YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (ensimmäinen jaosto)

11 päivänä toukokuuta 2006 *

Asiassa C-340/04,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia) on esittänyt 27.5.2004 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 9.8.2004, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Carbotermo SpA ja

Consorzio Alisei

vastaan

Comune di Busto Arsizio ja

AGESP SpA,

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integratin (AGESI) osallistuessa asian käsittelyyn,

* Oikeudenkäyntikieli: italia.

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (ensimmäinen jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja P. Jann sekä tuomarit K. Schiemann, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues (esittelevä tuomari) ja E. Levits,

julkisasiamies: C. Stix-Hackl,
kirjaaja: hallintovirkamies C. Strömholm,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 10.11.2005 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Carbotermo SpA, edustajinaan avvocato A. Sansone ja avvocato P. Sansone,

– Consorzio Alisei ja AGESI, edustajinaan avvocato B. Becchi ja avvocato L. Grillo,

– Comune di Busto Arsizio, edustajanaan avvocatessa C. Caputo,

– AGESP SpA, edustajinaan avvocato A. Sciumè ja avvocato D. Tassan Mazzocco,

– Italian hallitus, asiamiehenään I. M. Braguglia, avustajanaan avvocato dello Stato G. Fiengo,

– Saksan hallitus, asiamiehenään W.-D. Plessing,

– Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

– Puolan hallitus, asiamiehenään T. Nowakowski,

– Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus, asiamiehenään M. Hoskins,

– Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään X. Lewis ja D. Recchia,

kuultuaan julkisasiamiehen 12.1.2006 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustenteko-menettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY (EYVL L 199, s. 1) tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat yhtäältä yritykset Carbotermo SpA (jäljempänä Carbotermo) ja Consorzio Alisei sekä toisaalta Comune di Busto Arsizio (jäljempänä Busto Arsizion kunta) ja AGESP SpA -niminen yritys (jäljempänä AGESP) ja jossa on kyse siitä, että viimeksi mainitun yrityksen kanssa on tehty hankintasopimus polttoainetoimituksista sekä kyseisen kunnan rakennusten lämpölaitosten huollosta ja ylläpidosta, niiden saattamisesta säännösten mukaisiksi ja niiden teknisestä uudistamisesta.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön lainsäädäntö

3 Direktiivin 93/36 1 artiklan a ja b kohdassa säädetään seuraavaa:

"Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

a) 'julkisia tavaranhankintoja koskevilla sopimuksilla' rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty tavarantoimittajan (luonnollisen henkilön tai oikeushenkilön) ja jonkun b alakohdassa tarkoitetun hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tuotteiden osto, leasing-toiminta, vuokraus tai osamaksulla hankkiminen osto-optioin tai ilman niitä. Kyseisten tuotteiden toimittamiseen voi lisäksi kuulua kokoamis- ja asennustyötä;

b) 'hankintaviranomaisilla' valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia, sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen taikka julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

'Julkisoikeudellisella laitoksella' tarkoitetaan laitosta:

– joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja joka ei harjoita teollista tai kaupallista toimintaa,

ja

– joka on oikeushenkilö,

ja

– jonka rahoituksesta suurin osa on peräisin valtiolta, alueellisilta tai paikallisilta viranomaisilta taikka muilta julkisoikeudellisilta laitoksilta 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 enemmän kuin puolet.

_ _"

4 Kyseisen direktiivin 6 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Hankintaviranomaisten on julkisia tavaranhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään noudatettava [avoimia menettelyjä, rajoitettuja menettelyjä ja neuvottelumenettelyjä] jäljempänä luetelluissa tapauksissa.

2. Hankintaviranomaiset voivat tavaranhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä silloin, kun – –

3. Hankintaviranomaiset voivat tavaranhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennalta tarjouspyyntöilmoitusta seuraavissa tapauksissa:

– –

4. Kaikissa muissa tapauksissa hankintaviranomaisten on tehtävä tavaranhankintoja koskevat sopimuksensa noudattaen avointa menettelyä tai rajoitettua menettelyä."

