JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
2 päivänä kesäkuuta 2009 [1]

I Johdanto

1. Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilian ennakkoratkaisupyyntö antaa yhteisöjen tuomioistuimelle mahdollisuuden tutkia ”julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten” [2] mekanismeja koskevaa oikeudellista sääntelyä julkisten palvelujen hallinnoinnin yhteydessä sekä sen yhteensopivuutta EY 43, EY 49 ja EY 86 artiklan kanssa.

2. Tällaisten palvelujen hankinta suoraan sekaomistuksessa olevalta yritykseltä on ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa, mikäli hankintadirektiivien menettelytapoja kierretään. Moite kohdistuu myös palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten (konsessioiden) tekemiseen siltä osin kuin se on EY 43 ja EY 49 artiklan sekä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen, syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen vastainen, [3] paitsi jos tehtävät täytetään järkevästi käyttäen omia voimavaroja tai välineitä. [4]

3. Tähän tapaukseen liittyy yksi erityispiirre, joka erottaa sen yhteisöjen tuomioistuimen tähän mennessä lainvastaiseksi katsomista hankintamenettelyistä, sillä italialaistuomioistuin selittää, että vesihuollon integroitu hallinnointi on annettu suoraan sellaisen yksikön tehtäväksi, jossa yhdistyvät julkiset ja yksityiset intressit, mutta se korostaa myös tätä edeltäneen tarjouskilpailun merkitystä, vaikka tarjouskilpailun perinteinen tehtävä näyttääkin muuttuneen.

4. Sopimuskumppanin tai käyttöoikeussopimuksen saajan valinta on näet muuttunut menetelmäksi, jolla konkretisoidaan liikeyh-

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – Espanjan kielessä käytetään toisinaan lyhennettä CPP; englannin ja ranskan kielessä käytetään lyhennettä PPP, joka tulee englannin kielen sanoista ”public private partnership” ja ranskan kielen sanoista ”partenariat public privat”. Jäljempänä käytetään lyhennettä PPP.

3 – Asia C-29/04, komissio v. Itävalta, tuomio 10.11.2005 (Kok., s. I-9705, 48 kohta); asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3303, 33 kohta) ja asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok., s. I-8585, 52 kohta).

4 – ”In house providing” -vaatimusten täyttyessä.

tiön yksityinen osakas, joka ottaa vastatakseen sopimuksesta tai käyttöoikeussopimuksesta, ja tämä nimeäminen sisältää toiminnan aiheuttamien taloudellisten kulujen lisäksi palvelun suorittamisen.

5. Toisin kuin asiassa komissio vastaan Itävalta, [5] jossa yhteisöjen tuomioistuin arvioi keinotekoista järjestelyä, jossa oli ”useita erillisiä vaiheita”, ja totesi lainvastaiseksi sopimuksen tekemisen sellaisen sekaomistuksessa olevan yhtiön kanssa, joka on yritetty piilottaa in house -suhteen sisälle, [6] tässä riidassa on mukana kilpailua ja siinä tulee esiin aivan uusi tilanne, jossa menettelyä on tietyllä tavoin karsittu, sillä yhdellä toimenpiteellä perustetaan yhtiö, sille annetaan tehtävä ja hyväksytään edellytykset, joilla se liitetään sopimuskumppanina olevaan yksityiseen yritykseen. Voidaanko vaatia enempää?

6. On siis selvitettävä, vastaako tämä metodologinen oikotie yhteisön oikeuden vaatimuksia. [7]

5 – Em. tuomio.

6 – Tosiseikat, jotka komissio esitti yhteisöjen tuomioistuimelle EY 226 artiklan nojalla, vaikuttivat ratkaisevasti jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan kanteen arvioimiseen, sillä vaikka Mödlingin kunta omisti aluksi 100 prosenttia AbfallGmbH-nimisestä yhtiöstä, se antoi ilman minkäänlaista kilpailua kunnan jätteiden kuljetuksen ja käsittelyn sen tehtäväksi, ja hieman tämän jälkeen kaupunginvaltuusto hyväksyi sen, että 49 prosenttia sen osuuksista luovutettiin Saubermacher AG -nimiselle yhtiölle, mikä oli lisäksi ratkaiseva seikka, jotta AbfallGmbH kykeni toimimaan, mikä edellytti viime kädessä sitä, että julkisen palvelun hankintaa koskeva sopimus tehtäisiin suoraan sellaisen sekaomistuksessa olevan yhtiön kanssa, josta yksityinen yritys omisti 49 prosenttia.

7 – Tämä näkemys tuo mieleeni C. Dossin teoksessa *Note Azurre*, toim. Adelphi, Milano, 1964, nide I, s. 248, esittämän sarkastisen huomautuksen, kun hän ironisoi sitä, että on typerää huijata lainvastaisesti silloin, kun olisi helpompaa huijata lainmukaisesti.

II Sovellettava lainsäädäntö

A *Yhteisön oikeus*

1. Rooman sopimus

7. EY 43 artiklassa määrätään seuraavaa:

”Jäljempänä olevien määräysten mukaisesti kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle. – –

Jollei pääomia koskevan luvun määräyksistä muuta johdu, sijoittautumisvapauteen kuuluu oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä, erityisesti 48 artiklan toisessa kohdassa tarkoitettuja yhtiöitä, niillä edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia.”

8. EY 46 artiklan sanamuoto on seuraava:

”1. Tämän luvun määräykset ja niiden nojalla toteutetut toimenpiteet eivät rajoita niiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten soveltamista, joiden mukaan ulkomaalaisiin sovelletaan erityissääntelyä yleisen järjestyksen tai turvallisuuden taikka kansanterveyden perusteella.

2. Neuvosto antaa 251 artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen direktiivit edellä mainittujen säännösten yhteensovittamisesta.”

9. EY 49 artiklan 1 kohdassa määrätään seuraavaa:

”Jäljempänä olevien määräysten mukaisesti kielletään rajoitukset, jotka koskevat muuhun yhteisön valtioon kuin palvelujen vastaanottajan valtioon sijoittautuneen jäsenvaltion kansalaisen vapautta tarjota palveluja yhteisössä.”

10. EY 86 artiklan 1 kohdassa määrätään, että jäsenvaltiot eivät toteuta eivätkä pidä voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee ”julkisia yrityksiä taikka yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia, ja joka on ristiriidassa tämän sopimuksen, etenkin sen 12 ja 81–89 artiklan määräysten kanssa”.

2. Julkisia hankintoja koskevat direktiivit

a) Perinteiset sektorit

11. Lainsäädäntöä, joka koski esimerkiksi perusteita, joilla suoritetaan valinta sopimuksen kohteen perusteella, tai hankintaviranomaisen harkintavallan asteittaista vähentämistä, oli niin runsaasti, että se edellytti uudistusta, joka vietiin muutamien vaimeiden yritysten [8] jälkeen päätökseen kodifioinnilla, joka toteutettiin julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/18/EY (jäljempänä direktiivi 2004/18). [9]

8 – Kuten julkisia palveluhankintoja, julkisia tavaranhankintoja ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettujen direktiivien 92/50/ETY, 93/36/ETY ja 93/37/ETY muuttamisesta 13.10.1997 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 97/52/EY (EYVL L 328, s. 1).

9 – EUVL L 134, s. 114.

12. Sopimusten tekemistä koskevien sääntöjen lisäksi on noudatettava kuitenkin myös Rooman sopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaata liikkuvuutta, sijoittautumisvapautta, palvelujen tarjoamisen vapautta sekä yleisempiä periaatteita eli yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjintäkiellon periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta.

13. Jotta olisi kyetty takaamaan julkisten hankintojen täysi tehokkuus ja kilpailulle avaaminen, pidettiin kuitenkin tietyn arvon ylittävien hankintojen osalta suotavana ”– – laatia säännökset, joiden mukaan näitä sopimuksia koskevat kansalliset sopimuksentekomenettelyt sovitetaan yhteisössä yhteen ja jotka perustuvat edellä mainittuihin periaatteisiin – –” (direktiivin 2004/18 johdantoosan toinen perustelukappale).

14. Oikeusvarmuuden tavoitteen mukaisesti direktiivin 2004/18 1 artiklaan sisältyy joukko määritelmiä, joista mainittakoon tässä yhteydessä sopimuksen ja käyttöoikeussopimuksen (konsession) välisen epämääräisen rajan selventämiseksi seuraavat määritelmät:

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

– Julkisella käyttöoikeusurakalla tarkoitetaan ”muutoin samanlaista sopimusta kuin julkisia rakennusurakoita koskevaa sopimusta, paitsi että toteutettavan rakennustyön vastikkeena on joko yksinomaan rakennettavan kohteen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä”.

– Palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella tarkoitetaan ”muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä”.

b) Soveltamisalan ulkopuolelle jätetyt sektorit

15. Vesi-, energia-, kuljetus- ja postipalvelujen markkinoiden erityisen merkityksen vuoksi yleistä sääntelyä ei voitu soveltaa niihin ilman sen mukauttamista niiden erityispiirteisiin.

16. Apu saatiin vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetusta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivistä

2004/17/EY (jäljempänä direktiivi 2004/17), [10] jossa korostettiin samoja edellä mainittuja periaatteita, [11] vaikka eri tarkoituksessa kuin direktiivissä 2004/18, sillä ratkaiseva seikka ei ole sopimuksen tekijä vaan sen toiminnan luonne, jota sopimus koskee. [12]

17. Direktiivissä 2004/17 käsitellään tavaroita, rakennusurakoita ja palveluja koskevia hankintasopimuksia (1 artiklan 2 kohdan b, c ja d alakohta), verrataan niitä käyttöoikeussopimuksiin (1 artiklan 3 kohdan a ja b alakohta) ja julistetaan, että direktiivin soveltamisen kohteena on ”sellaisten kiinteiden verkkojen saataville saattaminen tai ylläpito, joiden tarkoituksena on tarjota yleisölle juomaveden tuotantoon, siirtoon tai jakeluun liittyviä palveluja” (4 artiklan 1 kohdan a alakohta) sekä ”juomaveden toimittaminen näihin verkkoihin” (4 artiklan 1 kohdan b alakohta).

