GENERALINĖS ADVOKATĖS CHRISTINE STIX-HACKL IŠVADA, pateikta 2006 m. sausio 12 d. [1]

I — Įžanga

1. Šioje byloje dėl prejudicinio sprendimo priėmimo nagrinėjamas klausimas, kokiomis sąlygomis viešojo pirkimo sutarties sudarymas laikomas beveik vidaus sutarties sudarymu ir todėl jam nėra taikoma 1993 m. liepos 14 d. Tarybos direktyva 93/36/EEB dėl viešojo prekių pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo [2] (toliau – Direktyva 93/36). Taigi tai yra dar viena byla, kurioje nagrinėjamas sprendime *Teckal* [3] suformuluotų ir sprendime *Stadt Halle* [4] bent jau iš dalies patikslintų kriterijų aiškinimas bei taikymas.

2. Kita vertus, tai viena iš daugelio bylų – kai kuriose jų jau priimti sprendimai [5], – nagrinėjančių Italijos komunų viešuosius pirkimus energijos tiekimo ir atliekų perdirbimo srityse.

II — Teisinis pagrindas: Bendrijos teisė

3. Direktyvos 93/36 1 straipsnyje nustatytos pagrindinės taisyklės dėl jos taikymo srities.

4. 1 straipsnio įžanginė frazė ir a punktas išdėstyti taip:

„Šioje direktyvoje:

a) „viešojo prekių pirkimo sutartys“ – tai raštu sudarytos atlygintino piniginio

1 — Originalo kalba: vokiečių.

2 — OL L 199, p. 1.

3 — 1999 m. lapkričio 18 d. Sprendimas *Teckal* (C-107/98, Rink. p. I-8121).

4 — 2005 m. sausio 11 d. Sprendimas *Stadt Halle* (C-26/03, Rink. p. I-1).

5 — Žr. 2002 m. lapkričio 14 d. Nutartį *Comune di Udine* (C-310/01, OL 2003, C 55); 1999 m. rugsėjo 9 d. Sprendimą *RI.SAN* (C-108/98, Rink. p. I-5219).

pobūdžio sutartys dėl prekių pirkimo, lizingo (finansinės nuomos), nuomos arba pirkimo išsimokėtinai, numatant jas įsigyti ar to nenumatant, sudaromos tarp tiekėjo (fizinio arba juridinio asmens) ir vienos iš b punkte nurodytų perkančiųjų organizacijų. Tokių prekių pristatymas gali dar apimti jų išdėstymo ir instaliavimo darbus; <...>"

5. Sprendimo *Teckal* 49 ir 50 punktuose Teisingumo Teismas nustatė principus, kuriais vadovaujantis tam tikroms pirkimo procedūroms išimties tvarka direktyvos netaikomos:

„49 Norėdamas įvertinti, ar buvo sudaryta sutartis, prašymą dėl prejudicinio sprendimo pateikęs teismas turi nustatyti, ar tai buvo dviejų skirtingų asmenų susitarimas.

50 Pagal Direktyvos 93/36 1 straipsnio a punktą tam iš esmės pakanka, kad sutartis būtų sudaryta tarp regioninės ar vietos valdžios institucijos ir teisiškai su ja nenusijusio asmens. Kitaip gali būti tik tuomet, kai tuo pačiu metu regioninės ar vietos valdžios institucija suinteresuotojo asmens atžvilgiu vykdo kontrolę, analogišką tai, kurią ji vykdo savo tarnybų atžvilgiu, ir kad šis asmuo pagrindinę savo veiklos dalį vykdo su viena ar daugiau valdžios institucijų, kurioms jis priklauso."

6. Pirmąją iš šių dviejų sąlygų Teisingumo Teismas dar patikslino sprendimuose *Stadt Halle*[6] ir *Parking Brixen*[7].

7. 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvoje 93/38/EEB dėl subjektų, vykdančių savo veiklą vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo[8] (toliau – Direktyva 93/38) yra nuostata, vėliau pakeista 2004 m. kovo 31 d. Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/17/EB dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo[9], dėl viešųjų pirkimų sutarčių su įmonėmis, turinčiomis glaudžių sąsajų su perkančiąja organizacija.