5 Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84) 1 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Tässä direktiivissä:

– –

3) 'sidossuhteessa olevalla yrityksellä' tarkoitetaan yritystä, jonka vuosittaiset tilinpäätökset konsolidoidaan hankintayksiköiden tilinpäätösten kanssa perustamissopimuksen konsolidoituja tilinpäätöksiä koskevan 54 artiklan 3 kohdan g alakohtaan perustuvan 13 päivänä kesäkuuta 1983 annetun seitsemännen neuvoston direktiivin 83/349/ETY – – [EYVL L 193, s. 1] vaatimusten mukaisesti tai tämän direktiivin soveltamisalaan kuulumattomien yksiköiden ollessa kyseessä yritystä, johon hankintayksikkö voi suoraan taikka välillisesti käyttää tämän artiklan 2 kohdassa tarkoitettua määräysvaltaa taikka joka voi käyttää määräysvaltaa hankintayksikköön tai joka on hankintayksikkönä toisen yrityksen määräysvallan alainen omistuksen, rahoitusosuuden tai yritystä koskevien sääntöjen nojalla."

6 Tämän direktiivin 13 artiklassa säädetään seuraavaa:

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

a) hankintayksikkö tekee sidossuhteessa olevan yrityksen kanssa;

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

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

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

2. Hankintayksiköiden on ilmoitettava komissiolle sen pyynnöstä seuraavat 1 kohdan säännösten soveltamiseen liittyvät tiedot:

– kyseisten yritysten nimet

– tarkoitettujen palveluhankintoja koskevien sopimusten luonne ja arvo

– komission tarpeellisina pitämät tiedot sen osoittamiseksi, että hankintayksikön ja sopimuspuoleksi valitun yrityksen väliset suhteet täyttävät tämän artiklan vaatimukset."

Italian oikeus

7 Consiglio di Stato teki 18.9.2003 päätöksen nro 5316, jonka mukaan paikallisella julkisyhteisöllä oli oikeus tehdä tavarantoimittajan kanssa sopimus tavaranhankinnasta ilman tarjouspyyntöä, kun paikallisella julkisyhteisöllä oli kyseiseen tavarantoimittajaan vastaava määräysvalta kuin sillä oli omiin yksikköihinsä ja kun tämä tavarantoimittaja harjoitti pääosaa toiminnastaan sen julkisyhteisön kanssa, jolla oli siihen määräysvalta.

Pääasian oikeusriita ja ennakkoratkaisukysymykset

8 Carbotermo on energiantoimituksiin ja lämpöhuoltoon erikoistunut yritys, jolla on asiakkaita sekä julkisella että yksityisellä sektorilla.

9 Consorzio Alisei on yritys, joka toimittaa energiatuotteita sekä rakennusten ilmastointiin ja lämmitykseen liittyviä palveluja.

10 AGESP Holding SpA (jäljempänä AGESP Holding) on osakeyhtiö, joka syntyi, kun Busto Arsizion kunnan omistaman erityisen yrityksen Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblicin yhtiömuotoa päätettiin muuttaa 24.9.1997. Busto Arsizion kunta omistaa nykyisin 99,98 prosenttia AGESP Holdingin osakepääomasta. Muut osakkaat ovat Castellanzan, Dairagon, Fagnano Olonan, Gorla Minoren, Marnaten ja Olgiate Olonan kunnat, joista kukin omistaa yhden osakkeen.

11 AGESP Holdingin yhtiöjärjestyksen 2 §:n mukaan yhtiön tarkoituksena on yleishyödyllisten palvelujen tuottaminen kaasuun, veteen, ympäristöhygieniaan, liikenteeseen, pysäköintiin, yleisiin kylpylaitoksiin, apteekkeihin, sähköenergiaan ja lämmitykseen, hautauspalveluihin sekä liikennemerkkeihin liittyvillä aloilla.

12 Kyseisen yhtiöjärjestyksen 6 §:ssä määrätään seuraavaa:

"– – Pääosa osakkeista varataan [Busto Arsizion kunnalle].

– –

[Busto Arsizion kunnan lisäksi] yhtiön osakkeita voivat hankkia muut paikalliset julkisyhteisöt (maakunnat, kunnat ja niiden yhteenliittymät), taloudellista toimintaa ja rahoitustoimintaa harjoittavat yritykset, alueelliset tai paikalliset ja alakohtaiset yhteenliittymät sekä yksityiset kansalaiset, jotka toimivat yhtiöjärjestyksessä vahvistetussa tarkoituksessa – –."

13 Kyseisen yhtiöjärjestyksen 7 §:ssä määrätään seuraavaa:

"Osakkeenomistajana oleva yksityishenkilö ei voi omistaa yli kymmentä prosenttia yhtiön osakepääomasta."

