdollisuuden käyttää yhteishankintayksiköitä.

59. Mielestäni tämä sama valinnanmahdollisuus ulottuu yleisiä etuja parhaiten vastaavan lainsäädännön valintaan, koska direktiivissä 2004/18 ei oteta käyttöön erityisiä sääntöjä yksityisten ottamisesta mukaan yhteishankintayksiköihin. On siis riittävää, että kansallisella oikeussäännöllä ei muuteta kyseisen laitoksen olennaisia piirteitä ja että siinä edellytetään kyseisten yksiköiden noudattavan toiminnassaan direktiivin 2004/18 säännöksiä (11 artiklan 2 kohdan loppu).

60. Äskettäin annettu tuomio Irgita[25] tarjoaa joitakin tulkintaohjeita, jotka pätevät myös nyt käsiteltävään ennakkoratkaisupyyntöön. Vaikka tuomio annettiin erilaisessa asiayhteydessä[26] – joskin julkisten hankintojen alalla – ja oikeussäännöstä (direktiivin 2014/24 12 artiklan 1 kohdasta), joka ei liity yhteishankintayksiköihin, siinä korostetaan, että kyseisellä säännöksellä ei viedä ”jäsenvaltioilta vapautta suosia tiettyä palvelujen tarjoamistapaa, rakennusurakan toteuttamistapaa tai tavaroiden hankkimistapaa muiden tapojen kustannuksella”.[27]

61. Tuomiossa Irgita unionin tuomioistuin

– toteaa, että ”jäsenvaltioiden vapaus valita palvelujen tarjoamistapa, jolla hankintaviranomaiset täyttävät omat tarpeensa, käy ilmi myös direktiivin 2014/24 johdanto-osan viidennestä perustelukappaleesta”,[28] ja

25 Tuomio 3.10.2019 (C-285/18, EU:C:2019:829; jäljempänä tuomio Irgita).

26 Kyseisessä asiassa tarkasteltiin sitä, ylittivätkö kansalliset rajoitukset ”– – ne edellytykset, joita hankintaviranomaisen on noudatettava tehdessään sisäisen liiketoimen”.

27 Tuomio Irgita, 44 kohta.

28 Ibidem, tuomion 45 kohta. Vaikka viittaukset koskevat direktiiviä 2014/24, jota ei voida ajallisesti soveltaa nyt käsiteltävässä asiassa, samassa 45 kohdassa korostetaan, että johdanto-osan viidennessä perustelukappaleessa ”vahvistetaan – – mainittua direktiiviä aikaisempi unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö”. Kyseisen perustelukappaleen mukaan ”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”.

– vetoaa lisäperusteena direktiiviin 2014/23/EU[29] siltä osin kuin siinä korostetaan jäsenvaltioiden vapautta päättää parhaana pitämästään tavasta huolehtia rakennusurakoiden toteuttamisesta tai palvelujen tarjoamisesta.[30] Tämän kannan tueksi se mainitsee kyseisen direktiivin 2 artiklan 1 kohdan.[31]

62. Jäsenvaltioiden valinnanvapauden perusteella katson siis, että direktiivi 2004/18 ei ole esteenä sille, että jokin jäsenvaltio velvoittaa pienet paikallisyhteisönsä turvautumaan yksinomaan julkisiin yhteistyöjärjestelyihin, kuten kuntayhtymiin ja kuntien välisiin konsortioihin, jos ne haluavat käyttää omaa yhteishankintayksikköä.

63. Toistan, että jäsenvaltiot voivat vapaasti ottaa käyttöön julkisten hankintojen keskittämismalleja tai -menetelmiä (jotka voivat olla sekä valtakunnallisia, alueellisia, maakunnallisia että paikallisia) omien tarkoitusperiensä ja kussakin tilanteessa vallitsevien erityisolosuhteiden mukaisesti.[32] Ne voivat myös, kuten direktiivin 2014/24 37 artiklan 1 kohdan lopussa myöhemmin vahvistetaan, ”säätää, että tiettyjen hankintojen tekemiseen on käytettävä yhteishankintayksiköitä tai yhtä tai useampaa tiettyä yhteishankintayksikköä”.