8. Direktyvos 93/38 13 straipsnio 1 dalis nustato:

„1. Ši direktyva netaikoma paslaugų sutartims, kurias:

a) perkančiosios organizacijos sudaro su susijusia įmone;

6 — 4 išnašoje minėtas sprendimas *Stadt Halle*.

7 — 2005 m. spalio 13 d. Sprendimas *Parking Brixen* (C-458/03, Rink. p. I-8585).

8 — OL L 199, p. 84.

9 — OL L 134, p. 1.

b) bendra įmonė, įsteigta kelių perkančiųjų organizacijų, atitinkamos veiklos, kuri apibrėžta 2 straipsnio 2 dalyje, vykdymui sudarė su viena iš tokių perkančiųjų organizacijų arba vienos iš jų susijusia įmone;

su sąlyga, kad bent 80 % tos įmonės vidutinės paslaugų teikimo apyvartos, kuri vykdyta Bendrijoje per pastaruosius trejus metus, susidarė iš tokių paslaugų teikimo su ja susijusioms įmonėms.

Kai tokią pačią arba panašias paslaugas teikia daugiau negu viena perkančiosios organizacijos susijusi įmonė, turi būti atsižvelgiama į bendrą apyvartą, kurią, teikdamos paslaugas, turi tokios įmonės."

III — Faktinės bylos aplinkybės ir pagrindinė byla

9. 2003 m. rugsėjo 22 d. Busto Arsizio komuna paskelbė konkursą dėl energijos tiekimo ir municipalinių pastatų šildymo įrenginių priežiūros ir jų atnaujinimo pagal teisės aktų ir techninius reikalavimus (pirkimo vertė buvo 8 450 000 EUR be pridėtinės vertės mokesčio (PVM), kurią sudarė 5 700 000 EUR už kuro – 4/5 mazuto ir 1/5 metano – tiekimą, 1 000 000 EUR už šildymo įrenginių priežiūrą ir 1 750 000 EUR už šių įrenginių atnaujinimą pagal teisės aktų ir techninius reikalavimus).

10. 2003 m. lapkričio 21 d. Sprendimu Nr. 804 Busto Arsizio komuna (toliau – komuna) nutarė sustabdyti viešojo pirkimo procedūrą iki 2003 m. gruodžio 10 d., laukdama galimo sprendimo, leidžiančio sudaryti šią pirkimo sutartį tiesiogiai. Ieškovė *Carbotermo SpA* (toliau – *Carbotermo*) 2003 m. lapkričio 22 d. pateikė pasiūlymą. *Consorzio Alisei* (toliau – *Alisei*) techninį pasiūlymą parengė, tačiau per nustatytą terminą iki 2003 m. lapkričio 24 d. jo nepateikė, nes 2003 m. lapkričio 21 d. gavo komunos pranešimą, kad konkurso procedūra sustabdoma iki 2003 m. gruodžio 10 d., o vėliau – kad konkursas atšaukiamas.

11. 2003 m. gruodžio 10 d. Sprendimu Nr. 857 komuna atšaukė konkursą, pasilikdama teisę vėliau sudaryti sutartį tiesiogiai su *AGESP SpA* (toliau – *AGESP*).

12. *AGESP* yra bendrovė, 100 % priklausanti *AGESP Holding SpA* [10], kuri savo ruožtu yra akcinė bendrovė, kurios 99,98 % kapitalo priklauso komunai [11]. Likusi kapitalo dalis priklauso kelioms kaimyninėms tos pačios provincijos komunoms.

13. 2003 m. gruodžio 18 d. nagrinėjama sutartis buvo sudaryta tiesiogiai su *AGESP*.

