

**Asia C-332/20**

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen  
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

**Jättämispäivä:**

22.7.2020

**Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:**

Consiglio di Stato (Italia)

**Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:**

13.2.2020

**Valittajat:**

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

**Vastapuolet:**

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

**Pääasian kohde**

Oikeusriita koskee julkisoikeudellisen hankintaviranomaisen päätöksen lainmukaisuutta. Päätöksellä hankintaviranomainen sulki pois tarjouskilpailusta – jolla oli tarkoitus valita yksityinen osakas sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevaan uuteen perustettavaan yhtiöön – kahdesta yhtiöstä muodostuvan yhteenliittymän sillä perusteella, että hankintaviranomaisen oma omistus toisessa näistä yhtiöistä olisi johtanut hankintaviranomaisen omistusosuudelle sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevassa uudessa perustettavassa yhtiössä asetetun 51 prosentin raja-arvon ylittymiseen.

**Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeudellinen perusta**

Direktiivien 2014/23/EU, 2014/24/EU ja 2014/25/EU sekä SEUT 107 artiklan tulkinta sellaisen Italian lainsäädännön asiayhteydessä, jossa asetetaan rajoituksia

julkisen sektorin omistusosuudelle sellaisissa yhtiöissä, jotka ovat sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa

SEUT 267 artikla

### **Ennakkoratkaisukysymykset**

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

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

### **Unionin oikeuden säännökset, joihin viitataan**

Direktiivi 2014/24/EU, erityisesti sen johdanto-osan 14 ja 32 perustelukappale sekä 12 ja 18 artikla

Direktiivi 2014/23/EU, erityisesti sen 3 ja 30 artikla

Tuomio 15.10.2009, Acoset (C-196/08)

Tuomio 22.12.2010, Mehiläinen Oy (C-215/09)

Euroopan komission 12.4.2008 antama selittävä tiedonanto

Euroopan komission 30.4.2004 julkaisema vihreä kirja

SEUT 106 artikla

## **Kansalliset oikeussäännöt, joihin viitataan**

Kokonaan tai osittain julkisomisteisia yhtiöitä koskevasta lakien koonnoksesta 19.8.2016 annettu asetus nro 175 (decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), erityisesti sen jäljempänä mainittavat säännökset.

Kyseisen asetuksen 4 §:ssä vahvistetaan tavoitteet, joihin hallintoviranomaiset pyrkivät perustamalla kokonaan tai osittain julkisomisteisia yhtiöitä: kyse on oltava yhtiöistä, joiden toiminta on ehdottoman välttämätöntä julkishallinnon institutionaalisten tavoitteiden toteuttamiseksi; toisaalta toiminnan on kuuluttava saman pykälän 2 momentissa nimenomaisesti mainittuihin toimintoihin, joita ovat erityisesti: a) yleishyödyllisten palvelujen tuottaminen, mukaan lukien näiden palvelujen toiminnan mahdollistavien verkkojen ja laitteiden toteuttaminen ja hallinta; b) julkisten rakennusurakoiden suunnittelu ja toteuttaminen hallintoelinten välisen ohjelmasuorituksen perusteella; c) julkisten rakennusurakoiden toteuttaminen ja hallinta tai yleishyödyllisten palvelujen järjestäminen ja hallinto kumppanuussopimusten avulla.

Asetuksen 7 §:n 5 momentissa säädetään, että yksityiset osakkaat valitaan etukäteen 18.4.2016 annetun asetuksen (decreto legislativo) (julkisia hankintoja koskeva koodeksi, codice dei contratti pubblici) nro 50 5 §:n 9 momentin mukaisella julkisella hankintamenettelyllä, kun taas 17 §:n 2 momentissa säädetään, että ”yksityisen osakkaan on täytettävä lakien tai asetusten mukaiset kelpoisuusvaatimukset niiden suorituksen osalta, joita varten yhtiö on perustettu”, ja nämä (yleiset ja erityisesti teknis-rahoitukselliset) kelpoisuusvaatimukset on eriteltävä tarjouskilpailuilmoituksessa.

Asetuksen 17 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa: ”Yksityisen osakkaan omistusosuuden sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevassa yhtiössä on oltava vähintään 30 prosenttia, ja yksityisen osakkaan valinta tapahtuu julkisella hankintamenettelyllä – –, jonka tarkoituksena on yhtäältä se, että yksityinen osakas merkitsee tai ostaa osuuksia, ja toisaalta sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevan yhtiön toiminnan yksinomaisena tarkoituksena olevan hankinta- tai konsessiosopimuksen tekeminen.

## **Yhteenveto tosiseikoista ja menettelystä**

- 1 Rooman kunta, josta käytetään nimeä Roma Capitale, järjesti tarjouskilpailun yksityisen osakkaan valitsemiseksi ja Roma Capitalen toimivaltaan kuuluvan koulu- ja päiväkotipalveluja koskevan hankintasopimuksen tekemiseksi sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevan osakeyhtiön kanssa. Se vahvisti Roma Capitalen omistusosuudeksi perustettavasta yhtiöstä 51 prosenttia ja yksityisen osakkaan osuudeksi 49 prosenttia sekä päätti, että yksityinen osakas kantaa yksin operatiivisen riskin.