14 AGESP Holdingin yhtiöjärjestyksen 18 §:n mukaan kyseisen yhtiön hallinnosta vastaa hallintoneuvosto.

15 Kyseisen yhtiöjärjestyksen 26 §:ssä määrätään seuraavaa:

"Hallintoneuvostolla on kaikkein laajimmat valtuudet johtaa yhtiön tavanomaista ja poikkeuksellista toimintaa, ja sillä on oikeus toteuttaa kaikki toimenpiteet, jotka se katsoo tarpeellisiksi yhtiön tarkoituksen täytäntöönpanemiseksi ja toteuttamiseksi, lukuun ottamatta ainoastaan toimenpiteitä, jotka laissa tai yhtiöjärjestyksessä on muodollisesti varattu yhtiökokoukselle – –."

16 AGESP on AGESP Holdingin 12.7.2000 perustama osakeyhtiö, jonka osakepääoman AGESP Holding omistaa tällä hetkellä kokonaan.

17 AGESP:n yhtiöjärjestyksen 3 §:n mukaan, sellaisena kuin se on muutettuna siten, että yhtiön tarkoitusta on laajennettu, ja sellaisena kuin se on esitetty kansallisessa tuomioistuimessa, kyseisen yhtiön tarkoituksena on harjoittaa yleishyödyllisiin palveluihin kuuluvaa toimintaa kaasuun, veteen, ympäristöhygieniaan, liikenteeseen, pysäköintiin, sähköenergiaan, lämmitykseen, ilmastointiin, tietotekniikkaan, televiestintään, maapohjan hallinnointiin, valaistukseen ja osakasyhtiöille tarjottaviin erilaisiin palveluihin liittyvillä aloilla.

18 AGESP:n yhtiöjärjestyksen 7 §:ssä määrätään seuraavaa:

"Osakkeenomistaja, lukuun ottamatta pääosakasta AGESP Holdingia – –, ei saa omistaa yli kymmenesosaa yhtiön osakepääomasta – –."

19 Kyseisen yhtiöjärjestyksen 17 §:n mukaan AGESP:n hallinnosta vastaa hallintoneuvosto.

20 Yhtiöjärjestyksen 19 §:ssä määrätään tältä osin seuraavaa:

"Hallintoneuvostolla on kaikkein laajimmat valtuudet huolehtia rajoituksetta yhtiön tavanomaisen ja poikkeuksellisen toiminnan johtamisesta."

21 Busto Arsizion kunta julkaisi 22.9.2003 tarjouspyynnön, joka koski polttoainetoimituksia sekä kunnan hallintorakennusten lämpölaitosten huoltoa ja ylläpitoa, niiden saattamista säännösten mukaisiksi sekä niiden teknistä uudistamista. Hankintasopimuksen kokonaisarvo oli noin 8 450 000 euroa ja arvonlisävero, ja siihen sisältyi 5 700 000 euroa polttoainetoimituksiin (joista 4/5 oli polttoöljyä ja 1/5 metaania), 1 000 000 euroa lämpölaitosten huoltoon ja ylläpitoon sekä 1 750 000 euroa kyseisten laitosten saattamiseen säännösten mukaisiksi ja niiden tekniseen uudistamiseen.

22 Carbotermo jätti tarjouksen 22.11.2003. Consorzio Alisei oli valmistellut tarjouksen, mutta se ei jättänyt sitä asetetussa määräajassa.

23 Ottaen huomioon tämän tuomion 7 kohdassa mainitun Consiglio di Staton päätöksen nro 5316 Busto Arsizion kunta päätti 21.11.2003, että se keskeyttää tarjouspyyntömenettelyn 10.12.2003 saakka.

24 Busto Arsizion kunta peruutti tarjouskilpailun 10.12.2003 tekemällään päätöksellä, jossa se varasi mahdollisuuden tehdä hankintasopimus myöhemmin suoraan AGESP:n kanssa.

25 Busto Arsizion kunta päätti 18.12.2003 tehdä kyseisen hankintasopimuksen suoraan AGESP:n kanssa. Tätä päätöstä perusteltiin sillä, että AGESP täytti ne kaksi vaatimusta, jotka yhteisön oikeuskäytännössä ja kansallisessa oikeuskäytännössä oli asetettu julkisten hankintasopimusten tekemiselle ilman tarjouspyyntöä, eli että paikallisella julkisyhteisöllä on hankintayksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja että tämä hankintayksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen julkisyhteisön kanssa, jolla on siihen määräysvalta. Tämän päätöksen johdanto-osassa vahvistetaan yhtäältä, että AGESP:n ja Busto Arsizion kunnan välinen riippuvuussuhde johtuu siitä, että kyseinen kunta omistaa 99,98 prosenttia AGESP Holdingin osakepääomasta, ja tämä yhtiö puolestaan omistaa AGESP:n osakepääoman kokonaan. Tässä johdanto-osassa esitetään toisaalta, että suurin osa AGESP:n liikevaihdosta perustuu toimintaan, joka on annettu sen hoidettavaksi Busto Arsizion kunnan kanssa suoraan tehtyjen sopimusten perusteella.