64. Kuntayhtymät ja kuntien väliset konsortiot ovat paikallisyhteisöjen *organisaatiomalleja*, jotka ovat viimeksi mainittujen yhteisöjen tavoin luonteeltaan julkisia. Ei siis ole mitään erikoista siinä, että kansallisessa laissa, jossa säännellään näitä palvelujen yhteistä hallinnointia tai julkisten tehtävien yhteistä hoitamista varten käyttöön otettuja *malleja*, ei säädetä yksityishenkilöiden tai -yritysten osallistumisesta näihin palveluihin.

65. Kansallinen lainsäätäjä voi valita joko hajautetun paikallisten julkisten hankintojen järjestelmän (jossa kukin kunta sopii erikseen rakennusurakkansa sekä tavara- tai palveluhankintansa) tai keskitetyn taikka yhdistetyn järjestelmän (eli useiden kuntien tai niiden käyttämien yhteishankintayksiköiden vastuulla olevan yhteishankintamenettelyn).[33]

66. Toistan viimeksi mainitusta järjestelmästä vielä, että direktiivissä 2004/18 annetaan kansalliselle lainsäätäjälle vapaus määritellä se. Vaikkei siitä nimenomaisesti säädetä kyseisessä direktiivissä (mutta kylläkin direktiivissä 2014/24), tähän vapauteen kuuluu oikeus määrätä kyseinen järjestelmä pakolliseksi joillekin hankintaviranomaisille.

67. Mikään ei estä antamasta säännöksiä yksityishenkilöiden osallistumisesta yhteishankintayksiköihin. En kuitenkaan ymmärrä, miksi olisi direktiivin 2004/18 tai minkään muun unionin oikeuteen sisältyvän oikeussäännön kanssa ristiriidassa se, että kuntayhtymille ja kuntien välisille konsortioille tunnusomainen julkinen organisaatiomalli siirrettäisiin näissä kuntayhtymissä tai konsortioissa syntyneisiin yhteishankintayksiköihin asianomaisten kuntien keinona hankkia rakennusurakoita, palveluja ja tavaroita kunnille.

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

30 Tuomio Irgita, 47 kohta.

31 ”Tässä direktiivissä tunnustetaan kansallisten, alueellisten ja paikallisviranomaisten vapaan harkinnan periaate kansallisen ja unionin oikeuden mukaisesti. Nämä viranomaiset voivat vapaasti päättää parhaana pitämästään tavasta huolehtia rakennusurakoiden toteuttamisesta tai palvelujen tarjoamisesta erityisesti korkean laadun ja turvallisuuden tason, kohtuuhintaisuuden, yhdenvertaisen kohtelun sekä yleisen saatavuuden ja käyttäjien oikeuksien edistämisen varmistamiseksi julkisissa palveluissa. Ne saavat suorittaa yleistä etua koskevat tehtävänsä käyttäen omia voimavarojaan tai yhteistyössä muiden viranomaisten kanssa taikka siirtää tehtävien suorittamisen talouden toimijoille.”

32 Toistaessaan osan ANAC:n 30.4.2015 tekemästä päätöksestä Italian hallitus korostaa, että riitautettu säännös lisättiin, jotta estettäisiin mafiajärjestöjen levittäytyminen (lain 136/2010 13 §, ”mafian vastainen erityisohjelma”). Myöhemmin, 6.12.2011, annetulla ns. Salva-Italia-asetuksella (6.12.2011 annetun asetuksen (decreto-legge) nro 201, joka ratifioitiin 22.12.2011 annetulla lailla nro 214, 23 §:n 4 momentti) pienimpien kuntien hankintojen keskittämisestä tehtiin velvollisuus ja menojen valvonnan väline asetuksen nro 163 3 §: n 3 bis momentin uutta versiota laadittaessa.

33 Rajat, joita kunkin valtion perustuslaissa voidaan asettaa lainsäädäntövallan käyttäjälle alueellisten paikallisyhteisöjen itsehallinnon (eli niiden itseorganisointikyvyn) osalta, eivät liity nyt käsiteltäviin kysymyksiin.

