YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

10 päivänä huhtikuuta 2008 *

Asiassa C-393/06,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Itävalta) on esittänyt 17.8.2006 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 22.9.2006, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH

vastaan

Fernwärme Wien GmbH,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja K. Lenaerts sekä tuomarit G. Arestis, E. Juhász (esittelevä tuomari), J. Malenovský ja T. von Danwitz,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

julkisasiamies: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
kirjaaja: hallintovirkamies B. Fülöp,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 11.10.2007 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, edustajinaan Rechtsanwalt S. Sieghartsleitner ja Rechtsanwalt M. Pichlmair,

– Fernwärme Wien GmbH, edustajanaan Rechtsanwalt P. Madl,

– Itävallan hallitus, asiamiehinään M. Fruhmann ja C. Mayr,

– Unkarin hallitus, asiamiehenään J. Fazekas,

– Suomen hallitus, asiamiehenään A. Guimaraes-Purokoski,

– Ruotsin hallitus, asiamiehenään A. Falk,

– Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään X. Lewis, avustajanaan Rechtsanwalt M. Núñez-Müller,

kuultuaan julkisasiamiehen 22.11.2007 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (EUVL L 134, s. 1) ja julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) asiaan vaikuttavien säännösten tulkintaa.

2 Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty asiassa, jossa kantajana on Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (jäljempänä Ing. Aigner) ja vastaajana Fernwärme Wien GmbH (jäljempänä Fernwärme Wien), ja siinä on kyseessä viimeksi mainitun aloittaman tarjouskilpailumenettelyn sääntöjenmukaisuus.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön säännöstö

3 Direktiivissä 2004/17 säädetään hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta erityisaloilla eli vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla. Sillä kumottiin ja korvattiin vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84), joka koski samaa aihetta.

4 Direktiivin 2004/17 kattamien alojen erityisyys tuodaan esiin sen kolmannessa perustelukappaleessa, jossa todetaan, että näillä aloilla toimivien yksiköiden noudattamien hankintamenettelyjen yhteensovittaminen on tarpeen niiden markkinoiden suljetun luonteen vuoksi, joilla ne toimivat. Tähän ovat syynä kansallisten viranomaisten myöntämät erityis- tai yksinoikeudet, jotka koskevat toimituksia kyseessä olevaa palvelua tarjoaviin verkkoihin, palvelua tarjoavien verkkojen saataville saattamista tai niiden hyödyntämistä.

5 Direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan toisessa alakohdassa ja direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisessa alakohdassa säädetään, että näissä direktiiveissä ”hankintaviranomaisilla” tarkoitetaan muun muassa ”julkisoikeudellisia laitoksia”, joilla

”– – tarkoitetaan laitosta,

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

– joka on oikeushenkilö ja

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

6 Direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään seuraavaa:

”Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

– –

b) ’Julkisella yrityksellä’ yritystä, johon hankintaviranomaiset voivat suoraan tai välillisesti käyttää määräysvaltaa omistuksen, rahoitusosuuden tai yritystä koskevien sääntöjen perusteella.”

7 Saman direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tätä direktiiviä sovelletaan hankintayksiköihin,

a) jotka ovat hankintaviranomaisia tai julkisia yrityksiä ja harjoittavat jotain 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa;

b) jotka, jos ne eivät ole hankintaviranomaisia tai julkisia yrityksiä, harjoittavat yhtä tai useampaa 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa ja toimivat jäsenvaltion toimivaltaisen viranomaisen myöntämällä erityis- tai yksinoikeudella.”

8 Direktiivin 2004/17 3–7 artiklassa luetellaan ne toiminta-alat, joihin direktiiviä sovelletaan. Näitä aloja ovat kaasu, lämpö ja sähkö (3 artikla), vesi (4 artikla), kuljetuspalvelut (5 artikla), postipalvelut (6 artikla) ja öljyn, kaasun, hiilen ja muiden kiinteiden polttoaineiden etsiminen ja talteen ottaminen sekä satamat ja lentokentät (7 artikla).

9 Saman direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tätä direktiiviä sovelletaan kaasun ja lämmön osalta seuraaviin toimintoihin:

a) sellaisten pysyvien verkkojen saataville saattaminen tai ylläpito, joiden tarkoituksena on tarjota yleisölle kaasun tai lämmön tuotantoon, siirtoon tai jakeluun liittyviä palveluja; tai

b) kaasun tai lämmön toimittaminen näihin verkkoihin.”

10 Saman direktiivin 9 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Useita toimintoja koskevaan hankintasopimukseen sovelletaan sitä toimintoa sääntelevi sääntöjä, jonka toteuttamiseksi se ensisijaisesti tehdään.

