GENERALINIO ADVOKATO P. MENGOZZI IŠVADA, pateikta 2009 m. lapkričio 17 d.[1]

1. Dėl šios bylos, pradėtos Diuseldorfo aukštesniajam regioniniam teismui (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) pateikus nemažai prejudicinių klausimų, Teisingumo Teismas gali dar kartą išnagrinėti viešojo darbų pirkimo sutarčių ir viešosios valdžios institucijų urbanistikos veiklos atskyrimo problemą.

2. Konkrečiau kalbant, pagrindinis šioje byloje nagrinėjamas klausimas, kurį turi spręsti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, yra susijęs su atveju, kai viešosios valdžios institucija parduoda žemę privačiam asmeniui. Paprastai tokioje situacijoje gali kilti valstybės pagalbos klausimas[2]. Tačiau atrodo, kad šioje byloje toks klausimas nekyla. Priešingai, konkreti šios bylos ypatybė yra ta, kad viešosios valdžios institucija nusprendė parduoti žemę galimam pirkėjui, kuris, už urbanistiką atsakingų vietos valdžios institucijų nuomone, pateiks geriausius ir įdomiausius žemės naudojimo ir pastatų statybos planus. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas klausia, ar šiomis aplinkybėmis taikomos viešųjų pirkimų sutarčių taisyklės, būtent – viešąsias darbų koncesijas reglamentuojančios taisyklės.

I — Teisės aktai

3. Nuostatos, dėl kurių Teisingumo Teismo prašoma priimti sprendimą, yra Direktyvoje 2004/18/EB[3] (toliau – direktyva).

1 – Originalo kalba: italų.

2 – Aišku, kad tokia valstybės pagalba gali būti, jei viešoji nuosavybė parduodama mažesne kaina nei jos rinkos vertė. Šiuo klausimu žr. Komisijos komunikatą dėl valstybės pagalbos elementų valdžios institucijoms parduodant žemę ir pastatus (OL C 209, p. 3; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 1 t., p. 143).

3 – 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 132).

4. Direktyvos 1 straipsnyje nustatyta:

„1. Šioje direktyvoje taikomi šio straipsnio 2–15 dalyse pateikti sąvokų apibrėžimai.

2. a) „Viešosios [viešųjų pirkimų] sutartys“ – tai dėl piniginės naudos vieno arba kelių ūkio subjektų ir vienos ar kelių perkančiųjų organizacijų raštu sudarytos sutartys, kurių dalykas yra darbų atlikimas, prekių tiekimas arba paslaugų teikimas, kaip apibrėžta šioje direktyvoje.

b) „Viešojo darbų pirkimo sutartys“ – tai viešosios [viešųjų pirkimų] sutartys, kurių dalykas yra darbų arba darbo, susijusio su viena iš I Priede nurodytų veiklų, įvykdymas, arba įvykdymas ir suprojektavimas, arba darbo realizavimas bet kokiomis priemonėmis, atitinkančiomis perkančiosios organizacijos nustatytus reikalavimus. Darbas yra tam tikrų statybos arba civilinės inžinerijos darbų, kaip visumos, rezultatas, kurio pakanka ekonominei ar techninei funkcijai atlikti.

<…>

3. „Viešoji darbų koncesija“ – tai tos pačios rūšies sutartis kaip ir viešojo darbų pirkimo sutartis, išskyrus tai, kad atlygis už atliktus darbus yra tik teisė naudotis darbo rezultatais arba tokia teisė kartu su mokėjimu.

<…>“

II — Faktinės aplinkybės, pagrindinė byla ir prejudiciniai klausimai

5. 2006 m. spalio mėn. už viešojo nekilnojamojo turto valdymą atsakinga federalinė agentūra *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* (toliau – *Bundesanstalt*) spaudoje ir internete paskelbė ketinanti parduoti maždaug 24 hektarus žemės Vildeshauzeno savivaldybėje. Šioje žemėje, be kitų statinių, stovėjo nuo 2007 m. pradžios neveikiančios kareivinės.

6. *Bundesanstalt* skelbime buvo nurodyta, kad siūlomas žemės naudojimas turi būti iš anksto suderintas su Vildeshauzeno savivaldybe.

7. 2007 m. gegužės mėn. *Bundesanstalt* užsakymu parengtoje išvadoje žemė įvertinta 2,33 mln. EUR.

8. 2006 m. lapkričio mėn. įmonė *Helmut Müller GmbH* (toliau – *Helmut Müller*) pasiūlė 4 mln. EUR žemės pirkimo kainą su sąlyga, kad teritorijos užstatymo planai bus parengti pagal šios įmonės projektą. Šis pasiūlymas nebuvo priimtas.

9. 2007 m. sausio mėn. *Bundesanstalt* paprašė suinteresuotųjų asmenų pateikti pasiūlymus dėl šios žemės be jokio konkretaus statybos plano. Tokiomis aplinkybėmis *Helmut Müller* pasiūlė 1 mln. EUR žemės pirkimo kainą. Kita įmonė *Gut Spascher Sand Immobilien GmbH* (toliau – GSSI) pasiūlė pirkti žemę už 2,5 mln. EUR.

10. Tada Vildeshauzeno savivaldybė paprašė galimų pirkėjų pateikti jų pačių parengtus teritorijos naudojimo planus. Vėliau šie planai aptarti su miesto savivaldos institucijomis, dalyvaujant *Bundesanstalt*. 2007 m. gegužės 24 d. Vildeshauzeno miesto taryba pareiškė pirmenybę teikianti GSSI pateiktam planui ir nurodė esanti pasirengusi pradėti oficialią šiuo planu grindžiamų teritorijos statybos planų rengimo procedūrą. Miesto taryba savo sprendime aiškiai nurodė, kad šis jos vertinimas nelaikytinas privalomu urbanistikos įgaliojimų, kuriuos miesto taryba pasiliko teisę įgyvendinti savo nuožiūra, atžvilgiu.

11. 2007 m. birželio 6 d. *Bundesanstalt* pardavė žemės sklypą GSSI. Pirkimo-pardavimo sutartyje būsimas žemės sklypo naudojimas nebuvo nurodytas.

12. *Helmut Müller* nacionaliniuose teismuose ginčijo žemės pardavimą ir visų pirma teigė, kad parduota turėjo būti pagal viešųjų pirkimų taisykles.

13. Ginčą nagrinėjantis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pateikė tokius prejudicinius klausimus:

„1. Ar pagal <...> Direktyvos 2004/18/EB <...> 1 straipsnio 2 dalies b punktą viešojo darbų pirkimo sutarties esminė sąlyga yra, kad darbai dalyko ar materialine prasme turi būti perkami patenkinti

perkančiosios organizacijos poreikius ir tiesiogiai jai suteikti ekonominę naudą?

2. Jei Direktyvos 2004/18/EB 1 straipsnio 2 dalies b punkte apibrėžiant viešojo darbų pirkimo sutartį negalima atsisakyti įgijimo elemento, ar pagal šioje nuostatoje įtvirtintą antrąjį variantą reikia preziumuoti įgijimą, jei numatyti darbai turi padėti perkančiajai organizacijai pasiekti konkretų viešąjį tikslą (pavyzdžiui, prisidėti prie miesto teritorijos dalies plėtros), ir sutartimi perkančiajai organizacijai suteikiama teisinė galimybė užtikrinti, kad viešasis tikslas bus pasiektas, o darbų rezultatas – panaudotas šiam tikslui ateityje?

3. Ar pagal Direktyvos 2004/18/EB 1 straipsnio 2 dalies b punkte įtvirtintus viešojo darbų pirkimo sutarties apibrėžties pirmąjį ir antrąjį variantus būtina, kad rangovas turėtų tiesioginę ar netiesioginę prievolę atlikti statybos darbus? Ar prireikus turi būti galima pareikšti ieškinį dėl šios prievolės neįvykdymo?

4. Ar pagal Direktyvos 2004/18/EB 1 straipsnio 2 dalies b punkte įtvirtintą viešojo darbų pirkimo sutarties apibrėžties trečiąjį variantą būtina, kad rangovas turėtų prievolę atlikti darbus ar kad jie būtų sutarties dalykas?

5. Ar į Direktyvos 2004/18/EB 1 straipsnio 2 dalies b punkte įtvirtintą viešojo darbų pirkimo sutarties apibrėžties trečiąjį variantą patenka sutartys, kuriomis, perkančiajai organizacijai nurodžius savo reikalavimus, turi būti užtikrinama, kad būsimas statinys bus naudojamas konkrečiu viešuoju tikslu, ir kurios (įtvirtinus tai sutartyje) kartu suteikia perkančiajai organizacijai teisinę galimybę (savo netiesioginiais interesais) panaudoti darbų rezultatą šiuo viešuoju tikslu?

6. Ar Direktyvos 2004/18/EB 1 straipsnio 2 dalies b punkte esančią „perkančiosios organizacijos nustatytų reikalavimų“ sąvoką atitinka tai, kad darbai turi būti atliekami pagal perkančiosios organizacijos patikrintus ir patvirtintus planus?

7. Ar Direktyvos 2004/18/EB 1 straipsnio 3 dalyje apibrėžta viešoji darbų koncesija

netaikytina tuo atveju, kai koncesininkas yra ar bus žemės sklypo, kuriame turi būti atliekami statybos darbai, savininkas arba kai darbų koncesija suteikiama neribotam laikui?

8. Ar Direktyva 2004/18/EB taikytina – nustatant perkančiajai organizacijai pareigą skelbti konkursą – ir tuomet, kai nuo momento, kai trečiasis asmuo parduoda žemės sklypą, iki viešojo darbų pirkimo sutarties sudarymo yra tam tikras laiko tarpas ir sudarant žemės pirkimo-pardavimo sutartį viešojo darbų pirkimo sutartis dar nebuvo sudaryta, tačiau tuo momentu perkančioji organizacija jau turėjo tikslą ją sudaryti?