14. *Carbotermo* ir *Alisei* apskundė šiuos sprendimus *Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia*. Šis teismas sujungė abi bylas ir 2004 m. gegužės 27 d. Nutartimi, kurią Teisingumo Teismo kanceliarija gavo 2004 m. rugpjūčio 9 d., kreipėsi į Teisingumo Teismą pateikdamas šiuos prejudicinius klausimus:

1. Ar kuro, skirto pastatų, priklausančių komunai ar jos kompetencijai, šildymo įrenginiams, pirkimo sutarties, taip pat susijusios su šių įrenginių valdymu ir priežiūra (tačiau kurioje kuro pirkimo vertė yra didesnė), tiesioginis sudarymas su akcine bendrove, kurios visas kapitalas šiuo metu priklauso kitai akcinei bendrovei, kurios pagrindinė akcininkė (99,98 %) yra pati perkančioji komuna, t. y. bendrove (*AGESP*), tiesiogiai priklausančia ne viešosios valdžios institucijai, bet kitai bendrovei (*AGESP Holding*), kurios 99,98 % kapitalo šiuo metu priklauso viešosios valdžios institucijai, nepažeidžia Direktyvos 93/36?

2. Ar Direktyvos 93/38 <...> 13 straipsnis turi būti taikomas vertinant, ar tenkinama sąlyga, kad įmonės, su kuria buvo tiesiogiai sudaryta pirkimo sutartis, pagrindinę veiklos dalį sudarytų valdžios institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu vykdoma veikla, ir ar ši sąlyga laikoma įvykdyta, kai aptariamos įmonės pagrindinę apyvartos dalį sudaro veikla, vykdoma valdžios institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu, arba kai ji pagrindinę savo apyvartos dalį gauna iš veiklos, vykdomos šios institucijos valdomoje teritorijoje?

10 — Pagal AGESP įstatų 7 straipsnį „jokiam akcininkui, išskyrus bendrovę *AGESP Holding* < ...>, kuriai priklauso dauguma akcijų, negali priklausyti daugiau nei viena dešimtoji viso bendrovės kapitalo".

11 — Pagal *AGESP Holding SpA* įstatų 6 straipsnį akcijų dauguma priklauso komunai.
Pagal *AGESP Holding SpA* įstatų 7 straipsnį „privačiam akcininkui negali priklausyti daugiau kaip 10 % viso bendrovės kapitalo <...>".

IV — Dėl prejudicinių klausimų

15. Iš esmės abu prejudiciniai klausimai susiję su dviem kumuliacinėms sąlygomis, kurioms esant beveik vidaus sutarties sudarymo procedūroms netaikoma Direktyva 93/36 (vadinamoji *Teckal* išimtis arba *Teckal* kriterijai): perkančioji organizacija turi vykdyti kontrolę, analogišką tai, kurią ji vykdo savo tarnybų atžvilgiu, ir aptariama įmonė pagrindinę savo veiklos dalį turi vykdyti vienos ar kelių regioninės ar vietos ar regiono valdžios institucijų, kurioms ji priklauso, atžvilgiu. Jei šios sąlygos įvykdomos, direktyvos nuostatos, pavyzdžiui, nustatančios reikalavimus pirkimo procedūrai, gali būti netaikomos.

16. Kad būtų aiškiau, turiu pabrėžti, jog šioje byloje reikia vadovautis tuo metu galiojusia teise, o ne naujomis nuostatomis, vadinamomis teisės aktų paketu (*Legislativpaket*).

V — Pirminės pastabos

17. Kaip ir ankstesnės bylos, ši byla dar kartą parodė, kad *Teckal* kriterijai grindžiami daugeliu neapibrėžtų sąvokų, keliančių nemažai teisės klausimų ir taikymo problemų. Atsižvelgiant į tokią patirtį, kyla klausimas, ką turėtų padaryti Teisingumo Teismas, kad būtų užtikrintas teisės aiškumas ir kartu suinteresuotųjų asmenų teisinis saugumas: viena iš galimybių būtų ne tik tikslinti nusistovėjusią Teisingumo Teismo praktiką nagrinėjant konkrečias bylas, bet ir išaiškinti ją labiau apibendrintai. Kitas būdas būtų pašalinti iš sprendimo *Teckal* kylančius neaiškumus, iš esmės peržiūrint taikomą nusistovėjusią praktiką. 1999 m. lapkričio mėnesį sprendimu *Teckal* Teisingumo Teismas suteikė galimybę taikyti direktyvos išimtis. Tačiau iki šiol nėra aišku, kokiais atvejais galima ja pasinaudoti.