- 2 Tarjouskilpailuun osallistui muun muassa Roma Multiservizi s.p.a:n ja Rekeep s.p.a:n muodostama yhteenliittymä, joka kuitenkin suljettiin pois tarjouskilpailusta sillä perusteella, että 51 prosenttia Roma Multiservizi s.p.a:n osakepääomasta omistaa AMA s.p.a. -niminen yhtiö, jonka hankintaviranomainen Roma Capitale omistaa kokonaan. Jos Roma Capitalen välitön ja välillinen omistus lasketaan yhteen, sen tosiasiallinen omistusosuus sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä olisi 73,5 prosenttia, joka ylittäisi kyseisessä tarjouskilpailussa asetetun 51 prosentin raja-arvon.
- 3 Roma Multiservizi s.p.a. ja Rekeep s.p.a. vaativat kahdella erillisellä kanteella Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Lazio alueellinen hallintotuomioistuin) kumoamaan tarjouskilpailusta poissulkemista koskevan päätöksen. Molemmat yhtiöt vaativat toissijaisesti myös ennakkoratkaisupyynnön esittämistä unionin tuomioistuimelle, jotta tämä ratkaisisi, miten sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevaan perustettavaan yhtiöön valittavaa yksityistä osakasta koskevaa kansallista lainsäädäntöä on tulkittava.
- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio hylkäsi molemmat kanteet perusteettomina. Molemmat yhtiöt valittivat tuomiosta ennakkoratkaisua pyytäneeseen tuomioistuimeen ja toistivat vaatimuksensa ennakkoratkaisupyynnön esittämisestä unionin tuomioistuimelle.

### **Pääasian asianosaisten keskeiset perustelut**

Valittajat ovat esittäneet samansuuntaisia valitusperusteita. Roma Multiservizi s.p.a. väittää etenkin seuraavaa:

- a) Hankintailmoituksessa ei nimenomaisesti vahvisteta, että yksityistä osakasta koskeva ehto 49 prosentin omistusosuudesta ei voi täytyä, jos tilanteeseen liittyy julkisen sektorin välillinen omistus.
- b) Tarjouskilpailusta poissulkemista koskeva päätös oli joka tapauksessa poissulkemisperusteiden tyhjentävyyttä koskevan periaatteen vastainen.

### **Tiivistelmä ennakkoratkaisupyynnön perusteluista**

- 5 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selostaa ensinnäkin direktiivien 2014/23/EU, 2014/24/EU ja 2014/25/EU täytäntöön panemiseksi annettua edellä mainittua Italian lainsäädäntöä, jossa säädetään muun muassa sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevista yhtiöistä. Siinä säädetään, että hallintoviranomaiset voivat tiettyjen toimintojen hoitamisen osalta valita joko ”in house” -mallin – jossa toimintaa harjoitetaan sellaisten yhtiöiden kautta, jotka ovat kokonaan jonkin toisen yhtiön omistuksessa – tai sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevan yhtiön perustamisen, ja vahvistetaan viimeksi mainittua mallia koskevat yksityiskohtaiset säännöt, jotta varmistetaan unionin oikeuden noudattaminen. Tällä tavoin on otettu huomioon unionin oikeuskäytännössä

esitettyt keskeiset päätelmät aiemmasta kansallisesta lainsäädännöstä, jossa pääosin tai kokonaan valtion tai julkisen sektorin välittömässä tai välillisessä omistuksessa oleville yhtiöille annetaan mahdollisuus tehdä – ilman tarjouskilpailua – eri toimintoja tai palveluja koskevia sopimuksia hallintoviranomaisten kanssa. Päätelmissä näet todettiin, että palveluhankintaa koskevan sopimuksen tekeminen suoraan sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevan yhtiön kanssa saattaa mahdollistaa vapaan kilpailun periaatteen kiertämisen, kun otetaan huomioon, että mainitusta periaatteesta voidaan poiketa ainoastaan, jos poikkeaminen voidaan asianmukaisesti perustella yleisen taloudellisen edun mukaisella tehtävällä, toisin sanoen julkisen ja yksityisen sektorin tarpeellisen kumppanuuden toteuttamiseksi, kuten todetaan Euroopan komission 30.4.2004 julkaisemassa vihreässä kirjassa.

