

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

CHRISTINE STIX-HACKL

23 päivänä syyskuuta 2004¹

I Johdanto

1. Nyt käsiteltävässä ennakkoratkaisumenettelyssä on kyse lähinnä seuraavista kahdesta julkisia hankintoja koskevaan lainsäädäntöön liittyvästä oikeudellisesta ongelmasta: oikeus-suojasta suoraan eli ilman virallisen hankintatekemenettelyn noudattamista tehtyjä sopimuksia vastaan ja ns. lähes talonsisäisiä sopimuksia koskevan poikkeuksen edellytyksistä. Viimeksi mainittu ongelma koskee asiassa Teckal annetun tuomion tulkintaa.²

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

2. Ennakkoratkaisukysymykset koskevat ensinnäkin julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvos-

ton direktiivin 89/665/ETY³ (jäljempänä direktiivi 89/665) tulkintaa ja toiseksi julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun direktiivin 92/50/ETY⁴ (jäljempänä direktiivi 92/50) tulkintaa.

3. Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdan voimassa oleva sanamuoto on seuraava:

”Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että direktiivien 71/305/ETY, 77/62/ETY ja 92/50/ETY soveltamisalaan kuuluviin sopimusten tekomenettelyihin liittyviin hankintaviranomaisten päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti niin nopeasti kuin mahdollista seuraavien artikloiden ja erityisesti 2 artiklan 7 kohdan mukaisesti, kun edellä tarkoitetut päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia sääntöjä.”

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.

2 — Asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121).

3 — EYVL L 395, s. 33, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 94/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) 41 artiklalla. Tätä direktiiviä kutsutaan jäljempänä muutoksenhakudirektiiviksi.

4 — EYVL L 209, s. 1, muutettu useaan kertaan. Tätä direktiiviä kutsutaan jäljempänä palveluhankintadirektiiviksi.

4. Direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdassa säädetään muun muassa seuraavaa:

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

"Tässä direktiivissä

a) 'julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla' tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken — — ."

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

5. Pääasian oikeudenkäynnissä on viitattu vielä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/38/ETY (jäljempänä direktiivi 93/38).⁵ Sen 13 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

III Tosiseikasto ja pääasian oikeudenkäynti

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

a) hankintayksikkö tekee sidossuhteessa olevan yrityksen kanssa;

6. Hallen kaupunki pani keväällä 2001 vireille suunnitelmat, jotka koskivat kunnan määräysvallassa olevan hankkeen toteuttajan suorittamaa sekä jätteiden luovutusveloitteen piiriin kuuluvien että mahdollisesti myös sen piiriin kuulumattomien jätteiden esikäsittelyä, hyödyntämistä tai niistä huolehtimista. Hallen kaupunki antoi 12.12.2001 tekemällään päätöksellä RPL Recyclingpark

5 — EYVL L 199, s. 84, muutettu useaan kertaan.

Lochau GmbH:n (jäljempänä RPL) tehtäväksi jätteistä huolehtimisesta ja jätteiden hyödyntämisestä lämpötekniikalla vastaavan laitoksen (jäljempänä TABVA) perustamiseen liittyvän suunnittelun, lupien hankkimisen ja rakentamisen Lochauhun. Samalla Hallen kaupunki päätti aloittaa RPL:n kanssa neuvottelut Hallen kaupungin loppujätteistä huolehtimisesta 1.6.2005 alkaen tehtävästä sopimuksesta ilman edeltävää virallista hankintamenettelyä. Jo sopimusluonnos ylitti selvästi tällaisia palveluhankintoja koskevan kynnyksarvon. Hallen kaupunki suunnittelee lisäksi tekevänsä laitoksen käyttöasteen turvaamiseksi kahden läheisen alueen kanssa aiesopimuksia, joiden mukaan nämä alueelliset viranomaiset antavat Hallen kaupungin tehtäväksi jätteiden käsittelemisen ja hyödyntämisen, jolloin viime kädessä myös näiden alueiden loppujätteiden käsittely hoidetaan RPL:n TABVA:ssa. Hallen kaupunki pitää lähtökohtana sitä, että kyseessä on ”talonsisäinen liiketoimi”, joka ei kuulu tarjouskilpailun järjestämistä koskevan velvoitteen piiriin.

7. RPL on vuonna 1996 perustettu rajavastuu-yhtiömuotoinen julkisen tahon osakkuusyhtiö. RPL:n osakkaita ovat 75,1 prosentin osuudella Stadtwerke Halle GmbH, jonka ainoan osakkaan, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH:n Hallen kaupunki omistaa täysin, ja 24,9 prosentin osuudella yksityinen yritys RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH. Nykyisistä omistussuhteista sovittiin vasta vuoden 2001 lopussa yhtiösopimuksella

samassa yhteydessä, kun suunnitellusta jätehuoltopalvelujen hankinnasta aiottiin tehdä 1.6.2005 alkaen sopimus. RPL:n tarkoituksena on yhtiösopimuksen mukaan kierrätys- ja jätehuoltolaitosten hoitaminen, erityisesti biojätteiden kompostointiin, rakennussekajätteiden ja kaupan jätteiden hyödyntämiseen erikoistuneiden laitosten hoitaminen, viemärilietettä käsittelevien ja hyödyntävien sekä suotovettä, jätekaasua ja biokaasua hyödyntävien sekä lämpötekniikalla tapahtuvaa jäteenkäsittelyä harjoittavien laitosten rakentaminen ja hoitaminen.

8. Yhtiösopimuksen mukaan päätökset tehdään osakkaiden yksinkertaisella enemmistöllä ja tietyissä tapauksissa, joihin kuuluu yhtiön molempien johtajien nimittäminen, 75 prosentin ääntenenemmistöllä. Liikkeenjohdon on annettava osakkaille kuukausittain kertomus Stadtwerke Halle GmbH:n sisäisiä selontekoja koskevien määräysten mukaisesti. Yksittäiset oikeustoimet ja toimenpiteet, muun muassa liikkeenharjoittamista koskevien sopimusten tekeminen tai muuttaminen, investointien tekeminen sekä kulloinkin sovitua määrää suuremman lainan ottaminen edellyttävät yhtiökokouksen suostumusta. Tällä hetkellä RPL:n liiketoiminnallinen ja tekninen liikkeenjohto on siirretty sopimuksella kolmannelle yritykselle. Hallin-

toneuvostoille kuuluvan kaltaista valvonta-tehtävää hoitaa Stadtwerke Halle GmbH:n hallintoneuvosto. Hallen kaupungilla on yhtiösopimuksen mukaan vuositilinpäätöksen yhteydessä erityisesti oikeus vaatia tilintarkastusta ja saada välittömästi tietoja Hallen kaupungin tilintarkastusviranomaisilta.

10. Hallen kaupunki ja RPL valittivat tästä päätöksestä heti Oberlandesgericht Naumburgiin.

IV Ennakkoratkaisukysymykset

11. Oberlandesgericht Naumburg on lykännyt valituksen käsittelyä ja esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

9. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (jäljempänä TREA) arvosteli Hallen kaupunkia 21.12.2001 ja 30.1.2002 päivätyillä kirjeillään siitä, että "talonsisäisen liiketoimen" edellytykset eivät täytyneet ja että tästä syystä valituksen vastapuolen aikomus sopia jätehuoltopalveluista 1.6.2005 alkaen ilman virallista hankintamenettelyä oli julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön vastainen. Hallen kaupunki vahvisti 7.2.2002 päivätyllä kirjeellä sekä 19.2.2002 käydyssä keskustelussa pysyvänsä oikeudellisessa näkemyksessään. TREA vaati 21.2.2001 Regierungspräsidium Hallen julkisia hankintoja käsittelevältä jaostolta muutoksenhakumenettelyn aloittamista valituksen vastapuolen velvoittamiseksi toteuttamaan virallinen hankintamenettely. Regierungspräsidium Hallen julkisia hankintoja käsittelevä jaosto ilmoitti 27.5.2002 tekemällään päätöksellä Hallen kaupungille, että tämän pitäisi tehdä sopimus tulevasta palvelusuorituksesta — "Hallen kaupungin jätehuolto 1.6.2005 lähtien" — tarjouskilpailun perusteella ja julkisia hankintoja koskevan kansallisen lainsäädännön mukaisessa läpinäkyvässä sopimuksen tekomenettelyssä.