Yhden sopimuksen ja usean erillisen sopimuksen välillä tehtävän valinnan tarkoituksena ei kuitenkaan saa olla hankintasopimusten jättäminen tämän direktiivin tai, soveltuvissa tapauksissa, direktiivin 2004/18/EY soveltamisalan ulkopuolelle.

2. Jos jokin toiminnoista, joiden toteuttamiseksi hankintasopimus tehdään, kuuluu tämän direktiivin soveltamisalaan ja toinen yllä mainitun direktiivin 2004/18/EY soveltamisalaan ja jos on objektiivisesti mahdotonta määritellä minkä toiminnon toteuttamiseksi hankintasopimus ensisijaisesti tehdään, se on tehtävä yllä mainitun direktiivin 2004/18/EY mukaisesti.

_ –"

11 Saman direktiivin 20 artiklan, jonka otsikkona on "Hankintasopimukset, jotka tehdään muutoin kuin tässä direktiivissä tarkoitetun toiminnon harjoittamiseksi tai tällaisen toiminnon harjoittamiseksi kolmannessa maassa", 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Tätä direktiiviä ei sovelleta hankintasopimuksiin, joita hankintayksiköt tekevät muutoin kuin 3–7 artiklassa tarkoitetun toiminnon harjoittamiseksi tai tällaisen toiminnon harjoittamiseksi kolmannessa maassa siten, ettei yhteisön sisäistä verkkoa tai maantieteellistä aluetta käytetä."

12 Lopuksi direktiivin 2004/17 30 artiklassa, jonka otsikkona on "Menettely sen määrittelemiseksi, onko tietty toiminto suoraan avoin kilpailulle", säädetään seuraavaa:

"1. Hankintasopimuksiin, jotka tehdään 3–7 artiklassa tarkoitetun toiminnon suorittamiseksi, ei sovelleta tätä direktiiviä, jos toiminto siinä jäsenvaltiossa, jossa se toteutetaan, on suoraan avoin kilpailulle markkinoilla, joille pääsyä ei ole rajoitettu.

2. Edellä 1 kohdan soveltamiseksi on sen määrittämiseksi, onko toiminto suoraan avoin kilpailulle, käytettävä perustamissopimuksen kilpailua koskevien määräysten mukaisia perusteita, esimerkiksi kyseisten tavaroiden tai palvelujen ominaispiirteitä, vaihtoehtoisten tavaroiden tai palvelujen olemassaoloa, hintaa tai useamman kuin yhden tavarantoimittajan tai palvelujen suorittajan todellista tai mahdollista olemassaoloa.

– –”

13 Direktiivin 2004/18 II osaston II luvun 3 jaksossa luetellaan hankintasopimukset, jotka eivät kuulu tämän direktiivin soveltamisalaan. Näitä hankintasopimuksia ovat vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla tehdyt hankintasopimukset. Viimeksi mainittuja hankintasopimuksia koskevassa 12 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Tätä direktiiviä ei sovelleta direktiivin 2004/17/EY alalla tehtäviin julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka ovat yhtä tai useampaa sanotun direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa harjoittavien hankintaviranomaisten tekemiä ja jotka on tehty tällaisen toiminnan harjoittamiseksi – –

– –”

14 Edellä mainittu yhteisön säännöstö on saatettu osaksi Itävallan oikeutta julkisista hankinnoista vuonna 2006 annetulla liittovaltion lailla (Bundesvergabegesetz).

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

15 Fernwärme Wien perustettiin 22.1.1969 päivätyllä perustamiskirjalla tarkoituksena taata Wienin kaupungin alueella kaukolämmön jakelu asuntoihin, julkisiin tiloihin, toimistoihin ja yrityksiin. Se käyttää tätä tarkoitusta varten jätehuollosta saatavaa energiaa sen sijaan, että se käyttäisi uusiutumattomista lähteistä peräisin olevaa energiaa.

16 Fernwärme Wien, joka on oikeushenkilö, on täysin Wienin kaupungin omistuksessa, ja kyseinen kaupunki nimittää ja erottaa yrityksen johtokunnan ja hallintoneuvoston jäsenet sekä vapauttaa heidät tehtävistään. Lisäksi kunnalla on Kontrollamt der Stadt Wienin (Wienin kaupungin tarkastusvirasto) kautta valta valvoa tämän yrityksen talous- ja rahoitushallintoa.

17 Kaukolämmön jakelutoimintansa lisäksi Fernwärme Wienin tehtävänä on myös suurten kiinteistörakennushankkeiden jäähdytyslaitteistojen yleissuunnittelu. Tätä toimintaa harjoittaessaan se kilpailee muiden yritysten kanssa.