B *Italian oikeus*

18. Paikallisyhteisöjen organisaatiota koskevien lakien konsolidoidun tekstin hyväksymisestä 18.8.2000 annetun asetuksen (decreto legislativo) nro 267/2000 [13] (jäljempänä asetus nro 267/2000) 113 §:n 5 momentissa, siinä muodossa kuin se on ajallisesti sovellettavissa, [14] annetaan näille yhteisöille [15] kolme vaihtoehtoa julkisten palvelujensa hallinnointiin sen mukaan, annetaanko palvelu

”– –

a) sellaisen pääomayhtiön suoritettavaksi, joka valitaan julkisen tarjouspyyntömenettelyn avulla;

b) sellaisen yhtiön suoritettavaksi, joka on sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa ja jossa yksityinen osakas valitaan julkisessa tarjouspyyntömenettelyssä, millä taataan kansallisten ja yhteisön kilpailusääntöjen noudattaminen toimivaltaisten viranomaisten antamissa erityisissä säännöksissä ja soveltamisohjeissa antamien yleisten ohjeiden mukaisesti;

10 – EUVL L 134, s. 1.

11 – Direktiivin 2004/17 10 artikla ja johdanto-osan yhdeksäs perustelukappale.

12 – Näin kuvaan tätä asiassa C-393/06, Ing. Aigner, 22.11.2007 antamani ratkaisuehdotuksen (tuomio 10.4.2008, Kok., s. I-2339) 41 kohdassa.

13 – GURI 28.9.2000, Supplemento ordinario nro 227.

14 – Säännös on korvattu lain nro 448/2001 (GURI, Supplemento ordinario nro 285, 29.12.2001) 35 §:llä, ja sitä on muutettu julkisen talouden kehitystä ja korjaamista koskevista kiireellisistä toimenpiteistä 30.9.2003 annetun asetuksen nro 269 (GURI, Supplemento ordinario nro 229, 2.10.2003) 14 §:llä.

15 – Missä yhteydessä muistutetaan asianmukaisesti alakohtaisen lainsäädännön ja Euroopan unionin lainsäädännön noudattamisesta.

c) kokonaan julkisessa omistuksessa olevan pääomayhtiön suoritettavaksi sillä edellytyksellä, että yhtiöpääoman omistavalla paikallisella julkisyhteisöllä on kyseiseen yhtiöön vastaavanlainen määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja että tämä yhtiö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan julkisyhteisön tai omistavien julkisyhteisöjen kanssa".

19. Edellä mainittu a kohta vastaa sopimuksentekokanavaa, c kohta vastaa talonsisäisiä hankintoja tai "in house providing" -suhteita,[16] kun puolestaan b kohta kuuluu kokonaan "julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten" horjuvasti rajattuun ryhmään.

III Pääasiaan liittyvät tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

20. Provincia Regionale de Ragusa ja siihen kuuluvat kunnat perustivat 10.7.2002 yhteistyösopimuksella "Ambiti Territoriali Ottimali" -nimisen vesialan yksikön (jäljempänä ATO), jonka tärkeimpänä tehtävänä oli järjestää "Servizio Idrico Integrato" -niminen integroitu vesihuolto.

21. Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (Ragusan maakunnan kunnanjohtajien ja maakuntahallituksen puheenjohtajan kokous)[17] antoi 26.3.2004 integroidun vesihuollon hallinnoinnin asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momentin b kohdassa säädetyn "sekaomistuksessa olevan yhtiön, jonka pääoma on lähinnä julkista pääomaa" hoidettavaksi; se hyväksyi 7.6.2005 luonnokset osakeyhtiön perustamisasiakirjaksi ja yhtiöjärjestykseksi sekä allekirjoitti sopimuksen siitä, että kyseinen yhtiö saisi yksinoikeuden palvelun suorittamiseen.

22. Euroopan unionin virallisessa lehdessä (S 195, 8.10.2005) julkaistiin tarjouskilpailuilmoitus, joka koski yrityksen valitsemista yksityiseksi vähemmistöosakkaaksi, jonka tehtäväksi annettaisiin myös palvelun suorittaminen ja vastaavien urakoiden toteuttaminen.

23. Kilpailuun osallistui kolme väliaikaista yritysten yhteenliittymää: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA ja Aqualia SpA.

24. Valintalautakunta hylkäsi Aqualia SpA:n ja hyväksyi muut menettelyyn, mutta sen jälkeen kun niitä kehotettiin ilmoittamaan, olisivatko ne edelleen kiinnostuneita, ainoastaan Acoset SpA antoi myöntävän vastauksen.

16 – Yhteisöjen tuomioistuin tutki edellä mainitussa asiassa ANAV asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momentin yhteensopivuuden yhteisön oikeuden kanssa, mutta se ei käsitellyt sen b kohtaan liittyvää hankaluutta, sillä Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia oli kysynyt siltä erittäin vapaamielisestä mahdollisuudesta, joka tässä säännöksessä näytettiin jätettävän paikallishallinnolle, koska sillä oli valta valita julkisen kuljetuspalvelun hoitajaksi yhtiö, joka kuului kyseisen paikallisen hallintoviranomaisen alaisuuteen (c kohta), tai ryhtyä julkiseen tarjouskilpailumenettelyyn (a kohta), kuten julkisasiamies Geelhoed asianmukaisesti selventää 12.1.2006 antamansa ratkaisuehdotuksen 11 kohdassa.

17 – ATO:n hallintoelin.

25. Kuitenkin 26.2.2007 aloitettiin järjestelyt menettelyn peruuttamiseksi sillä perusteella, että se saattaisi olla ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa. Vaadittujen muodollisuuksien jälkeen Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia lopulta peruutti sen 2.10.2007 tehdyllä päätöksellä, jossa lisäksi hyväksyttiin konsortio [18] täytäntöönpanojärjestelmäksi.

26. Acoset SpA nosti kanteen tästä hallinnollisesta toimesta ja sen perustana olleista aiemmista hallinnollisista toimista, vetosi oikeuteensa tulla valituksi tarjouskilpailussa tai saada vahingonkorvausta ja vaati riidanalaisten päätösten täytäntöönpanon lykkäämistä turvaamistoimena.

27. Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia on esittänyt edellä mainituin perustein yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko julkisessa ja yksityisessä sekaomistuksessa olevan yhtiön malli, jossa yhtiö perustetaan nimenomaisesti tietyn julkisen, luonteeltaan teollisen palvelun suorittamiseksi ja jossa yhtiön toimiala on pelkästään tämä ja jossa kyseinen palvelu annetaan suoraan hoidettavaksi tälle yhtiölle, jonka ’teollinen’ ja ’operatiivinen’ yksityinen osakas valitaan julkisessa tarjouskilpailussa, kun sekä taloudelliset ja tekniset että varsinaiset toiminnalliset ja suoritettavan palvelun hoitamista sekä nimenomaisia suoritettavia palveluita koskevat edellytykset on ensin selvitetty, yhteisön oikeuden, erityisesti perustamissopimuksen 43, 49 ja 86 artiklassa määrättyjen avoimuusperiaatteen ja vapaan kilpailun periaatteen mukainen?”

18 – Tästä säädetään asetuksen (decreto legislativo) nro 267/2000 31 §:n 8 momentissa.

IV Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

28. Nyt käsiteltävä ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin saapuneeksi yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamoon 14.5.2008.

29. Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia sekä Vittorian kunta vaativat kirjallisissa huomautuksissaan, että tarjouskilpailumenettely on todettava yhteisön oikeuden kanssa yhteensopimattomaksi, koska huolimatta julkisesta kilpailusta yksityisen osakkaan valitsemiseksi hankinta tehtiin suoraan sekaomistuksessa olevan yhtiön kanssa. Comison ja Modican kunnat vaativat, että ensin tehtäisiin päätös niistä seurauksista, joita aiheutuu siitä, että Acoset SpA:lla ei ole asiassa intressiä, koska kilpailu on peruutettu.

30. Acoset SpA, komissio sekä Italian, Itävallan ja Puolan hallitukset puoltavat sitä vastoin sitä, että EY 43, EY 49 ja EY 86 artikla

eivät estä tätä sopimuksen tekomenettelyä, kunhan yhteisön oikeuden takeet täytetään.

31. Istunto pidettiin 2.4.2008, ja siihen osallistuivat Acoset SpA:n edustaja sekä Italian hallituksen ja komission asiamiehet, jotka esittivät suullisia lausumiaan.

V Tutkittavaksi ottaminen

A *Asian alustava tarkastelu*

32. Vaikka kukaan ei ole vedonnut tähän, haluan hälventää kaikki mahdolliset epäselvyydet, jotka koskevat Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilian esittämän kysymyksen kuulumista yhteisön oikeuden piiriin, jotta voidaan torjua kaikki epäilykset, joiden mukaan kyseessä voisi olla täysin yhden jäsenvaltion sisäinen tilanne sillä perusteella, että kaikkien asiaan liittyvien yritysten kotipaikka on Italia.