18. Nagrinėjama byla kaip tik įrodo, kad ši aplinkybė svarbi ir nacionaliniams aukščiausiesiems teismams, koks yra Italijos *Consiglio di Stato*. Todėl, kaip teigiama prašyme priimti prejudicinį sprendimą, *Consiglio di Stato* priimtos beveik vidaus sutarčių sudarymo procedūros gairės grindžiamos Teisingumo Teismo sprendimu [12]. Nacionalinio teismo nuomone, šiuo atveju nereikia aiškintis, ar tokia praktika atitinka nusistovėjusią Teisingumo Teismo praktiką. Kad ir kaip būtų, pagrindinė byla, kaip ir panašios bylos kitose valstybėse narėse, akivaizdžiai įrodo, jog nusistovėjusi Teisingumo Teismo praktika nenustato suinteresuotiesiems valstybių narių ūkio subjektams ir teismams reikalingų aiškių taisyklių.

12 — 5 išnašoje minėta nutartis *Comune di Udine*.

19. Norėdama palikti Teisingumo Teismui galimybę rinktis iš kelių alternatyvų, nepaisydama pirmiau išdėstytų abejonių, toliau aiškinsiu *Teckal* išimtį labiau apibendrintai. Tačiau Teisingumo Teismas galės pasirinkti ir kitą variantą.

A — *Netiesioginio kapitalo valdymo teisinis vertinimas*

22. Pirmas ypatumas, kuriuo pasižymi šioje byloje nagrinėjama pirkimo procedūra, panašiai kaip byloje *Stadt Halle*, yra tai, kad vietos valdžios institucija nesudarė sutarties tiesiogiai su subjektu, kurio dalis kapitalo jai priklauso.

VI — Pirmasis kriterijus: kontrolė, analogiška tai, kuri vykdoma savo tarnybų atžvilgiu

20. Nagrinėjama byla pasižymi daugeliu ypatumų, kurių visuma išskiria ją iš kitų nagrinėjamų ar jau išnagrinėtų bylų, susijusių su vadinamosiomis *Public-Private-Partnerships* (toliau – PPP).

23. Todėl kyla klausimas, ar *Teckal* kriterijai iš principo gali būti taikomi situacijose, kai kapitalo valdymas yra netiesioginis, t. y. ar viešųjų pirkimų direktyvų galima netaikyti ir tuomet, kai viešoji įstaiga, kuriai yra skirta paslauga, su atitinkamu asmeniu yra susijusi tik per kitą bendrovę.

21. Kaip matyti iš pateiktų dokumentų, šiuo atveju, skirtingai nei byloje *Stadt Halle* nagrinėtoje pirkimo procedūroje, pirkime nedalyvauja privačios įmonės. Be to, šioje byloje kalbama apie kitokią bendrovę nei byloje *Stadt Halle*, t. y. apie akcinę bendrovę. Skirtingai nei bylose *Parking Brixen* [13] ar *Teckal*, šioje byloje nagrinėjama sutartis buvo sudaryta ne su vietos valdžios institucijos dukterine įmone, o su pastarosios dukterine įmone.

24. Komisija ir Lenkijos vyriausybė griežtai atmeta tokį aiškinimą dėl esminių motyvų.

25. Šiuo klausimu nusistovėjusi Teisingumo Teismo praktika išaiškinimo nepateikia. Ne-

13 — 7 išnašoje minėtas sprendimas *Parking Brixen*.

pasidarė aiškiau ir Teisingumo Teismui priėmus sprendimą *Parking Brixen*.