18 Fernwärme Wien julkaisi 1.3.2006 ilmoituksen hankintamenettelyn käynnistämisestä Wieniin rakennettavaan toimisto- ja liikekeskushankkeeseen liittyvän jäähdytyslaitteistojen asennusurakan johdosta ja totesi ilmoituksessaan, että tähän hankintamenettelyyn ei sovellettaisi julkisia hankintoja koskevaa Itävallan oikeutta. Ing. Aigner osallistui tähän menettelyyn ja jätti tarjouksen. Saatuaan 18.5.2006 ilmoituksen siitä, ettei sen tarjousta aiottu enää käsitellä kielteisten seikkojen vuoksi, se riitautti tämän päätöksen ennakkoratkaisupyynnön esittäneessä tuomioistuimessa ja väitti, että asiassa olisi sovellettava julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä.

19 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt kansallinen tuomioistuin toteaa, että Fernwärme Wienin pysyvän kaukolämpöverkon ylläpitoa koskevat toiminnot kuuluvat kiistatta direktiivin 2004/17 soveltamisalaan. Sitä vastoin sen jäähdytyslaitteistoja koskevat toiminnot eivät kuulu tämän direktiivin soveltamisalaan. Se tiedustelee näin ollen, kuuluvatko myös viimeksi mainitut toiminnot kyseisen direktiivin säännösten soveltamisalaan, soveltaen mutatis mutandis yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria ym., 15.1.1998 antamassaan tuomiossa (Kok. 1998, s. I-73, erityisesti 25 ja 26 kohta) vahvistamia periaatteita, joihin sisältyvää lähestymistapaa kutsutaan oikeuskirjallisuudessa yleisesti ”tartuntateoriaksi”. Kansallisen tuomioistuimen tuosta tuomiosta tekemän tulkinnan mukaisesti silloin, kun jokin laitoksen toiminnoista kuuluu julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan, myös sen kaikki muut toiminnot kuuluvat näiden direktiivien alaan riippumatta siitä, ovatko nämä toiminnot luonteeltaan teollisia tai kaupallisia.

20 Siinä tapauksessa, että edellä mainitussa asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. annettu tuomio koskisi ainoastaan hankintaviranomaisia ja erityisemmin julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä siten, että kun laitos tyydyttää yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, sen on katsottava olevan yhteisön säännöissä tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos, siitä riippumatta, harjoittaako se lisäksi muita toimintoja, joilla ei ole tätä luonnetta, kansallinen tuomioistuin tiedustelee, onko Fernwärme Wien direktiivissä 2004/17 tai direktiivissä 2004/18 tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos eli hankintaviranomainen.

21 Kansallinen tuomioistuin tiedustelee lopuksi, voidaanko, kun laitos harjoittaa sellaisten toimintojen, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, lisäksi toimintoja, joita harjoitetaan kilpailutilanteessa, viimeksi mainittuja toimintoja käsitellä erikseen ja jättää ne julkisia hankintoja koskevien yhteisön sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle, jos voidaan osoittaa, että nämä kaksi toimintojen tyyppiä ovat toisistaan erillisiä ja ettei niiden välillä näin ollen ole taloudellisia kytköksiä. Kansallinen tuomioistuin viittaa tämän osalta julkisasiamies Jacobsin asiassa C-174/03, Impresa Portuale di Cagliari – jossa ennakkoratkaisupyyntö peruutettiin ja asia poistettiin tämän seurauksena rekisteristä 23.3.2006 annetulla määräyksellä – 21.4.2005

antaman ratkaisuehdotuksen 68 kohtaan, jossa esitetään, että edellä mainitussa asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. annetussa tuomiossa vahvistettua periaatetta lievennettäisiin tällä tavoin.

22 Edellä esitettyjen huomioiden perusteella Vergabekontrollsenat des Landes Wien on päättänyt lykätä ratkaisun antamista ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko – – direktiiviä 2004/17 – – tulkittava siten, että hankintayksikköön, joka harjoittaa toimintaa jollakin kyseisen direktiivin 3 artiklassa tarkoitetulla alalla, sovelletaan tätä direktiiviä myös tämän toiminnan ohella kilpailutilanteessa harjoitetun muun toiminnan osalta?

2) Mikäli tämän katsotaan koskevan vain hankintaviranomaisia, onko Fernwärme Wienin kaltaista yritystä pidettävä – – direktiivissä 2004/17 tai – – direktiivissä 2004/18 tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena, kun se jakelee kaukolämpöä jakeluverkossa tietyllä alueella ilman todellista kilpailua, vai onko perusteena sen luokittelemiseksi julkisoikeudelliseksi laitokseksi käytettävä yleisemmin lämmitysmarkkinoita, jotka kattavat sisätilojen lämmittämisen myös muun muassa kaasun, öljyn ja hiilen kaltaisten polttoaineiden avulla?

