

Asia C-692/23

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

Jättämispäivä:

17.11.2023

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Gerechtshof Den Haag (Alankomaat)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

14.11.2023

Valittaja:

AVR-Afvalverwerking BV

Vastapuolet:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Pääasian menettelyn kohde

Pääasia koskee hankintoja, jotka kolme Etelä-Alankomaissa sijaitsevaa kuntaa ja välissä oleva oikeushenkilö ovat tehneet kyseisten kuntien kotitalouksien jäännösjätteen käsittelemiseen liittyen ja joissa on valittajan mukaan perusteettomasti jätetty noudattamatta hankintamenettelyä.

Ennakkoratkaisupyyntö kohde ja oikeudellinen perusta

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 267 artiklan perusteella unionin tuomioistuimelle esitetty ennakkoratkaisupyyntö koskee kysymystä siitä, onko direktiivissä 2014/24/EU asetetun toimintoja koskevan edellytyksen soveltamiseksi, josta seuraa, ettei hankintamenettely ole pakollinen, lähtökohtana pidettävä määräysvallan alaisen oikeushenkilön omaa liikevaihtoa, jos se kuuluu konserniin, vaiko konsernin liikevaihtoa, ja siitä, miten se on siinä tapauksessa määritettävä, ja ensiksi mainitussa tapauksessa siitä, onko määräysvallan alaisen oikeushenkilön liikevaihdon määrittämisessä otettava huomioon liikevaihto, joka on saatu sen hyödyntämän kaatopaikan ulkopuolisilta käyttäjiltä.

Ennakkoratkaisukysymykset

1. Onko direktiivin 2014/24/EU 12 artiklan 3 kohdan ensimmäisen alakohdan b alakohdassa, luettuna yhdessä saman direktiivin 12 artiklan 5 kohdan kanssa, tarkoitettua toimintoja koskevaa vaatimusta

tulkittava siten, että

kun siinä tarkoitettu prosenttiosuus toiminnoista määritetään liikevaihdon perusteella ja määräysvallan alainen oikeushenkilö kuuluu konserniin,

on otettava huomioon ainoastaan määräysvallan alaisen oikeushenkilön oma liikevaihto, vai myös konsernin yhtiöiden, ovatpa ne keskenään sidoksissa tai eivät, liikevaihto, kuten esimerkiksi

i) konsolidoitu liikevaihto, jossa asianomaisen oikeushenkilön liikevaihto on niiden sääntöjen perusteella, joilla direktiivin 2013/34/EU 22 ja 24 artikla on saatettu osaksi kansallista lainsäädäntöä, lisättävä muiden konsernin yksiköiden liikevaihtoon; tai

ii) niiden yksiköiden liikevaihto, joiden kanssa määräysvallan alainen oikeushenkilö muodostaa taloudellisen kokonaisuuden unionin kilpailuoikeudessa käytetyn yrityksen käsitteen mukaisessa merkityksessä?

2. Jos ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava siten, että vain määräysvallan alaisen oikeushenkilön oma liikevaihto on otettava huomioon, onko ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitettua toimintoja koskevaa edellytystä

tulkittava siten, että

liikevaihto, joka saadaan määräysvallan alaisen oikeushenkilön määräysvaltaa käyttävien hankintaviranomaisten antaman toimeksiannon perusteella hyödyntämälle kaatopaikalle jätettä sijoittavilta ulkopuolisilta käyttäjiltä, on otettava huomioon niiden tehtävien täyttämistä saatuna liikevaihtona, jotka

määräysvaltaa käyttävät hankintaviranomaiset ovat osoittaneet kyseiselle oikeushenkilölle, ottaen huomioon, että määräysvallan alainen oikeushenkilö kilpailee tällaisen hyödyntämisen yhteydessä muun muassa yksityisten osapuolten kanssa?