33. Ei voida pitää mahdottomana, että riidanalaiset palvelut herättävät laajuutensa vuoksi jonkin johonkin toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen yrityksen mielenkiinnon, joka merkitsee liittymäkohtaa yhteisön oikeuteen (asiassa komissio v. Belgia 25.4.1996 annettu tuomio [19] ja em. asiassa Parking Brixen annettu tuomio), mitä tukee perustamissopimuksen periaatteiden ja määräysten tulkinta.

34. Vaikka PPP-toimintamalleja ei ole yhdenmukaistettu, kuten jäljempänä yksityiskohtaisemmin esitän, on myös tutkittava vastaavaa lainsäädäntöä, joka liittyy julkisiin hankintasopimuksiin, ja käyttöoikeussopimuksia tämän lainsäädännön valossa ainakin keinona selvittää palvelujen luonne ja hallinnointi, joka niihin liittyy kussakin tapauksessa.

B *Ennakkoratkaisukysymyksen puutteet*

35. Itävallan hallitus väittää, että pyydetty ymmärrettävä ja vastauksen arvoinen tulkinta ei ole kuitenkaan selkeä, jotta siitä olisi hyötyä Italiassa vireillä olevassa oikeudenkäynnissä, sillä ennakkoratkaisupyynnössä ei anneta tietoja palvelun yksityiskohdista, tarjouskilpailun sisällöstä eikä ilmaisun ”edellytykset on ensin selvitetty” ulottuvuudesta.

36. Jotta yhteisön oikeutta voitaisiin tulkita siten, että tulkinta olisi kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllinen, ja samalla annettaisiin

19 – Asia C-87/94 (Kok., s. I-2043, 33 ja 54 kohta).

ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuville mahdollisuus esittää huomautuksensa, [20] kansallisen tuomioistuimen on määritettävä esittämiinsä kysymyksiin liittyvät tosiasiat ja oikeussäännöt tai ainakin selostettava ne tosiseikkoja koskevat lähtökohdat, joihin nämä kysymykset perustuvat. [21]

37. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että se voi kieltäytyä vastaamasta kansallisen tuomioistuimen esittämään ennakkoratkaisukysymykseen vain, jos on ilmeistä, että yhteisön oikeuden tulkitsemisella, jota kansallinen tuomioistuin on pyytänyt, ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen tai jos kyseinen ongelma on luonteeltaan hypoteettinen. [22]

38. Ennakkoratkaisupyynnössä annetaan vähimmäisvaatimusten mukaiset selitykset asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momentin suhteesta sen perusteella vireille pantuun tarjouskilpailuun ja vertailukohtana oleviin yhteisön oikeussääntöihin ja periaatteisiin, mistä syystä yhteisöjen tuomioistuimen on tutkittava pyyntö, [23] koska siihen ei voida soveltaa mitään tutkimatta jättämisen perusteista.

C Acoset SpA:n asiavaltuus

39. Conferenza sekä Comison ja Modican kunnat väittävät yhteisöjen tuomioistuimessa, että Acosetilla ei ole oikeudellista intressiä tässä ennakkoratkaisumenettelyssä, sillä se pyrkii riitauttamaan ainoastaan yksityisen osakkaan valintamenettelyn kumoamisen.

40. Tämä väite on täysin perusteeton, ja se on hylättävä heti.

41. EY 234 artiklasta seuraa, että ennakkoratkaisukysymyksen esittäminen [24] kuuluu yksinomaan kansalliselle tuomioistuimelle eikä oikeudenkäynnin asianosaisille, vaikka niitä voidaankin kuulla menettelyssä. [25] Yhteisöjen tuomioistuimelle riittää sen edellytyksen täyttyminen, että kyseessä on oltava kansallisen oikeudenkäynnin asianosainen, jotta tämä osallistuminen voidaan hyväksyä, ja Acoset SpA täyttää selvästi tämän edellytyksen. [26]

20 – Yhdistetyt asiat 141/81–143/81, Holdijk ym., tuomio 1.4.1982 (Kok., s. 1299, Kok. Ep. VI, s. 379, 6 kohta).

21 – Yhdistetyt asiat C-320/90, C-321/90 ja C-322/90, Telemarsicabruzzo ym., tuomio 26.1.1993 (Kok., s. I-393, Kok. Ep. XIV, s. I-1, 6 kohta); asia C-157/92, Banchero, määräys 19.3.1993 (Kok., s. I-1085, 4 kohta); asia C-167/94, Grau Gomis ym., määräys 7.4.1995 (Kok., s. I-1023, 8 kohta) ja asia C-2/96, Sunino ja Data, tuomio 20.3.1996 (Kok., s. I-1543, 4 kohta).

22 – Asia C-390/99, Canal Satélite Digital, tuomio 22.1.2002 (Kok., s. I-607, 19 kohta).

23 – Asia C-379/98, PreussenElektra, tuomio 13.3.2001 (Kok., s. I-2099, 38 kohta).

24 – Ks. sen olennaisuuden yleisestä tiedostamisesta yhteistyön keinona yhteisön tasolla asia 16/65, Schwarze, tuomio 1.12.1965 (Kok., s. 265, Kok. Ep. I, s. 227) ja asia 166/73, Rheinmühlen, tuomio 16.1.1974 (Kok., s. 33, Kok. Ep. II, s. 195).

25 – Yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 23 artikla.

26 – Joka tapauksessa huomiota herättää väite, joka perustuu tarjouskilpailun peruuttamiseen ja jonka mukaan Acosetillä ei tämän perusteella olisi asiavaltuutta, kun tämä peruuttaminen on nimenomaan johtanut oikeudenkäynnin vireillepanoon.

VI Ennakkoratkaisukysymyksen asiasisällön tutkiminen

A *Kohti ”julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten” itsenäistä käsitettä*

1. Kansalliset näkymät

42. Viranomaisten taloudellinen toiminta ja hallintotoiminta ovat muuttuneet perinpohjaisesti viime vuosisadan aikana. Alun perin vallinneesta pidättyväisestä liberalismista, jonka ainoana tarkoituksena oli ylläpitää yleinen järjestys perinteisin järjestyksenpitotoimin, kuten pidätysmääräyksin ja kielloin, kehityttiin siihen vaiheeseen, että kansalaisille tarjottiin avustuksia, [27] kunnes lopulta on päädytty ajatukseen yhteisvastuuseen perustuvasta hyvinvointivaltiosta. [28]

43. Tämän kehityksen myötä julkisen hallinnon perinteiset muodot jäivät taka-alalle, koska tällä hetkellä hallinnon ja kansalaisten välinen vuorovaikutus estää niiden tehtävien rajaamisen erillisiksi osioiksi.

44. Vaikka virkamiesten on toimittava yleisen edun mukaisesti, keinoja tämän toteuttamiseksi on paljon, ja esiin tulevat ne keinot, jotka antavat yksityisille mahdollisuuden hoitaa julkisia toimintoja ja joissa piilee siten selviä yhteistyön mahdollisuuksia. [29]

45. Tästä yhteistyön kehittymisestä ovat esimerkkeinä ja kiistattomassa asemassa niin sanottu julkisten palvelujen välillinen hallinnointi tai sopimukset, joiden juuret ovat lainsäädännön historiassa.

46. Kun yksityinen yritys on vastuussa palvelun suorittamisesta ja voiton tavoittelun nimissä vaarantaa omaisuutensa vastineeksi siitä, että varmistetaan palvelujen sääntöjenmukaisuus ja moitteeton hoito, syntyy läheinen suhde julkisiin varoihin. Näin tapahtuu myös silloin, kun viranomaiset, jotka ovat tietoisia teknisistä tai taloudellisista rajoitteistaan, löytävät sopimuskumppanista rakennusurakan tai palvelun suorittajan.

27 – Forsthoff, E., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Kohlhammer, Stuttgart, 1938, kokosi nämä avustukset ”perustoimeentuloksi” nimittämänsä käsitteen alaisuuteen ja sulautti käsitteen Daseinsvorsorge kattamaan yhteiskunnan elintärkeät tarpeet sekä loi vahvan ja dynaamisen täytäntöönpanovallan, joka kykenee ratkaisemaan nämä vaatimukset; tämän teorian selityksistä ks. Martín Retortillo, L., ”La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge”, Revista de Administración Pública, nro 38, touko–elokuu, 1962, s. 35–65.

28 – Yksi sen merkittävimmistä edelläkävijöistä Duguit, L., *Leçons de Droit public général*, toim. Boccard, Paris, 1926, s. 36, vähättelee vallan merkitystä valtiolle erottamattomasti kuuluvana osatekijänä, kun hän antaa valtiolle tehtävän kanavoida sosiaalinen yhteisvastuu.

29 – Toisaalta se vaikuttaa siten, että valtioon sovelletaan yksityisoikeutta, kun se kilpailee liiketoiminnassa ja yhdenvertaisesti muiden toimijoiden kanssa.

47. Yksityinen pääoma toimii välikappaleena toiminnasta tai palvelusta vastaavan elimen ja palvelun vastaanottajien välillä, joten näissä toimintamalleissa työnjako on etusijalla ja hallitsee sen kaikkia osatekijöitä, tämän vaikuttamatta erityyppisten toimijoiden erityispiirteisiin.

48. Sopimuksen ja käyttöoikeussopimuksen ulkopuolella ei ole viranomaisten kannalta myöskään omituista eikä uutta, että ne toimivat yhdessä yksityisten oikeussubjektien kanssa hoitaakseen julkisia tehtäviä mutta ne eivät kuitenkaan yhdisty rakenteellisesti. [30]

49. Näin ollen ”julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten” määrittäminen erilliseksi ryhmäksi edellytti niiden yksilöimistä siten, että lähtökohtana pidettiin niiden vastavuoroisten vaikutusten kokonaisuutta, jotka ovat leimallisia tietyille oikeudellisille instituutioille.