68. On kuitenkin totta, että kansallisen lainsäätäjän vapaus ei ole rajoittamaton, kuten todettiin myös tuomiossa Irgita toisessa tähän läheisesti liittyvässä asiayhteydessä, ja että sen valitsema vaihtoehto ei saa olla ristiriidassa EUT-sopimuksen määräysten ja periaatteiden eikä siinä vahvistettujen vapauksien kanssa. [34]

69. Tässä kohdassa Consiglio di Stato toteaa ainoastaan, että koska ”yhteishankintayksiköt ovat yrityksiä, jotka tarjoavat tavaroiden ja palveluiden hankintapalvelua hankintaviranomaisille”, [35] Italian lainsäätäjän asettama rajoitus voi loukata SEUT 57 artiklassa tunnustettua palvelujen tarjoamisen vapautta.

70. Se, että yhteishankintayksikköä voidaan pitää taloudellisena toimijana sen suhteissa kolmansiin, [36] ei ole riittävää sen määrittämiseksi, sovelletaanko SEUT 56 ja SEUT 57 artiklaa automaattisesti silloin, kun tätä käsitettä ei voida erottaa hankintaviranomaisen käsitteestä ja kun viimeksi mainitulla tarkoitetaan direktiivin 2004/18 mukaan vain ”valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä”.

71. Olen siis samaa mieltä Italian hallituksen kanssa sen väitteestä, että kansallinen lainsäätäjä voi varata julkisoikeudellisille henkilöille sellaisen yhteishankintayksikön aseman, joka vastaa pysyvästi hankintaviranomaisten varsinaisesta tehtävästä julkishallinnon lukuun. [37]

72. Kyseiset yhteishankintayksiköt eivät kilpailleet direktiivin 2004/18 voimassaoloaikana *yhteishankintayksiköiden palvelujen markkinoilla*, joita ei ollut olemassa, sellaisten yksityisten oikeussubjektien kanssa, jotka tarjosivat näitä samoja palveluja julkisyhteisöille. Eri asia on, että kun on kyse puhtaasti avustavista toiminnoista, joilla tuetaan hankintaviranomaisten ostotoimintaa, yksityiset yritykset ja yksiköt voivat tarjota niille korvausta vastaan yhteistyötään (esimerkiksi neuvonnan muodossa).

73. Tilanne on voinut muuttua sen jälkeen, kun direktiivi 2014/24, jonka 37 artiklan 4 kohdan mukaan on sallittua tehdä ”yhteishankintayksikön kanssa [palveluhankintasopimus] keskitettyjen hankintatoimintojen suorittamisesta”, tuli voimaan.

74. Se, että kyseinen hankintasopimus voidaan tehdä ”soveltamatta tässä direktiivissä säädettyjä menettelyjä”, kuten tässä samassa säännöksessä nimenomaisesti todetaan, voi selittyä sillä, että se on tehtävä julkisten yhteishankintayksiköiden kanssa (johon tarvittaessa osallistuu rajoitetusti yksityisiä julkisessa määräysvallassa). Jos näin ei olisi eli jos hankintasopimus voitaisiin tehdä yksityisen kanssa, on vaikea ymmärtää, että kyseinen henkilö valittaisiin hankintasopimuksen sopimuspuoleksi ilman, että siihen olisi ensin sovellettu direktiivissä 2014/24 säädettyjä menettelyjä.

34 Tuomio Irgita, 48 kohta. ”Jäsenvaltioilla oleva vapaus päättää parhaana pitämästään tavasta huolehtia rakennusurakoiden toteuttamisesta tai palvelujen tarjoamisesta ei kuitenkaan voi olla rajoittamaton. Tätä vapautta käytettäessä on päinvastoin noudatettava EUT-sopimuksen perustavanlaatuisia sääntöjä, erityisesti tavaroiden vapaata liikkuvuutta, sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta, sekä niistä johtuvia periaatteita kuten yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja vastavuoroisen tunnustamisen periaatteita sekä suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta.”

35 Ennakkoratkaisupyynnön 10.3 kohta.

36 Tämä pätee Asmel s.c.a.r.l:aan, jonka palveluista sen asiakkaat maksavat korvauksen.

37 Italian hallituksen huomautusten 70 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

75. Näiden lähtökohtien perusteella katson, ettei käsiteltävässä asiassa voida soveltaa suoraan SEUT 56 ja SEUT 57 artiklaa. Riippumatta siitä, että oikeusriidan kaikki seikat rajoittuvat Italian sisälle, eikä rajat ylittäviä yhteyksiä ole havaittavissa,[38] ratkaisevaa on se, että unionin oikeuden, jota on pidettävä ensisijaisena (direktiivi 2004/18), tulkinnassa ei edellytetä, että pienten paikallisyhteisöjen perustamissa yhteishankintayksiköissä on välttämättä oltava mukana yksityisiä.