Unionin oikeussäännöt, joihin asiassa viitataan

Direktiivin 2014/24/EU (jäljempänä direktiivi 2014/24) 12 artiklan 1, 3 ja 5 kohta

Direktiivin 2014/24 johdanto-osan 1 perustelukappale, 5 perustelukappaleen ensimmäinen virke, 31 perustelukappale ja 32 perustelukappaleen ensimmäinen kohta

Direktiivin 2013/34/EU (jäljempänä direktiivi 2013/34) 22 ja 24 artikla

Kansalliset oikeussäännöt, joihin asiassa viitataan

Vuoden 2012 julkisista hankinnoista annetun lain (Aanbestedingswet van 2012, jäljempänä julkisista hankinnoista annettu laki) 2.24 §:n 1 momentti, 2.24a § ja 2.24b §

Siviililain (Burgerlijk wetboek, jäljempänä BW) 2:405 §, 2:406 § ja 2:410 §

Yhteenveto tosiseikoista ja menettelystä pääasiassa

- 1 AVR (jäljempänä valittaja) on kaupallinen jätehuoltotoimija.
- 2 Frieslandin maakunnan kunnat perustivat vuonna 1995 Afvalsturing Friesland NV:n (jäljempänä AF) yhteiseksi voittoa tavoittelemattomaksi jätehuollon toimijaksi. AF on tytäryhtiöistä koostuvan konsernin emoyhtiö. Kyseiset tytäryhtiöt toimivat myös muilla kuin jätehuollon alalla. AF laatii konsernitilinpäätökset, joissa se yhdistää omat taloudelliset tietonsa tytäryhtiöidensä, muiden konserniyhtiöiden ja sellaisten muiden oikeushenkilöiden taloudellisiin tietoihin, joissa se voi käyttää määräysvaltaa tai joita se johtaa yhtenäiseltä pohjalta.
- 3 Barendrechtin, Albrandswaardin ja Ridderkerkin kunnat (jäljempänä BAR-kunnat) sijaitsevan Etelä-Alankomaiden maakunnassa, ja ne ovat perustaneet NV BAR-Afvalbeheerin (jäljempänä BAR) jätehuollon voittoa tavoittelemattomaksi täytäntöönpano-organisaatioksi.
- 4 NV Irado (jäljempänä Irado) on kolmen Etelä-Alankomaissa sijaitsevan kunnan perustama jätehuollon ja yleisten alueiden yhteisen hallinnan voittoa tavoittelematon täytäntöönpano-organisaatio. Irado on vuodesta 2017 lähtien antanut kotitalouksien jäännösjätteen AF:n käsiteltäväksi ja se on samana vuonna tullut AF:n osakkeenomistajaksi.

- 5 Frieslandin maakunnassa sijaitsevien kuntien toimeksiannosta AF hyödyntää itse (ei siis konserniyhtiöidensä kautta) kaatopaikkaa, jonne sijoitetaan muualla kuin kotitalouksissa tuotettua jäännösjätettä, muun muassa teollisuusjätettä ja maaperän kunnostuksesta syntyynyttä jätettä.
- 6 Alankomaissa kaatopaikkoihin sovelletaan kansallisessa jätehuoltosuunnitelmassa (Landelijke Afvalbeheerplan, jäljempänä LAP) tarkoitettua kapasiteetin suunnittelua. Yksityiset osapuolet sekä julkisyhteisöt hyödyntävät Alankomaissa sijaitsevia kaatopaikkoja kyseisen suunnitelman puitteissa.
- 7 Kullakin BAR-kunnalla oli 31.12.2019 asti oma sopimus eri jätehuollon toimijoiden kanssa, ja valittaja käsitteli kyseisten kuntien kotitalouksien jäännösjätettä tällaisten sopimusten perusteella. BAR-kunnat päättivät vuonna 2019 antaa BAR:n osallistua Iradoon ja antaa Iradolle tehtävän, joka koskee niiden kotitalouksien jäännösjätteen noutamista ja käsittelyä. Irado ja AF tekivät 13.12.2019 sopimuksen muun muassa BAR-kuntien kotitalouksien jäännösjätteen käsittelystä. BAR ja Irado tekivät 20.12.2019 palvelusopimuksen muun muassa BAR-kuntien kotitalouksien jäännösjätteen käsittelystä. BAR:stä tuli Iradon osakkeenomistaja 31.12.2019.
- 8 Valittaja nosti rechtbank Den Haagissa (Haagin alioikeus) kanteet yhtäältä Iradon ja AF:n ja toisaalta Iradon ja BAR:n välisten sopimusten kumoamiseksi, peruuttamiseksi tai täyttämättä jättämiseksi, koska sen mukaan niistä olisi pitänyt julkaista tarjouspyyntö.
- 9 Rechtbank Den Haag hylkäsi mainitut kanteet.
- 10 Valittaja valitti tästä päätöksestä gerechtshof Den Haagiin (Haagin ylioikeus) ja vaatii vastapuolilta vahingonkorvausta.