26 AGESP esitti 23.1.2004 päivätyllä ilmoituksella nopeutetussa menettelyssä tarjouspyynnön, joka koski kyseisen polttoöljyn toimittamista, ja teki tätä koskevan hankintasopimuksen Pezzoli Petroli Srl -nimisen yrityksen kanssa 27.2.2004. AGESP teki 28.4., 18.5., 30.6. ja 2.9.2004 muiden yritysten kanssa hankintasopimukset, jotka koskivat eri hallintorakennusten lämpölaitosten osalta metaaniin siirtymistä, teknologian uudistamista sekä etävalvonta- ja etähuoltojärjestelmän asentamista ja saattamista säännösten mukaiseksi. Carbotermo ja Consorzio Alisei eivät olleet tarjouskilpailun voittaneiden yritysten joukossa.

27 Carbotermo ja Consorzio Alisei nostivat Tribunale amministrativo regionale per la Lombardiassa kanteen niiden päätösten johdosta, joilla tarjouspyyntömenettely keskeytettiin ja kyseinen hankintasopimus tehtiin AGESP:n kanssa.

28 Nämä kaksi yritystä väittivät kyseisessä tuomioistuimessa, että vaatimukset, joiden perusteella on mahdollista katsoa, että direktiivi 93/36 ei sovellu, eivät täyttyneet käsiteltävänä olevassa tapauksessa. Busto Arsizion kunnalla ei yhtäältä ollut määräysvaltaa AGESP:hen, koska kunta omisti AGESP:n vain holdingyhtiön välityksellä, jonka osakkeista se omisti 99,98 prosenttia, ja koska AGESP oli

yksityisoikeudellisena osakeyhtiönä täysin itsenäinen. Toisaalta AGESP ei harjoittanut pääosaa toiminnastaan Busto Arsizion kunnan hyväksi, koska se saavutti selvästi alle 80 prosenttia liikevaihdostaan – kriteeri, joka on otettava huomioon analogisesti direktiivin 93/38 13 artiklan kanssa – kyseisen kunnan kanssa.

29 Busto Arsizion kunta ja AGESP vastasivat tähän, että sopimuksen tekeminen suorahankintana oli sallittua käsiteltävänä olevassa tapauksessa, koska Busto Arsizion kunnalla oli määräysvalta AGESP:hen, sillä kunta oli osakkaana kyseisessä yhtiössä, ja että AGESP harjoitti pääosaa toiminnastaan kyseisen kunnan kanssa. AGESP täsmensi tältä osin, että yli 28 prosenttia sen Busto Arsizion kunnan alueella saavuttamasta liikevaihdosta liittyi suoraan kunnalle tarjottuihin palveluihin ja että sen kyseisen kunnan alueella saavuttama liikevaihto oli 65,59 prosenttia sen kokonaisliikevaihdosta.

30 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia on näin ollen päättänyt lykätä asian ratkaisemista ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

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

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

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

Ensimmäinen kysymys

31 Yhteisöjen tuomioistuin on jo aiemmin todennut, että kun julkisen hankintasopimuksen kohteena on sekä direktiivissä 93/36 tarkoitettuja tuotteita että julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetussa neuvoston direktiivissä 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) tarkoitettuja palveluja, se kuuluu direktiivin 93/36 soveltamisalaan silloin, kun sopimuksen kohteena olevien tuotteiden arvo on suurempi kuin palvelujen arvo (asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999, Kok. 1999, s. I-8121, 38 kohta). Sellainen hankintasopimus, josta pääasiassa on kyse ja jossa tuotteiden arvo on suurempi kuin sopimuksen kohteena olevien palvelujen arvo, kuuluu siis direktiivin 93/36 soveltamisalaan, kuten kansallinen tuomioistuin on jo todennut.

32 Direktiivin 93/36 1 artiklan a kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolo edellyttää, että kyseessä on kahden erillisen henkilön välinen sopimus (em. asia Teckal, tuomion 49 kohta).

33 Kyseisen direktiivin 1 artiklan a kohdan mukaan riittää pääsääntöisesti, että sopimus on tehty alueellisen tai paikallisen julkisyhteisön ja tästä oikeudellisesti erillisen

henkilön välillä. Toisin on ainoastaan niissä tapauksissa, joissa tällaisella julkisyhteisöllä on kyseiseen henkilöön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja joissa tämä henkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa (em. asia Teckal, tuomion 50 kohta).