9. Ar skirtingus, bet tarpusavyje susijusius žemės pardavimo ir viešojo darbų pirkimo sandorius viešųjų pirkimų teisės požiūriu reikia vertinti kaip vieną visumą, jei sudarant žemės pirkimo-pardavimo sutartį jau buvo numatyta sudaryti viešojo darbų pirkimo sutartį ir šalys sąmoningai tampriai susiejo šias dvi sutartis dalyko ir galbūt laiko atžvilgiu (žr. 2005 m. lapkričio 10 d. Teisingumo Teismo Sprendimą *Stadt Mödling*, C-29/04, Rink. p. I-9705)?“

III — Pirminės pastabos

A — *Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo praktika*

14. Siekiant geriau suvokti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo klausimus, būtina kai ką išsiaiškinti. Visų pirma reikėtų pažymėti, kad pats prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas sprendime dėl šio prašymo paaiškina, jog dabartinė šio teismo (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) praktika kai kuriais atžvilgiais skiriasi nuo daugelio teismų praktikos ir doktrinos viešųjų pirkimų teisės srityje.

15. Visų pirma prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pozicija grindžiama prielaida, kad tai, jog procedūra iš esmės susijusi su urbanistika, iš principo nekliudo taikyti Bendrijos viešųjų pirkimų taisyklių. Šiuo atžvilgiu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo Teisingumo Teismo sprendimus bylose *Ordine degli architetti ir kt.*[4] ir *Komisija prieš Prancūziją*[5].

16. Antra, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš sprendimo *Auroux ir kt.*[6] kildina principą, kad Bendrijos

4 – 2001 m. liepos 12 d. Sprendimas (C-399/98, Rink. p. I-5409).
5 – 2005 m. spalio 20 d. Sprendimas (C-264/03, Rink. p. I-8831).
6 – 2007 m. sausio 18 d. Sprendimas (C-220/05, Rink. p. I-385).

viešųjų pirkimų taisyklių taikymas visiškai nepriklauso nuo to, ar perkančioji organizacija ketina tapti būsimų statinių savininke, ar jų visų valdytoja ir naudotoja. Kitaip tariant, Bendrijos viešųjų pirkimų teisės aktai gali būti taikomi, nepaisant to, ar perkančioji organizacija ketina įsigyti turto. Visų pirma perkančioji organizacija gali siekti ir ne materialaus tikslo, pavyzdžiui, kaip šioje byloje, konkrečių urbanistikos plėtros tikslų, susijusių su savivaldybės žeme[7].

17. Remiantis tokia teismo praktika, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pagrindinės bylos dalyku esančią situaciją aiškina taip. Jo nuomone, GSSI buvo suteikta viešoji darbų koncesija[8], kuriai taikytinos atitinkamos Bendrijos teisės nuostatos[9]. Minėto teismo nuomone, tai, kad GSSI įgijo nagrinėjamo turto nuosavybės teisę, nėra nesuderinama su tokiu aiškinimu, nes direktyvoje apibrėžta „koncesijos“ sąvoka apima neribotos trukmės koncesijas ar koncesininko teisės būti koncesijos objektu esančio turto savininku pripažinimą.

18. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo teigimu, tai, kad nors Vildeshauzeno savivaldybė pareiškė teikianti pirmenybę GSSI pasiūlytam plėtros planui, formaliai ji neprivalėjo suteikti jam leidimo, neleidžia suabejoti jo pateikiamu aplinkybių aiškinimu. Visų pirma prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, siekdamas pagrįsti teiginį, kad teisiškai vertinant bylos aplinkybes reikia atsižvelgti netgi į po sutarties sudarymo įvykusį įvykį, jei jis iš tikrųjų buvo lemiamas sudarant sutartį, nurodo Teisingumo Teismo sprendimą byloje *Komisija prieš Austriją* (sprendimas *Mödling*)[10]. Kitaip

7 – Po to, kai buvo pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, Vokietijos teisės aktai pakeisti 2009 m. balandžio 20 d. Įstatymu dėl viešųjų pirkimų modernizavimo (*Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts*, BGBl. I p. 790), be to, iš dalies pakeistas Konkurencijos apsaugos įstatymo (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) 99 straipsnis, nurodant, kad viešojo darbų pirkimo sutarties apibrėžime nurodytu trečiuoju atveju perkančioji organizacija privalo gauti tiesioginę ekonominę naudą. Taip pat žr. 35 išnašą.

8 – Tačiau nėra iki galo aišku, kuris subjektas suteikė koncesiją. Nors pati Komisija yra linkusi sutikti su prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pozicija šiuo klausimu, per posėdį ji buvo priversta pripažinti, kad *Bundesanstalt* ir Vildeshauzeno savivaldybė turėjo tam tikrų šiai funkcijai būdingų ypatybių, tačiau nebuvo įmanoma pripažinti, kad kuriai nors iš jų šiuo atžvilgiu tenka pagrindinė atsakomybė.

9 – Remiantis sprendimu dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, neabejotina, kad nustatytos direktyvos taikymo ribos šioje byloje gerokai viršytos. Iš tikrųjų, kadangi pati žemės vertė ribinių verčių neviršija, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo argumentai tam tikra prasme yra hipotetiniai. Kita vertus, atsižvelgiant į nusistovėjusią teismo praktiką, pagal kurią tai, ar klausimai turi reikšmės ginčui išspręsti, privalo nustatyti prašymą priimi prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, manau, kad šioje byloje Teisingumo Teismas turėtų atsakyti į *Oberlandesgericht Düsseldorf* pateiktus klausimus. Šiuo atžvilgiu, be kita ko, žr. 1995 m. gruodžio 15 d. Sprendimą *Bosman* (C-415/93, Rink. p. I-4921, 61 punktas), 1999 m. rugsėjo 7 d. Sprendimą *Beck ir Bergdorf* (C-355/97, Rink. p. I-4977, 22 punktas), 2007 m. birželio 7 d. Sprendimą *van der Weerd ir kt.* (C-222/05–C-225/05, Rink. p. I-4233, 22 punktas) ir 2008 m. liepos 17 d. Sprendimą *Corporación Dermoestética* (C-500/06, Rink. p. I-5785, 23 punktas).

10 – 2005 m. lapkričio 10 d. Sprendimas (C-29/04, Rink. p. I-9705).

galėtų būti pakenkta Bendrijos teisės nuostatų veiksmingumui.

19. Tačiau, kaip jau pažymėjau, pats prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pripažįsta, kad jo pateikiamas šiai bylai taikomų Bendrijos teisės nuostatų aiškinimas jokiu būdu nėra vieningai pripažįstamas. Todėl *Oberlandesgericht Düsseldorf* savo klausimais Teisingumo Teismo iš esmės prašo nustatyti, ar toks aiškinimas yra teisingas.

B — *Direktyvos 1 straipsnio kalbinių versijų skirtumai*

20. Daugelyje direktyvos 1 straipsnio kalbinių versijų[11] nustatytos trijų rūšių „viešojo darbų pirkimo sutartys“. Tai yra:

– direktyvos I priede nurodytos rūšies statybos *darbų*[12] įvykdymas arba įvykdymas ir suprojektavimas (pirmasis variantas),

– *darbo*[13] įvykdymas arba įvykdymas ir suprojektavimas (antrasis variantas),

– *darbo*[14] realizavimas bet kokiomis priemonėmis, atitinkančiomis perkančiosios organizacijos nustatytus reikalavimus (trečiasis variantas).

21. Direktyvoje priduriama, kad „darbas“[15] yra tam tikrų statybos arba civilinės inžinerijos darbų, kaip visumos, rezultatas, kurio pakanka ekonominei ar techninei funkcijai atlikti.

22. Iš karto reikėtų pažymėti, kad tarp kalbinių versijų yra reikšmingų skirtumų.

23. Pirma, skirtumų atsiranda dėl kai kurių apibūdinant minėtus variantus vartojamos

11 – Tačiau ne visose. Pavyzdžiui, versijoje portugalų kalba nėra antrojo varianto atitikmens.

12 – Vokiečių k. „von Bauvorhaben“; anglų k. „of works“; prancūzų k. „de travaux“; ispanų k. „de obras“; olandų k. „van werken“; portugalų k. „de trabalhos“; graikų k. „εργασιών“; italų k. „di lavori“.

13 – Vokiečių k. „eines Bauwerks“; anglų k. „a work“; prancūzų k. „d'un ouvrage“; ispanų k. „de una obra“; olandų k. „van een werk“; graikų k. „ενός έργου“; italų k. „di un ' opera“.

14 – Vokiečių k. „einer Bauleistung“; anglų k. „of a work“; prancūzų k. „d'un ouvrage“; ispanų k. „de una obra“; olandų k. „van een werk“; portugalų k. „de uma obra“; graikų k. „ενός έργου“; italų k. „di un ' opera“.

15 – Vokiečių k. „Bauwerk“; anglų k. „work“; prancūzų k. „ouvrage“; ispanų k. „obra“; olandų k. „werk“; portugalų k. „obra“; graikų k. „έργο“; italų k. „opera“.

terminijos nesuderinamumų, ir tai aišku iš kai kuriose kalbinėse versijose vartojamų sąvokų, nurodytų su nagrinėjamais variantais susijusiose išnašose.

24. Be to, versijoje vokiečių kalba yra dar du reikšmingi skirtumai. Pirma, trečiajame variante nurodyta, kad nagrinėjamą veiklą turi vykdyti „tretieji asmenys“ (*durch Dritte*), o kitose kalbinėse versijose tai nenurodoma[16]. Antra, trečiajame variante nurodyta veikla apibūdinama ne kaip „darbas“ (*Bauwerk*), bet kaip „statybos veikla“ (*Bauleistung*), todėl išeina, kad pagal versijoje vokiečių kalba pateikiamą „darbo“ sąvokos apibrėžtį ši sąvoka taikoma tik antrajam variantui, bet ne trečiajam[17].