26. Tai, kad byloje *Stadt Halle* Teisingumo Teismas tikrino, ar įvykdytos abi *Teckal* kriterijų taikymo sąlygos, pagrindžia šio sprendimo *Teckal* kriterijų taikymo netiesioginio kapitalo valdymo atvejais principo teisėtumą. Iš to galima būtų daryti išvadą dėl nebylaus šio principo pripažinimo.

27. Kita vertus, remiantis sprendimo *Stadt Halle* formuluote, greičiau darytina kitokia išvada. Jo 49 punkte sakoma: „<...> didžiąją savo veiklos dalį vykdo kartu su valstybine įstaiga (įstaigomis), kuri (kurios) jai priklauso". Iš to galima spręsti, kad paslaugas tiesiogiai viena kitai turi teikti perkančioji organizacija kaip akcininkė ir įmonė, kurios akcininkė yra perkančioji organizacija.

28. Tačiau kadangi ši formuluotė aiškiai susijusi su antruoju, t. y. pagrindinės veiklos dalies kriterijumi, lengvai galima padaryti išvadą, kad sprendime *Teckal* nėra aiškiai pasakyta, ar galima laikyti, jog netiesioginis kapitalo valdymas taip pat tenkina pirmąjį kriterijų.

29. Tačiau tai, kad byloje *Teckal* nagrinėjama situacija buvo susijusi su mišriomis viešosiomis įmonėmis, o Teisingumo Teismas, nustatydamas vadinamuosius *Teckal* kriterijus, netiesiogiai pripažino, kad tokios situacijos yra galimos, liudija, jog netiesioginis kapitalo valdymas iš esmės gali atitikti šiuos kriterijus. Tačiau tai įmanoma tik su sąlyga, kad kontrolės kriterijus yra tenkinamas visuose kapitalo valdymo lygiuose.

30. Remiantis sprendimu *Parking Brixen*, taikant šį kriterijų svarbu atsižvelgti į tai, ar yra galimybė „daryti lemiamą įtaką tiek strateginiams tikslams, tiek svarbiems šios bendrovės sprendimams". Tam reikia atsižvelgti į teisės aktų nuostatų ir atitinkamų bylos aplinkybių visumą [14]. Panašu, jog pagal šį sprendimą nėra būtina, kad tokia įtaka būtų daroma faktiškai.

B — *Mišrių viešųjų (valstybės ar savivaldybių) įmonių teisinis vertinimas*

1. Esmė

31. Pagrindinės bylos faktinės aplinkybės pasižymi dar vienu ypatumu, kuris skiria jas

14 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 65 punktas.

nuo bylos *Stadt Halle* faktinių aplinkybių. Šioje byloje kalbama ne apie įmonę, kurios kapitalą sudaro valstybinis ir privatus kapitalas, o apie organizaciją, tiksliau jos patronuojančią bendrovę, tarp kurios akcininkų privačių įmonių nėra. Nors pačiame prašyme dėl prejudicinio sprendimo apie tai nepasakyta, tai matyti iš kitų dokumentų. Be to, visiems likusiems akcininkams priklauso tik 0,02 % akcijų. Kadangi ši dalis priklauso kitoms komunoms, t. y. valdžios institucijoms, šiuo atveju kalbame apie mišrią viešąją įmonę arba vadinamąją *Public-Public-Partnership.*

32. Šioje byloje nagrinėjamai situacijai pritaikius ligšiolinę nusistovėjusią Teisingumo Teismo praktiką, matome štai ką: viena vertus, ši byla iš esmės skiriasi nuo bylos *Stadt Halle*, kurioje buvo nagrinėjama valstybinio ir privataus kapitalo įmonė, kita vertus, ši byla akivaizdžiai panaši į bylą *Teckal*, kurioje nagrinėta mišri viešoji įmonė. Nors AGAC, organizacija, kuriai buvo pavesta vykdyti viešojo pirkimo sutartį pastarojoje byloje, turėjo juridinio asmens statusą, ji buvo įsteigta kelių komunų iniciatyva.