Pääasian asianosaisten keskeiset perustelut

Oikeudellinen tausta

- 11 18.11.2019 annetussa tuomiossa Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, 50 kohta) on todettu, ettei hankintasääntöjä sovelleta tapauksissa, joissa hankintaviranomainen antaa tehtävän itsenäiselle oikeushenkilölle, jossa hankintaviranomainen käyttää määräysvaltaa, ja jos tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan määräysvaltaa käyttävän yhteisön kanssa. Viimeksi mainittu edellytys tunnetaan toimintoja koskevana edellytyksenä.
- 12 Pelkästään se, että molemmat sopimuspuolet ovat itse viranomaisia, ei sinänsä sulje pois hankintasääntöjen soveltamista. Hankintasääntöjen soveltaminen ei saisi kuitenkaan vaikuttaa viranomaisten vapauteen suorittaa niille annetut julkiseen palveluun liittyvät tehtävät käyttäen omia voimavarojaan. Toisaalta soveltamisalan ulkopuolelle jätetty julkisen sektorin sisäinen yhteistyö ei saa

aiheuttaa kilpailun vääristymistä yksityisiin talouden toimijoihin nähden (ks. direktiivin 2014/24 johdanto-osan 31 perustelukappale ja unionin tuomioistuimen tuomio 11.5.2006, Carbotermo ja Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308 (jäljempänä tuomio Carbotermo), 59 kohta).

- 13 Toimintoja koskeva edellytys on tässä kohtaa ratkaiseva. Edellytys täyttyy, jos määräysvallan alainen oikeushenkilö täyttää yli 80 prosentin osalta tehtäviä, jotka se on vastaanottanut määräysvaltaa käyttävältä hankintaviranomaiselta tai muilta kyseisen hankintaviranomaisen määräysvallan alaisilta oikeushenkilöiltä (johdanto-osan 33 perustelukappale ja direktiivin 2014/24 12 artiklan 1 kohta). Kun määräysvallan alainen oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnostaan hankintaviranomaiselle ja muulla toiminnalla on vain toisarvoinen merkitys, ei todellista kilpailua enää ole (tuomio Carbotermo, 62 kohta), toisin kuin päinvastaisessa tilanteessa.
- 14 Unionin tuomioistuin on lisäksi todennut 8.12.2016 antamassaan tuomiossa Undis Servizi (C-553/15, ECLI:EU:C:2016:935, 29 kohta), että kaikkia kilpailuttamisvelvollisuuden soveltamiseen tehtäviä poikkeuksia on tulkittava suppeasti. Koska viranomaisella on mahdollisuus hoitaa sille kuuluvia yleisen edun mukaisia tehtäviä itse omilla voimavaroillaan, niin sanottuja in house - hankintoja koskeva poikkeus on perusteltu, jos sopimuspuoleksi valittu yksikkö kuuluu käytännössä hankintaviranomaisen sisäisiin yksikköihin (siitä huolimatta, että se on hankintaviranomaisesta oikeudellisesti erillinen yksikkö), ja tämä viranomaisen turvautuu siis omiin voimavaroihinsa (tuomio Undis Servizi, 30 kohta). Tämä poikkeus edellyttää, että hankintaviranomaisella on sopimuspuoleksi valittuun yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja että tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan hankintaviranomaisten hyväksi (tuomio Undis Servizi, 31 kohta).