25. Dėl tokių teksto problemų tikrai nevertėtų „teisingo“ nuostatų aiškinimo ieškoti analizuojant nagrinėjamas nuostatas vien pažodžiui, ypač jei atliekant analizę apsiribojama tik viena kalbine versija. Iš tikrųjų vienintelis galimas orientyras siekiant nustatyti nagrinėjamų nuostatų reikšmę yra sisteminis ir teleologinis aiškinimas, o kartu ir protingumo kriterijus.

IV — Teisinė analizė

A — *Įvadas: viešojo darbų pirkimo sutarties sąvoka*

26. Siekiant pateikti išsamiausią atsakymą į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo klausimus, pirmiausia reikia nustatyti svarbiausias darbų sutarties ypatybes.

27. Visų pirma reikėtų pažymėti, kad ši sąvoka priklauso išimtinai Bendrijos teisės reguliavimo sričiai, todėl konkrečios sutarties

16 – Tačiau pažymiu, kad, kaip per posėdį visų pirma nurodė Austrijos vyriausybė, nors tekste vokiečių kalba esanti papildoma nuostata skiriasi nuo versijų kitomis kalbomis, iš tikrųjų ji yra tik „konkretesnė“, palyginti su nuostatomis kitose kalbinėse versijose. Atsižvelgiant į nagrinėjamos nuostatos struktūrą, net remiantis versijomis kitomis kalbomis, vargu ar įmanoma nustatyti trečiajam priskirtiną atvejį, kai darbų neatlieka „trečiasis asmuo“. Bet kuriuo atveju reikėtų pažymėti, kad pagal nusistovėjusią teismo praktiką, aiškinant Bendrijos teisės nuostatą, negalima remtis tik vienoje iš kalbinių versijų vartojama jos formuluote, teikiant jai šiuo atžvilgiu pirmenybę, palyginti su kitomis kalbinėmis versijomis. Šiuo atžvilgiu žr. 1990 m. kovo 27 d. Sprendimą *Cricket St. Thomas* (C-372/88, Rink. p. I-1345, 18 punktas) ir 2007 m. balandžio 19 d. Sprendimą *Velvet & Steel Immobilien* (Rink. p. I-3225, 19 punktas).

17 – Ši versijos vokiečių kalba ypatybė grindžiama 1989 m. liepos 18 d. Tarybos direktyva 89/440/EEB, kuria iš dalies keičiama Direktyva 71/305/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 210, p. 1). Direktyvoje 89/440 Bendrijos teisinėje sistemoje pirmą kartą nustatyta dabartinė „trejopa“ viešojo darbų pirkimo sutarčių sąvokos apibrėžtis.

kvalifikavimas valstybės narės nacionalinėje teisėje šioje byloje neturi reikšmės[18].

28. Kalbant apie sutarties objektą, kaip jau minėta, Direktyvoje 2004/18 nustatytos trijų pagrindinių rūšių sutartys. Apibendrinant galima teigti, kad pagal direktyvos 1 straipsnį viešojo darbų pirkimo sutarties sąvoka apima, viena vertus, konkrečių direktyvos I priede išvardytų rūšių darbų įvykdymą ir, kita vertus, darbo realizavimą. Kitaip tariant, ši sąvoka apima ir statybos veiklą, nepaisant to, ar darbų rezultatas yra galutinis ir (arba) užbaigtas objektas, ir veiklą, susijusią su konkretaus „užbaigto“ objekto realizavimu (per trečiuosius asmenis). Toks objektas, kurio „baigtinis“ pobūdis nustatytas direktyvoje, nurodant, kad jis atlieka „ekonominę ar techninę funkciją“, paprastai apibrėžiamas kaip „darbas“.

29. Dėl konkrečių situacijų, kurias reikia įvertinti, klausimus, ar jos patenka į Direktyvos 2004/18 taikymo sritį, paprastai reikia nagrinėti atsižvelgiant į kiekvieną konkretų atvejį. Tačiau manau, kad apskritai problema, ar įvykdyti objektyvūs direktyvos taikymo reikalavimai, daugeliu atvejų gali būti išspręsta laikantis lankstaus požiūrio, grindžiamo ne trejopa apibrėžtimi, pateikiama daugelyje 1 straipsnio kalbinių versijų, o ankstesniame punkte išnagrinėta dvejopa darbų apibrėžtimi.

30. Tačiau, nepaisant to, kokio požiūrio laikomasi, nereikia pamiršti, kad visoms viešojo darbų pirkimo sutartims yra būdingas statybos elementas. Kitaip tariant, nagrinėjama veikla turi apimti objekto sukūrimą. Iš tikrųjų vien esamo objekto pardavimas aiškiai nepatenka į direktyvos taikymo sritį[19].

31. Direktyvos 1 straipsnyje aiškiai apibrėžiamos kitos esminės darbų sutarties ypatybės. Jame nustatyta, kad darbų sutartis – tai *dėl piniginės naudos raštu* sudaryta sutartis. Ši ypatybė reiškia rangovo už atlygį, tačiau nebūtinai už grynuosius pinigus, teikiamą

18 – Žr. 6 išnašoje minėto Sprendimo *Auroux ir kt.* 40 punktą.

19 – Žr. direktyvos 16 straipsnį.

neabejotinai ekonominės vertės turinčią paslaugą viešosios valdžios institucijai[20].

32. Tačiau, kaip žinoma, pačioje direktyvoje numatyta „tipinio“ modelio alternatyva, kai viešosios valdžios institucija sumoka (kaip jau nurodyta, plačiąja prasme) statinį pastačiusiam asmeniui už darbą. Pagal šį alternatyvų modelį, viešosios darbų koncesijos modelį, „atlygis už atliktinus darbus yra tik teisė naudotis darbo rezultatais arba tokia teisė kartu su mokėjimu“. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo teigimu, šioje byloje taikytinos viešųjų darbų koncesijų suteikimą reglamentuojančios nuostatos, nes viešosios valdžios institucija paprasčiausia leidžia asmeniui, turinčiam atlikti tam tikrus statybos darbus, remiantis nuosavybės teisę reglamentuojančiomis nuostatomis gauti visą statybos veiklos rezultato teikiamą naudą. Vėliau, visų pirma analizuojant septintąjį prejudicinį klausimą, ši problema bus nagrinėjama išsamiau.

33. Reikia pažymėti dar vieną dalyką dėl viešosios valdžios institucijų siekiamo darbų ir (arba) darbo, kurį jos ketina atlikti, tikslo. Kaip Teisingumo Teismas turėjo progą nuspręsti, direktyvos nuostatų taikytinumo sumetimais šis tikslas neturi reikšmės[21]. Taigi svarbu yra tik tai, ar įvykdyti objektyvūs teisės akto reikalavimai.

34. Aišku, kad priežastis, dėl kurios Bendrijos teisės aktuose nekreipiama dėmesio į viešosios valdžios institucijų kiekvienu konkrečiu atveju siekiamą tikslą, yra ta, kad, kaip matyti iš direktyvos konstatuojamųjų dalių, pagrindinis viešuosius pirkimus reglamentuojančių Bendrijos teisės aktų tikslas yra pašalinti pagrindinių laisvių apribojimus ir paskatinti realią konkurenciją[22]. Taigi laikomasi asmenų, kurie gali būti suinteresuoti atlikti darbus, požiūrio, o tikslas, kurį ketina siekti viešosios valdžios institucija, šiems asmenims neturi reikšmės.

35. Aiškinant direktyvą reikia turėti omenyje šiuos plačius ir ambicingus tikslus, tačiau nereikėtų manyti, kad, vadovaujantis direktyvos tikslu, jos taikymo sritis gali

20 – Pavyzdžiui, viešosios valdžios institucija gali ne tik sumokėti konkrečią sumą grynaisiais pinigais, bet ir atleisti asmenį nuo tam tikrų mokesčių (žr. 4 išnašoje minėto Sprendimo *Ordine degli Architetti ir kt.* 76–86 punktus).

21 – 1998 m. sausio 15 d. Sprendimas *Mannesmann Anlagenbau Austria ir kt.* (C-44/96, Rink. p. I-73, 32 punktas). Taip pat žr. 2004 m. lapkričio 18 d. Sprendimą *Komisija prieš Vokietiją* (C-126/03, Rink. p. I-11197, 18 punktas) ir 2005 m. sausio 11 d. Sprendimą *Stadt Halle ir RPL Lochau* (C-26/03, Rink. p. I-1, 26 punktas).

22 – Visų pirma žr. Direktyvos 2004/18 2 konstatuojamąją dalį ir 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvos 93/37/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 199, p. 54; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 2 t., p. 163), dabar jau panaikintos, 2 ir 10 konstatuojamąsias dalis. Šiuo atžvilgiu taip pat žr. Sprendimą *Ordine degli Architetti ir kt.* (minėtas 4 išnašoje, 52 punktas) ir 2002 m. gruodžio 12 d. Sprendimą *Universale-Bau ir kt.* (C-470/99, Rink. p. I-11617, 51 punktas ir jame nurodyta teismo praktika).

būti neribotai plečiama. Visų pirma reikėtų pažymėti, kad tam tikri konkretūs sektoriai, kur direktyva netaikoma, paminėti pačioje direktyvoje, būtent jos 10–16 straipsniuose. Todėl vien „funkcinis“ aiškinimas, grindžiamas tik pagrindiniais direktyvos tikslais, nėra galimas.