34 Ennakkoratkaisupyynnön esittämisestä tehdystä päätöksestä ja asiakirja-aineistosta ilmenee, että hankintaviranomainen omistaa tällä hetkellä 99,98 prosenttia AGESP Holdingin osakepääomasta ja että muut alueelliset tai paikalliset julkisyhteisöt omistavat loput 0,02 prosenttia. AGESP Holdingin yhtiöjärjestyksen mukaan yksityiset osakkeenomistajat voivat hankkia osuuden kyseisen yhtiön osakepääomasta kahdella edellytyksellä: yhtäältä pääosa osakkeista on varattu Busto Arsizion kunnalle, ja toisaalta yksityinen osakkeenomistaja ei voi omistaa yli kymmenesosaa kyseisen yhtiön osakepääomasta.

35 AGESP Holding omistaa puolestaan tällä hetkellä AGESP:n osakepääoman kokonaan. Viimeksi mainitun yhtiön yhtiöjärjestyksen mukaan yksityiset osakkeenomistajat voivat hankkia osuuden kyseisen yhtiön osakepääomasta vain sillä varauksella, että osakkeenomistaja, lukuun ottamatta AGESP Holdingia, ei voi omistaa yli kymmenesosaa kyseisen yhtiön osakepääomasta.

36 Harkittaessa sitä, onko hankintaviranomaisella vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä, on otettava huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset lainsäännökset ja olosuhteet. Niitä koskevasta tarkastelusta on seurattava, että yhtiöön, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, käytetään sellaista määräysvaltaa, että hankintaviranomainen voi vaikuttaa mainitun yhtiön päätöksiin. Kyseessä on oltava mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yhtiön strategisiin tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin (ks. asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005, Kok. 2005, s. I-8585, 65 kohta).

37 Se, että hankintaviranomainen omistaa joko yksin tai yhdessä muiden viranomaisten kanssa kokonaan sen yhtiön osakepääoman, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, voi olla osoitus – ei kuitenkaan ratkaiseva – siitä, että kyseisellä hankintaviranomaisella on tähän yhtiöön edellä mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohdassa tarkoitetulla tavalla vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä.

38 Asian asiakirja-aineistosta ilmenee, että AGESP Holdingin ja AGESP:n yhtiöjärjestyksissä annetaan molempien yhtiöiden hallintoneuvostoille kaikkein laajimmat valtuudet johtaa yhtiön tavanomaista ja poikkeuksellista toimintaa. Busto Arsizion kunnalle ei ole näissä yhtiöjärjestyksissä varattu minkäänlaista määräysvaltaa tai erityistä äänivaltaa näille hallintoneuvostoille myönnetyn toimintavapauden rajoittamiseksi. Määräysvalta, joka Busto Arsizion kunnalla on näihin kahteen yhtiöön, rajoittuu pääasiassa siihen toimintavapauteen, joka yhtiöoikeudessa myönnetään osakkaiden enemmistölle, mikä rajoittaa huomattavasti kunnan valtaa vaikuttaa näiden yhtiöiden päätöksiin.

39 Lisäksi Busto Arsizion kunnan mahdollinen vaikuttaminen AGESP:n päätöksiin tapahtuu holdingyhtiön välityksellä. Tällaisen välittäjän mukanaolo voi kyseessä olevan tapauksen olosuhteista riippuen heikentää määräysvaltaa, joka hankintaviranomaisella mahdollisesti on osakeyhtiöön pelkästään sen perusteella, että se omistaa osan yhtiön osakepääomasta.

40 Tästä seuraa, että tällaisissa olosuhteissa – edellyttäen, että pääasiaa käsittelevä tuomioistuin varmistaa niiden paikkansapitävyyden – hankintaviranomaisella ei ole yhtiöön, jonka kanssa kyseinen hankintasopimus on tehty, vastaavaa määräysvaltaa kuin sillä on omiin yksikköihinsä.

41 Direktiivin 93/36 6 artiklassa säädetään, että julkisia hankintoja koskevia sopimuksia tekevien hankintaviranomaisten on noudatettava avointa menettelyä tai rajoitettua

menettelyä, jollei hankinta kuulu kyseisen artiklan 2 ja 3 kohdassa tyhjentävästi lueteltuihin poikkeustapauksiin. Ennakkoratkaisupyynnön esittämisestä tehdystä päätöksestä ei ilmene, että pääasiassa kyseessä oleva hankinta kuuluisi tällaisiin tapauksiin.