Asiansaisten lausumat

- 15 Pääasiassa keskeinen kysymys on se, täyttääkö AF toimintoja koskevan edellytyksen.
- 16 Valittajan mukaan toimintoja koskevan edellytyksen soveltamiseksi on otettava huomioon konsolidoitu liikevaihto. Lähtökohtana on pidettävä konsernin tai yrityksen, johon määräysvallan alainen oikeushenkilö kuuluu (millä tarkoitetaan taloudellista kokonaisuutta, joka voi muodostua eri luonnollisista henkilöistä tai oikeushenkilöistä), liikevaihtoa, koska vain sillä tavalla voidaan ottaa riittävästi huomioon tosiasialliset ja taloudelliset realiteetit. Valittaja toteaa, että AF on taloudellisesti ja organisatorisesti sidoksissa tytäryhtiöihinsä, joten kyse on tosiasiallisesti yhdestä ainoasta yrityksestä. Jos otettaisiin huomioon ainoastaan määräysvallan alaisen oikeushenkilön oma liikevaihto, seurauksena olisi kohtuuttoman suuri määrä direktiivin 2014/24 soveltamiseen tehtäviä poikkeuksia ja tämän vuoksi vähemmän kilpailua, mikä olisi ristiriidassa julkisia hankintoja koskevien sääntöjen tavoitteen kanssa. Määräysvallan alainen oikeushenkilö voisi

kiertää suhdetta 80/20 toimimalla konsernissa ja suorittamalla konsernissa itse yli 80 prosenttia toiminnoistaan määräysvaltaa käyttävälle hankintaviranomaiselle ja antamalla yhden tai useamman konserniin kuuluvan yhtiön harjoittaa toimintaa vapailla markkinoilla.

- 17 Vastapuolet katsovat, että laskettaessa sen liikevaihdon prosenttiosuutta, joka saadaan toiminnoista, jotka AF suorittaa niiden tehtävien täyttämiseksi, jotka se on vastaanottanut määräysvaltaa käyttävältä hankintaviranomaiselta (jäljempänä tehtävien täyttämisestä saatu liikevaihto), lähtökohtana on pidettävä AF:n omaa liikevaihtoa, koska direktiivin 2014/24 12 artiklan 3 kohdan ensimmäisen alakohdan b alakohdassa tarkoitetaan *oikeushenkilön* toimintoja ja 12 artiklan 5 kohdan mukaan on myös mahdollista ottaa huomioon asianmukainen vaihtoehtoinen toimintaan perustuva määrä, kuten asianomaiselle *oikeushenkilölle* aiheutuneet kustannukset asianomaisten palvelujen osalta, ja tämä liikevaihto on yli 80 prosenttia, joten hankintasääntöjä ei sovelleta. Jos lähtökohdaksi otettaisiin konsolidoitu liikevaihto, laskennassa huomioitaisiin myös muiden oikeushenkilöiden liikevaihto, mikä johtaisi toimintoja koskevan edellytyksen soveltamiseen contra legem. Lopuksi vastapuolet katsovat, että jos lähtökohdaksi olisi otettava muu kuin määräysvallan alaisen oikeushenkilön liikevaihto, konsolidoitu liikevaihto ei olisi hyvä ratkaisu, koska konsolidointisäännöt ovat liian teknisiä ja monimutkaisia ja niihin on myös useita poikkeuksia.
- 18 Valittaja väittää toisen ennakkoratkaisukysymyksen osalta, ettei asianomaiselle kaatopaikalle voida sijoittaa kotitalouksien jäännösjetettä ja että AF kilpailee kyseisellä kaatopaikalla yksityisten yritysten kanssa, minkä vuoksi sen kyseisestä kaatopaikasta saamaa liikevaihtoa ei voida ottaa huomioon tehtävien täyttämisestä saatuna liikevaihtona.
- 19 Vastapuolet väittävät, että maakunta voi myöntää vapautuksen kotitalousjätteen käsittelyssä syntyneiden jäämävirtojen sijoittamisen osalta, ja viittaavat tuomioon Carbotermo, jossa unionin tuomioistuin on todennut, että kaatopaikalle sijoittamisesta saatu liikevaihto voidaan ottaa huomioon tehtävien täyttämisestä saatuna liikevaihtona riippumatta siitä, ovat näin saadut tulot peräisin yrityksiltä. Tuomion mukaan toimintoja, jotka määräysvallan alainen oikeushenkilö suorittaa sen julkisyhteisön tai niiden julkisyhteisöjen hyväksi, joka omistaa sen tai jotka omistavat sen, hankintasopimuksen tekemistä koskevien päätösten nojalla, ei nimittäin suoriteta ainoastaan määräysvaltaa käyttävien hankintaviranomaisten hyväksi vaan myös ulkopuolisten käyttäjien hyväksi. Jos ulkopuoliset käyttäjät maksavat niistä, kuten käsiteltävässä asiassa, myös nämä tulot on otettava huomioon tehtävien täyttämisestä saatuna liikevaihtona.