36. „Funkcinis“ aiškinimas, kuriam, atrodo, visų pirma pritaria Komisija, iškelia svarbiausią kriterijų, kuriais remiantis turi būti taikoma direktyva, problemą. Tačiau pati Komisija nurodė, jog didžiausią rūpestį jai kelia tai, kad tam tikri asmenys gali gauti naudą, prieš tai neatsidūrę vienodoje padėtyje su kitais asmenimis, kurie gali būti suinteresuoti gauti tokią naudą. Tokiais atvejais, kokie nagrinėjami šioje byloje, naudą sudaro žemės vertės padidėjimas dėl to, kad viešosios valdžios institucija suteikė leidimą šioje žemėje vykdyti tam tikrą statybos veiklą. Todėl, vadovaujantis Komisijos aiškinimu, direktyvos nuostatos turėtų būti taikomos „bet kokiam nekilnojamojo turto vertės padidėjimui“ dėl viešosios valdžios institucijos veiksmų. Tad aišku, kad jei būtų laikomasi tokios pozicijos, reikėtų sutikti su hipoteze, kad ir kokia absurdiška ji būtų, jog direktyva taikoma *visai urbanistikos veiklai*, nes nuostatos dėl galimybės vykdyti statybos darbus iš esmės pakeičia nagrinėjamos žemės vertę.

37. Iš tikrųjų niekas nesilaiko tokios kraštutinės pozicijos. Tačiau reikia pažymėti, kad tai yra logiška išimtinai funkcinio direktyvos aiškinimo pasekmė.

38. Kaip yra žinoma, kai kuriose srityse Teisingumo Teismas akivaizdžiai taikė „funkcinį“ Bendrijos teisės nuostatų aiškinimo metodą. Visų pirma jis taikė šį metodą viešųjų pirkimų teisės srityje, aiškindamas „perkančiosios organizacijos“ ir „viešosios teisės reglamentuojamos organizacijos“ sąvokas[23]. Tačiau šiuo atžvilgiu visų pirma reikėtų pažymėti, kad minėtais atvejais funkcinis aiškinimo metodas buvo naudojamas siekiant patikslinti konkrečios sąvokos reikšmę, o ne apibrėžti bendrą viso viešuosius pirkimus reglamentuojančio teisės akto taikymo sritį. Be to, minėtais atvejais funkcinis aiškinimo metodas iš esmės buvo taikomas siekiant išvengti didžiulių spragų, dėl kurių atsirastų didelių piktnaudžiavimo galimybių; pavyzdžiui, turiu omenyje atvejį, kai įsteigus įmonę

23 – Žr., pvz., Sprendimą *Universale-Bau ir kt.* (minėtas 22 išnašoje, 53 punktas), 2007 m. gruodžio 13 d. Sprendimą *Bayerischer Rundfunk ir kt.* (C-337/06, Rink. p. I-11173, 37 punktas) ir 2008 m. balandžio 10 d. Sprendimą *Ing. Aigner* (C-393/06, Rink. p. I-2339, 37 punktas).

buvo prisiimta tipiška viešosios teisės reglamentuojamos organizacijos funkcija, iš esmės nepakeitus šios įmonės statuso[24], arba kai viešoji paslauga (šiuo atveju – transliuotojo teikiama paslauga) buvo finansuojama ne tiesiogiai viešaisiais ištekliais, bet imtuvų turėtojų mokamais mokesčiais[25].

39. Todėl manau, kad yra priešingai – direktyvos taikymo sritis turėtų būti apibrėžta visų pirma remiantis pačioje direktyvoje nustatytais objektyviais reikalavimais. Aišku, tai nereiškia, kad reikia vengti visų „funkcinių" motyvų. Iš tikrųjų, aiškinant direktyvą, ja siekiami tikslai neabejotinai priskirtini prie svarbiausių atspirties taškų[26]. Tačiau jie negali būti vienintelis kriterijus, taip pat – priežastis nepaisyti teisės aktų leidėjo ketinimo apibrėžti teisės akto taikymo sritį.

40. Toliau nagrinėsiu prejudicinius klausimus. Atsižvelgdamas į jų tarpusavio loginį ryšį, pradėsiu nuo pirmojo, antrojo, penktojo ir šeštojo prejudicinių klausimų.

24 – 22 išnašoje minėtas Sprendimas *Universale-Bau ir kt.*

25 – 23 išnašoje minėtas Sprendimas *Bayerischer Rundfunk ir kt.* Dėl analogiškos situacijos taip pat žr. 2009 m. birželio 11 d. Sprendimą *Hans & Christophorus Oymanns* (C-300/07, Rink. p. I-4779, 57 punktas).

26 – Žr., pvz., 1983 m. lapkričio 17 d. Sprendimą *Merck* (Rink. p. 3781, 12 punktas), 1999 m. spalio 14 d. Sprendimą *Adidas* (C-223/98, Rink. p. I-7081, 23 punktas) ir 2005 m. birželio 7 d. Sprendimą *VEMW ir kt.* (C-17/03, Rink. p. I-4983, 41 punktas).

B — *Pirmasis ir antrasis klausimai*

41. Pirmais dviem prejudiciniais klausimais, kuriuos galima nagrinėti kartu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas Teisingumo Teismo klausia, ar apskritai viešojo darbų pirkimo sutarties, apibrėžtos Direktyvoje 2004/18, esminė sąlyga yra ta, kad sutarties objektas yra viešosios valdžios institucijos įsigytas turtas, teikiantis tiesioginę ekonominę naudą šiai institucijai. Jei atsakymas į šį klausimą teigiamas, t. y. jei, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo teigimu, „negalima atsisakyti įgijimo elemento", minėtas teismas nori išsiaiškinti, ar tokiu elementu gali būti laikomas vien bendras viešojo tikslo siekimas, pavyzdžiui, pagal konkretų savivaldybės žemės urbanistinės plėtros planą.

1. Šalių pozicijos

42. Pastabas šioje byloje pateikusių šalių pozicijos yra labai įvairios.

43. Viena vertus, Vokietijos vyriausybė, šiuo aspektu palaikoma *Bundesanstalt* ir ypač

Austrijos vyriausybės, tvirtai teigia, kad įgijimo elementas yra esminė viešojo darbų pirkimo sutarties sąlyga. Iš tikrųjų ji nurodo, kad įgijimas nebūtinai turi būti materialus ir kad gali pakakti viešosios valdžios institucijos ekonominės naudos. Tačiau, jos nuomone, vien bendro viešojo tikslo, kaip šioje byloje, nepakanka. Dėl Teisingumo Teismo sprendimo *Auroux ir kt.*, kuris, kaip matyti, yra prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui priimtinos pozicijos atsparties taškas, Vokietijos vyriausybė pažymi, kad byloje, kurioje priimtas minėtas sprendimas, nekilo tiesioginės ekonominės naudos viešosios valdžios institucijai klausimas, todėl Teisingumo Teismas nemanė, kad šiam aspektui reikia skirti dėmesio. Tačiau, Vokietijos vyriausybės nuomone, tai tikrai negali būti aiškinama taip, kad ekonominės naudos reikalavimas nebūtinas. Nors šis reikalavimas nėra aiškiai įvardytas direktyvoje, jis kyla iš bendros jos sistemos. Dėl poreikiu užtikrinti direktyvos veiksmingumą ir išvengti piktnaudžiavimų grėsmės grindžiamų argumentų, pasak Vokietijos vyriausybės, šie motyvai negali būti pagrindas pateisinti paslėptą direktyvos taikymą kitose srityse nei tos, kuriose ji paprastai taikoma. Poreikis užkirsti kelią piktnaudžiavimams ne viešųjų pirkimų srityje turėtų būti užtikrinamas taikant kitus teisės aktus, o ne Direktyvą 2004/18.

44. Tačiau Komisijos pozicija visiškai priešinga Vokietijos vyriausybės pozicijai. Visų pirma, pasak Komisijos, vienintelis lemiamas dalykas atsakant į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo klausimą yra tai, jog direktyvos tekste viešosios valdžios institucijos nereikalaujama ką nors įsigyti iš kito asmens, kad tai būtų viešojo darbų pirkimo sutartis. Todėl, jos nuomone, reikalauti, kad būtų įgijimo elementas, reikštų nustatyti sąlygą, kurios nėra nagrinėjamos direktyvos tekste.

45. Galiausiai Nyderlandų vyriausybė laikosi tarpinės pozicijos. Jos nuomone, nors tai, kad viešosios valdžios institucija įsigytų darbo rezultatą (statinį), net atsižvelgiant į Teisingumo Teismo praktiką, nėra esminis dalykas, vis dėlto viešojo darbų pirkimo sutarties sąvoka suponuoja šios institucijos tiesioginio ekonominio intereso buvimą. Visų pirma šis tiesioginis ekonominis interesas, atsižvelgiant į konkretų atvejį, gali būti ekonominė nauda viešosios valdžios institucijai arba tai, ką Nyderlandų vyriausybė apibūdina kaip šios institucijos prisiimamą „nuostolių riziką“. Nyderlandų vyriausybės nuomone, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nagrinėjamoje byloje tokio ekonominio intereso nėra, bent jau remiantis šio teismo pateikta informacija jo negalima nustatyti.

2. Vertinimas

46. Mano nuomone, teisingas Direktyvos 2004/18 aiškinimas yra tarpinis tarp dviejų kraštutinių pozicijų, kurių atitinkamai laikosi Vokietijos vyriausybė ir Komisija. Kita vertus, ne visai sutinku su Nyderlandų vyriausybės pozicija, nes atrodo, kad, siekiant apibrėžti viešojo darbų pirkimo sutarties sąvoką, ji pernelyg paremta ekonominiu elementu.