"1) Edellytetäänkö muutoksenhakudirektiivin 1 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä lauseessa sitä, että jäsenvaltiot varmistavat tehokkaan ja mahdollisimman nopean muutoksenhakumahdollisuuden hankintaviranomaisen päätökseen, jonka mukaan julkisesta hankinnasta ei tehdä sopimusta menettelyssä, joka vastaisi julkisista hankinnoista annettujen direktiivien säännöksiä?

2) Edellytetäänkö muutoksenhakudirektiivin 1 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä lauseessa sitä, että jäsenvaltiot varmistavat myös tehokkaan ja mahdollisimman nopean muutoksenhakumahdollisuuden hankintaviranomaisen päätöksiin, jotka on tehty ennen virallista hankintamenettelyä, erityisesti sellaisista ennakkokysymyksistä tehtyyn päätök-

seen, jotka koskevat sitä, kuuluuko tietty hankinta ylipäänsä julkisista hankinnoista annettujen direktiivien henkilölliseen tai aineelliseen soveltamisalaan, tai sitä, onko kyseessä poikkeuksellinen tilanne, jossa julkisista hankinnoista annettua lainsäädäntöä ei sovelleta?

panin on katsottava olevan viranomainen tai hankintaviranomaisen liikeyritys (jäljempänä ilman hankintamenettelyä toteutettava sisäinen liiketoimi), onko tällainen sopimuksen pitäminen ilman hankintamenettelyä toteutettavana sisäisenä liiketoimena aina mahdotonta jo yksinomaan sillä perusteella, että yksityisellä yrityksellä on yhtiöoikeudellinen osuus sopimuskomppaniyhtiössä?

- 3) Mikäli ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan myöntävästi ja toiseen kysymykseen kieltävästi: Täyttääkö jäsenvaltio velvoitteensa varmistaa tehokas ja mahdollisimman nopea muutoksenhakumahdollisuus hankintaviranomaisen päätökseen, jonka mukaan julkisesta hankinnasta ei tehdä sopimusta menettelyssä, joka vastaisi julkisista hankinnoista annettujen direktiivien säännöksiä, jos muutoksenhakumenettelyn vireillepano edellyttää tietyn virallisen vaiheen saavuttamista hankintamenettelyssä, esimerkiksi suullisten tai kirjallisten sopimusneuvottelujen aloittamista kolmannen osapuolen kanssa?
- 4) Kun hankintaviranomainen, kuten alueellinen viranomainen, aikoo tehdä muodollisesti erillisen laitoksen (jäljempänä sopimuskomppani) kanssa kirjallisen sopimuksen sellaisten vastikkeellisten palvelujen suorittamisesta, jotka kuuluisivat palveluhankintadirektiivin soveltamisalaan, ja kun tämä sopimus ei poikkeuksellisesti ole palveluhankintadirektiivin 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettu julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus, koska sopimuskomppanin on katsottava olevan viranomainen tai hankintaviranomaisen liikeyritys? Erityisesti
- 5) Mikäli neljänteen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi: Millä edellytyksillä sopimuskomppanin, jossa yksityisellä yrityksellä on yhtiöoikeudellinen osuus (jäljempänä julkisen tahon osakkuusyhtiö), voidaan katsoa olevan viranomainen tai hankintaviranomaisen liikeyritys? Erityisesti
- a) jotta julkisen tahon osakkuusyhtiötä voitaisiin pitää hankintaviranomaisen liikeyrityksenä valvonnan muodon ja kattavuuden perusteella, onko riittävää, että hankintaviranomaisella on siinä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin

93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84; jäljempänä yhteensovittamisdirektiivi), sellaisena kuin se on muutettuna vuoden 1994 liittymissopimuksella (EYVL C 241, 29.8.1994, s. 228) ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 98/4/EY (EYVL L 101, s. 1), 1 artiklan 2 alakohdassa ja 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu ”määräysvalta”?

b) merkitseekö julkisen tahon osakkuusyhtiön yksityisen osakkaan lakiin perustuva mahdollisuus vaihtaa sopimuskumppanin strategiseen tavoiteasetantaan ja/tai yksittäisiin yrityksen johdon tekemiin päätöksiin sitä, ettei sitä voida pitää hankintaviranomaisen liikeyrityksenä?

c) jotta julkisen tahon osakkuusyhtiötä voitaisiin pitää hankintaviranomaisen liikeyrityksenä valvonnan muodon ja kattavuuden perusteella, onko riittävää, että sillä on laaja ohjausoikeus ainoastaan tiettyyn konkreettiseen hankintaan liittyvien sopimusten tekemistä koskevien päätösten ja palvelun suorittamisen osalta?

d) jotta julkisen tahon osakkuusyhtiötä voitaisiin pitää hankintaviranomaisen liikeyrityksenä sen perusteella, että se harjoittaa pääosaa toiminnastaan hankintaviranomaista varten, onko riittävää, että vähintään 80 prosenttia kyseisen yrityksen yhteisössä kolmen viimeksi kuluneen vuoden aikana palvelujen alalla saavuttamasta keskimääräisestä liikevaihdosta muodostuu näiden palvelujen tarjoamisesta hankintaviranomaisille tai hankintaviranomaisiin sidossuhteessa oleville tai sellaiseksi luettaville yrityksille tai — siltä osin kuin viranomaisten ja yksityisten yhdessä omistama yritys ei ole vielä toiminut kolmea vuotta — että ennusteiden perusteella tämän 80 prosentin säännön täyttyminen on odotettavissa?”

V Oikeussuojaa koskevat ennakkoratkaisukysymykset (ensimmäinen, toinen ja kolmas kysymys)

A Tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttyminen

12. Oikeussuojaa koskevien ennakkoratkaisukysymysten osalta on aluksi tutkittava, täyttyvätkö niiden tutkittavaksi ottamisen edellytykset ja miltä osin ne täyttyvät.

13. Yhteisöjen tuomioistuin voi lähtökohtaisesti jättää vastaamatta ennakkoratkaisupyynnön vain, jos on ilmeistä, että siltä pyydetään todellisuudessa ratkaisua keksittyyn oikeusriitaan tai näkemystä yleisiin tai hypoteettisiin kysymyksiin, jos kansallisen tuomioistuimen pyytämällä yhteisön oikeuden tulkittamisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen tai jos yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin.⁶

14. Nyt käsiteltävässä asiassa asiakirja-aineistosta ilmenee, että pääasian oikeudenkäynnin kohteena oleva suunniteltu sopimus on tietystä vaiheesta eli sopimusluonnos on jo laadittu. Tästä seuraa, että ennakkoratkaisukysymykset voidaan tutkia vain siltä osin kuin ne ovat tarpeen riidan ratkaisemiseksi tässä tilanteessa. Ennakkoratkaisukysymykset tosin koskevat olennaisia oikeussuojaan liittyviä oikeudellisia ongelmia, mutta tällaisia yleisiä näkemyksiä ei voida prosessuaalisista syistä käsitellä. Ne koskevat nimittäin tilanteita, jotka eivät ole kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä olevan konkreettisen riidan kohteena.