42 Tästä seuraa, että on direktiivin 93/36 vastaista sopia julkisesta hankinnasta suorahankintana senkaltaisissa olosuhteissa, joista pääasiassa on kyse.

43 Italian hallitus kiistää tällaisen päätelmän väittämällä, että se seikka, että AGESP:n on noudatettava julkista hankintamenettelyä hankkiakseen kyseisen polttoöljyn, osoittaa, että Busto Arsizion kunnan, AGESP Holdingin ja AGESP:n on katsottava muodostavan yhdessä yhden direktiivin 93/36 1 artiklan b kohdassa tarkoitetun "julkisoikeudellisen laitoksen", jonka on tehtävä julkisia tavaranhankintoja koskevat sopimukset asiaa koskevan yhteisön lainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön mukaisesti.

44 Tätä väitettä ei voida hyväksyä. Busto Arsizion kunta kuuluu kyseisessä säännöksessä tarkoitetun käsitteen "alueellinen tai paikallinen viranomainen" eikä käsitteen "julkisoikeudellinen laitos" soveltamisalaan. Toisaalta Busto Arsizion kunta, AGESP Holding ja AGESP ovat kukin oikeudellisesti erillisiä henkilöitä.

45 Kuten yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi edellä mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 43 kohdassa huomauttanut, direktiivin 93/36 osalta on sallittua soveltaa ainoastaan siinä tyhjentävästi ja nimenomaisesti lueteltuja poikkeuksia.

46 Direktiiviin 93/36 ei kuitenkaan sisälly direktiivin 92/50 6 artiklaa vastaavaa säännöstä, jossa suljettaisiin sen soveltamisalan ulkopuolelle sellaiset julkiset hankintasopimukset, jotka on tietyissä tilanteissa tehty hankintaviranomaisten kanssa (em. asia Teckal, tuomion 44 kohta).

47 Ensimmäiseen kysymykseen on näin ollen vastattava, että direktiivin 93/36 vastaista on se, että tavaroiden ja palvelujen hankintaa koskeva sopimus, jossa luovutettavien tavaroiden arvo on suurempi, tehdään suorahankintana sellaisen osakeyhtiön kanssa, jonka hallintoneuvostolla on laajat johtamisvaltuudet, joita se voi käyttää itsenäisesti, ja jonka osakepääoman omistaa tällä hetkellä kokonaan toinen osakeyhtiö, jossa pääosakkaana on puolestaan hankintaviranomainen.

Toinen kysymys

48 Toinen kysymys sisältää kaksi osaa.

49 Kansallinen tuomioistuin haluaa yhtäältä tietää, onko vaatimuksen siitä, että yritys, jonka kanssa hankintasopimus tehdään suorahankintana, harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen julkisyhteisön kanssa, jolla on tässä yhtiössä määräysvalta, täyttyminen varmistettava soveltamalla direktiivin 93/38 13 artiklaa. Se kysyy toisaalta, voidaanko tämän vaatimuksen katsoa täyttyneen silloin, kun tällainen yritys saa suurimman osan tuloistaan määräysvaltaa käyttävältä julkisyhteisöltä tai tämän julkisyhteisön alueelta.

Toisen kysymyksen ensimmäinen osa

50 Ennakkoratkaisupyynnön esittämisestä tehdystä päätöksestä ilmenee, että pääasiassa kyseessä oleva hankinta kuuluu direktiivin 93/36 soveltamisalaan.

51 On siis kyse siitä, onko direktiivin 93/38 13 artiklassa säädettyä poikkeusta sovellettava analogisesti direktiivin 93/36 soveltamisalalla.

52 Kyseisessä 13 artiklassa säädetty poikkeus koskee ainoastaan palveluhankintoja, ei tavaranhankintoja.

53 Direktiivin 93/38 13 artikla koskee tiettyjä toimijoita ja erityisesti yhteisyrityksiä ja yrityksiä, joiden vuosittaiset tilinpäätökset on konsolidoitu ja joiden toimintatavat poikkeavat direktiivissä 93/36 tarkoitettujen hankintaviranomaisten toimintatavoista.

54 Lisäksi kyseinen artikla sisältää komissiolle tehtävää ilmoitusta koskevan järjestelmän, jota ei voitaisi soveltaa direktiiviin 93/36 oikeudellisen perustan puuttumisen takia.

55 Koska poikkeuksia on tulkittava suppeasti, direktiivin 93/38 13 artiklan soveltamista ei ole syytä ulottaa direktiivin 93/36 soveltamisalaan.