3) Onko yhtiön, joka harjoittaa myös toimintaa, joka ei ole luonteeltaan teollista tai kaupallista, kilpailutilanteessa harjoittaman toiminnan katsottava kuuluvan direktiivin 2004/17 tai direktiivin 2004/18 soveltamisalaan, kun kilpailutilanteessa harjoitettavan toiminnan ristiinrahoitus voidaan sulkea pois tehokkaiden järjestelyjen – kuten erillisen tilinpäätöksen ja kirjanpidon – avulla?”

Ennakkoratkaisukysymysten arviointi

Ensimmäinen kysymys

23 Kansallinen tuomioistuin tiedustelee tällä kysymyksellään, onko direktiivissä 2004/17 tarkoitetun hankintayksikön, joka harjoittaa saman direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitettuja toimintoja, sovellettava tuossa direktiivissä säädettyä hankintamenettelyä sellaisten toimintojen osalta, joita tämä laitos harjoittaa mainittujen toimintojen lisäksi kilpailuolosuhteissa aloilla, joihin ei sovelleta edellä mainittuja säännöksiä.

24 Tähän kysymykseen vastaamiseksi on todettava, että direktiivien 2004/17 ja 2004/18 välillä on huomattavia eroja sekä niiden yksiköiden osalta, joihin näissä direktiiveissä annettuja säännöksiä sovelletaan, että näiden direktiivien luonteen ja soveltamisalan osalta.

25 Niistä yksiköistä, joihin kyseisten direktiivien säännöksiä sovelletaan, on todettava ensinnäkin, että toisin kuin direktiivissä 2004/18, jonka 1 artiklan 9 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaan sitä sovelletaan ”hankintaviranomaisiin”, direktiivissä 2004/17 tarkoitetut yksiköt ovat sen 2 artiklan mukaan ”hankintayksiköitä”. Saman 2 artiklan 2 kohdan a ja b alakohdasta käy ilmi, että viimeksi mainittua direktiiviä sovelletaan sekä hankintayksiköihin, jotka ovat ”hankintaviranomaisia”, että hankintayksiköihin, jotka ovat ”julkisia yrityksiä” tai toimivat ”jäsenvaltion toimivaltaisen viranomaisen myöntämällä erityis- tai yksinoikeudella”, mikäli kaikki nämä yksiköt harjoittavat yhtä tai useampaa kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa.

26 Toiseksi on todettava, että direktiivin 2004/17 2–7 artiklasta käy ilmi, että tässä direktiivissä toteutettu yhteensovittaminen ei ulotu kaikille taloudellisen toiminnan aloille vaan koskee erityisesti määriteltyjä aloja, mitä vahvistaa myös se seikka, että tätä direktiiviä kutsutaan tavallisesti alakohtaiseksi direktiiviksi. Sitä vastoin direktiivin 2004/18 soveltamisala kattaa lähes kaikki liike-elämän alat, minkä vuoksi sitä perustellusti kutsutaan tavallisesti yleisdirektiiviksi.

27 Näiden seikkojen perusteella on jo todettava, että direktiivin 2004/18 yleinen soveltamisala ja direktiivin 2004/17 rajoitettu soveltamisala edellyttävät, että viimeksi mainitun direktiivin säännöksiä tulkitaan suppeasti.

28 Näiden kahden direktiivin soveltamisalojen välisiä rajoja on määritetty myös nimenomaisin säännöksin. Direktiivin 2004/17 20 artiklan 1 kohdassa säädetään, että tätä direktiiviä ei sovelleta hankintasopimuksiin, joita hankintayksiköt tekevät muutoin kuin saman direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitetun toiminnon harjoittamiseksi. Tätä säännöstä vastaa direktiivin 2004/18 12 artiklan ensimmäinen kohta, jossa säädetään, että tätä direktiiviä ei sovelleta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka ovat yhtä tai useampaa direktiivin 2004/17 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa harjoittavien hankintaviranomaisten tekemiä ja jotka tehdään tällaisen toiminnan harjoittamiseksi.

29 Näin ollen direktiivin 2004/17 soveltamisala on tarkasti rajattu, minkä vuoksi siinä säädettyjä menettelyjä ei voida ulottaa tätä soveltamisalaa laajemmalle.

30 Näin ollen edellä mainituissa säännöksissä ei jätetä direktiivin 2004/17 yhteydessä mitään mahdollisuutta soveltaa tartuntateoriaksi kutsuttua lähestymistapaa, joka on

kehitetty edellä mainitussa asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. annetun tuomion seurauksena. Yhteisöjen tuomioistuin antoi tuon tuomion julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annetun neuvoston direktiivin 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54) yhteydessä eli alalla, joka kuuluu nykyisin direktiivin 2004/18 soveltamisalaan.