Kansallinen tuomioistuin ei myöskään esitä syitä, joiden vuoksi se on katsonut, että tällaisia tilanteita koskeva vastaus on tarpeen, jotta se voisi antaa ratkaisun käsiteltävänä olevassa riita-asiassa.

15. Koska ei ole olemassa tietoja, joista ilmenisi, että tällaisia tilanteita koskeva vastaus olisi tarpeen pääasian kohteena olevan riidan ratkaisemiseksi, näitä kysymyksiä on pidettävä hypoteettisina ja ne on näin ollen jätettävä tutkimatta.⁷

16. Ennakkoratkaisukysymykset on siis jätettävä tutkimatta siltä osin kuin niillä pyritään selvittämään yleisiä oikeuskysymyksiä. Tämä koskee myös kolmannessa ennakkoratkaisukysymyksessä käsiteltyä kansallisen oikeuden yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa. Näillä rajoituksilla ennakkoratkaisukysymykset on kuitenkin tutkittava siltä osin kuin ne koskevat muilta osin oikeussuojaa eli pääasian oikeudenkäyntiin liittyvää tilannetta. Koska ensimmäiset kolme ennakkoratkaisukysymystä ovat sisällöltään samansuuntaisia eli koskevat hankintaviranomaisen muutoksenhakukelpoisten toimien määrittelyä, ne on tutkittava yhdessä ja niihin voidaan antaa yhteinen vastaus.

6 — Ks. sopimukseenkomenettelystä asia C-421/01, Traunfellner, tuomio 16.10.2003 (37 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa) ja asia C-448/01, EVN ja Wienstrom, tuomio 4.12.2003 (Kok. 2003, s. I-14527, 76 kohta). Vrt. lisäksi erityisesti asia 244/80, Foglia, tuomio 16.12.1981 (Kok. 1981, s. 3045, Kok. Ep. VI, s. 251, 18 kohta); asia C-415/93, Bosman, tuomio 15.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4921, 61 kohta); asia C-134/95, USSL N° 47 di Biella, tuomio 16.1.1997 (Kok. 1997, s. I-195, 12 kohta) ja asia C-306/99, BIAO, tuomio 7.1.2003 (Kok. 2003, s. I-1, 89 kohta).

7 — Edellä alaviitteessä 6 mainitussa asiassa Traunfellner annettun tuomion 38 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja alaviitteessä 6 mainitussa asiassa EVN ja Wienstrom annettun tuomion 83 kohta; vrt. myös asiassa C-314/01, Siemens, 18.3.2004 annettu tuomio (Kok. 2004, s. I-2549, 36 kohta).

B *Asiakysymyksen tutkiminen*

17. Hankintaviranomaisen tiettyjä päätöksiä vastaan annettavaan oikeussuojaan liittyvät ennakkoratkaisukysymykset koskevat asiallisesti ottaen sitä, mistä vaiheesta lähtien ennen varsinaista sopimuksen tekemistä kansallisten elinten on annettava direktiivissä 89/665 säädetty muutoksenhakumahdollisuus. Ydinkysymyksenä on sen ajankohdan määrittäminen, jona hankinta-aikomus on saavuttanut tätä oikeussuojaa varten tarvittavan konkretisoitumisen asteen.

18. Aluksi on todettava peruseräite, jonka mukaan direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua käsitettä "päätökset" ja 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettua käsitettä muutoksenhakukelpoiset "päätökset" eli hankintaviranomaisen päätökset, joihin voidaan hakea muutosta, on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tulkittava laajasti.

19. Tämän oikeuskäytännön mukaan direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohdassa ei "ole minkäänlaista rajoitusta kyseisten päätösten luonteen tai sisällön osalta".⁸

20. Lisäksi jäsenvaltioiden on direktiivin 89/665 1 artiklan 3 kohdan mukaan varmistettava, että kyseisessä direktiivissä säädetty muutoksenhakumenettelyt ovat "ainakin" niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa jotain sopimusta ja joiden etua väitetty julkisia palveluhankintoja koskevien yhteisön oikeussäntöjen tai niiden täytäntöön panemiseksi annettujen kansallisten säännösten rikkominen on loukannut tai saattaa loukata.

21. Tässä oikeudenkäynnissä tulee esiin kysymys siitä, kuuluvatko päätöksiä koskevan laajan käsitteen piiriin myös päätökset, jotka tehdään "alustavasti" tai oikeuskielellä ennen hankintamenettelyn aloittamista. Kyseessä ovat näin ollen päätökset, jotka sijoittuvat pelkän harkitsemisen ja hankintamenettelyn aloittamisen tai aloittamatta jättämisen välimaastoon.

22. Kun otetaan huomioon direktiivin 89/665 tarkoitus eli tehokkaan oikeussuojan takaaminen, sellaisena kuin siitä on säädetty nimenomaisesti myös 1 artiklan 1 kohdassa, sen pitäisi tästä syystä kattaa myös päätökset, jotka tehdään ennen hankintamenettelyn aloittamista.

⁸ — Asia C-81/98, Alcatel Austria ym., tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7671, 35 kohta); asia C-92/00, HI, tuomio 18.6.2002 (Kok. 2002, s. I-5553, 49 kohta) ja asia C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6351, 52 kohta).

23. Hankintamenettelyn aloittamatta jättämistä koskevan päätöksen muutoksenhakukelpoisuuden osalta on todettava, että kyseessä on päätös, joka on verrattavissa hankintamenettelyn päättämisestä tehtävään päätökseen.

24. Hankintamenettelyn päättämisestä tehtävät päätökset kuuluvat hankintaviranomaisen muutoksenhakukelpoisiin toimiin. Yhteisöjen tuomioistuin on myös nimenomaisesti korostanut tätä hankintamenettelyn peruuttamisen osalta. Se on esimerkiksi todennut, että ”direktiivin 89/665/ETY tavoite ei — — toteutuisi täysin, jos hankintaviranomaiset voisivat vapaasti peruuttaa julkisia palveluhankintoja koskevan tarjouspyynnön ilman, että tältä osin voitaisiin harjoittaa tuomioistuINVALVONTAA, jonka tarkoituksena on varmistaa kaikilta osin sellaisen direktiivien tehokas noudattaminen, joissa vahvistetaan julkisia hankintoja koskevat aineellisoikeudelliset säännöt ja niihin liittyvät periaatteet”.⁹

25. Julkisista hankinnoista annetuissa direktiiveissä tarkoitettuna hankintamenettelyn aloittamatta jättämistä koskeva päätös jää, toisin kuin aloitetun sopimuksentekomenettelyn peruuttaminen, tosin luonnollisesti hankintamenettelyn ulkopuolelle, mutta se ei missään tapauksessa poissulje direktiivin 89/665 soveltamista.

9 — Edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa HI annetun tuomion 53 kohta.

26. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan näet oikeussuojan turvaamiseksi annetun direktiivin 89/665 soveltamisala ulottuu laajemmalle kuin pelkkiin julkisista hankinnoista annettujen aineellisoikeudellisten direktiivien rikkomisiin. Direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohta kattaa kaikki ”hankintaviranomaisten päätökset, joihin sovelletaan yhteisön oikeuden julkisia hankintoja koskevia sääntöjä”,¹⁰ eikä yhteisöjen tuomioistuin rajoitu siinä yhteydessä yksinomaan sääntöihin, jotka ilmenevät julkisista hankinnoista annetuista direktiiveistä.