56 Tämän päätelmän vahvistaa se, että vaikka uudistettaessa julkisia hankintoja koskevia direktiivejä vuonna 2004 yhteisön lainsäätäjä säilytti kyseisen poikkeuksen vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (EYVL L 134, s. 1) 23 artiklassa, se päätti olla sisällyttämättä vastaavaa poikkeusta julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31 päivänä maaliskuuta 2004 annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2004/18/EY (EYVL L 134, s. 114), jolla korvattiin direktiivi 93/36.

57 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että toisen kysymyksen ensimmäiseen osaan on vastattava, että varmistettaessa sitä, täyttyykö direktiivin 93/36 soveltumattomuuteen liittyvä vaatimus siitä, että yritys, jonka kanssa hankintasopimus tehdään suorahankintana, harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen julkisyhteisön kanssa, jolla on tässä yrityksessä määräysvalta, ei ole sovellettava direktiivin 93/38 13 artiklaa.

Toisen kysymyksen toinen osa

58 On palautettava mieliin, että julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen päätavoite on tavaroiden ja palveluiden vapaa liikkuvuus sekä hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa (ks. vastaavasti asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005, Kok. 2005, s. I-1, 44 kohta).

59 Edellä mainitussa asiassa Teckal asetetuilla vaatimuksilla, joiden perusteella voitiin katsoa, että direktiivi 93/36 ei sovellu hankintasopimuksiin, jotka tehdään alueellisen tai paikallisen julkisyhteisön ja tästä oikeudellisesti erillisen henkilön välillä, ja joiden mukaan tällä alueellisella tai paikallisella julkisyhteisöllä on oltava kyseiseen henkilöön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja joiden mukaan tämän henkilön on lisäksi harjoitettava pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai sen omistavien julkisyhteisöjen kanssa, pyritään erityisesti välttämään kilpailun vääristyminen.

60 Vaatimuksella siitä, että kyseessä oleva henkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa, pyritään erityisesti takaamaan se, että direktiiviä 93/36 voidaan edelleen soveltaa silloin, kun yhden tai useamman julkisyhteisön määräysvallassa oleva yritys toimii markkinoilla ja voi siis kilpailla muiden yritysten kanssa.

61 Yritykseltä ei nimittäin välttämättä vie toimintavapautta pelkästään se, että yrityksen omistavalla julkisyhteisöllä on määräysvalta sitä koskeviin päätöksiin, jos yritys voi edelleen harjoittaa merkittävää osaa taloudellisesta toiminnastaan muiden toimijoiden kanssa.

62 Lisäksi kyseisen yritysten palvelujen on oltava tarkoitettuja pääasiassa tälle yhdelle julkisyhteisölle. Näissä rajoissa vaikuttaa perustellulta, että kyseinen yritys välttyy direktiivin 93/36 velvoitteilta, sillä ne on sanellut huoli kilpailun säilymisestä, ja tällaisessa tapauksessa tähän ei enää ole tarvetta.

63 Näitä periaatteita soveltaen voidaan katsoa, että kyseessä oleva yritys harjoittaa edellä mainitussa asiassa Teckal tarkoitetulla tavalla pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön kanssa vain silloin, kun kyseisen yrityksen toiminta on pääasiassa omistettu tälle julkisyhteisölle ja kun kaikella muulla toiminnalla on vain toisarvoinen merkitys.

64 Sen arvioimiseksi, onko asia näin, toimivaltaisen tuomioistuimen on otettava huomioon kaikki käsiteltävänä olevan tapauksen olosuhteet, sekä laadulliset että määrälliset.

65 Sen kysymyksen osalta, onko tässä yhteydessä otettava huomioon pelkästään valvovan julkisyhteisön kanssa saavutettu liikevaihto vai kyseisen julkisyhteisön alueella saavutettu liikevaihto, on katsottava, että ratkaiseva liikevaihto on se, jonka kyseinen yritys saavuttaa sen perusteella, että valvova julkisyhteisö päättää tehdä hankintasopimukset kyseisen yrityksen kanssa, mukaan lukien liikevaihto, joka saavutetaan käyttäjien kanssa pantaessa näitä päätöksiä täytäntöön.

66 Sen yrityksen, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, huomioon otettavia toimintoja ovat nimittäin kaikki ne, joita kyseinen yritys harjoittaa hankintaviranomaisen kanssa tehdyn hankintasopimuksen yhteydessä vastaanottajan henkilöydestä riippumatta, eli oli sitten kyseessä hankintaviranomainen itse tai palvelujen käyttäjä.