- 6 Tältä osin on aiheellista muistuttaa sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevan yhtiön (voittoa tavoittelevasta) päämäärästä ja erottaa se julkishallinnon selkeästi julkisesta tavoitteesta. Tämän seurauksena sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevan yhtiön toiminnan ja sen tarjoamien palveluiden tuottamisen aloittamiseen sovelletaan ehtoja, joita yksinomaan yksityisoikeudellinen yhtiö ei pitäisi edullisina. Raja-arvolla, jonka mukaan julkisen sektorin omistusosuus sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevassa yhtiössä voi olla enintään 70 prosenttia, määritetään siis se raja, jonka ylittyessä kyseisen yhtiön toiminta vääristäisi kilpailua markkinoilla, sillä se paitsi vähentäisi asianomaisen markkinasektorin houkuttelevuutta myös antaisi sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevassa yhtiössä mukana olevalle yksityiselle osakkaalle mahdollisuuden pienentää liiallisesti (alle 30 prosenttiin) osakkuudesta kyseisessä yhtiössä aiheutuvaa taloudellista riskiä. Lisäksi on mainittava, että sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa oleva yhtiö, johon valitaan yksityinen osakas kahta eri tarkoitusta varten järjestettävällä tarjouskilpailulla, on saanut alkunsa käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen eli Consiglio di Stato oikeuskäytännöstä, jonka unionin tuomioistuin on todennut asianmukaiseksi (tuomio 15.10.2009, Acoset, C-196/08).
- 7 Voimassa olevan unionin oikeuden valossa voidaan todeta seuraavaa:
- a) Hallintoviranomaisten mahdollisuus perustaa sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa oleva yhtiö on tyypillinen osoitus niille lainsäädännössä annetusta harkintavallasta julkisten intressien toteuttamista varten.
  - b) Yksityisen osakkaan, joka on valittava julkisella tarjouskilpailulla, on oltava aktiivinen toimija eikä pelkkä omistaja, kun otetaan huomioon se erityinen tehtävä, jota yksityisen osakkaan on hoidettava yhteiskunnallisen tavoitteen toteuttamiseksi. Yksityisen osakkaan mukanaolo yleisen edun mukaisten tavoitteiden saavuttamisessa onkin perusteltavissa juuri sillä, että julkishallinnoilta puuttuu yksityisellä osakkaalla oleva tarvittava osaaminen.

- c) Aktiivisen yksityisen osakkaan omistuksen on oltava tarkoituksenmukaista eli omiaan mahdollistamaan yhteiskunnallisen tavoitteen toteuttaminen. Kansallinen lainsäätäjät on säätänyt tästä tarkoituksenmukaisuudesta – nimenomaan unionin oikeuden periaatteiden noudattamiseksi – asettamalla 30 prosentin vähimmäisrajan yksityisen osakkaan omistusosuudelle. Tästä seuraa, että tämän raja-arvon alittava omistusosuus on sellaisenaan riittämätön, jotta sillä voitaisiin tosiasiaassa mahdollistaa yhteiskunnallisen tavoitteen toteutuminen.
- d) Vastaavasti julkisen sektorin omistusosuus sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevassa yhtiössä voi olla enintään 70 prosenttia.
- 8 Oikeusriidan ratkaisemiseksi on määritettävä, onko sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevassa perustettavassa yhtiössä olevan omistusosuuden tarkoituksenmukaisen raja-arvon (enintään 70 prosenttia julkisen sektorin osalta ja vähintään 30 prosenttia yksityisen osakkaan osalta) noudattamisen kannalta tarkasteltava yksinomaan yksityisen osakkaan oikeudellista asemaa ("muodoltaan" yksityisoikeudellinen osakeyhtiö) vai – jos yksityinen osakas on kokonaan tai osittain julkisen sektorin omistuksessa – onko huomioon otettava myös tällaisen omistusosuuden "aineellinen" merkitys. Ensiksi mainitussa tapauksessa – kuten valittajat väittävät – etusijalla on ehdokkaiden yhdenvertainen kohtelu ja syrjimättömyyden periaate sekä yleisempi yksityisen taloudellisen aloitteellisuuden vapautta koskeva periaate. Jälkimmäisessä tapauksessa – jossa ei oteta huomioon julkisyhteisöille kuuluvaa omistusosuutta – vaarana saattaisi olla kansallisen lainsäädännön kiertäminen, markkinoiden tehottomuus ja kilpailun periaatteen loukkaaminen sen vuoksi, että yksityiset osakkaat voivat hyötyä perusteettomasti eduista, joita julkisyhteisön omistus tarjoaa. Jälkimmäisessä tapauksessa hallintoviranomaisen (joka on käsiteltävässä asiassa *Roma Capitale*) päätöstä, jossa arvioidaan konkreettisesti niiden ehdokkaiden omistusrakennetta, jotka osallistuvat tarjouskilpailuun, jossa valitaan yksityinen osakas sekä julkisessa että yksityisessä omistuksessa olevaan perustettavaan yhtiöön, ja jolla ehdokas, jonka pääomasta mainittu hallintoviranomainen omistaa merkittävän osan, suljetaan pois tarjouskilpailusta, olisi pidettävä kansallisten valtiosääntöoikeudellisten periaatteiden sekä tehokkuutta, vaikuttavuutta, tarkoituksenmukaisuutta ja oikeasuhteisuutta koskevien unionin oikeuden periaatteiden mukaisena, kun otetaan huomioon vapaata kilpailua, yhdenvertaista kohtelua sekä syrjimättömyyttä koskevat periaatteet. Jommankumman tulkintavaihtoehdon valinta auttaa ratkaisemaan oikeusriidan suuntaan tai toiseen, joten tulkintakysymyksen saattaminen ennakkoratkaisupyyntöillä unionin tuomioistuimen tutkittavaksi on perusteltua.