27. Jäsenvaltioiden ei tarvitse antaa muutoksenhakumenettelyä ilman muuta kenen tahansa sellaisen käytettäväksi, joka haluaa saada itselleen tietyn julkisen hankintasopimuksen. Jäsenvaltiot voivat päinvastoin vapaasti edellyttää lisäksi sitä, että asianomaiselle henkilölle on aiheutunut tai uhkaa aiheutua vahinkoa väitetystä lainsäädännön rikkomisesta.¹¹ Sen mukaan osallistuminen hankintamenettelyyn voidaan lähtökohtaisesti asettaa edellytykseksi sille, että asianomainen kykenee osoittamaan, että hänellä on intressi riidanalaisen sopimuksen ja että hänelle uhkaa aiheutua vahinkoa oletetusti lainvastaisen sopimuskumppanin valinnan vuoksi.

10 — Näin erityisesti asiassa C-57/01, Makedoniko Metro ja Michaniki, tuomio 23.1.2003 (Kok. 2003, s. I-1091, 68 kohta). Vrt. lisäksi edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa HI annetun tuomion 37 kohta ja alaviitteessä 8 mainitussa asiassa Gesellschaft für Abfallentsorgungstechnik GmbH (GAT) annetun tuomion 52 kohta.

11 — Asia C-230/02, Grossmann Air Service, tuomio 12.2.2004 (Kok. 2004, s. I-1829, 25 ja 26 kohta) ja asia C-249/01, Hackermüller, tuomio 19.6.2003 (Kok. 2003, s. I-6319, 18 kohta).

28. Yhteisöjen tuomioistuin on tosin jo todennut, että siinä tapauksessa, että yritys ei ole tehnyt tarjousta sen takia, että tarjouskilpailua koskevat asiakirjat tai sopimusasiakirjat sisältävät syrjiviksi väitetyjä eritelmiä, jotka ovat nimenomaan estäneet kyseistä yritystä tuottamasta kaikkia vaadittuja palveluja, sillä on oikeus hakea suoraan muutosta kyseisten eritelmien osalta jopa ennen asianomaisen julkisen hankintamenettelyn päättymistä.¹²

30. Muutoksenhakudirektiivien ja samalla muutoksenhakumenettelyn soveltamiseksi ei sen vuoksi ole ratkaisevaa, että julkisiin hankintoihin sovellettavia aineellisia säännöksiä koskevissa direktiiveissä säädetty hankintamenettely on viety päätökseen. Muutoksenhakudirektiivien soveltamisala ei näet liity julkisiin hankintoihin sovellettavista aineellisista säännöksistä annettujen direktiivien, kuten direktiivin 93/38, tosiasialliseen soveltamiseen vaan siihen, olisivatko nämä direktiivit olleet sovellettavissa tai ovatko ne sovellettavissa eli kuuluuko tutkittava menettely näiden direktiivien soveltamisalaan.

31. Edellä esitetystä seuraa, että myös tiettyihin ennen hankintamenettelyn aloittamista toteutettuihin toimiin sovelletaan direktiivissä 89/665 tarkoitettua muutoksenhakumahdollisuutta. Tälle asetetaan kuitenkin myös rajoituksia.

29. Samoin kuin yrityksellä täytyy olla mahdollisuus muutoksenhakumenettelyyn lain-säädännön rikkomisen perusteella välittömästi, hankintamenettelyn päätöstä odottamatta,¹³ yrityksellä täytyy näin ollen olla myös mahdollisuus saada tietyt hankinnan tekemisen kannalta olennaiset päätökset tuomioistuimen tutkittaviksi hankintamenettelyn aloittamista odottamatta. Nyt käsiteltävän kaltaisille tapauksillehan on nimenomaan tyypillistä, että julkisista hankinnoista annetuissa direktiiveissä tarkoitettua hankintamenettelyä ei edes järjestetä. Yritykseltä ei kuitenkaan voida vaatia tarjouksen jättämistä, mikäli hankintamenettelyä ei ole aloitettu.

32. Sitä vastaan, että kaikki hankintaviranomaisen toimet olisivat ilman muuta muutoksenhakukelpoisia, puhuu ensinnäkin se, että yksittäiset vaiheet hankintamenettelyn aloittamiseen saakka eivät ainoastaan ero jäsenvaltiosta toiseen vaan riippuvat myös konkreettisesta hankkeesta.

33. Lisäksi on muistutettava yhteisöjen tuomioistuimen kehittämästä oikeussuojan antamista koskevasta perusteesta. Sen mukaan direktiivin 89/665 "tarkoituksena

12 — Edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Grossmann Air Service annetun tuomion 28 kohta.

13 — Edellä alaviitteessä 11 mainitussa asiassa Grossmann Air Service annetun tuomion 29 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

on vahvistaa voimassa olevia järjestelmiä sekä kansallisella että yhteisön tasolla, jotta turvattaisiin julkisista hankinnoista sopimista koskevien direktiivien tehokas täytäntöönpano erityisesti siinä vaiheessa, *kun virheellisiä menettelyjä vielä voidaan oikaista*.¹⁴

34. Se, että kaikki hankintaviranomaisen toimenpiteet eivät ole muutoksenhakukelpoisia, on vahvistettu myös yhteisöjen tuomioistuimen toisessa tuomiossa, jossa oli kyse kansallisen lainsäädännön mukaisesta hankintaviranomaisten tiettyjen päätösten muutoksenhakukelpoisuuden rajoituksesta. Yhteisöjen tuomioistuin tutki kyseisessä tuomiossa, oliko annettu oikeussuoja asianmukainen. Se teki kyseisessä oikeudenkäynnissä sen päätelmän, että oikeussuoja oli asianmukainen, vaikka kansallisen oikeuden mukaan ainoastaan sellaiset menettelytavat olivat valituskelpoisia, joihin todellisuudessa sisältyi välittömästi tai välillisesti päätös, joka tekee menettelyn jatkamisen tai puolustautumisen mahdottomaksi tai loukkaa korjaamattomalla tavalla oikeuksia tai oikeutettuja intressejä.¹⁵

35. Mikäli siis on sallittua eli direktiivin 89/665 kanssa yhteensopivaa, että myös tietyt toimet, jotka toteutetaan hankintamenettelyn aloittamisen jälkeen, eivät ole vali-

tuskelpoisia, täytyy erityisesti olla sallittua, että tietyt toimet, jotka toteutetaan ennen hankintamenettelyn aloittamista, eivät ole valituskelpoisia.

36. Lopuksi on muistutettava vielä siitä, että julkisista hankinnoista annetuilla direktiiveillä ainoastaan koordinoidaan eli yhdenmukaistetaan hankintamenettely eikä säännellä hankintamenettelyä edeltäviä vaiheita.

37. Kaiken kaikkiaan on siis todettava, että direktiivillä 89/665 ei anneta kattavaa ennalta ehkäisevää oikeussuojaa.

38. Ratkaiseva tekijä sen selvittämiseksi, mitkä ovat muutoksenhakukelpoisia toimia, on aineellinen oikeus eli se, onko yrityksellä julkisista hankinnoista annettujen direktiivien perusteella tietty oikeus vaatia, että toimi toteutetaan tai jätetään toteuttamatta.

39. Lähtökohtaisesti tällainen kieltämisoi-
keus tulee kysymykseen. Se voi kohdistua esimerkiksi siihen, että kielletään laitosta, johon sovelletaan julkisista hankinnoista annettuja direktiivejä, suorittamasta näiden

14 — Edellä alaviitteessä 8 mainitussa asiassa Alcatel Austria ym. annettun tuomion 33 kohta (kursivointi tässä); vrt. asia C-433/93, komissio v. Saksa, tuomio 11.8.1995 (Kol. 1995, s. I-2303, 23 kohta).

15 — Asia C-214/00, komissio v. Espanja, tuomio 15.5.2003 (Kol. 2003, s. I-4667, 77 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

direktiivien soveltamisalaan kuuluva hankintaa, ellei se noudata näissä direktiiveissä säädettyä hankintamenettelyä. Näin toteutetaan myös oikeussuojan osalta vastaavuus sen tilanteen kanssa, että kielletään sopimus-kumppanin valinta.