76. Nähdäkseni Italian oikeussäännöllä, jota arvioidaan kilpailuoikeuden näkökulmasta[39] julkisten hankintojen alalla, ei sellaisenaan rikota kilpailuoikeutta. Kilpailu, jota pyritään suojaamaan unionin oikeudella tällä alalla, on pääasiassa kilpailua, joka vallitsee hankintaviranomaisille rakennustöitä, tavaroita tai palveluja tarjoavien taloudellisten toimijoiden välillä. Kyseisten taloudellisten toimijoiden välinen kilpailu säilyy sillä edellytyksellä, että hankintaviranomaiset (tässä tapauksessa kuntayhtymissä ja kuntien välisissä konsortioissa perustetut yhteishankintayksiköt) noudattavat direktiivissä 2004/18 säädettyjä menettelyjä tehdessään näitä hankintoja.

77. Toisin sanoen velvollisuus, joka koskee pienien paikallisyhteisöjen oikeutta käyttää omia yhteishankintayksiköitään (kuntayhtymien ja kuntien välisten konsortioiden kautta), ei merkitse kilpailumarkkinoiden sulkemista sitä varten, että hankinnoista kiinnostuneet taloudelliset toimijat voisivat tarjota näille viranomaisille niiden tarvitsemia tavaroita, rakennusurakoita tai palveluja.

D Toinen ennakkoratkaisukysymys

78. Consiglio di Stato pyrkii selvittämään, onko unionin oikeuden (”erityisesti palvelujen vapaan liikkuvuuden periaatteen sekä julkisten palveluhankintojen mahdollisimman suurta avoimuutta kilpailulle koskevan periaatteen”) kanssa ristiriidassa sellainen kansallinen lainsäädäntö, jolla ”suljetaan pois mahdollisuus muodostaa yksityisoikeudellisia elimiä, kuten yleisen oikeuden mukainen konsortio, johon osallistuu myös yksityisiä”.

79. Heti alkuun on todettava, että toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä ei sen sanamuodosta huolimatta tiedustella sitä, ovatko kuntien väliset konsortiot yleensä velvollisia sallimaan yksityisten osallistumisen. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen epäily koskee asiayhteydessään tarkasteltuna pikemminkin sitä, onko unionin oikeuden mukaista kieltää tällainen yksityisen sektorin osallistuminen kyseisissä konsortioissa perustettuihin yhteishankintayksiköihin.

80. Näin tulkittuna tämä epäilys voidaan mielestäni johtaa ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen annetusta vastauksesta, joten siihen ei ole enää syytä lisätä mitään.

81. Komissio kuitenkin väittää,[40] että oikeusriidan taustalla olevassa ANAC:n päätöksessä ylitetään se, mikä on asianmukaista, kun siinä estetään ehdotonta sanamuotoa käyttäen Asmel s.c.a.r.l:aa harjoittamasta ”yhteisostoryhmän” toimintaa missään olosuhteissa epäämällä siltä hankintaviranomaisen asema.[41]

38 Tuomiossa 15.11.2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, 47 kohta, jossa viitataan aiempaan oikeuskäytäntöön, todetaan seuraavaa: ”EUT-sopimuksen – – palvelujen tarjoamisen vapautta – – koskevia määräyksiä [ei] ole sovellettava tilanteeseen, jonka kaikki osatekijät rajoittuvat yhden ainoan jäsenvaltion sisälle”.

39 Tästä näkökulmasta katsottuna kilpailun vääristymisen vaara voi johtua pikemminkin ostojen yhdistämisestä ja keskittämisestä, joista voi olla seurauksena ”ostovoiman liiallinen keskittyminen ja kilpailunvastainen yhteistyö”, kuten direktiivin 2014/24 59 perustelukappaleessa todetaan.