47. Manau, kad siekiant atsakyti į Teisingumo Teismui pateiktą klausimą visų pirma svarbu apsvarstyti, kaip reikėtų aiškinti Sprendimą *Auroux ir kt.*[27] Kaip yra žinoma, byloje, kurioje priimtas minėtas sprendimas, savivaldybės institucija, nepaskelbusi kvietimo dalyvauti konkurse, pavedė antrajai perkančiajai organizacijai vykdyti miesto plėtros projektą. Tokiomis aplinkybėmis antroji perkančioji organizacija, pasinaudodama lėšomis, kurių dalį suteikė savivaldybė, privalėjo pastatyti įvairius statinius, iš kurių kai kuriuos planuota parduoti tretiesiems asmenims, o kai kuriuos – perduoti savivaldybės institucijai. Teisingumo Teismas pripažino, kad toks sandoris yra viešojo darbų pirkimo sutartis, nepaisant to, ar yra numatyta, jog pirmoji perkančioji organizacija, t. y. savivaldybė, yra viso šio darbo rezultato, ar jo dalies savininkė, ar ja tampa[28].

48. Tiesa yra tai, kad, kaip pažymi Vokietijos vyriausybė, toje byloje nebuvo abejonių, jog bent kai kurie iš atliktinų darbų davė savivaldybės institucijai tiesioginės naudos. Tačiau tiesa ir tai, kad gan plačios formuluotės, kurias pasirinko vartoti Teisingumo Teismas, mano nuomone, reiškia, kad viešosios valdžios institucijos vykdomo tiesioginio įsigijimo nereikia laikyti viešojo darbų pirkimo sutarties sąlyga.

49. Tačiau, kita vertus, reikia atkreipti dėmesį į kitą minėtos bylos faktinių aplinkybių ypatybę: anoje byloje nagrinėjamu atveju savivaldybės institucija sumokėjo nemažą pinigų sumą ir tiesiogiai pasitelkė antrąją perkančiąja organizaciją, kad būtų atlikti būtini darbai.

50. Nors siekiant užkirsti kelią galimiems piktnaudžiavimams viešojo darbų pirkimo sutarties sąvoką reikėtų aiškinti plačiai, kaip jau pažymėjau, šios sąvokos taikymo sritis negali būti plečiama neribotai[29]. Taikant tokį „funkcinį“ aiškinimą, negalima visiškai nepaisyti direktyvos taikymo srities ribų. Nors neabejotina, kad pagrindinis viešųjų pirkimų direktyvos tikslas yra skatinti įmonių konkurenciją ir atverti rinkas, tiesa yra ir tai, kad srityse, kurios nepatenka į direktyvos taikymo

27 – Šios išvados 6 išnašoje minėtas sprendimas.

28 – Ten pat, 47 punktas.

29 – Žr. šios išvados 35 ir paskesnius punktus.

sritį, šio tikslo reikia siekti naudojantis kitais atitinkamais teisės aktais, o ne nepagrįstai išplečiant viešuosius pirkimus reglamentuojančių nuostatų taikymo sritį.

51. Todėl reikėtų tiksliau nustatyti šių nuostatų taikymo srities ribas ir direktyvos nuostatų taikymo sumetimais šios ribos turi būti absoliučios.

52. Manau, kad išnagrinėjus visą teisės aktą, turint omeny tą reikšmę, kurią iki šiol jam yra priskyręs Teisingumo Teismas, iš jo galima kildinti pagrindinį principą, pagal kurį, siekiant, kad konkreti veiklos rūšis patektų į viešojo darbų pirkimo sutartis reglamentuojančio teisės akto taikymo sritį, tarp viešosios valdžios institucijos ir vykdytino darbo ar darbų turi būti tvirtas ir *tiesioginis ryšys*. Paprastai šis ryšys atsiranda dėl to, kad darbas ar darbai vykdomi viešosios valdžios institucijos iniciatyva.

53. Priešingai nei mano prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, vien nematerialios ir netiesioginės naudos nepakanka. Taip pat nepakanka ir aplinkybės, kad vertintina veikla bendrai siekiama viešojo intereso. Reikėtų pažymėti, kad tais atvejais, kai leidimą veiklai turi išduoti viešosios valdžios institucija (paprastai taip būna bet kokios statybos veiklos atveju), kad toks leidimas būtų išduotas, ta veikla neabejotinai turi būti siekiama viešojo intereso, nes viešasis interesas yra pagrindinis parametras, kuriuo remdamosi viešosios valdžios institucijos suteikia leidimą. Todėl bendras viešojo intereso buvimas, pateisinantis leidimą vykdyti veiklą, negali būti lemiamas kriterijus nustatyti, kokie atvejai patenka į direktyvos taikymo sritį, nes ši būtų neribotai plečiama. Visų pirma reikėtų turėti omenyje tai, kad statybos leidimas, t. y. tipinė valdžios institucijų įgaliojimų *objektyvioje* urbanistikos srityje išraiška, paprastai apima tik plėtros apribojimų pašalinimą privataus asmens, bet ne viešosios valdžios institucijos iniciatyva.

54. Todėl manau, kad reikalaujant tiesioginio ryšio tarp viešosios valdžios institucijos ir atliktino darbo ar darbų galima suderinti potencialiai prieštaringus dalykus – poreikį užkirsti kelią piktnaudžiavimams ir būtinybę

neleisti neribotai plėsti direktyvos taikymo sritį. Visų pirma tai visiškai atitinka Teisingumo Teismo išvadą Sprendime *Auroux ir kt.*, pagal kurią institucijos įsigyjami darbai nėra būtina viešuosius pirkimus reglamentuojančių nuostatų taikymo sąlyga. Tačiau šiuo sprendimu negalima remtis siekiant pateisinti požiūrį, kuriuo vadovaujantis visiškai atsiribojama nuo tvirto ryšio tarp viešosios valdžios institucijų ir atliktinų darbų; mano nuomone, pats tiesioginio ryšio kriterijus gali būti tinkama šios būtinos sąsajos išraiška.

55. Toks ryšys yra akivaizdus, pirma, tais atvejais, kai viešosios valdžios institucija iš karto įgyja būsimo objekto nuosavybės teisę. Tai neabejotinai įprasčiausias atvejis, ir šis etaloninis modelis yra taikomas daugeliui atvejų, kuriems taikytina direktyva. Taip pat yra į šį tipinį atvejį panašių atvejų, kai viešosios valdžios institucija neįsigyja būsimo objekto, tačiau, nepaisant to, jis teikia jai *tiesioginę ekonominę naudą*. Taip gali būti, pavyzdžiui, tais atvejais, kai viešosios valdžios institucija įgyja teisę į statinį, ir nors tai nėra nuosavybės teisė, įgytos teisės pagrindu ji gali bent tam tikru mastu naudotis šiuo statiniu.

56. Antras tiesioginio ryšio tarp viešosios valdžios institucijos ir atliktino darbo ar darbų pavyzdys, mano nuomone, gali būti tais atvejais, kai viešosios valdžios institucija darbui ir (arba) darbams vykdyti naudoja viešuosius išteklius. Daugeliu atvejų šias situacijas akivaizdžiai apima ankstesniame punkte pateiktas pirmas pavyzdys, nes pagal klasikinį viešųjų išteklių naudojimo darbui arba darbams vykdyti modelį, t. y. viešųjų pirkimų modelį, viešosios valdžios institucijos sumoka, kad įgytų būsimo turto nuosavybės teisę. Be to, kaip jau paaiškinta, viešieji ištekliai gali būti naudojami ir koncesijos modelio atveju, nors ir ne visai atliktino darbo ar darbų vertei padengti.

57. Tačiau antrasis pavyzdys taip pat apima atvejus, kai viešosios valdžios institucija sumoka pinigus ar panaudoja kitus viešuosius išteklius, tačiau neįgyja būsimo turto nuosavybės teisės. Kaip Teisingumo Teismas konstatavo Sprendime *Auroux ir kt.*, nuosavybės teisės įgijimas nėra esminis dalykas. Be to, atrodo, jog su teisingumo reikalavimais ir pagrindiniais direktyvos principais visiškai dera tai, kad kai viešosios valdžios institucijos ketina panaudoti viešuosius išteklius, asmenys, turintys gauti šiuos išteklius, turi

būti atrinkti taikant direktyvoje numatytas garantijas.

58. Minėtas pavyzdys neabejotinai apima ir tuos atvejus, kai naudojami viešieji ištekliai yra ne piniginio pobūdžio, pavyzdžiui, turiu omenyje atvejus, kai darbo ar darbų atlikimo sumetimais valstybinė žemė rangovui arba koncesininkui suteikiama nemokamai arba už mažesnę nei rinkos kaina.

59. Trečiasis ir paskutinis tiesioginio ryšio tarp viešosios valdžios institucijos ir atliktino darbo ar darbų pavyzdys susijęs su atvejais, kai darbas ir (arba) darbai, nepaisant to, ar jie priskirtini pirmajam, ar antrajam pavyzdžiui, bet kuriuo atveju yra šios institucijos iniciatyvos rezultatas. Visų pirma taip yra tuomet, kai viešosios valdžios institucijos savo iniciatyva pradeda procedūrą, kurios rezultatas yra darbo ar darbų įvykdymas ar realizavimas. Tokį atvejį Teisingumo Teismas nagrinėjo Sprendime *Auroux ir kt.*[30]

60. Tačiau trečiąjį, paskutinįjį, pavyzdį reikia patikslinti svarbiu aspektu. Tokiomis aplinkybėmis viešosios valdžios institucijos vykdoma veikla turi apimti ne tik bendrų šiai institucijai suteiktų įgaliojimų urbanistikos srityje įgyvendinimą. Tai yra vienintelis būdas nubrėžti aiškią ribą tarp į direktyvos taikymo sritį patenkančios veiklos ir „įprastos“ urbanistikos veiklos, kuriai direktyva netaikoma. Tiksliau sakant, nacionalinis teismas, atsižvelgdamas į konkretų atvejį, turi įvertinti viešosios valdžios institucijos kiekvienu konkrečiu atveju vykdomos veiklos rūšį.