43. Nyt käsiteltävän asian kohteena ei siten ole yleisten perusteiden kehittäminen hankintaviranomaisten toimenpiteiden muutoksenhaakukelpoisuuden arvioimiseksi vaan ainoastaan perusteiden kehittäminen pääasian oikeudenkäynnin konkreettisia toimia varten.

40. Mahdollinen peruste sellaisten ennen hankintamenettelyn aloittamista toteutettujen toimien määrittämiselle, joiden osalta muutoksenhaun on oltava mahdollinen, on siten muutoksenhaumahdollisuutta vaativalle yritykselle aiheutuva vaikutus. Tässä yhteydessä on siten kyseessä muutoksenha-kuoikeuden (aktiivilegitimation) edellytykset.

44. Tässä yhteydessä on riittävää viitata siihen, että direktiivi 89/665 ei käsitä puhtaasti sisäisiä neuvotteluja sen enempää kuin tarpeiden selvittämistä, palvelun kuvauksen laatimista tai pelkkää markkinatutkimusta. Se ei myöskään kata hankintaviranomaisen sisäisiä oikeudellisia pohdintoja siitä, kuuluuko hankinta julkisista hankinnoista annettujen direktiivien soveltamisalaan vai ei.

41. Nyt käsiteltävässä asiassa ovat sitä vastoin kyseessä pelkästään toimen muutoksenhaakukelpoisuuden edellytykset.

45. Kysymys siitä, onko jo päätöstä aloittaa neuvottelut toisen yrityksen kanssa vai vasta käynnissä olevia sopimusneuvotteluja pidettävä muutoksenhaakukelpoisena toimenä, voi tässä yhteydessä myös jäädä taka-alalle. Kyseessä ovat tältä osin nimittäin hypoteettiset kysymykset, koska pääasian oikeudenkäynnin ja siten myös tämän ennakkoratkaisumenettelyn kohde on erilainen tilanne eli sellainen, jossa on jo olemassa sopimusluonnos.

42. Lisärajoitus, joka on otettava huomioon tässä ennakkoratkaisumenettelyssä, liittyy tällaisia menettelyjä koskeviin prosessioikeudellisiin vaatimuksiin yhteisöjen tuomioistuinmessä. Myöskään tässä ennakkoratkaisumenettelyssä ei siten voi olla kyse siitä, että esitettäisiin yleinen muutoksenhaakukelpois-ten toimien määritelmä, vaan ainoastaan siitä, että annetaan kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllinen vastaus, jotta tämä kykenee ratkaisemaan käsiteltävänä olevan riita-asian.

46. Sellaisessa tapauksessa hankintaviranomainen on tekemässä sopimusta. Näin ollen tällainen tilanne vastaa kuitenkin toista julkisten hankintojen yhteydessä usein esiin

tulevaa tilannetta eli vaihetta juuri ennen tarjouskilpailun ratkaisemista. Tarjouskilpailu näet ratkaistaan — kansallisesta lainsäädännöstä riippuen — joko ennen hankintasopimuksen tekemistä tai hankintasopimus syntyy samalla kun tarjouskilpailu ratkaistaan eli ratkaisua pidetään tarjouksen hyväksymisenä.

47. Sitä, että tällaisessa tilanteessa on aloitettu hankintamenettely mutta nyt käsiteltävässä tilanteessa ei, ei saa tehokkaaseen oikeussuojaan liittyvistä syistä käsitellä eri tavoin.

48. Näin ollen kolmeen ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava, että direktiivin 89/665 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että jäsenvaltioiden on tiettyjen edellytysten täytyessä varmistettava tehokas ja mahdollisimman nopea muutoksenhakumahdollisuus myös hankintaviranomaisten sellaisten tiettyjen päätösten osalta, joita tehdään hankintamenettelyn ulkopuolella; näihin voivat kuulua myös päätökset, jotka koskevat esikysymystä tietyn hankinnan suorittamisesta ilman hankintamenettelyä.

VI Lähes talonsisäisen sopimuksen tekemistä koskevat ennakkoratkaisukysymykset (neljäs ja viides ennakkoratkaisukysymys)

49. Ennakkoratkaisukysymysten toinen ryhmä koskee ns. lähes talonsisäisten sopimusten tekemiselle asetettavia vaatimuksia. Toisin kuin ns. talonsisäisissä sopimuksissa (sisäiset hankinnat), niissä on kyse sopimuksen tekemisestä hankintaviranomaisesta erillisen sellaisen laitoksen kanssa, joka on oikeushenkilö, kuten Itävallan hallitus perustellusti korostaa. Mikäli näet palvelun suorittava laitos ei olisi oikeushenkilö, kyseessä ei voisi olla sopimus. Samalla puuttuisivat myös julkisista hankinnoista annetuissa direktiiveissä tarkoitetun sopimuksen edellytykset.

50. Nyt käsiteltävässä asiassa on tarkalleen sanoen kyse käsitteen ”sopimus” tulkitsemisesta, ja sopimus on yksi julkisista hankinnoista annettujen direktiivien soveltamis-edellytyksistä. Tässä yhteydessä on pidettävä lähtökohtana yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Teckal antamaa tuomiota, jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tietyt hankinnat eivät kuuluneet julkisista hankinnoista annettujen direktiivien soveltamisalaan.

51. Kyseisen tuomion mukaan julkisista hankinnoista annettuja direktiivejä ei sovelleta niissä tapauksissa, ”joissa alueellinen tai

paikallinen viranomaisen *valvoo* kyseistä oikeushenkilöä *samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan* ja joissa tämä oikeushenkilö harjoittaa *pääosaa toiminnastaan* sen omistavien viranomaisten kanssa”.¹⁶

yleisesti sopimuksen käsitteen piiriin. Julkisista hankinnoista annettujen direktiivien soveltaminen on siten pääsääntö.¹⁷

52. Tällä tavoin yhteisöjen tuomioistuin on siis asettanut kaksi edellytystä, joiden täytyessä hankinta ei kuulu julkisista hankinnoista annettujen direktiivien soveltamisalaan, eli se on supistanut käsitteen ”sopimus” alaa teleologisesti.

55. On muistutettava myös lähes talonsisäisten tapahtumien ja siten Teckal-poikkeuksen lähtökohdasta, toisin sanoen organisaation sisäisten eli ns. talonsisäisten tapahtumien ja niitä vastaavien tilanteiden erityiskohtelusta.

53. Tässä vaiheessa on aluksi korostettava sitä, että yhteisöjen tuomioistuin on itse nimenomaisesti luonnehtinut julkisista hankinnoista annettujen direktiivien soveltamatta jättämistä poikkeukseksi. Näin ollen pätee yleinen periaate, jonka mukaan poikkeuksia on tulkittava suppeasti. Kun seuraavassa tutkitaan näitä molempia edellytyksiä, tämä on otettava yleissääntönä huomioon.

56. Lopuksi tässä asiayhteydessä on otettava huomioon myös julkisista hankinnoista annettujen direktiivien tavoitteet eli markkinoiden avaaminen ja kilpailun turvaaminen.

57. Nämä ovat näkökohtia, joilla on merkitystä Teckal-poikkeusta tulkittaessa.

54. Lisäksi on korostettava, että sopimusten tekeminen sellaisten laitosten kanssa, jotka ovat itse hankintaviranomaisia, kuten tietyt tytäryritykset — Teckal-poikkeuksesta ja muista poikkeuksista, kuten direktiivin 92/50 6 artiklasta riippumatta — kuuluvat

58. Seuraavat kolme lähes talonsisäistä tilannetta on yleisellä tasolla erotettava toisistaan: omien yhtiöiden (yhtiöt, joista hankintaviranomaisella tai hankintaviranomaiseen kuuluvilla laitoksilla on 100 prosentin osuus)

¹⁶ — Edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohta (kursivoimti tässä).