33. Kad *Teckal* išimtį reikėtų taikyti ir mišrioms viešosioms įmonėms, be jau minėto sprendimo *Teckal*, patvirtina ir tai, kad byloje *Stadt Halle* [15] Teisingumo Teismas lemiama laikė aplinkybę, jog privačių įmonių interesai skiriasi nuo regioninių ar vietos valdžios institucijų interesų.

34. Tačiau nagrinėjamoje byloje kalbama tik apie komunas kaip akcininkes, o ne apie privačių asmenų interesus. Kadangi komunos siekia bendrojo intereso tikslų, bent jau iš pirmo žvilgsnio galima būtų tvirtinti, kad kontrolės kriterijus yra tenkinamas netgi aiškinamas siaurai. Taip iš tikrųjų yra tuomet, kai interesų sutapimo sąlyga [16] laikoma įvykdyta nesant privačių interesų. Tiesa, negalima atmesti galimybės, o tai patvirtina ir komunų, kaip ūkio subjektų, veikla, kad komunos taip pat gali atstovauti skirtingiems interesams. Tokiu atveju interesai nebesutampa.

35. Galiausiai negalima pamiršti ir to, kad byloje *Teckal* buvo kalbama apie vadinamąją „azienda municipalizzata", o ne apie akcinę bendrovę, kaip yra šioje byloje. Prie bendrovės teisinės formos svarbos dar grįšime.

15 — 4 išnašoje minėto sprendimo *Stadt Halle* 50 punktas.

16 — Žr. generalinės advokatės J. Kokott nuomonę, išdėstytą 2005 m. kovo 1 d. Išvadoje byloje *Parking Brixen* (minėta 7 išnašoje, 74 ir paskesni punktai).

36. Tačiau į klausimą, kaip reikia traktuoti mišrias viešąsias įmones, turime atsakyti vadovaudamiesi sprendime *Stadt Halle* patvirtintu aiškinimo principu, kad kiekviena pareigos taikyti Bendrijos taisykles išimtis turi būti aiškinama siaurai [17].

37. Tačiau net sprendime *Stadt Halle*, kuriame nebuvo kalbama apie kelių akcininkų dalyvavimą, Teisingumo Teismas iš esmės patvirtino, kad *Teckal* išimtis taikytina įmonėms, turinčioms kelis akcininkus. Tai matyti iš to, kad Teisingumo Teismas [18] ne tik pažodžiui pakartojo *Teckal* išimtį, bet ir nurodė, kad toje byloje įmonę valdė „valstybinės įstaigos". Taigi šiuo atveju Teisingumo Teismas pavartojo daugiskaitą ne tik kalbėdamas apie antrąjį *Teckal* išimties kriterijų.

38. Iš to galima daryti išvadą, kad iš esmės išimtį galima būtų taikyti ir kelis akcininkus turinčioms įmonėms.

39. Tačiau norint taikyti *Teckal* išimtį šioje byloje, reiktų žengti dar vieną žingsnį, nes šiuo atveju kapitalo valdymas, be kita ko, yra netiesioginis. Mano nuomone, negalima iš anksto teoriškai ir bendrai atmesti galimybės taikyti *Teckal* išimtį ir tokiai situacijai.

40. Atvirkščiai, šioje byloje taip pat reikia konkrečiai patikrinti, ar tenkinamas kontrolės kriterijus. Čia reikia priminti apie reikalavimus, kuriuos Teisingumo Teismas nustatė byloje *Parking Brixen*. Jais remiantis, kontroliuojamos organizacijos savarankiškumas turi būti ribotas [19], ir būtent savo akcininkų atžvilgiu [20].

41. Kadangi šioje byloje, remiantis bendrovės įstatais, privatūs asmenys gali turėti akcijų, taikant kontrolės kriterijų reikia patikrinti, ar galimas bendrovės atvėrimas privačioms investicijoms ateityje turės teisinės reikšmės.