61. Tokiomis aplinkybėmis negalima atmesti, kad tam tikro teritorijos plėtros plano įgyvendinimas gali būti sutarties, patenkančios į direktyvos taikymo sritį, dalykas. Tačiau, kad tokia galimybė būtų, tarp viešosios valdžios institucijos ir atliktino darbo ar darbų turi būti tiesioginis ryšys, kaip nurodyta ankstesniuose punktuose. Vien viešojo intereso siekis, įgyvendinant įprastus urbanistikos srities įgaliojimus, nėra pakankamas pagrindas taikyti sutartis ir koncesijas reglamentuojančias Bendrijos taisykles.

62. Šioje byloje aišku, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi nustatyti, ar toks tiesioginis ryšys yra. Tačiau turėčiau pažymėti, kad, remiantis minėto teismo Teisingumo Teismui pateikta informacija, man atrodo sunku teigti, kad toks

30 – 6 išnašoje minėto sprendimo 42 punktas.

ryšys yra. Viena vertus, atrodo, yra nustatyta, kad viešosios valdžios institucija šiuo atveju neįgis jokio turto ir negaus jokios tiesioginės ekonominės naudos. Taip pat neatrodo, kad kalba eitų apie kurį nors kitą atvejį, kuriam esant gali būti nustatytas tiesioginis ryšys, nes Vildeshauzeno savivaldybė nesiėmė jokios konkrečios iniciatyvos darbų vykdymo srityje, priešingai, ji tik įvertino įvairius jai pateiktus projektus ir neturėjo patirti jokių su statybos darbais susijusių išlaidų. Tokio ryšio nematyti ir *Bundesanstalt* atveju.

C — *Penktasis ir šeštasis klausimai*

1. Šalių argumentai

63. Penktasis ir šeštasis prejudiciniai klausimai susiję tik su trečiuoju viešojo darbų pirkimo sutarties sąvokos variantu[31] ir juose, darant nuorodą į trečiąjį variantą, kažkiek pakartojamos pirmuose dviejuose klausimuose, visų pirma antrajame klausime, iškeltos problemos.

64. Tiksliau kalbant, penktuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nori sužinoti, ar minėtame variante nurodyti „perkančiosios organizacijos nustatyti reikalavimai“ reiškia tik tai, jog perkančioji organizacija turi įgaliojimus užtikrinti, kad atliktini darbai atitiktų viešąjį interesą.

65. Kita vertus, šeštuoju klausimu Teisingumo Teismo prašoma nustatyti, ar minėti „perkančiosios organizacijos nustatyti reikalavimai“ iš tikrųjų gali reikšti viešosios valdžios institucijai suteiktus įgaliojimus tikrinti ir tvirtinti statybos planus.

66. Išskyrus vienintelę *Helmut Müller*, visos pastabas pateikusios šalys iš esmės sutinka, kad tokiomis aplinkybėmis, kaip pagrindinėje byloje, būtinos viešojo darbų pirkimo sutarties buvimo sąlygos trečiojo varianto prasme nėra įvykdytos.

67. Tiksliau Komisija, Nyderlandų vyriausybė ir Prancūzijos vyriausybė pabrėžia būtinybę skirti „aktyvų“ viešosios valdžios

31 – Žr. šios išvados 20 punktą.

institucijų vaidmenį, kai jos imasi iniciatyvos ar daro lemiamą įtaką darbo vykdymui, ir visiškai „pasyvų“ šių institucijų vaidmenį, kai jos tik įgyvendina privačių asmenų remiamų projektų tvirtinimo ir kontrolės funkcijas. Teigiama, kad antruoju atveju viešojo pirkimo sutarties nėra, tai gali būti vertinama nebent kaip atvejis, kai viešosios valdžios institucijos įgyvendina įprastas joms tenkančias planavimo, tvirtinimo, kontrolės ir kitas funkcijas.

68. Vokietijos vyriausybė savo ruožtu laikosi pozicijos, grindžiamos nuomone, kad sąlygos, kurias ji laiko esminėmis viešojo darbų pirkimo sutarties sąvokos pirmojo ir antrojo variantų atvejais, visų pirma įskaitant tiesioginės ekonominės naudos viešosios valdžios institucijai reikalavimą, taip pat yra esminės trečiojo šios sąvokos varianto atveju.

2. Vertinimas

69. Manau, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo sprendimas formuluojant Teisingumo Teismui pateiktinus klausimus atskirti su dviem pirmaisiais viešojo darbų pirkimo sutarties sąvokos variantais susijusius aspektus, kurie visų pirma yra antrojo klausimo dalykas, nuo su trečiuoju variantu susijusių aspektų, kurie yra pagrindiniai penktajame ir šeštajame klausimuose, grindžiamas noru iš trečiojo varianto formuluotės padaryti išvadą, kad direktyvos taikymo sritis yra labai plati.

70. Kaip Komisija pažymėjo savo pastabose, neabejotina, kad trečiasis viešojo darbų pirkimo sutarties sąvokos variantas iš tikrųjų buvo įtrauktas siekiant neleisti išvengti teisės aktų taikymo, įtraukiant į šią sąvoką įvairių rūšių atvejus, kurių negalima apibrėžtai iš anksto nustatyti.

71. Tačiau, kaip jau pažymėjau, negalima pasinaudojant teisės akto tekstu neribotai plėsti jo taikymo sritį. Visų pirma, jei „perkančiosios organizacijos nustatyti reikalavimai“ apimtų visas viešosios valdžios institucijų tvirtinimo ir planavimo funkcijas miesto plėtros srityje, direktyvos taikymo sritis būtų nepagrįstai išplėsta.

72. Iš tikrųjų mano nurodyti motyvai, susiję su pirmaisiais dviem prejudiciniais klausimais, taikomi ir trečiajam variantui. Nėra jokios priežasties manyti, kad trečiojo

varianto atveju, taikant Direktyvą 2004/18, galima nepaisyti tiesioginio ryšio tarp viešosios valdžios institucijos ir atliktinų darbų reikalavimo.

D — *Dalinės išvados*

73. Užbaigdamas pirmojo, antrojo, penktojo ir šeštojo klausimų analizę siūlau Teisingumo Teismui atsakyti į šiuos klausimus taip: viešojo darbų pirkimo sutarčiai ar viešajai darbų koncesijai remiantis Direktyva 2004/18 yra būtinas tiesioginis perkančiosios organizacijos ir atliktino darbo ar darbų ryšys. Šis tiesioginis ryšys visų pirma gali reikšti tai, kad darbo rezultatas turi būti skirtas įsigyti perkančiajai organizacijai ar teikti jai tiesioginę ekonominę naudą, arba tai, kad viešoji perkančioji organizacija ėmėsi darbų vykdymo iniciatyvos ar kad jai šiuo atžvilgiu tenka bent kiek sąnaudų.

E — *Trečiasis ir ketvirtasis klausimai*

74. Trečiuoju ir ketvirtuoju klausimais *Oberlandesgericht Düsseldorf* iš esmės nori sužinoti, ar viešojo darbų pirkimo sutarties sąvoka būtinai reiškia, kad rangovas privalo atlikti darbą ar darbus. Šie atskiri klausimai užduoti todėl, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nagrinėjamoje byloje žinoma, jog žemės pirkėjui nenustatyta jokia pareiga vykdyti joje statybas.

75. Beveik visos pastabas pateikusios šalys bendrai sutaria, kad atsakymas į šiuos klausimus turėtų būti teigiamas, ir atrodo, kad jų atitinkamos pozicijos iš esmės nesiskiria. Ir tik ieškovė pagrindinėje byloje *Helmut Müller* dėl akivaizdžių priežasčių siūlo Teisingumo Teismui sutikti su prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pozicija, kuria remiantis nagrinėjama pareiga nėra būtina.

76. Tačiau manau, kad yra aišku, jog atsakymas į pateiktus klausimus turėtų būti teigiamas ir kad pareiga atlikti darbą ir (arba) darbus yra esminis viešojo darbų pirkimo sutarties ar viešosios darbų koncesijos elementas.

77. Tai visų pirma išplaukia iš pačios Direktyvos 2004/18 nuostatų: joje, kaip jau tapo aišku,

viešojo darbų pirkimo sutartys apibrėžiamos kaip sutartys, sudaromos dėl piniginės naudos. Taigi ši sąvoka grindžiama perkančiosios organizacijos, kuri sumoka kainą (arba alternatyviai suteikia naudojimo teisę), ir rangovo, kuris privalo įvykdyti darbą ar darbus, pasikeitimo paslaugomis idėja. Todėl akivaizdu, kad viešojo pirkimo sutartys sukuria abipusius įsipareigojimus. Šios ypatybės aiškiai neatitiktų požiūris, kad po sutarties sudarymo rangovas gali be jokių pasekmių vienašališkai nuspręsti tiesiog neatlikti nustatyto darbo. Tuomet išeitų, kad rangovai perkančiosios organizacijos reikalavimų ir poreikių atžvilgiu gali elgtis savo nuožiūra.

78. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas užduoda dar vieną skirtingą ir koncepciniu požiūriu atskirą klausimą – ar viešojo darbų pirkimo sutarties atveju būtina galimybė teisiškai užtikrinti bet kokio rangovo įsipareigojimo perkančiajai organizacijai vykdymą. Kitaip tariant, minėtas teismas klausia, ar jei darbas neatliekamas, turi būti numatyta perkančiosios organizacijos galimybė kreiptis į teismą su prašymu įpareigoti rangovą atlikti darbą.