40 Sen kirjallisten huomautusten 60–63 kohta.

41 Komissio myöntää, että yksinomaan kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on lausua siitä, onko Asmel s.c.a.r.l:lla julkisoikeudellisen laitoksen asema, ja sitä varten arvioida muiden tekijöiden ohella se, käyttävätkö viranomaiset kyseisessä yhtiössä määräävää vaikutusvaltaa. Asmel s.c.a.r.l on yhtä mieltä tästä lähtökohdasta.

82. Komission mukaan käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltainen kansallinen lainsäädäntö, jolla suljetaan pois tiettyyn oikeudelliseen muotoon perustetut yksiköt, joihin osallistuu yksityisiä oikeussubjekteja, on unionin oikeuden mukainen edellyttäen, että *muiden kuin*[42] kyseisessä säännöksessä tarkoitettujen tehtävien osalta nämä yksiköt voidaan luokitella direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdassa tarkoitetuiksi julkisoikeudellisiksi laitoksiksi.

83. Istunnossa komissio täsmensi kantaansa: vahvistettuaan, että kyseessä olevan kaltainen kansallinen lainsäädäntö, jossa rajoitetaan kahteen sellaisten yhteishankintayksiköiden organisaatiomallit, joita pienemmät paikalliset julkisyhteisöt voivat käyttää, on yhteensopiva direktiivin 2004/18 11 artiklan 1 kohdan kanssa, se selitti, että sen vastalause rajoittui yksinomaan muihin kuin näiden yksiköiden käyttöä edellyttäviin julkisten hankintojen tekotapoihin.

84. En omasta puolestani katso, että unionin tuomioistuimen olisi lausuttava tästä komission huomautuksesta silloin, kun ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymys rajoittuu kuntayhtymien ja kuntien välisten konsortioiden *erityisiin* tehtäviin pysyvien yhteishankintayksiköiden perustamiseksi eikä *muihin* tehtäviin. Jos paikallisyhteisöillä on oikeus tehdä itse sopimuksia hajautetussa hankintajärjestelmässä, tämä menee ennakkoratkaisupyyntöä pidemmälle.

E Kolmas kysymys

85. Consiglio di Stato pitää lähtökohtana kyseessä olevan kansallisen lainsäädännön tulkintaa ”siten, että sillä annetaan yhteishankintayksikköinä toimiville kuntien konsortioille lupa toimia alueella, joka vastaa kokonaisvaltaisesti katsottuna kyseiseen alueeseen liittyviä kuntia, ja siten lupa toimia korkeintaan provinssin alueella”.

86. Tällaisen tulkinnan perusteella ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko kyseinen kansallinen lainsäädäntö ristiriidassa palvelujen vapaan liikkuvuuden periaatteen sekä julkisten palveluhankintojen mahdollisimman suurta avoimuutta kilpailulle koskevan periaatteen kanssa.

87. Sekä Italian hallitus että komissio esittävät tiettyjä varauksia siitä, miten tämä epäilys on esitetty:

– Italian hallitus väittää, että syyt, joihin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin vetoaa, eivät ole selvästi ymmärrettäviä, mikä estää sitä ottamasta niihin kantaa. Sen mielestä kyseinen tuomioistuin esittää ristiriitaisia näkemyksiä todetessaan yhtäältä,[43] että säännöksellä perustetaan ”pienten kuntien lukuun toimivien yhteishankintayksiköiden yksinoikeudellinen toiminta-alue” (mikä Italian hallituksen mukaan näyttää edellyttävän, että se tuottaa etua kuntien välisille konsortioille), ja toisaalta vakuuttaessaan, että alueellinen rajoitus aiheuttaa haittaa yhteishankintayksiköille.

– Komissio katsoo, että kysymys on hypoteettinen, sillä haittaamisen sijasta maantieteellinen rajoitus hyödyttää Asmel s.c.a.r.l:n kaltaista yhteishankintayksikköä, koska sillä laajennetaan (eikä supisteta) sen toiminta-alaa, joka eroaa kuntayhtymien ja kuntien välisten konsortioiden toiminta-alasta.

88. Mielestäni kysymys ei ole hypoteettinen. Ennakkoratkaisupyynnön sanamuodon lisäksi kyse on siitä, onko tiettyjen eli kuntayhtymien ja kuntien välisten konsortioiden perustamien yhteishankintayksiköiden alueellisen toiminta-alan rajoittaminen ristiriidassa unionin oikeuden (eli jo mainittujen periaatteiden) kanssa.