Yhteenveto ennakkoratkaisupyyntöjen perusteista

- 20 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin toteaa, että ottaen huomioon asianosaisten eriävät kannat ja sen, ettei edellä oikeuskäytäntö, johon on viitattu, auta ratkaisemaan asiaa, toimintoja koskevan edellytyksen soveltamisen osalta on

epäselvää, onko liikevaihdon määrittämisessä otettava huomioon AF:n oma liikevaihto vai konsernin liikevaihto, ja miten viimeksi mainitussa tilanteessa kyseinen konsernin liikevaihto on määritettävä. Liikevaihdon määrittäminen on ratkaisevan tärkeää vastauksen antamiseksi kysymykseen siitä, sovelletaanko hankintasääntöjä vai ei ja näin ollen pääasian ratkaisemisen kannalta.

- 21 Jos huomioon on otettava AF:n oma liikevaihto, on epäselvää, voidaanko AF:n kaatopaikoilta saamaa liikevaihtoa pitää tehtävien täyttämisestä saatuna liikevaihtona ratkaisevana vastattaessa kysymykseen siitä, onko toimintoja koskeva edellytys täyttynyt, ja näin ollen pääasian ratkaisemisen kannalta. Tuomiosta Carbotermo käy ilmi, että ulkopuolisilta saatua liikevaihtoa voidaan pitää tehtävien täyttämisestä saatuna liikevaihtona. Määräysvallassa olevan yrityksen ratkaiseva liikevaihto on se, jonka kyseinen yritys saavuttaa hankintasopimusten tekemistä koskevien päätösten perusteella, mukaan lukien liikevaihto, joka saavutetaan käyttäjien kanssa pantaessa näitä päätöksiä täytäntöön. Sen yrityksen, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, huomioon otettavia toimintoja ovat nimittäin kaikki ne, joita kyseinen yritys harjoittaa hankintaviranomaisen kanssa tehdyn hankintasopimuksen yhteydessä vastaanottajan henkilöydestä riippumatta, eli oli sitten kyseessä hankintaviranomainen itse tai palvelujen käyttäjä. On merkityksentöntä, kuka suorittaa maksun kyseiselle yritykselle, eli suorittaako sen hankintaviranomainen vai suorittavatko sen ulkopuoliset käyttäjät (tuomio Carbotermo, 65–67 kohta). Toisaalta valittaja on vedonnut siihen, että AF kilpailee kaatopaikan hyödyntämisen yhteydessä yksityisten osapuolien kanssa määräysvallan alaisena oikeushenkilönä, minkä vuoksi ei ole täysin selvää, voidaanko sen kaatopaikalle sijoittamisesta saatua liikevaihtoa pitää tehtävien täyttämisestä saatuna liikevaihtona. Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuim esittää tämän vuoksi myös toisen ennakkoratkaisukysymyksen.