¹⁷ — Asia C-94/99, ARGE Gewässerschutz, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11037, 40 kohta) ja edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Teckal annetun tuomion 50 kohta.

kanssa tehtävät sopimukset, viranomaisten yhdessä omistamien yritysten (yhtiöt, joissa on osakkaina useita hankintaviranomaisia) kanssa tehtävät sopimukset ja viranomaisten ja yksityisten yhdessä omistamien yritysten (yhtiöt, joissa on osakkaina myös yksityisiä) kanssa tehtävät sopimukset.

59. Pääasian oikeudenkäynti koskee Hallen kaupungin eli paikallisen viranomaisen, jota on epäilyksettä pidettävä julkisista hankinnoista annetuissa direktiiveissä tarkoitettuna hankintaviranomaisena, suunnittelemaa sopimusta, jonka se tekisi ”tyttärentyttären-tyttären” kanssa. Vaikka Hallen kaupungin osuus ”tytäryhtiöstä” ja tämän osuus ”tyttärentyttärestä” on kummassakin tapauksessa 100 prosenttia, ”tyttärentyttären” osuus ”tyttärentyttären-tyttärestä” on vain 75,1 prosenttia. ”Tyttärentyttären-tyttären” muut osuudet ovat täysin yksityisen yrityksen hallussa.

60. Nyt käsiteltävässä asiassa on siten kyseessä viranomaisten ja yksityisten omistama yhteisyritys eli yhtiö, jossa hankintaviranomaisella on (välillisesti) enemmistö-osuus ja jossa on osakkaana myös muu kuin hankintaviranomainen.

61. Prosessuaalisista syistä seuraavassa on käsiteltävä ainoastaan pääasian kohteena olevan kaltaista tilannetta. Soveltaminen pääasian oikeudenkäynnin konkreettiseen tilanteeseen jää sitä vastoin kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi.¹⁸

18 — Vrt. yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-310/01, Comune di Udine ym., 14.11.2002 antama määräys (ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

A Ensimmäinen edellytys: samanlainen valvonta kuin omien toimipaikkojen osalta

62. Ensimmäinen edellytys poikkeuksen soveltamiselle ja samalla julkisista hankinnoista annettujen direktiivien soveltamatta jättämiselle koskee sen valvonnan laatua, jota hankintaviranomainen harjoittaa siihen laitokseen nähden, jonka kanssa sen pitäisi tehdä sopimus. Yhteisöjen tuomioistuin edellyttää, että hankintaviranomainen ”valvoo kyseistä oikeushenkilöä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan”.

63. Yhteisöjen tuomioistuin valitsee siis tässä yhteydessä vertailukohtan julkisoikeuden perusteella. Koska valvontaa koskeva edellytys samoin kuin myös sopimuksen ja hankintaviranomaisen käsite on ymmärrettävä toiminnallisesti eikä muodollisesti, tämä edellytys ei ole esteenä sille, että kyseistä poikkeusta sovelletaan hankintaviranomaisen ja yksityisoikeudellisen oikeushenkilön, kuten tässä tapauksessa rajavastuuyhtiön, väliseen suhteeseen. Liittymäkohdan viranomaiseen selittää pikemminkin itsenäisen laitoksen perustamisen alkuperäinen tarkoitus eli viranomaistoiminnan ulkoistaminen.

64. Sen puolesta, että tämä poikkeus on sovellettavissa muihin tilanteisiin, puhuu lisäksi se, että asiassa Teckal annetun tuo-

mion oikeudenkäyntikielisestä eli italiankieleisestä versiosta ilmenee, että yhteisöjen tuomioistuin edellyttää ainoastaan vastaavaa ("analogo") eli vertailukelpoista mutta ei täysin samanlaista valvontaa.¹⁹

65. Enemmistöosakkaan oikeudellisen aseman arviointi suoritetaan siten ensinnäkin kansallisen oikeuden sovellettavien säännösten, tässä tapauksessa siis rajavastuuyhtiöitä koskevien yhtiöoikeudellisten säännösten perusteella. Toiseksi on arvioitava niitä sääntöjä, joissa määrätään lähemmin niiden suhteesta, yleensä siis yhtiösopimusta. Tämä merkitsee sitä, että pelkästään abstrakti valvonnan kohteena olevalle laitokselle valitun oikeudellisen muodon, kuten sen oikeushenkilötyypin, tarkastelu ei riitä.

66. Samalla kansallisille lähinnä lain säännöksissä annetuille säännöille on kuitenkin annettava vain rajallinen merkitys. Tämä pätee erityisesti säännöksiin, joissa vahvistetaan, millä edellytyksillä vähemmistöosakkailla on mitään oikeuksia. Lähinnä kyseessä ovat säännökset, joissa asetetaan osakkaiden tietyt valvonta- ja veto-oikeudet riippuvaisiksi niiden osuuksien suuruudesta, esimerkiksi siitä, ovatko ne 10 prosenttia, 25 prosenttia vai enemmän kuin 50 prosenttia.

67. Tällaisten säännösten vaikutuksena on pikemminkin oletettava siitä, mitä oikeuksia vähemmistöosakkaalla on. Ratkaisevana on pidettävä yksittäistapauksen tarkempaa tilannetta. Tärkeimpänä tapauksena on tässä yhteydessä mainittava määräysvallasta tehty sopimus, jossa tietylle osakkaalle — sen osuudesta riippumatta — annetaan tiettyjä lakisääteisen vähimmäismäärän ylittäviä oikeuksia.

68. Koska kansallinen lainsäädäntö ei siten ole määrävä tekijä vaan konkreettinen tilanne, myöskään hankintaviranomaisen tai vastaavasti yksityisen vähemmistöosakkaan osuuden suuruus ei yksin ratkaise.

69. Tästä seuraa, että kiinteä prosenttiosuus on tältä osin asianmukaisen ratkaisun esteenä, koska se ei mahdollista konkreettisen tilanteen huomioon ottamista ja tekee tapauksissa, jotka eivät vastaa prosentuaalista edellytystä, valvontaa koskevan edellytyksen soveltamisen kategorisesti mahdottomaksi.

70. Koska kuitenkin myös laitokset, joissa on yksityinen vähemmistöosakas, voivat täyttää valvontaa koskevan edellytyksen, tästä seuraa, että Teckal-poikkeus pätee omien yhtiöiden lisäksi myös viranomaisen ja yksityisten

¹⁹ — Ks. sitä vastoin julkisasiamies Léger, joka edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa ARGE Gewässerschutz 15.6.2000 antamansa ratkaisuehdotuksen 66 kohdassa jopa vaatii, että hankintaviranomainen "joka antaa toimijan suoritettavaksi eri palveluita, on nimenomaan sama viranomainen, jonka läheisen valvonnan alainen kyseinen toimija on".

omistamiin yhteisyrityksiin. Yksityisten yritysten mukaan ottaminen ei siten lähtökohdaisesti haittaa.

71. Tässä vaiheessa on muistutettava julkisasiamies Léger'n toteamuksista, joiden mukaan Teckal-poikkeus on sovellettavissa jopa jo silloin, kun osuus on 50,5 prosenttia.²⁰

72. Yhteisöjen tuomioistuimen kehittämää valvontaa koskevaa edellytystä varten tarvitaan joka tapauksessa enemmän kuin yhtiooikeudessa tarkoitettu määräysvalta tai se, mitä tiettyjen laitosten luokitteliseksi kunkin julkisista hankinnoista annetun direktiivin 1 artiklassa tarkoitetuksi hankintaviranomaiseksi edellytetään. Myöskään direktiivin 93/38 1 artiklan 3 alakohdassa, kun sitä luetaan yhdessä 13 artiklan kanssa, tarkoitettu määräysvalta ei riitä. Siinä on näet ensinnäkin kyseessä ns. sektorisääntely, jota nyt käsiteltävässä asiassa sovellettava direktiivi ei vastaa, ja toiseksi poikkeussäännös, jota on yleisperiaatteen mukaisesti tulkittava suppeasti.