42 Kursivointi alkuperäisessä.

43 Ennakkoratkaisupyynnön 11.3 kohta.

89. On totta, että tällaisella epäilyllä olisi täysi merkitys sellaisen mahdollisen tulevan riita-asian ratkaisemisessa, joka liittyy kuntien välisen (julkisen) konsortion perustamiseen yhteishankintayksiköksi, mikä ei ole suoraan pääasian kohteena. Koska tätä käsiteltiin ANAC:n päätöksessä, joka koskee Asmel s.c.a.r.l:n toimimista minkä tahansa kunnan yhteishankintayksikkönä ilman varsinaisia maantieteellisiä rajoituksia, komission esittämillä vastaväitteillä on tietty painoarvo.

90. Jälleen kerran on asetettava etusijalle olettama siitä, että ennakkoratkaisukysymyksellä, sellaisena kuin kansallinen tuomioistuin sen esittää, on merkitystä. Jos se katsoo, että unionin tuomioistuimen vastaus sellaiseen oikeuskysymykseen, joka sen mukaan edellyttää unionin oikeussäännön tulkintaa, on välttämätön, unionin tuomioistuimen on annettava tämä vastaus, paitsi jos se ei selvästikään ole tarpeen alkuperäisessä riita-asiassa, mistä ei ole kyse nyt käsiteltävässä asiassa.

91. Asiakysymyksestä todettakoon, että direktiivissä 2004/18 ei mielestäni ole sellaista säännöstä, jossa velvoitettaisiin jäsenvaltiot noudattamaan sitovia sääntöjä niiden määrittäessä kuntayhtymien ja kuntien välisten konsortioiden perustamien yhteishankintayksiköiden alueelliset vaikutusalat.

92. Lisäksi vaikuttaa johdonmukaiselta näiden paikallisyhteisöjen välisten yhteistoimintatapojen suunnittelun kanssa, että niiden perustamat yhteishankintayksiköt rajoittuvat kokonaisvaltaisesti katsottuna niiden alueelle. Yhteishankintayksiköltä palveluja vastaanottavien kuntien näkökulmasta niiden ja mainitun yksikön välisen suhteen vaikutukset voivat ilmetä vain niiden omilla alueilla.

93. Edelleen mahdolliset vaikeudet näiden toimintatapojen vahvistamisessa voisivat johtua velvollisuudesta kunnioittaa perussopimuksissa määrättyjä perusvapauksia. Ensimmäisen kysymyksen yhteydessä esittämistäni syistä katson kuitenkin, ettei SEUT 56 artiklaa eikä kilpailuoikeuden sääntöjä rikota. Ennakkoratkaisupyynnön sanamuodosta ei missään tapauksessa voida selvästi päätellä, miksi voitaisiin katsoa, että jotakin näistä vapauksista olisi rajoitettu.

94. Lisättäköön, että niiden osalta, jotka tarjoavat kunnille rakennustöitä, tavaroita tai palveluja kuntien perustamien yhteishankintayksiköiden välityksellä, mikään ei viittaa siihen, että näiden rakennustöiden, palvelujen tai tavaroiden olisi oltava peräisin kyseisiin yksiköihin liittyneiden kuntien alueelle sijoittautuneilta yrityksiltä. Toisin sanoen ei ole syytä ajatella, että markkinat olisi suljettu kyseisen alueen ulkopuolella sijaitsevilta yrityksiltä riippumatta siitä, ovatko ne Italiasta tai mistä tahansa muusta jäsenvaltiosta.

V Ratkaisuehdotus

95. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Consiglio di Staton esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Unionin oikeus ja erityisesti julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 11 artikla eivät ole esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka nojalla pienten paikallisyhteisöjen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tulkinnan mukaan tehtävä rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja tiettyjen kahden organisaatiomallin mukaisesti perustetuilta yhteishankintayksiköiltä, kuten kuntayhtymiltä tai kuntien välisiltä konsortioilta, joiden toiminta-ala rajoittuu kokonaisvaltaisesti katsottuna kyseisten kuntien alueelle.