31 Näin ollen, kuten muun muassa Itävallan, Unkarin ja Suomen hallitukset sekä Euroopan yhteisöjen komissio ovat perustellusti huomauttaneet, direktiivin 2004/17 soveltamisalaan kuuluvat ainoastaan sellaiset hankintasopimukset, jotka sellainen yksikkö, joka on tässä direktiivissä tarkoitettu hankintayksikkö, on tehnyt sellaisen toiminnan osalta, jota se harjoittaa kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa luetelluilla aloilla.

32 Tällaiseen ratkaisuun on lisäksi päädytty myös yhdistetyissä asioissa C-462/03 ja C-463/03, Strabag ja Kostmann, 16.6.2005 annetussa tuomiossa (Kok. 2005, s. I-5397, 37 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin katsoi tuossa tuomiossa, että jos hankintasopimus ei liity jonkin alakohtaisessa direktiivissä mainitun toiminnan harjoittamiseen, siihen sovelletaan tapauksen mukaan palveluhankintoja, rakennusurakoita tai tavarahankintoja koskevien direktiivien säännöksiä.

33 Edellä esitettyjen seikkojen perusteella ensimmäiseen kysymykseen on vastattava, että direktiivissä 2004/17 tarkoitetun hankintayksikön on sovellettava tuossa direktiivissä säädettyä menettelyä ainoastaan sellaisiin julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka liittyvät toimintoihin, joita tämä yksikkö harjoittaa yhdellä tai useammalla kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitetulla alalla.

Toinen kysymys

34 Toisella kysymyksellään kansallinen tuomioistuin tiedustelee, onko Fernwärme Wienin kaltaista yksikköä pidettävä direktiivissä 2004/17 tai direktiivissä 2004/18 tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena.

35 Tämän osalta on muistutettava, että kuten tämän tuomion 5 kohdasta käy ilmi, direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan toiseen alakohtaan ja direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toiseen alakohtaan sisältyy sama määritelmä julkisoikeudellisen laitoksen käsitteestä.

36 Näistä säännöksistä käy ilmi, että julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan laitosta, joka on ensinnäkin nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, joka on toiseksi oikeushenkilö ja jota kolmanneksi joko rahoittaa pääosin valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää yli puolet. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan nämä kolme edellytystä ovat luonteeltaan kumulatiivisia (asia C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001, Kok. 2001, s. I-939, 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

37 Lisäksi on todettava, että kun otetaan huomioon julkisia hankintoja koskevien yhteisön direktiivien tarkoitus sulkea pois muun muassa se mahdollisuus, että valtion, alueellisten tai paikallisten viranomaisten tai muiden julkisoikeudellisten laitosten rahoittama tai määräysvallassa oleva laitos toimii muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta, julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä on tulkittava toiminnallisesti (ks. vastaavasti asia C-337/06, Bayerischer Rundfunk ym., tuomio 13.12.2007, Kok. 2007, s. I-11173, 36 ja 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

38 Esillä olevassa asiassa on selvää, että edellä tämän tuomion 36 kohdassa mainitussa säännöstössä vahvistetut kaksi viimeistä edellytystä täyttyvät, koska Fernwärme Wien on oikeushenkilö ja koska Wienin kaupunki omistaa tämän yksikön koko yhtiöpääoman ja valvoo sen talous- ja rahoitushallintoa. Näin ollen on selvitettävä, onko kyseinen yksikkö nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta.

39 Ensinnäkin kyseisen yksikön perustamisen tarkoituksesta ja tyydytettyjen tarpeiden luonteesta on todettava, että kuten yhteisöjen tuomioistuimelle toimitetusta asiakirja-aineistosta käy ilmi, Fernwärme Wien on perustettu nimenomaisesti tarkoituksena taata Wienin kaupungin alueella lämmönjakelu asuntoihin, julkisiin tiloihin, toimistoihin ja yrityksiin käyttämällä jätteiden poltosta saatavaa energiaa. Yhteisöjen tuomioistuimen istunnossa on todettu, että nykyisin tähän lämmönjakelujärjestelmään kuuluu noin 250 000 asuntoa, lukuisia toimistoja ja teollisuuslaitoksia sekä käytännössä kaikki julkiset rakennukset. Lämmönjakelun takaaminen taajama-alueella ympäristöystävällisellä tavalla on kiistatta yleisen edun mukainen tavoite. Näin ollen on kiistatonta, että Fernwärme Wien on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita.