73. Yhteisön lainsäätäjä direktiiveissä sen enempiä kuin yhteisöjen tuomioistuinkaan asiassa Teckal antamassaan tuomiossa eivät ole ottaneet lähtökohdaksi julkisista hankinnoista annettujen direktiivien säännöksiä.

74. Nyt käsiteltävässä asiassa edellytettyä valvonnan kattavuuden tasoa ei siten ole johdettavissa julkisista hankinnoista annettujen direktiivien tietyistä säännöksistä, ja koska kyseessä on poikkeus, se ylittää muiden poikkeussäännösten vaatimukset.

75. Ennakkoratkaisumenettelyssä on kansallisen tuomioistuimen tehtävänä ensinnäkin tulkita kansallisia oikeussääntöjä ja toiseksi soveltaa niitä ja muita säännöksiä konkreettiseen tosiseikastoon. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen on siten selvítettävä, mitä "isoäidinäidin" eli Hallen kaupungin oikeuksia kuuluu sen "tyttären-tyttärentyttäreille" eli RPL:lle.

76. Valvontaa koskevaa edellytystä sovellettaessa kansallisen tuomioistuimen on tarkastettava sitä, millaisia toimivaltuuksia valvontaan on olemassa. Sitä, harjoitetaanko valvontaa todellisuudessa ja millä tavoin sitä harjoitetaan, tai ennustetta siitä, miten enemmistöosakas hyödyntäisi osuuttaan, eli tekisikö se myös päätöksiä vähemmistöosakkaiden tahdon vastaisesti, ei voida jo oikeusvarmuuteenkaan liittyvistä syistä käsitellä. Samalla tavoin on suhteutettava myös enemmistöosakkaiden mahdollisten uskollisuusvelvoitteiden merkitys, erityisesti siitä syystä, että myös vähemmistöosakkaiden uskollisuusvelvoitteet, joihin Hallen kaupunki viittaa, on otettava huomioon.

20 — Asia C-94/99, ARGE Gewässerschutz, julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus (Kok. 2000, s. I-11037, 60 kohta).

77. Yhteisöjen tuomioistuin ei ole Teckal-poikkeuksen osalta rajoittanut valvonnan kohdetta tiettyihin valvonnan kohteena olevan laitoksen tekemiin päätöksiin. Valvonta, joka koskee ainoastaan julkisista hankinnoista tehtäviä päätöksiä yleensä tai jopa konkreettisesta hankinnasta tehtävää päätöstä, ei näin ollen riitä.

78. Kun pidetään lähtökohtana edellytyksen "valvoo — — samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan" sanamuotoa ja tavoitetta, on pikemminkin edellytettävä kattavaa valvontamahdollisuutta. Tämä ei saa missään tapauksessa rajoittua ainoastaan strategiaan markkinapäätöksiin, vaan sen on katettava myös liikkeenjohdon yksittäiset päätökset. Tässä ennakkoratkaisumenettelyssä ei ole tarpeen käsitellä muita yksityiskohtia tarkemmin, koska se ei ole välttämätöntä pääasian riidan ratkaisemiseksi.

B Toinen edellytys: toiminnan harjoittaminen pääosin laitoksen omistavien viranomaisien varten

79. Toinen edellytys, jonka on täyttyvä, jotta Teckal-poikkeusta voidaan soveltaa, liittyy valvonnan kohteena olevan laitoksen toimintaan. Tuomion kyseisen kohdan sanamuodon mukaan poikkeusta sovelletaan ainoastaan silloin, kun tämä laitos "harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa".

80. Tämä edellytys voidaan yleistää, koska kyseeseen eivät ensinnäkään tule ainoastaan välittömät osuuden omistajat, vaan nyt käsiteltävän tapauksen tavoin myös "isoäidinäidit" eli välilliset omistukset, ja toiseksi se kattaa myös muut kuin alueelliset viranomaiset.

81. Asiassa Teckal annetussa tuomiossa vahvistettu edellytys liittyy siten tiettyyn vähimmäisosuuteen toiminnasta, jota valvonnan kohteena oleva laitos kaiken kaikkiaan harjoittaa. On siis selvitettävä harjoitetun toiminnan laajuus kokonaisuutena ja laajassa merkityksessä käsitetyin omistajan kanssa erikseen.

82. Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, että sen perusteella, että omistajan käsitettä ei saa tulkita liian suppeasti, ei saa kuitenkaan päätellä, että samalla myös kolmansille suoritettujen toimenpiteet, jotka omistajan muussa tapauksessa täytyisi suorittaa itse, otettaisiin huomioon. Tämä koskee käytännössä ensisijaisesti yleishyödyllisiä palveluja ja tässä yhteydessä jälleen kuntia, jotka ovat velvoitettuja suorittamaan tietyille henkilöille tiettyjä palveluja. Tämä yleisluontoinen kysymys ei ole kuitenkaan tämän ennakkoratkaisumenettelyn kohteena, koska kansallinen tuomioistuin ei tarvitse siihen vastausta ratkaistakseen käsiteltävänä olevan oikeusriidan.

83. Lisäksi on selvennettävä, että ratkaisevaa on tosiasiallinen toiminta eikä lain tai yhtiöjärjestyksen mukaisesti mahdollinen toiminta eikä myöskään toiminta, johon valvonnan kohteena oleva laitos on velvoitettu.

84. Keskeinen kysymys on tässä yhteydessä se, minkä suuruudesta osuudesta alkaen Teckal-poikkeuksen soveltamiskynnys saavutetaan. Tästä on esitetty useita näkemyksiä. Näitä ovat esimerkiksi yli 50 prosenttia, "huomattava laajuus", "pääasiallinen", "lähes yksinomainen" ja jopa "yksinomainen".

85. Tässä yhteydessä ei tarkoiteta ainoastaan positiivista lähestymistapaa, jonka mukaan omistajalle suoritettujen palvelujen laajuus olisi määritettävä, vaan myös negatiivista lähestymistapaa. Negatiivisen lähestymistavan mukaan lähtökohtana olisi pidettävä sitä, miten suuri on muille kuin omistajille suoritettujen palvelujen osuus. Viimeksi mainittu lähestymistapa on tästä oikeudenkäynnistä riippumatta esitetty useiden osapuolten siteeraamassa julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotuksessa. Sen mukaan "direktiiviä sovelletaan, jos tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan *muiden* toimijoiden tai muiden viranomaisten kanssa kuin niiden, joista kyseinen hankintaviranomainen koostuu".²¹ Kun otetaan huomioon Teckal-poikkeuksen osalta omaksuttu positiivinen lähestymistapa, negatiivista lähestymistapaa ei tosin pidä tässä yhteydessä käsitellä enempää.

21 — Julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 19 mainitussa asiassa antaman ratkaisuehdotuksen 93 kohta; kursivointi tässä.

86. Julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotuksen siteeratusta kohdassa ilmaistaan kuitenkin toinen tärkeä seikka, joka on otettava huomioon omistusta määritettäessä.