79. Jei taip suformulavęs klausimą prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas ketino Teisingumo Teismo paklausti, ar Direktyvoje 2004/18 apibrėžtų darbų pirkimo sutarčių atveju nacionalinėje teisinėje sistemoje turi būti būtinai numatyti mechanizmai, kuriais pasinaudojant būtų galima įpareigoti rangovus atlikti sutartyje numatytą darbą ar darbus, manau, kad atsakymas į šį klausimą turėtų būti neigiamas, nes direktyvoje neįmanoma rasti jokios užuominos šiuo atžvilgiu.

80. Tačiau tai nereiškia, kad rangovo įsipareigojimų neįvykdymas neturi reikšmės. Nereikėtų pamiršti, kad, kaip jau pažymėjau, viešojo darbų pirkimo sutartis visais atžvilgiais yra sutartis, t. y. teisinis dokumentas, kuris įvairiose nacionalinėse teisinėse sistemose visada yra privalomo pobūdžio. Kaip teisingai savo pastabose pažymi Vokietijos vyriausybė, viešojo darbų pirkimo sutarčiai būtina rangovo sutartinė prievolė teikti nustatytą paslaugą. Tačiau įsipareigojimų neįvykdymo padariniai reglamentuojami nacionalinėje teisėje, pavyzdžiui, niekas netrukdo valstybės nacionalinėje teisėje nustatyti, kad sutartinės prievolės neįvykdymo atveju sutartis turi būti nutraukiama, sudaroma su kitu rangovu ir kad viešosios valdžios institucija turi teisę tiesiog reikalauti pirmojo rangovo atlyginti visus nuostolius ar žalą.

81. Todėl siūlau Teisingumo Teismui į trečiąjį ir ketvirtąjį prejudicinius klausimus atsakyti

taip: viešojo darbų pirkimo sutarties ir viešosios darbų koncesijos sąvokos remiantis Direktyva 2004/18 reiškia, kad rangovas turi sutartinę prievolę viešosios valdžios institucijai teikti sutartą paslaugą. Rangovo prievolių neįvykdymo padariniai turi būti numatyti nacionalinėje teisėje.

1. Šalių pozicijos

83. Aiškiausia pozicija šiuo klausimu yra Vokietijos vyriausybės, kuri apskritai atmeta koncesijų instituto suderinamumo su nuosavybės teisės buvimu galimybę. Taip yra todėl, kad koncesija iš esmės reiškia, jog koncesijos suteikėjas yra koncesininkui perduodamų teisių turėtojas.

F — *Septintasis klausimas*

84. Nors Nyderlandų ir Austrijos vyriausybės savo ruožtu visiškai neatmeta koncesijų suderinamumo su nuosavybės teise galimybės, jos mano, kad šioje byloje viešosios valdžios institucijos vaidmuo yra pernelyg ribotas koncesijai atsirasti. Šių vyriausybių nuomone, kad atsirastų koncesija, viešosios valdžios institucijos turėtų bent jau duoti koncesininkui tikslius nurodymus dėl atliktino darbo ir (arba) darbų.

82. Septintuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nori sužinoti, ar viešoji darbų koncesija pagal Direktyvą 2004/18 taikytina, jei „koncesininkas“ turi nuosavybės teisę, suteikiančią galimybę naudoti koncesijos objektu esantį turtą [32]. Apskritai klausimas susijęs su neribotos trukmės koncesijos priimtinumu Bendrijos teisės požiūriu.

85. Atviresnės pozicijos laikosi tik Komisija. Visų pirma remdamasi tuo, kad darbų koncesijai būdinga ypatybė yra ta, jog koncesininkui tenka su darbo ar darbų įvykdymu susijusi ekonominė rizika, Komisija mano, kad ekonominė rizika šioje byloje gali būti nustatyta atsižvelgiant į koncesininko netikrumą dėl to, ar viešosios valdžios institucija patvirtins

32 – Tiksliau sakant, formuluodamas klausimą prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš tikrųjų kalba apie *žemės*, kurioje turi būti atliekami darbai, nuosavybę. Tačiau, kaip šis teismas pažymi prašymo priimti prejudicinį sprendimą motyvuojamojoje dalyje, pagal Vokietijos teisę statinio naudojimo teisė tiesiogiai kyla iš žemės, kurioje pastatytas statinys, nuosavybės teisės. Taigi tikroji šio klausimo problema yra būtent koncesijos ir nuosavybės teisės santykio problema.

statybos planus, kuriems įgyvendinti žemę reikia įsigyti iš anksto.

88. Koncesija apibrėžiama kaip būdas leisti asmeniui naudoti turtą, į kurį kitu atveju šis asmuo negalėtų reikalauti jokių teisių.

2. Vertinimas

89. Direktyvoje 2004/18 savo ruožtu apibrėžiant viešąją darbų koncesiją kalbama tiesiog apie teisę „naudotis darbo rezultatais“, suteikiamą kaip atlygis šį darbą atlikusiam (statinį pastačiusiam) asmeniui.

86. Septintasis klausimas tam tikru požiūriu kelia daugiausia problemų, bent jau vienu svarbiu aspektu. Viešųjų darbų koncesijų ir nuosavybės teisės suderinamumo problema turi didelės teorinės ir praktinės reikšmės.

90. Tačiau kadangi „teisė naudotis“ gali būti aiškinama plačiai, viena galimybė, kurią, mano manymu, atsižvelgiant į nagrinėjamo teisės akto reikšmę ir bendrą sistemą, reikia atmesti, yra viešosios darbų koncesijos galimybė, kurios atveju koncesininkas turi darbo rezultato (pastatytų statinių) nuosavybės teisę.

87. Viešosios valdžios institucija gali pasirinkti viešąją darbų koncesiją dėl įvairių priežasčių. Kai kuriais atvejais tokį jos sprendimą gali paskatinti noras pasinaudoti specialia privataus sektoriaus patirtimi arba veiksmingiau vykdyti statybos darbus. Tačiau neabejotina, kad daugeliu atvejų sprendimas pasirinkti koncesiją atitinka finansinius reikalavimus. Pasinaudojant koncesija darbus siekiant viešojo intereso tikslo galima atlikti neužkraunant naštos valstybės biudžetui[33].

33 – Dėl šios *ratio legis* žr. Komisijos aiškinamąjį komunikatą dėl koncesijų Bendrijos teisėje (OL C 121, p. 2, 1 ir 2 punktai) ir naujesnį 2005 m. lapkričio 15 d. Komisijos komunikatą Europos Parlamentui, Tarybai, Europos ekonomikos ir socialinių reikalų komitetui ir Regionų komitetui dėl viešojo ir privačiojo sektoriaus partnerystės ir Bendrijos teisės aktų, susijusių su viešuoju pirkimu ir koncesijomis (COM(2005) 569, galutinis, 1 punktas).

91. Visų pirma, kaip pažymėjo Vokietijos vyriausybė, tai, kad direktyvoje kalbama apie koncesininko teisę naudotis darbo rezultatais,

atrodo, logiškai reiškia, jog koncesininkas negali turėti daugiau teisių į turtą, pvz., nuosavybės teisės.

92. Tokia situacija ne tik sunkiai dera su nagrinėjamos nuostatos tekstu; dėl jos viešosios valdžios institucijos netektų vienos iš, mano nuomone, svarbiausių viešosios darbų koncesijos ypatybių – galimybės viešosios valdžios institucijai valdyti darbų rezultatą, siekiant bent jau perleisti jo naudojimo teisę.

93. Kitaip tariant, problema kyla ne tiek dėl objektyvių nuosavybės teisės ypatybių, susijusių su galimybe naudotis turtu, kiek dėl galimos neribotos šios teisės trukmės. Todėl koncesininkui suteikta naudojimo teisė niekada negali būti suteikiama neribotam laikui, nepaisant teisinio pagrindo, kuriuo remiantis šią teisę galima įgyvendinti.

94. Reikia turėti omenyje ir tai, kad pagal tipinį koncesijos modelį Bendrijos teisėje svarbiausias skiriamasis bruožas, kuriuo remiantis koncesiją visų pirma galima atskirti nuo viešojo pirkimo sutarties, yra tas, kad koncesijos atveju koncesininkas turi prisiimti ekonominę riziką, o viešojo pirkimo sutarties atveju tokios rizikos nėra[34]. Šioje byloje, siekdama nustatyti, ar tokio pobūdžio rizika yra, Komisija turi ją susieti su aplinkybe, kad atitinkamiems asmenims įsigijus žemę viešosios valdžios institucijos, įgyvendindamos miesto urbanistikos funkcijas, gali atsisakyti išduoti statybos leidimą siūlomiems darbams. Tačiau „tikimybė“, kad taip nutiks, yra ne tiek su ekonominiu darbų rezultato panaudojimu susijusi rizika, kiek įprastas privataus asmens, priklausomo nuo viešosios valdžios institucijos diskrecija priimamo sprendimo, netikrumas.

95. Be to, direktyvoje numatytai viešajai darbų koncesijai būdinga ekonominė rizika yra tiesioginė šios koncesijos ribotos trukmės pasekmė. O esant neribotos trukmės teisei į turtą, kuris bus pastatytas, ekonominės rizikos galimybė iš esmės niekada neatsirastų,

34 – Žr. 2005 m. spalio 13 d. Sprendimą *Parking Brixen* (C-458/03, Rink. p. I-8585, 40 punktas) ir 2008 m. lapkričio 13 d. Sprendimą *Komisija prieš Italiją* (C-437/07, 29–31 punktai). Rizika nebūtinai turi būti labai didelė, nes yra veiklos rūšių, kurių atveju rizika iš tikrųjų yra ribota, tačiau turi būti perkelta visa rizika ar bent didelė dalis rizikos, kurią patirtų viešosios valdžios institucija, jei pati tiesiogiai vykdytų veiklą (2009 m. rugsėjo 10 d. Sprendimo *Eurawasser*, C-206/08, Rink. p. I-8377, 69–77 punktai).

nes ilgainiui visada galima įveikti bet kokius sunkumus, galinčius kilti naudojant turtą.