40 Tämän osalta merkitystä ei ole sillä, että myös yksityiset yritykset tyydyttävät tai voivat tyydyttää tällaisia tarpeita. Merkitystä on sillä, että kyseessä ovat tarpeet, jotka valtio tai alueellinen tai paikallinen viranomainen yleisen edun mukaisista syistä yleensä haluaa tyydyttää itse tai jonka osalta se haluaa säilyttää määräävän vaikutusvaltansa (ks. vastaavasti asia C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-6821, 44, 47, 51 ja 53 kohta) sekä yhdistetyt asiat C-223/99 ja C-260/99, Agorà ja Excelsior, tuomio 10.5.2001, Kok. 2001, s. I-3605, 37, 38 ja 41 kohta).

41 Toiseksi, sen selvittämiseksi, ovatko pääasiassa kyseessä olevan yksikön tyydyttämät tarpeet sellaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, on otettava huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset oikeudelliset seikat ja tosiseikat, kuten ne olosuhteet, joissa kyseinen laitos perustettiin, ja edellytykset, joilla se harjoittaa toimintaansa. Tämän osalta on erityisesti selvitettävä, harjoittaako kyseessä oleva laitos toimintaansa kilpailutilanteessa (ks. asia C-18/01, Korhonen ym., tuomio 22.5.2003, Kok. 2003, s. I-5321, 48 ja 49 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

42 Kuten tämän tuomion 39 kohdassa todetaan, Fernwärme Wien on perustettu nimenomaisena tarkoituksena taata lämmön jakelu Wienin kaupungin alueella. On selvää,

että voitontavoittelu ei ole ollut tämän yksikön perustamisen taustalla. Vaikka tämä toiminta saattaa tuottaa voittoa, joka jaetaan kyseisen yksikön osakkaille suoritettavien osinkojen muodossa, tällaisen voiton tavoittelu ei ole sen pääasiallinen tavoite (ks. vastaavasti em. asia Korhonen ym., tuomion 54 kohta).

43 Tämän jälkeen merkityksellisen taloudellisen ympäristön eli toisin sanottuna niiden viitemarkkinoiden osalta, jotka on otettava huomioon sen selvittämiseksi, harjoittaako kyseinen yksikkö toimintojaan kilpailutilanteessa, on, kuten julkisasiamies esittää ratkaisuehdotuksensa 53 ja 54 kohdassa, julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen toiminnallisen tulkinnan vuoksi otettava huomioon se ala, jota varten Fernwärme Wien on perustettu, eli kaukolämmön jakelu käyttämällä jätteiden poltosta saatavaa energiaa.

44 Ennakkoratkaisupyynnöstä käy ilmi, että Fernwärme Wienillä on tällä alalla tosiasiallisesti monopolia vastaava asema, koska kaksi muuta samalla alalla toimivaa yhtiötä ovat hyvin pieniä eivätkä ne näin ollen voi olla todellisia kilpailijoita. Lisäksi tällä alalla on huomattava autonomia, koska kaukolämpöjärjestelmää on lähes mahdotonta korvata muilla energiamuodoilla, sillä tämä edellyttäisi huomattavia muutostöitä. Wienin kaupunki pitää tätä lämmitysjärjestelmää erityisen tärkeänä myös ympäristöä koskevien näkemysten vuoksi. Tästä syystä se ei yleisen mielipiteen vuoksi myöskään sallisi järjestelmän lakkauttamista edes siinä tapauksessa, että se toimisi tappiollisesti.

45 Kansallisen tuomioistuimen toimittamien tietojen ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksensa 57 kohdassa tekemien toteamusten perusteella käy ilmi, että Fernwärme Wien on nykyisin ainoa yritys, joka kykenee tyydyttämään tällaisia yleisen edun mukaisia tarpeita kyseisellä alalla, joten se saattaisi hankintasopimuksia tehdessään toimia muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta.

46 Edellä mainitussa asiassa BFI Holding antamassaan tuomiossa (49 kohta) ja edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa Agorà ja Excelsior antamassaan tuomiossa (38 kohta) yhteisöjen tuomioistuin totesi, että kehittyneen kilpailun olemassaolo saattaa olla osoitus siitä, että kyseessä ei ole yleisen edun mukainen tarve, jolla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta. Pääasian olosuhteissa ennakkoratkaisupyynnöstä käy selvästi ilmi, että tämä kehittyneen kilpailun olemassaoloa koskeva edellytys ei mitenkään täyty.