50. Sen englanninkielisistä maista peräisin olevat ajatukset ovat nähtävissä keskusteluissa, joita aloitettiin ”New Public Management” -käsitteestä, joka oli alun perin taustana PPP-toimintamallien syntymiselle, kun hallinto avattiin yritystoimintaan perustuville hallinnoinnin kriteereille, joissa edellytetään yksityisiä taloudellisia panoksia (”Private Finance Initiative”).

30 – Santamaría Pastor, J. A., *Principios de derecho administrativo*, nide I, 3. painos, Colección Ceura, toim. Centro de Estudios Ramón Areces, s. 460, kuvaa tätä yhteistyötä ja väittää, että suppeassa merkityksessä tarkoitetun hallinnon lisäksi on ollut aina olemassa jonkinlainen ”epätyypillinen hallinto”.

51. Tämän jälkeen menetelmät ovat kuitenkin poikenneet toisistaan, sillä vaikka joissain kansallisissa oikeuksissa on kokeiltu ”yhteistyösopimuksen” malleja, [31] muissa näitä keinoja pidetään edelleen erittäin tiukasti epätyypillisinä. [32]

2. Hajanainen Euroopan yhteisön näkemys

52. Yhteisön oikeudessa pyritään kansallisten oikeusjärjestysten yhdenmukaistamiseen julkisten hankintojen osalta, vaikka yhteisön oikeuden vaikutus on heikentynyt, kun on syntynyt PPP-toimintamallien ”ilmiö”. [33]

53. Jäsenvaltiot antavat kuitenkin sysäyksen yhteisön tason sääntelyyn, kun PPP-toiminta-

31 – Ranskassa tätä menettelytapaa kuvaavat yhteistyösopimuksiin liittyvät 17.6.2004 annettu asetus nro 2004/559 ja 28.7.2008 annettu laki nro 2008-735. Espanjassa julkisen sektorin sopimuksista 30.10.2007 annetussa laissa nro 30/2007 (BOE nro 261, 31.10.2007, s. 44336) todetaan sopimuksen luonteeksi ”julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimus”.

32 – Esimerkkinä jännitteestä, joka koskee sen tyypillisyyttä, on piakkoin julkaistava González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, jossa ensin oletetaan, että uusi sopimustapa on syntymässä, minkä jälkeen siinä esitetään näkemyksiä, joista ilmenee se uskomus, että kyseessä on keino ”sisällyttää hallinnolliseen käytäntöön kaikki epätyypillisten suhteiden mekanismit, joita kehittyy yksityisten välisten taloudellisten suhteiden maailmassa”, ja kiitetään epätyypillisiä sopimuksia siitä, että ne ovat joustavia ja innovatiivisia palvelujen tarjoamisen muotoja.

33 – ”Vihreässä kirjassa julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta”, 30.4.2004, KOM(2004) 327 lopullinen (jäljempänä vihreä kirja) esitetään, että ainakin tuolloin PPP-toimintamalleilla säilyi komission mielestä tämä luonnehdinta.

mallien osuus kasvaa julkisella sektorilla, sillä niihin liittyvät houkuttelevat ominaisuudet eivät jää huomaamatta.

54. Sen lisäksi, että näillä keinoilla voidaan kiertää budjettirajoituksia, niillä suositaan yksityistä rahoitusta ja osaamisen hankkimista yrityksiltä, jotka eivät kuulu julkisen talouden piiriin, vastauksena liberalismista valtiolle aiheutuviin tappioihin, sillä valtion asema suorana toimijana on muuttunut menettelytapojen sääntelijän asemaksi, ja se toimii näiden menettelytapojen viimeisenä vartijana, jos ne vaikuttavat yleiseen etuun.

55. Kun ei ole olemassa mitään nämä menettelytavat kattavaa erityistä pakottavaa järjestelmää, oikeudellista epävarmuutta vallitsee ennen kaikkea osallistumisesta ja keinoista integroida yksityiset osakkaat tähän taloudelliseen tasapainottamiseen.

56. Siten syntyi tarve antaa tulkintasäännöt, joilla mukautetaan nämä käytännöt perustamissopimuksen periaatteisiin, mitä käsittelee 5.2.2008 annettu komission selittävä tiedonanto [34] julkisia hankintoja ja käyttöoikeutta koskevan yhteisön oikeuden soveltamisesta julkisen ja yksityisen sektorin rakenteellisiin kumppanuuksiin. [35]

57. Yhteisön tason yhdenmukaistamisen [36] puuttuminen estää mielestäni sen, että PPP-toimintamalleja pidettäisiin varsinaisina hankintasopimuksina, mikä ei estä sen tunnustamista, että näillä uusilla instrumenteilla on joitain hankintasopimusten piirteitä tai ne ovat ominaisuuksiltaan käyttöoikeussopimuksen kaltaisia.

58. Kokonaisvaltaisella sääntelyllä vältettäisiin tietyt haitat ja ohjattaisiin viranomaisia ja yksityisiä yhteisöjä, sillä vallitseva sekaannus estää niitä usein ottamasta PPP-toimintamallia käyttöön (kuten tiedoksiannossa myönnetään), [37] mikä johtaa siihen, että infrastruktuureita ja julkisia palveluja ei tueta, jos on todennäköistä, että ne eivät ole luonteeltaan Euroopan unionin toiveiden mukaisia.

34 – Alonso García, R., "El soft law comunitario", Revista de Administración Pública, nro 154, tammi–huhtikuu 2001, s. 79, mainitsee näiden EY 249 artiklan mukaisten keinojen tarjoamien etujen joukosta sen, että ne antavat hallintoviranomaisille ja yksityisille toimijoille selkeän ja johdonmukaisen kehyksen, jotta niiden käyttäytymistä voidaan ohjata yhteisön oikeuden mukaiseen suuntaan.

35 – C(2007) 6661, josta käytän jäljempänä nimitystä tiedonanto.

36 – Euroopan parlamentti kehotti kuitenkin 10.5.2002 antamassaan ensimmäisessä lausunnossa komissiota tutkimaan direktiiviehdotuksen antamisen mahdollisuutta, KOM(2000) 275. Euroopan talous- ja sosiaalikomitea piti puolestaan lainsäädäntöaloitetta välttämättömänä (talous- ja sosiaalikomitean lausunto (EYVL C 14, 16.1.2001), esittäjänä Levaux, 4.1.3 kohta, ja talous- ja sosiaalikomitean lausunto (EYVL C 193, 10.7.2001), esittäjänä Bo Green, 3.5 kohta).

37 – Tätä lainkäyttäjien luonnollista reaktiota tukee Carbonnier, J., *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, Paris, 1994, s. 331, kun hän kiinnittää huomiota juristien ja sosiologien erilaisiin näkemyksiin oikeuden monimutkaisuudesta, sillä kun tämä on ensin mainittujen osalta erittäin vakavaa, jopa sairaus, joka edellyttää paluuta yksinkertaistamiseen, jälkimmäiset eivät arvostele tätä vaan pitävät sitä ainoastaan erilaisuutena, joka kaipaa selvitystä.

59. Tämä tyhjiö merkitsee sitä, että hallinnollista toimintaa ei ole mahdollista luokitella yleispätevästi valvontaan, edistämiseen ja julkisen palvelun tuottamiseen,[38] minkä lisäksi maailmanlaajuisessa oikeudellisessa yhteisössä jokainen näistä osatekijöistä heijastaa eri maiden eri näkemyksiä.

60. Erityisesti julkisessa palvelussa heterogeenisyys tulee voimakkaasti esiin,[39] sillä vaikka tämä käsite on joissain hallinnollisissa järjestelmissä kulmakivenä,[40] muissa se ei ole ”régime administratifin” perustana eikä myöskään ”publicatio”-näkökohdalla ole keskeistä sijaa.[41]

61. Tässä on mielestäni yksi syy siihen, että PPP-toimintamallien vaihtoehdot ovat hajaantuneet, mitä on tarkasteltava vakavamman ongelman kanssa: yhteisön lainsäätäjä on yhdenmukaistanut julkiset hankinnat mutta ei käyttöoikeussopimusten[42] eikä julkisten palvelujen verkkoa, joten ei ole sattumaa, että lainsäädäntöä ei ole olemassa, koska nämä ryhmät ovat useiden PPP-toimintamallien taustalla.

38 – Kuten on osoittanut Presutti E., *Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione*, Società Editrice, Milano, 1903.

39 – Näin todetaan talous- ja sosiaalikomitean 22.5.2003 yleishyödyllisiä palveluja koskevasta vihreästä kirjasta (KOM(2003) 270 lopullinen, EYVL C 76) antamassa lausunnossa.

40 – Selvästi Ranskassa, Italiassa ja Espanjassa verrattuna niihin näkemyksiin, jotka ovat vallalla esimerkiksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Saksassa tai Tanskassa.

41 – Joissain tapauksissa terminologia vaihtelee, vaikka julkisen palvelun sisältö ja olemus ei ole tuntematon: González-Varas Ibáñez, S., *El derecho administrativo privado*, toim. Montecorvo, Madrid, 1996, s. 398.

42 – Vaikka komission tulkitseva tiedonanto käyttöoikeussopimuksista (konsessio) yhteisön oikeudessa (EYVL 2000, C 121, s. 6) sisältää käsitteen, joka on kansallisista käsitteistä riippumaton.

B *PPP-toimintamallien luokittelu*

62. Vaikka vihreän kirjan käsitteet ovat määrittelemättömiä, siinä ehdotettiin erästä luokittelua, koska oli empiirisesti todettu, että kaksi suurta mallia kattaa jäsenvaltioiden erilaiset PPP-toimintamallit sen mukaan, perustuuko yhteistyö kokonaan sopimuksiin (sopimusperusteiset PPP-toimintamallit) vai toteutuuko se jonkin erillisen yksikön kautta (institutionalisoitu PPP-toimintamalli tai IPPP-toimintamalli).