42. Bendrovės atvėrimą privačioms investicijoms galima būtų skirstyti pagal tai, ar teisės požiūriu privatūs asmenys tik gali įsigyti akcijų, ar tai yra privaloma. Pirmuoju atveju galima būtų toliau diferencijuoti

17 — 4 išnašoje minėto sprendimo *Stadt Halle* 46 punktas.
18 — 4 išnašoje minėto sprendimo *Stadt Halle* 49 punktas.
19 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 70 punktas.
20 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 68 punktas.

situacijas pagal tai, ar vėliau šia galimybe pasinaudojama faktiškai – tie atvejai, kai atvėrimas jau įvykęs, kaip byloje *Stadt Halle* nagrinėtoje situacijoje, tačiau šiuo atveju taip nebuvo.

43. Šiuo klausimu Komisija tvirtina, kad privačių akcininkų buvimas, nors ir galimas, numatytas, pavyzdžiui, akcinės bendrovės įstatuose, patvirtina, jog kontrolės kriterijus nėra tenkinamas.

44. Pirmiausia tokiai kraštutinei Komisijos nuomonei prieštarauja keletas esminių argumentų. Tokiu atveju teisinis PPP projektų vertinimas priklausytų nuo tik *galimų* pokyčių ateityje. Tačiau tai, ar jie *iš tikrųjų* įvyks, būtų nesvarbu. Viešųjų pirkimų direktyvų sistemos požiūriu tai būtų visiškai nauja nuostata. Be to, atitinkamos valstybės narės teisė galėtų apskritai neleisti įstatuose numatyti draudimo perleisti akcijas privatiems asmenims.

45. Iš tikrųjų viešųjų pirkimų direktyvose įtvirtintas apsaugos nuo sukčiavimo principas kaip tik reikalauja, kad būtų atsižvelgta į tam tikrus pokyčius, vykstančius po užduoties skyrimo, t. y. jau sudarius sutartį. Tai ypač aktualu tais atvejais, kai per pirkimo procedūras akcininkai dar nebuvo įsileidžiami, tačiau jau buvo numatytas konkretus planas tai padaryti.

46. Kyla klausimas, ar šiuo požiūriu ką nors keičia sprendimas *Parking Brixen*. Sprendžiant iš to, kad, kitaip nei nagrinėjamoje byloje, ten buvo numatytas privalomas bendrovės atvėrimas kitoms investicijoms, be to, tai tebuvo viena iš penkių aplinkybių, kurios lėmė atitinkamą sprendimą [21], – jis nieko nekeičia. Tačiau negalima atmesti galimybės, kad vien galimas bendrovės atvėrimas – nors ir atsižvelgiama į kitas pagrindinės bylos situacijos specifines aplinkybes – gali lemti, kad šioje situacijoje minimalus kontrolės kriterijus nebus patenkintas. Todėl reikės išsamiau panagrinėti šiuos požymius ir jų reikšmę kontrolės požiūriu.

47. Šiame kontekste būtina prisiminti byloje dėl įsipareigojimų neįvykdymo prieš Austrijos Respubliką [22] nagrinėtą situaciją ir neseniai šiuo klausimu Teisingumo Teismo padarytą teisinę išvadą.

21 – 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 67 punktas.

22 – 2005 m. lapkričio 10 d. Sprendimas *Komisija prieš Austriją* (C-29/04, Rmk. p. I-9705).

48. Byloje *Komisija prieš Austriją* Mödling miestas pavedė tvarkyti atliekas ribotos atsakomybės akcinei bendrovei (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), t. y. savivaldybė sudarė sutartį su bendrove, kurios 100 % akcijų priklausė būtent jai. Maždaug po dviejų savaičių nuo šios sutarties sudarymo miesto savivaldybė nusprendė perleisti 49 % šios įstaigos akcijų privačiai įmonei. Akcijos buvo parduotos maždaug dar po dviejų savaičių. Paslaugos pagal sutartį buvo pradėtos teikti dar po kelių savaičių.