47 Lisäksi on todettava, että tämän osalta on merkityksetöntä, että yleisen edun mukaisen tehtävänsä lisäksi kyseinen yksikkö huolehtii myös muista tehtävistä voittoa tavoitellen, mikäli se jatkaa sellaisista yleisen edun mukaisista tarpeista huolehtimista, joiden täyttämiseen se on nimenomaisesti velvollinen. Sillä, kuinka suuri osa yksikön kaikesta toiminnasta tapahtuu voittoa tavoitellen, ei ole myöskään merkitystä arvioitaessa, voidaanko sen katsoa olevan julkisoikeudellinen laitos (ks. vastaavasti em. asia Mannesmann Anlagenbau Austria ym., tuomion 25 kohta; asia C-373/00, Adolf Truley, tuomio 27.2.2003, Kok. 2003, s. I-1931, 56 kohta ja em. asia Korhonen ym., tuomion 57 ja 58 kohta).

48 Kaikkien edellä esitettyjen huomioiden perusteella toiseen kysymykseen on vastattava, että Fernwärme Wienin kaltaista yksikköä on pidettävä direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan toisessa alakohdassa ja direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena.

Kolmas kysymys

49 Kansallinen tuomioistuin tiedustelee kolmannella kysymyksellään, onko kaikkiin sellaisen yksikön, joka on direktiivissä 2004/17 tai direktiivissä 2004/18 tarkoitettu

julkisoikeudellinen laitos, tekemiin hankintasopimuksiin sovellettava jommankumman mainitun direktiivin säännöksiä, vaikka tehokkaiden järjestelyjen avulla on mahdollista erottaa selvästi toisistaan ne toiminnot, joita tämä laitos harjoittaa hoitaessaan yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämistä koskevaa tehtäväänsä, ja toiminnot, joita se harjoittaa kilpailutilanteessa, kun tämän erottelun avulla voidaan sulkea pois ristiinrahoitus näiden kahden toimintojen tyypin välillä.

50 Tämän osalta on muistutettava, että yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli tämän kysymyksen taustalla olevaa problematiikkaa ensimmäisen kerran edellä mainitussa asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria ym. antamassaan tuomiossa, jossa oli kyse julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 93/37 tulkinnasta. Yhteisöjen tuomioistuin päätyi tuon tuomion 35 kohdassa siihen ratkaisuun, että kaikkiin sellaisen laitoksen, joka on hankintaviranomainen, tekemiin hankintasopimuksiin oli niiden luonteesta riippumatta sovellettava tuon direktiivin säännöksiä.

51 Yhteisöjen tuomioistuin on toistanut tämän kannan julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten osalta edellä mainitussa asiassa BFI Holding antamassaan tuomiossa (55 ja 56 kohta) ja edellä mainitussa asiassa Korhonen ym. antamassaan tuomiossa (57 ja 58 kohta) sekä julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten osalta edellä mainitussa asiassa Adolf Truley antamassaan tuomiossa (56 kohta). Tätä näkemystä voidaan soveltaa myös direktiiviin 2004/18, jolla kootaan yhteen kaikkien sitä edeltäneiden aikaisempien julkisia hankintoja koskevien direktiivien säännökset (ks. vastaavasti em. asia Bayerischer Rundfunk ym., tuomion 30 kohta).

52 Tähän tulokseen on päädyttävä myös sellaisten yksiköiden osalta, jotka pitävät kirjanpitoa, jolla on tarkoitus erottaa selvästi sisäisesti toisistaan toiminnot, joita ne harjoittavat hoitaessaan yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämistä koskevaa tehtäväänsä, ja toiminnot, joita ne harjoittavat kilpailutilanteessa.

53 Kuten julkisasiamies korostaa ratkaisuehdotuksensa 64 ja 65 kohdassa, voidaan vakavasti epäillä, onko todellisuudessa mahdollista erotella tällä tavoin toisistaan sellaisen

yksikön erilaiset toiminnot, joka muodostaa yhden ainoan oikeushenkilön, jolla on yksi omaisuus- ja varallisuusjärjestelmä ja jonka johto- ja hallintopäätökset tekee yksi elin; tämä pätee niistä lukuisista muista käytännön esteistä huolimatta, jotka liittyvät etukäteen ja jälkikäteen suoritettavaan valvontaan, joka koskee kyseisen yksikön eri toiminta-alojen täydellistä erottamista toisistaan ja sitä, kumpaan alaan kyseinen toiminta kuuluu.

54 Näin ollen kaikkien julkisia hankintoja koskevien menettelyjen toteuttamisessa sovellettavien oikeusvarmuutta, läpinäkyvyyttä ja ennakoitavuutta koskevien syiden vuoksi on syytä pitäytyä tämän tuomion 50 ja 51 kohdassa selostetussa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

55 Kuten tämän tuomion 49 kohdasta kuitenkin käy ilmi, kansallisen tuomioistuimen esittämä kysymys koskee samanaikaisesti direktiiviä 2004/17 ja direktiiviä 2004/18.