63. Tämä kaksijakoisuus tulee esiin komission tiedonannossa, jonka kohteena ovat vain viimeksi mainitut, koska sopimusperusteisten toimintamallien moninaisuus, joka johtuu varmasti laajasta tahdon vapaudesta, soveltuu mahdollisesti heikommin systemaattiseen tarkasteluun.[43]

64. IPPP-toimintamalleissa julkisen osakkaan ja yksityisen osakkaan työt organisoidaan yhdeksi yksiköksi, joka on erillinen oikeushenkilö ja josta ne valvovat yhteiseksi hyväksi rakennusurakan tai palvelun toimitusta.

43 – Itse asiassa vihreän kirjan mukaan ”– – se kattaa erilaisia järjestelyitä, joissa yksi tai useampi laajuudeltaan vaihteleva tehtävä annetaan yksityisen sopimuspuolen suoritettavaksi. Järjestelyt voivat sisältää työ- tai palvelusuoritteen suunnittelun, rahoituksen, toteutuksen, ajanmukaistamisen tai käyttöoikeuden”.

65. Verrattuna joihinkin sopimusperusteisiin malleihin, joissa luodaan välitön yhteys palvelun viranomaisten sijasta suorittavan yksityisen osakkaan ja loppukäyttäjän välille, IPPP-toimintamalleissa elinkeinonharjoittaja, joka on valittu tarjoaja tai käyttöoikeussopimuksen saaja, on ”virallisesti” yhteydessä palvelun vastaanottajaan, vaikka ”aineellisesti” yritys käyttää sen erityistä jäsentä. Siten Acosetin edustajan tähän ennakkoratkaisumenettelyyn liittyvässä istunnossa esittämällä täsmennyksellä on merkitystä, sillä hän vahvisti, että todellisuudessa yksityinen osakas suorittaa palvelunsa sekaomistuksessa olevalle yksikölle.

66. Edellä kuvattujen etujen lisäksi IPPP-toimintamallissa julkiseen osaan keskitetään toimintojen kehityksen verrattain tiivis valvonta, kun se on osakkaana ja päätöksentekoelimissä.

67. Yksittäistapausten tarkastelu osoittaa lähinnä kaksi tapaa ottaa käyttöön IPPP-toimintamalli: joko perustetaan täysin uusi yksikkö tai muutetaan olemassa olevan täysin julkisen yksikön pääomaa, jolloin se siirtyy osittain yksityisten käsiin. Selvästi tämän jälkimmäisen tavan asianmukainen tulkinta edellyttää, että yksityisen sektorin enemmistö ilmenee ennen hankintamenettelyä tai samaan aikaan sen kanssa, mutta ei sen jälkeen. [44]

44 – Näin todetaan asiassa komissio v. Itävalta annetun tuomion 42 kohdassa, jotta vältettäisiin keinotekoiset rakennelmat, jotka jäävät yhteisön oikeuden ulkopuolelle, sillä hankintaviranomaiset eivät saa ”turvautua sellaisiin järjestelyihin, joiden tarkoituksena on peitellä julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemistä sekaomistuksessa olevien yhtiöiden kanssa”.

68. Asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momentti osoittaa, että kyseessä on ensin mainitun kaltainen IPPP-toimintamalli, sillä perustettava yhtiö on sekaomistuksessa oleva yhtiö, jonka yksityinen osakas hallinnoi täysin kunnallista vesihuoltoa, [45] sen jälkeen kun sen valinnasta on järjestetty julkinen tarjouskilpailu.

69. Todettakoon lopuksi, että IPPP-toimintamalleihin kuuluu hankintasopimuksen tekeminen tai konsession myöntäminen, mikä kuvastaan mallin kohdetta ja on ratkaiseva piirre selvennettäessä sen luokittelua yhteisön tasolla.

C Hankintasopimuksen ja käyttöoikeussopimuksen (konsession) rajaaminen

70. Edellisessä kohdassa esitetyn luokittelun perusteella on välttämätöntä selventää hankintasopimusta ja käyttöoikeussopimusta, ennen kuin täsmennetään Ragusan IPPP-toimintamalliin liittyvää oikeudellista sääntelyä.

45 – Hyvin kuvaavaa on se, että vihreässä kirjassa tunnustetaan, että jäsenvaltioissa turvaudutaan tällaisiin järjestelyihin ”paikallistason julkisten palveluiden hallinnossa (esimerkiksi vesi- tai jätehuollon alalla)”.

71. Yhdyn komission arviointeihin, jotka liittyvät siihen, että koko vesihuollon kaltainen paikallinen julkinen palvelu voidaan antaa hoidettavaksi hankintasopimuksella tai käyttöoikeussopimuksella ja että ennakkoratkaisupyynnössä annettujen tietojen vähäisyys estää sen selvittämisen, kumpi näistä on valittu.

72. On kuitenkin otettava huomioon ensinnäkin, että Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia viittaa kysymyksessään ainoastaan perustamissopimuksen määräyksiin ja periaatteisiin mutta ei julkisia hankintoja koskeviin direktiiveihin; [46] toiseksi, että se käyttää ilmaisua sekaomistuksessa oleva yhtiö, jolle on annettu ”konsessio”; ja kolmanneksi, että suunniteltu 30 vuoden kesto vastaa paremmin konsessiota. [47]

73. Ero ei ole merkityksetön, koska jos julkisen hankintasopimuksen täytäntöönpano annetaan sekaomistuksessa olevan pääomayhtiön tehtäväksi, direktiiveissä 2004/17 tai 2004/18 annetaan julkaisemista koskevat säännöt ja menettelytavat, joiden mukaisesti valitaan yksityinen osakas, jonka on saatettava täytäntöönpano päätökseen, mikäli sopimuksen arvo ylittää näiden sääntöjen mukaiset taloudelliset rajat. Mikäli toisaalta kyseessä on käyttöoikeussopimus tai julkinen hankinta, jota kyseiset direktiivit eivät koske (esimerkiksi sen vuoksi, että sen arvo ei ylitä vahvistettuja kynnysmääriä), perustamissopimuksen periaatteet ja vapaudet ovat sen ainoa ilmaisu.

74. On siis havaittavissa, että on tärkeää täsmentää perusteet, joiden mukaan määritellään sopimuksen ja käyttöoikeussopimuksen epäselvät rajat, [48] mistä tarvittavien selvitysten puuttuessa vastaa viimeisenä oikeusasteena kansallinen tuomioistuin, joka ratkaisee asian yhteisöjen tuomioistuimen tulkitsemien ”yrittäjäriskin” ja ”palvelusta suoritettavan korvauksen” kriteerien mukaisesti.

75. Tämän ennakkoratkaisupyynnön tilanne kuvaa ensimmäisiä vaikeuksia tehtävässä rajata toisistaan ”julkista palvelua koskeva sopimus” ja ”julkista palvelua koskeva käyttöoikeussopimus”.

76. Palveluhankintasopimuksessa edellytetään vastiketta, jonka hankintaviranomainen

46 – Tämä sisilialaistuomioistuin osoittaa kiitettävää järkevyyttä, sillä kun kyseessä on sääntöjen ja sääntelyjen kokonaisuus, joka saattaa vaikuttaa IPPP-toimintamallin oikeudelliseen olemassaoloon, se viittaa ainoastaan perustamissopimuksen vapauksiin ja periaatteisiin, jotka ovat sopimusten ja käyttöoikeussopimusten pienin yhteinen nimittäjä, kuten esittää Bacon, F., *Essays*, toim. Cosimo, 2007, LVI luku, of Judicatory, s. 137, ”Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws”.

47 – Italian tasavalta ja Acoset nojautuvat tähän tosiseikkaan eivätkä epäröi luonnehtia ilmiötä käyttöoikeudeksi. Lisäksi, kuten istunnossa ilmeni, kesto riippuu sijoituksen kustannuksista, koska menot on kuoletettava.

48 – Passerieux, R. ja Thouvenin, J. M., ”Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession”, Revue du Marché commun et de l’Union européenne, nro 487, huhtikuu 2005, s. 237, mainitsevat oikeudellisen epävarmuuden tärkeimmäksi lähteeksi näiden ryhmien rajojen liukumisen, jolloin on vaarana on se, että käyttöoikeussopimuksia koskevan joustavan sääntelyn piiriin kuuluvat ryhmät (”PPP-käyttöoikeussopimukset”) luokitellaan uudelleen ”PPP-hankintasopimuksiksi”.

maksaa suoraan palvelun suorittajalle; kun suoritettava vastike ei ole peräisin viranomaiselta vaan kolmansina osapuolina olevien palvelun vastaanottajien maksamista määristä, kyseessä on sen sijaan julkisia palveluja koskeva käyttöoikeussopimus (julkinen palvelukonsessio). [49]

77. Lisäksi ”liiketoiminnallisen riskin” [50] siirtäminen on yksi arvokkaimmista merkeistä tämän eron havaitsemiseksi, sillä se on käyttöoikeussopimuksen olennainen osatekijä, [51] jota ei puolestaan liity hankintasopimukseen. [52]

78. Tribunal de Catania ei saa kuitenkaan luopua varotoimista, koska on ehkä olemassa muita esteitä, joita sen on ylitettävä tehdessään työtään ja rajatessaan ratkaistavanaan olevan asian, jossa tulevat palvelun hallinnoinnin lisäksi esiin rakennusurakat, minkä on johdettava siihen, että se tutkii eroja palveluhankintasopimuksen, rakennusurakkakonsession ja palvelukonsession välillä. [53]