87. Esiin tulee esimerkiksi kysymys siitä, salliiko Teckal-poikkeus ainoastaan määrälliset lähestymistavat vai onko myös laadulliset seikat otettava huomioon. Viimeksi mainitun näkemyksen puolesta puhuvat poikkeuksen sanamuoto ja tarkoitus, joihin ei sisälly myöskään mitään viitteitä siihen, miten toimintaa pitäisi arvioida. Myöskään asiassa Teckal annetun tuomion vastaavien kohtien todistusvoimaisen eli italiankielisen version sanamuoto ei poissulje muita tai vaihtoehtoisia laadullisia lähestymistapoja ("la parte più importante della propria attività").

88. Teckal-poikkeukseen ei sisälly myöskään mitään viitettä omistusosuuden laskentatapaan. Siten ei ole itsestään selvää, että yksinomaan liikevaihto ratkaisee.

89. Kansallisen tuomioistuimen on siten selvitettävä se, "miten toimintaa pääosin harjoitetaan", määrällisten ja laadullisten seikkojen perusteella. Lisäksi myös valvonnan kohteena olevan laitoksen markkina-asetemalla saattaisi olla merkitystä, eli erityisesti kilpailutilanteella mahdollisiin muihin tarjoihin nähden.

90. Sen osalta, että useat osapuolet ovat toisen Teckal-edellytyksen osalta siteeranneet julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotusta, on lisäksi muistutettava siitä, että ratkaisuehdotus on todistusvoimainen julkisasiamiehen valitsemalla alkuperäiskielellä.

93. Tähän on huomautettava, että myös jokin muu kiinteä prosenttiosuus saattaisi olla objektiivinen tai asianmukainen. Kuitenkin nimenomaan kiinteän prosenttiosuuden "jäykkyys" voi olla asianmukaisen ratkaisun esteenä. Se ei myöskään mahdollista laadullisten seikkojen huomioon ottamista.

91. Tämän periaatteen mukaisesti julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotuksesta saadaan seuraava kuva: hän käsittelee ensinnäkin suoritettujen palvelujen "quasi-exclusivité" (lähes yksinomaisuutta), joka on ilmaistu saksankielisessä versiossa "sämtliche Dienstleistungen" (kaikki palvelut).²² Toiseksi hän nojautuu Teckal-poikkeuksen sanamuotoon oikeudenkäyntikielellä italiaksi ja käyttää ilmaisua "en grande partie" (suuri osa), joka on käännetty saksan kielelle ilmaisulla "im Wesentlichen" (olennaisilta osin),²³ tai ilmaisua "la plus grande partie de leur activité" (suurin osa toiminnastaan, "den größten Teil ihrer Tätigkeit").²⁴

94. Ennen kaikkea 80 prosentin edellytyksen sovellettavuutta vastaan puhuu se, että kyseessä on ainoastaan tietyillä sektoreilla voimassa olevaa direktiiviä koskeva poikkeussäännös. Siinä esitetty näkemys rajoittuu yhteisön lainsäätäjän tahdon mukaisesti kyseiseen direktiiviin. Vaikka perusajatus saattaa käytännössä olla sovellettavissa myös sektoreiden ulkopuolelle, ratkaisevaa on kuitenkin se, että tällaista sääntöä ei ole annettu nyt käsiteltävässä asiassa sovellettavassa direktiivissä.

92. Asian tarkemmaksi konkretisoimiseksi useat osapuolet ovat ehdottaneet, että pääasiällisuutta koskevaa edellytystä tulkittaisiin sen säännöksen mukaisesti, jota sovelletaan hankintaviranomaiseen sidossuhteessa olevien yritysten kanssa tehtyjen sopimusten käsittelyyn. Kyseessä on direktiivin 93/38 13 artiklassa tarkoitettu 80 prosentin edellytys. Perusteluiksi on esitetty, että tämä edellytys on "objektiivinen" tai "asianmukainen".

95. Direktiivin 93/38 13 artiklan sovellettavuutta vastaan puhuu kuitenkin vielä yksi seikka. Sen 2 kohdassa näet velvoitetaan hankintaviranomainen ilmoittamaan komissiolle sen pyynnöstä tiettyjä tietoja. Tämä säännös on prosessioikeudellinen vastine 13 artiklassa säädetylle poikkeukselle. Yhteisöjen tuomioistuin menetteli kuitenkin toisin Teckal-poikkeuksen yhteydessä. Se tyytyi kahteen siinä esitettyyn aineelliseen edellytykseen. Näitä edellytyksiä on kuitenkin nimenomaan vastaavan prosessioikeudellisen säännöksen puuttumisen vuoksi tulkittava suppeasti.

22 — Julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 19 mainitussa asiassa antaman ratkaisuehdotuksen 74 kohta.

23 — Julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 19 mainitussa asiassa antaman ratkaisuehdotuksen 81 kohta.

24 — Julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 19 mainitussa asiassa antaman ratkaisuehdotuksen 83 kohta.

VII Ratkaisuehdotus

96. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavalla tavalla:

- 1) Direktiivin 89/665/ETY 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että jäsenvaltioiden on varmistettava tehokas ja mahdollisimman nopea muutoksenhakumahdollisuus hankintaviranomaisten sellaisten tiettyjen päätösten osalta, joita tehdään hankintamenettelyn ulkopuolella mutta jotka kuitenkin liittyvät hankintaan; näihin voivat kuulua myös päätökset, jotka koskevat esikysymystä tietyn hankinnan suorittamisesta ilman hankintamenettelyä.

- 2) Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettua neuvoston direktiiviä 92/50/ETY on tulkittava siten, että yksityisen yrityksen yhtiöoikeudellinen omistusosuus hankintaviranomaisen sopimuskumppaniyhtiössä, jossa tällä hankintaviranomaisella on välitön tai välillinen omistusosuus, ei yksistään merkitse sitä, ettei tätä direktiiviä voitaisi jättää soveltamatta.

- 3) Jotta sopimuskumppani, jonka omistajina on yksityisiä yhtiöitä — jäljempänä julkisen tahon osakkuusyhtiö — on luettava kuuluvaksi viranomaiseen tai hankintaviranomaisen liikeyritykseen, on tarkasteltava niiden välisen suhteen konkreettista tilannetta, missä yhteydessä omistuosuuden suuruus ei yksin ratkaise.

Jotta se katsottaisiin kuuluvaksi niihin, ei riitä, että

- hankintayksikkö käyttää määräysvaltaa julkisen tahon osakkuusyhtiössä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 2 kohdassa ja 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla
 - sillä on kattava ohjausvalta yksinomaan sopimuksen tekemistä koskevien päätösten osalta yleisesti tai konkreettista hankintaa koskevan sopimuksen tekemistä koskevien päätösten osalta.
- 4) Jotta julkisen tahon osakkuusyhtiötä voitaisiin pitää hankintaviranomaisen liikeyrityksenä sen perusteella, että kyseessä on ”toiminnan harjoittaminen pääosin laitoksen omistavien viranomaisten kanssa”, direktiivin 93/38/ETY 13 artiklasta poiketen perusteena ei voida pitää sitä, muodostuuko vähintään 80 prosenttia tämän yrityksen yhteisössä kolmen viimeksi kuluneen vuoden aikana palvelujen alalla saavuttamasta keskimääräisestä liikevaihdosta näiden palvelujen tarjoamisesta hankintaviranomaisille tai hankintaviranomaiseen sidossuhteessa oleville yrityksille tai niihin kuuluville yrityksille tai onko — siltä osin kuin viranomaisten ja yksityisten yhdessä omistama yritys ei ole vielä toiminut kolmea vuotta — ennusteen perusteella tämän 80 prosentin säännön täyttyminen odotettavissa.

Jotta kansallinen tuomioistuin voisi katsoa, että julkisen tahon osakkuusyhtiö on hankintaviranomaisen liikeyritys, sen on otettava huomioon tosiasiallinen toiminta ja siinä yhteydessä erityisesti määrälliset ja laadulliset seikat.