67 On merkityksetöntä, kuka suorittaa maksun kyseiselle yritykselle, eli suorittaako sen yrityksen omistava julkisyhteisö vai suorittavatko sen ulkopuoliset käyttäjät, joille palvelu on tarjottu jälleenmyyntioikeuden tai muun kyseisen julkisyhteisön luoman oikeudellisen suhteen perusteella. On myös merkityksetöntä, millä alueella kyseiset palvelut on tarjottu.

68 Koska pääasiassa useat julkisyhteisöt omistavat välillisesti sen yrityksen pääoman, jonka kanssa hankintasopimus tehtiin, voi olla merkityksellistä tutkia, onko huomioon otettavaa toimintaa se, jota yritys, jonka kanssa hankintasopimus tehtiin, harjoittaa kaikkien niiden julkisyhteisöjen kanssa, jotka omistavat sen, vai ainoastaan se toiminta, jota se harjoittaa sen julkisyhteisön kanssa, joka toimii käsiteltävänä olevassa tapauksessa hankintaviranomaisena.

69 Tältä osin on huomautettava, että yhteisöjen tuomioistuin on täsmentänyt, että kyseisen oikeudellisesti erillisen henkilön on harjoitettava pääosaa toiminnastaan "sen omistavien viranomaisten kanssa" (em. asia Teckal, tuomion 50 kohta). Se on siis ottanut huomioon mahdollisuuden, että säädetty poikkeus soveltuu paitsi silloin, kun yksi ainoa julkisyhteisö omistaa tällaisen oikeushenkilön, myös silloin, kun useat julkisyhteisöt omistavat sen.

70 Silloin, kun yritys on useiden julkisyhteisöjen omistama, sen toiminnan pääosaa koskeva vaatimus voi täyttyä, vaikka kyseinen yritys ei välttämättä harjoita pääosaa toiminnastaan näihin julkisyhteisöihin lukeutuvan tietyn julkisyhteisön kanssa, vaan näiden julkisyhteisöjen kanssa kokonaisuutena otettuna.

71 Toimintaa, joka on otettava huomioon silloin, kun yritys on useiden julkisyhteisöjen omistuksessa, on näin ollen se, jota kyseinen yritys harjoittaa kaikkien näiden julkisyhteisöjen kanssa.

72 Edellä esitetystä seuraa, että toisen kysymyksen toiseen osaan on vastattava, että harkittaessa sitä, harjoittaako yritys pääosaa toiminnastaan sen julkisyhteisön kanssa, jolla on tässä yrityksessä määräysvalta, on sen määrittämiseksi, onko sovellettava direktiiviä 93/36, otettava huomioon kaikki ne toiminnot, joita kyseinen yritys harjoittaa sen perusteella, että hankintaviranomainen on tehnyt sen kanssa hankintasopimuksen, riippumatta siitä, kuka suorittaa maksun tästä toiminnasta, oli sitten kyseessä hankintaviranomainen itse tai tarjottujen palvelujen käyttäjä, ja alueella, jolla toimintaa harjoitetaan, ei ole merkitystä.

Oikeudenkäyntikulut

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

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

1) **Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY vastaista on se, että tavaroiden ja palvelujen hankintaa koskeva sopimus, jossa luovutettavien tavaroiden arvo on suurempi, tehdään**

suorahankintana sellaisen osakeyhtiön kanssa, jonka hallintoneuvostolla on laajat johtamisvaltuudet, joita se voi käyttää itsenäisesti, ja jonka osakepääoman omistaa tällä hetkellä kokonaan toinen osakeyhtiö, jossa pääosakkaana on puolestaan hankintaviranomainen.

2) **Varmistettaessa sitä, täyttyykö direktiivin 93/36 soveltumattomuuteen liittyvä vaatimus siitä, että yritys, jonka kanssa hankintasopimus tehdään suorahankintana, harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen julkisyhteisön kanssa, jolla on tässä yrityksessä määräysvalta, ei ole sovellettava vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY 13 artiklaa.**

3) **Harkittaessa sitä, harjoittaako yritys pääosaa toiminnastaan sen julkisyhteisön kanssa, jolla on tässä yrityksessä määräysvalta, on sen määrittämiseksi, onko sovellettava direktiiviä 93/36, otettava huomioon kaikki ne toiminnot, joita kyseinen yritys harjoittaa sen perusteella, että hankintaviranomainen on tehnyt sen kanssa hankintasopimuksen, riippumatta siitä, kuka suorittaa maksun tästä toiminnasta, oli sitten kyseessä hankintaviranomainen itse tai tarjottujen palvelujen käyttäjä, ja alueella, jolla toimintaa harjoitetaan, ei ole merkitystä.**

Allekirjoitukset