79. Direktiivin 2004/17 18 artiklan mukaan direktiiviä ei sovelleta ”rakennusurakoita tai palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin, joita yhtä tai useampaa 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa harjoittavat hankintayksiköt tekevät silloin, kun käyttöoikeussopimukset on tehty kyseisten toimintojen harjoittamiseksi”. Huomattakoon, että toisin kuin direktiivissä 2004/18, jonka 17 artiklassa jätetään direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle ainoastaan palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset, direktiivi 2004/17 ei koske myöskään rakennusurakoita, mikä, kun direktiivin 2004/18 12 artiklaa tulkitaan systematiikan perusteella, viittaa siihen, että rakennusurakoita koskeviin käyttöoikeussopimuksiin sovelletaan ainoastaan perinteisiä direktiivejä, vaikka ne liittyisivät erityissektoreihin (kuten vesihuoltoon). [54]

80. Jotta vältettäisiin sekaannus, jota voivat aiheuttaa useita eri toimintoja koskevat hankintasopimukset (esim. vesihuolto, joka vaatii rakennusurakoiden suorittamista), direktiivissä 2004/17 annetaan objektiivinen sääntö, jonka mukaan on sovellettava ensisijaista toimintoa sääänteleviä sääntöjä (9 artiklan 1 kohta), kuten oikeuskäytännössä on edellytetty, sillä siinä on kielletty sopimuksen luonnehtiminen ”rakennusurakaksi”, jos se on täydentävä suoritus palveluihin tai tavarantoimituksiin nähden. [55]

81. Kun tämä polku on tutkittu, ilmenee, että palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin sovelletaan perustamissopimuksen määräyksiä ja perusperiaatteita ja rakennusurakoita koskeviin käyttöoikeussopimuksiin lisäksi direktiivin 2004/18 säännöksiä, joissa sallitaan

49 – Asia C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998 (Kok., s. I-6821) ja edellä alaviitteessä 3 mainittu asia Parking Brixen.

50 – Tässä yhteydessä on mainittava, että Acosetin edustaja korosti istunnossa, että tämä riski oli yksityisellä osakkaalla.

51 – Asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007 (Kok., s. I-6657, 34 kohta) ja asia C-437/07, komissio v. Italia, tuomio 13.11.2008 (29 kohta).

52 – Asia C-234/03, Contse ym., tuomio 27.10.2005 (Kok., s. I-9315, 22 kohta).

53 – Tähän ongelmalliseen tehtävään tuovat selkeyttä ajatukset, joita on esittänyt Gimeno Feliú, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, toim. Thomson Civitas, Madrid, 2006, s. 151–175, ja jotka perustuvat eri typologioiden käsitteelliseen puhdistamiseen.

54 – Käyttöoikeussopimusten jättäminen julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle tuli selväksi asiassa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, 30.5.2002 annetussa määräyksessä (Kok., s. I-4685), mutta asiassa C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, 7.12.2000 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-10745) sijoitettiin rakennusurakoita koskevat käyttöoikeussopimukset perinteisten sektoreiden sääntelyn piiriin.

55 – Asia C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, tuomio 19.4.2004 (Kok., s. I-1329).

niiden soveltaminen sopimuksen arvon perusteella.

D *IPPP-toimintamallien valvonnan parametrit*

82. Epäilykset, joita Italian asetuksen nro 267/2000 113 §:n 5 momentin b kohta herättää, koskevat viime kädessä sen määrittämistä, edellytetäänkö yksityisen osakkaan etsintää varten järjestettävän tarjouskilpailun lisäksi toista tarjouskilpailua palvelua koskevan sopimuksen tekemiseksi. [56] Jos tämä muuttuja ratkaistaan siten, että pitäisi olla vain yksi tarjouskilpailumenettely, olisi tarkasteltava perusteellisemmin sen sallittavuuden taustalla olevaa oikeudellista perustaa sijoittautumisvapauden (EY 43 artikla), palvelujen tarjoamisen vapauden (EY 49 artikla) sekä kilpailun (EY 86 artikla) kannalta.

1. Yksi tarjouskilpailumenettely, jolla on kaksi tarkoitusta

83. Komissio katsoo tiedonannossaan, ettei ”– – kaksinkertainen menettely (ensimmäisessä menettelyssä valitaan yksityinen kumppani rakenteellista kumppanuutta varten ja toisessa tehdään hankinta- tai käyttöoikeussopimus sekaomistusyksikön kanssa) ole kovin käytännöllinen. – –”

56 – Kuten väittävät Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia sekä Vittorian kunta.

84. Ei voida nojautua yksinomaan käytännöllisyyteen, joka on jokaisen oikeusjärjestyksen johdonmukainen toive, oikeudellisen päättelyn perusteeksi. Tällä varauksella yhdyn komission näkemykseen, johon on yhdistettävä joitakin selvityksiä vaatimuksista, joita yhteisö asettaa hankintasopimuksille ja käyttöoikeussopimuksille, jotka vuorovaikutuksen kautta luovat asetelman, jossa IPPP-toimintamallit kehittyvät.

85. Kaksinkertaisen kilpailun käyttöönotto sopii huonosti yhteen näiden mallien taustalla olevan toimenpidevaiheiden vähentämisen kanssa, koska niiden perustamiseen sisältyy samassa menettelyssä yksityisen osakkaan valinta ja hankintasopimuksen tai käyttöoikeussopimuksen tekeminen sekaomistuksessa olevan yksikön kanssa.

86. Tehokkuusvaatimus ei voi tarkasti arvioiden olla ristiriidassa laillisuusperiaatteen kanssa, sillä se kehittyy laillisuusperiaatteen varjossa, joten ainoastaan tehoton hallinnointi voi olla lainvastaista.

87. Kun noudatetaan IPPP-toimintamalleille asetettuja rajoja, [57] näiden toimintamallien on

57 – Eli niitä rajoja, joita ilmenee oikeudesta hyvään hallintoon, joka julistetaan Euroopan unionin perusoikeuskirjan 41 artiklassa, joka sisältyy kansalaisuutta koskevaan V osaan ja johon viittaan kuulematta jättämistä koskevan kiellon yhteydessä yhdistetyissä asioissa C-147/06 ja C-148/06, SECAP, 27.11.2007 antamassani ratkaisuehdotuksessa, jota osittain noudatettiin 15.5.2008 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-3565).

muututtava luotettaviksi arvioinnin indikaattoreiksi, jotka perustuvat järkiperäisyyttä, perustelemista, yhteensovittamista ja taloudellisuutta koskeviin vaatimuksiin, joiden perusteella yhteisen hyvinvoinnin järjestämisestä vastaavat viranomaiset toimivat tässä tehtävässään samaan aikaan, kun ne etääntyvät tehtävästään pelkkänä lain ”liukuhihnana”. [58]

88. Yksi ratkaisun avain on se, että yritys, joka otetaan uuden yksikön osakkaaksi, toimii todellisuudessa hankintasopimuksen tai käyttöoikeussopimuksen sopimuspuolena, kun se ottaa tehtäväkseen palvelun suorittamisen, mikä ei jää huomaamatta, koska sen nimittämiseen vaikuttavien muuttujien joukossa arvioidaan sen kykyä toteuttaa palvelu niiden tekijöiden lisäksi, jotka liittyvät sen byrokraattiseen osuuteen liikeyrityksen hallinnossa. [59]

89. Tällä tavoin sopimuskumppanin tai käyttöoikeussopimuksen saajan valitseminen tapahtuu välillisesti yritysosakkaan välityksellä, mistä syystä sen toiminnalla on suuri merkitys. Sen rajojen täsmällisellä määrittelemisellä estettäisiin se, että IPPP-toimintamalleja käytetään siinä tarkoituksessa, että vältetään uusia kilpailumenettelyjä.

90. Tämä tilanne liittyy IPPP:n olemassaolon syyhyn, joka keskittyy tässä tapauksessa vesihuoltoa koskevaan kokonaispalveluun, sen mukaan kuin vahvistetaan ennakkoratkaisukysymyksessä, kun siinä viitataan siihen, että ”yhtiön toimiala on pelkästään tämä”.

91. Lisäksi IPPP-toimintamallin tarkoituksen on pysyttävä muuttumattomana, kun sitä toteutetaan, [60] vaikka mikään ei estä mukauttamasta sitä kehityksen etenemiseen ja tietyn osakkaan osaamiseen, kunhan tarjouskilpailun keskeisiä ehtoja [61] ei muuteta. [62]

92. Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilian selvitys näyttää olevan tämän keskeisen seikan mukainen, koska tarjouseritelmässä esitettiin, että rakennusurakoita koskevaa sopimuksen tekomenettelyä [63] on säänneltävä ”laissa säädettyjen julkisia hankintoja koskevien menettelyjen” mukaisesti, jos yksityinen osakas ei huolehdi rakennusurakasta suoraan.

93. Italian tasavallan huomautukset (8 kohta) vaikuttavat kuitenkin ehtojen muuttamista

58 – ”Transmission belt” -ilmaisua käytettiin sittemmin klassikoksi muodostuneessa artikkelissa Stewart, R. B., ”The reformation of American Administrative Law”, Harvard Law Review, nide 88, nro 8, 1975, s. 1675.

59 – Kun otetaan huomioon, että yhden kanavan avulla on vastattava kaikkiin kilpailun edellytyksiin, vesittyy Vittorian kunnan väite, jonka mukaan osakkaan valintaa koskeva tarjouskilpailu ei saa olla päällekkäinen palvelua koskevan sopimuksen tekemisen kanssa, koska niiden sisältö ja tarkoitus ovat erilaisia.