96. Galiausiai yra dar vienas argumentas dėl apskritai ribotos koncesijų trukmės Bendrijos teisėje. Šioje išvadoje jau keletą kartų pažymėta, kad pagrindinis viešuosius pirkimus reglamentuojančių Bendrijos teisės aktų tikslas apskritai yra kuo labiau skatinti konkurenciją, panaikinant visus pagrindinių laisvių apribojimus. Tokiomis aplinkybėmis, jei būtų pripažinta neribotos trukmės koncesijų galimybė, konkurencijos ir veiksmingumo nenaudai būtų užkirstas kelias kitų asmenų galimybei ateityje naudoti darbų rezultatą taikant veiksmingesnius kriterijus ir metodus.

97. Nurodytų motyvų padariniai dvejopi. Viena vertus, neribotos trukmės koncesijos paprastai negali būti suteikiamos[35]. Kita vertus, asmeniui negalima suteikti koncesijos turtui, jei asmuo jau yra šio turto savininkas, išskyrus, jei pagal nacionalinę teisę viešosios valdžios institucija po kurio laiko įgyja nuosavybės ar analogišką teisę į šį turtą.

98. Todėl siūlau Teisingumo Teismui į septintąjį klausimą atsakyti taip: viešosios darbų koncesijos, kaip ji apibrėžta Direktyvoje 2004/18, atveju koncesininkui niekada negali būti numatyta neribotos trukmės teisė į koncesijos objektu esantį turtą.

G — *Aštuntasis ir devintasis klausimai*

99. Aštuntąjį ir devintąjį klausimus, atsižvelgiant į jų dalyką, taip pat galima nagrinėti kartu. Aštuntuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nori sužinoti, ar Direktyvos 2004/18 nuostatos taikomos ir tuomet, kai viešosios valdžios institucija, kuri dar nėra formaliai nusprendusi sudaryti viešojo darbų pirkimo sutartį, parduoda žemę, ketindama vėliau sudaryti sutartį dėl jos. Devintasis klausimas, kita

35 – Todėl manau, kad šios išvados 7 išnašoje minėtas naujasis Vokietijos įstatymas, kuriame, be kita ko, pateikta viešosios darbų koncesijos apibrėžtis, aiškiai nurodant, kad koncesininkui suteikiamos teisės yra ribotos trukmės, yra teisingas ir atitinka Bendrijos teisę.

vertus, susijęs su galimybe teisiniu požiūriu vertinti žemės pardavimą ir vėlesnį sutarties sudarymą kaip visumą.

100. Kaip matyti, abu klausimai susiję su galimybe kovoti su galimu piktnaudžiavimu teisėmis, siekiant išvengti viešuosius pirkimus reglamentuojančių Bendrijos teisės nuostatų, kai jos taikomos nesilaikant direktyvoje numatytos įprastos chronologinės sekos.

101. Reikėtų pažymėti, kad, atsižvelgiant į mano pasiūlytus atsakymus į kitus klausimus, ypač į septintąjį klausimą, atsakymas į aštuntąjį ir devintąjį klausimus prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui tikriausiai nėra būtinas, nes viešojo darbų pirkimo sutartis ar viešoji darbų koncesija, kaip jos apibrėžiamos Bendrijos teisėje, negali būti suderinamos su tariamo rangovo arba koncesininko nuosavybės teisės į atitinkamą turtą turėjimu. Tačiau siekdamas išsamumo ir, jei Teisingumo Teismas nepritartų mano nuomonei išnagrinėtais klausimais, trumpai apsvarstysiu ir šį aspektą.

102. Iš pastabas šioje byloje pateikusių šalių tik Komisija išreiškė norą apsvarstyti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pasirinktą poziciją. Pažymėjusi, kad vertinimą kiekvienoje konkrečioje byloje turi atlikti nacionalinis teismas, Komisija pripažįsta, jog tokioje situacijoje, kokia nagrinėjama pagrindinėje byloje, Direktyva 2004/18 iš esmės galėtų būti taikoma tuomet, kai institucija nusprendžia parduoti žemę. Visos kitos šalys, nors skirtingais niuansais, mano, kad vien viešosios valdžios institucijos ketinimas neturi reikšmės.

103. Kaip pažymi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, atsakant į aštuntąjį ir devintąjį klausimus neabejotinai būtina atsižvelgti į Teisingumo Teismo sprendimą byloje *Mödling*[36]. Toje byloje Teisingumo Teismas nagrinėjo situaciją, kai Austrijos savivaldybė tiesioginę atsakomybę už atliekų surinkimo paslaugą patikėjo savivaldybės visiškai kontroliuojamai įmonei, o po kelių dienų perleido 49 % šios įmonės akcijų privačiam asmeniui. Teisingumo Teismas konstatavo, kad jei sutarties sudarymo procesas dirbtinai suskaidomas į kelis etapus[37] ir dėl to iš esmės pakenkiama viešuosius pirkimus reglamentuojančių direktyvų veiksmingumui, toks atvejis turi būti teisiškai

36 – Nurodyta 10 išnašoje.
37 – Ten pat, 40 punktas.

vertinamas „bendrai atsižvelgiant į visus šiuos etapus ir jų rezultatą, o ne griežtai laikantis jų chronologinės sekos“ [38].

104. Manau, kad Teisingumo Teismo sprendimas *Mödling* aiškiai pagrįstas dviem svarbiausiais motyvais. Pirmasis motyvas yra poreikis išlaikyti direktyvos veiksmingumą [39]. Antrasis motyvas nurodytas netiesiogiai, tačiau iš esmės tai tik kita to paties medalio pusė – siekis neleisti piktnaudžiauti teisėmis.

105. Teisingumo Teismo sprendimas *Mödling* neabejotinai taikomas bendrai, todėl galima teigti, kad, siekiant išvengti piktnaudžiavimo teisėmis ir užtikrinti viešuosius pirkimus reglamentuojančių Bendrijos teisės aktų veiksmingumą, du formaliai ir chronologiškai atskiri veiksmai gali būti laikomi vienalaikiais arba sudarančiais vieną teisinį veiksmą.

106. Tokį vertinimą turi atlikti nacionalinis teismas, kuris vienintelis žino visas faktines ir teisines aplinkybes. Tačiau dėl akivaizdžių priežasčių, susijusių su poreikiu užtikrinti teisinį saugumą, turi būti įvykdytos tam tikros griežtos sąlygos. Visų pirma tarp žemės pardavimo ir sutarties sudarymo turi būti pagrįstai trumpas laiko tarpas, taip pat turi būti įtikinamų įrodymų, jog institucija, parduodama žemę, jau ketino sudaryti sutartį. Išskyrus akivaizdaus piktnaudžiavimo atvejus, kai tikslas išvengti taisyklių taikymo yra gan aiškus iš pat pradžių, į visus šiuos dalykus galima tinkamai atsižvelgti tik atlikus *ex post facto* vertinimą.

107. Todėl siūlau prireikus į aštuntąjį ir devintąjį klausimus atsakyti taip: jeigu yra akivaizdžių ketinimo išvengti viešuosius pirkimus ir koncesijas reglamentuojančių Bendrijos nuostatų taikymo įrodymų, atliekant teisinį bylos aplinkybių vertinimą, du formaliai ir chronologiškai atskirus veiksmus – žemės pardavimą ir sutarties sudarymą ar žemės naudojimo koncesijos suteikimą – galima laikyti vienu teisiniu veiksmu. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, remdamasis visomis bylos aplinkybėmis, turi nustatyti, ar ketinta išvengti minėtų taisyklių taikymo.

38 – Ten pat, 41 punktas.
39 – Ten pat, 42 punktas.

V — Išvada

108. Todėl į *Oberlandesgericht Düsseldorf* pateiktus prejudicinius klausimus siūlau atsakyti taip:

„Viešojo darbų pirkimo sutarčiai arba viešajai darbų koncesijai, kaip jos apibrėžtos 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvoje 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo, yra būtinas tiesioginis perkančiosios organizacijos ir atliktino darbo ar darbų ryšys. Šis tiesioginis ryšys visų pirma gali reikšti tai, kad darbų rezultatas turi būti skirtas įsigyti perkančiajai organizacijai ar teikti jai tiesioginę ekonominę naudą, arba tai, kad viešoji perkančioji organizacija ėmėsi darbų vykdymo iniciatyvos ar kad jai šiuo atžvilgiu tenka bent kiek sąnaudų.

Viešojo darbų pirkimo sutarties ir viešosios darbų koncesijos sąvokos Direktyvos 2004/18 prasme reiškia, kad rangovas turi sutartinę prievolę viešosios valdžios institucijai teikti sutartą paslaugą. Rangovo prievolių neįvykdymo padariniai turi būti numatyti nacionalinėje teisėje.

Viešosios darbų koncesijos, kaip ji apibrėžta Direktyvoje 2004/18, atveju koncesininkui niekada negali būti numatyta neribotos trukmės teisė į koncesijos objektu esantį turtą.

Jeigu yra akivaizdžių ketinimo išvengti viešuosius pirkimus ir koncesijas reglamentuojančių Bendrijos nuostatų taikymo įrodymų, atliekant teisinį bylos aplinkybių vertinimą, du formaliai ir chronologiškai atskirus veiksmus – žemės pardavimą ir sutarties sudarymą ar žemės naudojimo koncesijos suteikimą – galima laikyti vienu teisiniu veiksmu. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, remdamasis visomis bylos aplinkybėmis, turi nustatyti, ar ketinta išvengti minėtų taisyklių taikymo."