56 Tämän osalta on muistutettava, että toisen ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelun yhteydessä on todettu, että Fernwärme Wienin kaltaisen yksikön on katsottava olevan direktiiveissä 2004/17 ja 2004/18 tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos. Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin totesi ensimmäistä ennakkoratkaisukysymystä arvioidessaan, että direktiivissä 2004/17 tarkoitetun hankintayksikön on sovellettava tuossa direktiivissä säädettyä menettelyä ainoastaan sellaisiin hankintasopimuksiin, jotka liittyvät toimintoihin, joita tämä yksikkö harjoittaa yhdellä tai useammalla kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitetulla alalla.

57 Lisäksi on täsmennettävä, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan direktiivin 2004/17 soveltamisalaan kuuluvat sekä sellaiset hankintasopimukset, jotka tehdään jollakin kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa nimenomaisesti mainitulla alalla, että sellaiset hankintasopimukset, jotka, vaikka ne ovat luonteeltaan erilaisia ja voisivat näin ollen sellaisinaan kuulua direktiivin 2004/18 soveltamisalaan, tehdään

direktiivissä 2004/17 määriteltyjen toimintojen harjoittamista varten (ks. vastaavasti em. yhdistetyt asiat Strabag ja Kostmann, tuomion 41 ja 42 kohta).

58 Näin ollen Fernwärme Wienin kaltaisen yksikön tekemät hankintasopimukset kuuluvat direktiivissä 2004/17 säädettyjen menettelyjen soveltamisalaan siltä osin kuin ne liittyvät toimintaan, jota tällainen yksikkö harjoittaa kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitetuilla aloilla. Sitä vastoin tällaisen yksikön tekemät, muiden toimintojen harjoittamiseen liittyvät kaikki muut hankintasopimukset kuuluvat direktiivissä 2004/18 säädettyjen menettelyjen soveltamisalaan.

59 Näin ollen kolmanteen kysymykseen on vastattava, että sellaisen yksikön, joka on direktiivissä 2004/17 ja direktiivissä 2004/18 tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos, tekemiin hankintasopimuksiin, jotka liittyvät toimintoihin, joita tämä yksikkö harjoittaa yhdellä tai useammalla direktiivin 2004/17 3–7 artiklassa tarkoitetulla alalla, on sovellettava tässä direktiivissä säädettyjä menettelyjä. Sitä vastoin tällaisen yksikön tekemät, muiden toimintojen harjoittamiseen liittyvät kaikki muut hankintasopimukset kuuluvat direktiivissä 2004/18 säädettyjen menettelyjen soveltamisalaan. Näitä kahta direktiiviä sovellettaessa ei ole tarpeen erotella toisistaan toimintoja, joita tämä yksikkö harjoittaa hoitaessaan yleisen edun mukaista tehtäväänsä, ja toimintoja, joita se harjoittaa kilpailutilanteessa, ja näin on myös, vaikka kirjanpidossa, jolla on tarkoitus erottaa toisistaan tämän yksikön toiminta-alat, voitaisiin sulkea pois ristiinrahoitus näiden alojen välillä.

Oikeudenkäyntikulut

60 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 (neljäs jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/17/EY tarkoitetun hankintayksikön on sovellettava tuossa direktiivissä säädettyä menettelyä ainoastaan sellaisiin julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka liittyvät toimintoihin, joita tämä yksikkö harjoittaa yhdellä tai useammalla kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitetulla alalla.**

2) **Fernwärme Wienin kaltaista yksikköä on pidettävä direktiivin 2004/17 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan toisessa alakohdassa ja julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 9 kohdan toisessa alakohdassa tarkoitettuna julkisoikeudellisena laitoksena.**

3) **Sellaisen yksikön, joka on direktiivissä 2004/17 ja direktiivissä 2004/18 tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos, tekemiin hankintasopimuksiin, jotka liittyvät toimintoihin, joita tämä yksikkö harjoittaa yhdellä tai useammalla direktiivin 2004/17 3–7 artiklassa tarkoitetulla alalla, on sovellettava tässä direktiivissä säädettyjä menettelyjä. Sitä vastoin tällaisen yksikön tekemät, muiden toimintojen harjoittamiseen liittyvät kaikki muut hankintasopimukset kuuluvat direktiivissä 2004/18 säädettyjen menettelyjen soveltamisalaan. Näitä kahta direktiiviä sovelletaan ilman, että on tarpeen erotella toisistaan toimintoja, joita tämä yksikkö harjoittaa hoitaessaan yleisen edun mukaista tehtäväänsä, ja toimintoja, joita se harjoittaa kilpailutilanteessa, ja näin on myös, vaikka kirjanpidossa, jolla on tarkoitus erottaa toisistaan tämän yksikön toiminta-alat, voitaisiin sulkea pois ristiinrahoitus näiden alojen välillä.**

Allekirjoitukset