60 – Ratkaiseva seikka nyt käsiteltävän asian kannalta, koska siinä on vahvistettu 30 vuoden määräaika.

61 – Asiassa C-496/99 P, komissio v. CAS Succhi di Frutta, 29.4.2004 annetun tuomion (Kok., s. I-3801, 116 kohta) mukaan tietyn ehdon keskeinen merkitys aiheuttaa sen, että jos se olisi mainittu tarjouskilpailuilmoituksessa tai tarjouseritelmässä, tarjouksen tekijöille olisi annettu mahdollisuus esittää tarjous, joka on huomattavasti erilainen.

62 – Tämän rajoittamatta poikkeuksia, joista säädetään direktiivin 2004/18 31 ja 61 artiklassa sekä direktiivin 2004/17 40 artiklan 3 kohdan f ja g alakohdassa, mikä tahansa sopimuksen keskeisten ehtojen muutos, jota ei ole mainittu tarjouseritelmässä, edellyttää uutta sopimuksentekomenettelyä, kuten todetaan asiassa C-337/98, komissio v. Ranska, 5.10.2000 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-8377, 50 kohta).

63 – Alun perin rakennusurakat, jotka mainittiin Conferenza dei Sindacin 15.12.2003 pitämässään kokouksessa hyväksymässä kolmivuotisessa toimintasuunnitelmassa.

koskevan oikeuden perusteella siihen, että tähän asiakirjaan otettu lauseke viittaa mahdolliseen sen pääoman osan viemiseen pörssiin, joka julkisilla osakkeenomistajilla on hallussaan.

94. Sopimuksen kannalta on täytäntöönpanon aikana sallittava tiettyjä muutoksia, jotka eivät ole perustavanlaatuisia, vaikka tämä edellyttää nimenomaista valtuutusta avoimuuden vuoksi ja sen vuoksi, että sopimuksen kehitystä ei vääristetä. [64]

95. Riippumatta siitä, että kyseinen vieminen pörssiin muuttaa ehtojen yhdenmukaisuutta, Italian hallitus varoitti kirjallisissa huomautuksissaan siitä, että tämä pääoman siirto aiheuttaisi yksikön häviämisen, koska sen säännöissä määrätään ”julkisesta enemmistöosakkuudesta”, mistä syystä yksikkö hävitettäisiin, sen sijaan että se saatettaisiin sääntöjenvastaiseen tilanteeseen. Avvocato dello Stato selvensi kuitenkin tätä näkemystä istunnossa ja viittasi ”valvonnan muihin vaihtoehtoisiin muotoihin”, jotka eivät perustu pääoman omistajuuteen, mihin yhdyn, kunhan yksityisen omistusosuuden suureneminen ei vääristä sitä, että julkisella vallalla on yhteisössä merkittävin osuus, joka perustuu sen varojen enemmistön omistukseen tai vähintäänkin sen kiistattomaan määräysvaltaan vesihuoltotoimintaan liittyvissä strategisissa päätöksissä. [65]

64 – Em. asia komissio v. CAS Succhi di Frutta.

65 – Ei voida ainakaan unohtaa sitä, että sekaomistuksessa olevan yhtiön säännöissä viitataan ”julkiseen enemmistöomistukseen”, mistä syystä, vaikka pyritäänkin turvaamaan yhtiön jatkuvuus siinä tapauksessa, että julkisen pääoman osuus alenee alle 50 prosentin, näyttää hävinneen yksi tämän yksikön syntymiseksi olennaisista edellytyksistä.

2. Sekaomistuksessa oleva yhtiö ja in house -palvelut: kaksi vastakkaista todellisuutta

96. Suurimmassa osassa tässä ennakkoratkaisumenettelyssä esitetyistä huomautuksista on tuotu esiin tilanteita, joissa toimitaan välineellisillä keinoilla, vaikka niistä tehdyt tulkinnat poikkeavatkin toisistaan, koska vaikka jotkut turvautuvat näihin esimerkkeihin väittäessään, että ne eivät vastaa ehdotettua ”integroitua vesihuoltopalvelua”, muut mainitsevat ne selventääkseen eroja IPPP-toimintamalleihin.

97. Mielestäni tarjouskilpailua ei tarvitse järjestää niissä tapauksissa, joissa kyseessä ovat in house -palvelut, mutta myös joissakin IPPP-toimintamalleissa, jotka järjestetään avoimuutta noudattaen ja ovat yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteiden mukaisia.

98. Oikeuskäytännössä on todettu, että EY 12, EY 43 ja EY 49 artiklaa sekä niitä yleisiä oikeusperiaatteita, joiden erityisiä ilmauksia nämä säännöt ovat, ei sovelleta, jos konsession luovuttavalla viranomaisella on konsession saavassa yksikössä vastaava määräysvalta kuin sillä on omissa yksiköissään ja jos kyseinen yksikkö toteuttaa pääosan toiminnastaan sen omistavan viranomaisen tai sen omistavien viranomaisten kanssa. [66]

66 – Asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok., s. I-8121, 50 kohta); em. asia Parking Brixen, tuomion 62 kohta ja asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008 (Kok., s. I-8457, 26 kohta).

99. Hallinnointi, johon ryhtyy yhtiö, jonka pääomaan kuuluu myös tiettyjä pääomaeriä, jotka eivät ole julkista pääomaa, jää automaattisesti in house -muodollisuuksien ulkopuolelle, koska yksityisen yrityksen osallistuminen poistaa viranomaisilta tämän ”vastaavan määräysvallan”. [67]

100. Vaikka olen tietoinen siitä, että prosenttimäärät, jotka saattavat antaa tämän määräysvallan, ovat tapauskohtaisia, olisi kaiken kaikkiaan hyödyllistä, että yhteisöjen tuomioistuin tarkentaisi tätä koskevaa näkemystään.

101. Yhtäältä joissakin tuomioissa katsotaan, että se, että hankintaviranomainen omistaa kokonaan sen yhtiön osakepääoman, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, voi lähtökohtaisesti olla osoitus siitä, että kyseisellä hankintaviranomaisella on tähän yhtiöön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä, vaikka tästä ei voida tehdä lopullista päätelmää. [68]

102. Vastakohtaispäätelmänä voidaan todeta, että yksityinen omistus sulkee pois sidosyhteisöhankintoja koskevan teorian, kuten voidaan päätellä edellä mainituissa asioissa Stadt Halle ja Coname annetuista tuomioista, joiden mukaan myös yksityinen vähemmistöosakkuus estää tällaisen määräysvallan.

103. Toisaalta tämä oikeuskäytäntö ei ole kovin selvä, sillä yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Asemfo annetun tuomion mukaisesti katsonut, että ”tietyissä olosuhteissa viranomaisen määräysvaltaa koskeva vaatimus voi täyttyä, vaikka asianomainen viranomainen omisti vain 0,25 % julkisen yrityksen pääomasta”. [69]

104. Koska Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincian sekä Ragusan kuntien ajamassa yhteistyössä yksityisellä osakkaalla piti olla 49 prosenttia uuden yhtiön osakepääomasta, [70] toimenpiteiden in house -luonne ei ole perusteltavissa tällä suurella omistusosuudella, vaan kansallisessa tuomioistuimessa pitäisi osoittaa julkisen osakkaan sellainen määräysvalta, jolla voidaan poistaa yksityisen osakkaan mahdollisuus vaikuttaa yksikön strategisiin tavoitteisiin. [71]

3. Oikeudellisen hajauttamisen käyttäminen

105. Koska on hylätty se näkemys, että tämä hybridimuotoinen yhtiö olisi välineellinen, on vielä selvitettävä, mahdollistaako sen syntyhistoria sen, että vesihuoltopalvelusta ei järjestetä yleistä tarjouskilpailua.

67 – Kuten ilmenee asiassa C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, 11.1.2005 annetusta tuomiosta (Kok., s. I-1, 49 kohta) ja asiassa C-231/03, Coname, 21.7.2005 annetusta tuomiosta (Kok., s. I-7287, 26 kohta).

68 – Asia C-340/04, Carbotermo, tuomio 11.5.2006 (Kok., s. I-4137, 37 kohta) ja asia C-295/05, Asemfo, tuomio 19.4.2007 (Kok., s. I-2999, 57 kohta).

69 – Em. asia Coditel, tuomion 53 kohta, jossa viitataan asiassa Asemfo annetun tuomion 56–61 kohtaan, josta ei voida kuitenkaan johtaa tätä osallistumisprosenttia.

70 – Acosetin huomautusten II. 7 kohta ja Italian hallituksen huomautusten 5 kohta.

71 – Em. asiat Parking Brixen ja Carbotermo.

106. Vaikka en halua eritellä ”institutionaalisten julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimusten” oikeudellista ryhmää, sen eri osatekijät on mielestäni yksilöitävä.

107. Sille, että alueelliset julkisyhteisöt perustavat oikeushenkilön ja hoitavat tehtäviä, jotka liittyvät sen sääntöjen laatimiseen, pääoman merkitsemiseen ja yhteistyön tekemiseen kenen tahansa asianmukaiseksi tahoksi katsomansa kanssa, ei ole estettä.

108. Ei voida moittia myöskään tarjouskilpailuilmoitusta, jolla pyritään sisällyttämään tähän yhtiöön yksityisiä, jotka ovat valmiita maksamaan taloudellisen panoksen, joka edistää sen toimintaa.

109. Se, että joistain palveluista ei järjestetä lainkaan tarjouskilpailua, ei sovi yhteen EY 43 ja EY 49 artiklan sekä yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteiden kanssa, mikä rasittaa ”integroitua vesihuoltopalvelua”, mutta vastalääke tämän tilanteen korjaamiseksi on edellytyksissä, jotka ovat nimenomaan yksityisen osakkaan valinnan takana.

110. Hakijoiden on osoitettava henkilökohtainen ja taloudellinen kykynsä ryhtyä osakkaaksi, mutta niiden teknisellä osaamisella ja taloudellisilla tai muilla eduilla, jotka sen tarjouksessa ilmoitetaan, on oltava keskeinen sija arvioitavien seikkojen joukossa.

111. Rakenteellisia kumppanuuksia (IPPP) koskevassa tiedonannossa näet todetaan, että ”se, että yksityinen yksikkö ja hankintayksikkö tekevät yhteistyötä sekaomistusyksikön kautta, ei merkitse sitä, ettei hankintayksikön tarvitse noudattaa julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevia säännöksiä, kun se tekee yksityisen yksikön tai sekaomistusyksikön kanssa julkista hankintaa koskevan sopimuksen tai käyttöoikeussopimuksen”.

112. Näin ollen IPPP-toimintamallien aineellista pätevyyttä rajaa yhdenvertaisuus ja ennalta tiedottaminen, joten kaikilla ilmeisillä tai piilevillä tarjoajilla on mahdollisuus saada riittävät tiedot hankintaviranomaisen aikomuksesta perustaa sekaomistuksessa oleva yksikkö, jonka kanssa se tekee hankintasopimuksen tai käyttöoikeussopimuksen.

113. Julkisuusvaatimus perustuu hankintasopimusten osalta direktiivin 2004/17 41 artiklaan ja sitä seuraaviin artikloihin sekä direktiivin 2004/18 35, 36 ja 58 artiklaan; tämä on määrätty julkisia palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten kannalta oikeuskäytännössä [72] keinoksi suojata avoimuusperiaatetta,

72 – Em. asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 60–62 kohta ja em. asia Coname, tuomion 16–19 kohta.

yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta. [73]

114. Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että EY 43 ja EY 49 artikla kuvastavat yhdenvertaisen kohtelun periaatetta [74] ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa. [75]

115. Kilpailun osalta kehotin asiassa Ing. Aigner antamassani ratkaisuehdotuksessa korjaamaan niiden lyhytnäköisyyttä, jotka jättävät hankintasopimusten tekemistä koskevalle yhteisön oikeudelle pelkän yhteensovittajan aseman julkisissa hankintamenettelyissä, sillä todellisuudessa sillä on korkeampi tavoite: puolueettoman kilpailun kehittäminen tällä alalla, jotta toteutetaan Euroopan yhdistymiseen kuuluvat olennaisen tärkeät vapaudet. [76]

116. Vaikka tässä oikeudellisessa näkemyksessä viitataan hankintasopimusten tekemiseen, myös julkisia palveluja koskevissa käyttöoikeussopimuksissa [77] on jarrutettava kilpailun vääristymistä, koska ne perustuvat samoihin perustamissopimuksen periaatteisiin, vaikka kansalliset käsitteet, jotka koskevat ”käyttöoikeussopimusta”, ”julkisia yleishyödyllisiä palveluja”, ”erityisoikeuksia” ja ”yksinoikeuksia”, peittävät niiden yhteyden EY 81, EY 82 ja EY 86 artiklaan. [78]

4. Välipäätelmä

117. Vaikuttaa siltä, että esitettyyn ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava myöntävästi, kun otetaan huomioon perustavanlaatuinen hallinnon tehokkuutta koskeva edel-

73 – Eri tarjoajilla on oltava yhtäläiset mahdollisuudet heidän kansalaisuudestaan riippumatta, minkä osoittaa em. asiassa komissio v. Belgia annetun tuomion 33 ja 54 kohta.

74 – Asia C-3/88, komissio v. Italia, tuomio 5.12.1989 (Kok., s. 4035, Kok. Ep. X, s. 285, 8 kohta).

75 – Asia 810/79, Überschär, tuomio 8.10.1980 (Kok., s. 2747, 16 kohta).

76 – Kuten ilmenee direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisesta perustelukappaleesta ja direktiivin 2004/17 johdanto-osan yhdeksännestä perustelukappaleesta sekä esim. asiassa 103/88, Fratelli Costanzo, 22.6.1989 annetusta tuomiosta (Kok., s. 1839, Kok. Ep. X, s. 95, 18 kohdan loppu); em. asiassa BFI Holding annetun tuomion 41 kohdasta; asiassa C-380/98, University of Cambridge, 3.10.2000 annetusta tuomiosta (Kok., s. I-8035, 16 kohta); asiassa C-237/99, komissio v. Ranska, 1.2.2001 annetusta tuomiosta (Kok., s. I-939, 41 kohta); em. asiassa Stadt Halle ja RPL Lochau annetun tuomion 44 kohdasta ja em. asiassa Carbotermo annetun tuomion 58 kohdasta.

77 – Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, nide I, toim. Civitas, Madrid, 1998, s. 40, rauhoittaa tilannetta ja selittää, että Euroopan unioni ei arvostele julkisia palveluja, vaan se haluaa vain mukauttaa ne kilpailuun, mikä merkitsee uutta haastetta mutta ei julkisten palvelujen poistamista.

78 – Nämä näkemykset tiivistää Neergaard, U., ”The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and national law”, *The new EU public procurement Directives*, Ruth Nielsen & Steen Treumer (toim.), Djøf Publishing, 2005, s. 149–181.

lytys, kunhan yhteisön oikeudesta johtuvia takeita ei kierretä.

118. Perustamissopimuksen perusvapaudet edellyttävät sitä, että avoimuus ja syrjintäkielto otetaan huomioon yksikön yksityistä osakasta koskevan julkisen tarjouskilpailun aikana, sillä tämän tarkoitus, sanotun rajoittamatta muita vähemmän merkityksellisiä muutoksia, liittyy palvelun hallinnointiin, jolloin sekaomistuksessa olevalle yhtiölle uskotaan muodollisesti palvelujen hoitaminen ja yksityiselle yritykselle palvelujen suorittaminen käytännössä.

119. Yksityisen osapuolen valintaa koskevien sääntöjen on perustuttava paitsi sen pääomapanokseen, myös sen kokemukseen ja nimenomaisesti suoritettavien palvelujen tarjoamiseen liittyviin tarjouksen ominaispiirteisiin.

120. Sisilialaistuomioistuimen on arvioitava sitä, onko ilmoitus Euroopan unionin virallisessa lehdessä asianmukainen keino turvata kilpailu sekä palvelujen tarjoamisen vapaus ja sijoittautumisvapaus, sekä niiden edut, joihin asia mahdollisesti vaikuttaa.

121. Lisäksi sen välttämiseksi, että yksityinen osakas saa perusteettomia etuja kilpailijoihinsa nähden,[79] on tutkittava, onko sen valinta ollut julkisen sopimuksentekomenettelyn osalta direktiiveissä 2004/17 ja 2004/18 säädetyn menettelyn mukainen, kunhan IPPP:hen sisältyvät palvelusopimuksen tai rakennustöitä koskevan käyttöoikeussopimuksen ehdot.

122. Jotta kansallinen tuomioistuin voisi muotoilla päätöksensä, on selvitettävä, kattaako Ragusan IPPP-toimintamalli hankintasopimuksen vai käyttöoikeussopimuksen ja rajoittuuko se edellä esitetyn perusteella rakennusurakkaan tai julkiseen palveluun, jolloin kyseessä olisi pakottava oikeudellinen sääntely, joka edellyttää asianmukaista sopimuksen tekomenettelyä ja täydellistä julkaisemista.

79 – Tiedonannossa on luotettavia ohjeita, kun siinä ehdotetaan, että perustiedot siitä hankinta- tai käyttöoikeussopimuksesta, joka on määrä tehdä perustettavan sekaomistusyksikön kanssa, sekä tämän yksikön perussäännöistä sisällytetään hankintailmoitukseen tai tarjouseritelmään. Siinä jatketaan myös, että niissä pitäisi antaa tiedot osakassopimuksesta sekä hankintayksikön ja yksityisen kumppanin välisestä sopimussuhteesta ja toisaalta hankintayksikön ja perustettavan sekaomistusyksikön välisestä suhteesta, ilman että jätetään huomiotta myöskään hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen uusimisen tai muuttamisen mahdollisuudet sekä mahdollisuudet saada lisätehtäviä.

VII Ratkaisuehdotus

123. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilian ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

EY 43, EY 49 ja EY 86 artikla sekä julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY eivät estä julkista palvelua koskevan sopimuksen tekemistä suoraan niin, että samassa yhteydessä tiettyjä rakennustöitä suorittaa ensin sekaomistuksessa oleva yhtiö, joka on perustettu erityisesti tätä tarkoitusta varten, kunhan seuraavat edellytykset täyttyvät:

– yhtiö säilyttää tämän yksinomaisen toimialansa koko olemassaolonsa ajan

– yksityinen osakas valitaan julkisessa tarjouskilpailussa sen jälkeen, kun on selvitetty taloudelliset, tekniset, toiminnalliset ja hallinnointiin liittyvät edellytykset sekä sen tarjouksen ominaisuudet sen palvelun kannalta, joka on suoritettava

– yksityinen osakas ottaa elinkeinonharjoittajana vastuulleen palvelun ja rakennustöiden toteuttamisen; ja

– tämä tarjouskilpailu on vapaan kilpailun periaatteen mukainen, ja siinä noudatetaan yhteisön oikeudessa käyttöoikeussopimusten osalta edellytettyä avoimuutta ja yhdenvertaista kohtelua sekä tarvittaessa julkisuutta ja julkisia sopimusten tekomenettelyjä koskevia sääntöjä.