49. Minėtoje byloje priimtame sprendime Teisingumo Teismas pabrėžė, kad visus šiuos etapus reikia vertinti bendrai, atsižvelgiant į jų rezultatą, o ne kiekvieną atskirai [23]. Tai rodo, kad reikia atsižvelgti ir į procesus, vykusius po sprendimo sudaryti sutartį, ir tai toje byloje aiškiai nurodė Teisingumo Teismas [24]. Tačiau, skirtingai nei nagrinėjamoje byloje, toje byloje buvo kalbama apie *iš tikrųjų* įvykusius dalykus. Ten galimybe atverti bendrovę privačioms investicijoms buvo pasinaudota. Tuo metu, kai Teisingumo Teismas pateikė nuomonę dėl visų sandorių, minėtas atvėrimas jau buvo įvykęs.

50. Skirtingai nei minėtoje byloje, iš nagrinėjamoje byloje pateiktų dokumentų nėra aišku, ar (ir jei taip, tai kada) akcijos buvo perleistos privatiems akcininkams, arba ar buvo planų tai daryti. Taigi šiuo požiūriu nei remiantis sprendimu *Parking Brixen*, nei sprendimu *Komisija prieš Austriją* negalima tvirtai teigti, kad pakanka vien *galimo* bendrovės atvėrimo privatiems akcininkams.

51. Taigi galima sakyti, kad lig šiol priimtuose sprendimuose nėra nuostatos, neleidžiančios taikyti *Teckal* išimties viešųjų pirkimų sutartims su mišriomis viešosiomis įmonėmis. Todėl toliau reikia išaiškinti sąlygas, kurias turi atitikti tokios pirkimo procedūros.

2. Skirtingos sąlygos

52. Sąlygos, kurioms esant viešojo pirkimo sutartims su mišriomis viešosiomis įmonėmis galima taikyti *Teckal* išimtį, susijusios su santykiais tarp atitinkamos organizacijos ir viešosios teisės subjektų, kuriems tiesiogiai ar netiesiogiai priklauso ši organizacija.

23 — 22 išnašoje minėtas sprendimas *Komisija prieš Austriją*, 41 punktas.

24 — 22 išnašoje minėtas sprendimas *Komisija prieš Austriją*, 38 punktas.

53. Pirmiausia reikia atmesti šioje byloje pateiktą argumentą, kad *Teckal* išimtis taikytina tik vadinamosioms regioninės ar vietos valdžios institucijos „interorganinėms arba organizacinėms struktūroms" ar jos administracijos aparato padaliniams. Teisingumo Teismo praktikoje nėra jokios nuostatos į tokios rūšies kategorijas.

54. Šiuo klausimu Teisingumo Teismo požiūris, taip pat ir sprendime *Parking Brixen*, iš esmės yra praktinis, o ne formalus. Taigi svarbus yra atitinkamų šalių tarpusavio santykių pobūdis, ir tai dar panagrinėsiu detaliau. Konkrečiai kalbant, tokiu atveju atsižvelgiama į bendras ir abstrakčias nuostatas, kaip antai nacionalinė įmonių teisė, ir į realų santykių pobūdį, pavyzdžiui, į atitinkamos organizacijos įstatus [25].

55. Nagrinėjamoje byloje, skirtingai nei bylos *Stadt Halle* atveju, paslaugas teikianti organizacija yra ne ribotos atsakomybes Vokietijos bendrovė, o Italijos akcinė bendrovė (SpA).

56. Šioje byloje taikytinos atitinkamos *Codice civile* (Italijos civilinis kodeksas, toliau – CK) nuostatos.

57. Ji skiriasi ir nuo byloje *Teckal* nagrinėtos organizacijos. Joje buvo kalbama apie vadinamąją „azienda municipalizzata", o šioje byloje – apie organizaciją *AGESP*, kuri iš pradžių taip pat turėjo šį statusą, tačiau 1997 m. rugsėjo 24 d. Sprendimu Nr. 148 buvo perorganizuota į akcinę bendrovę.

58. Pagal Italijos teisę akcinės bendrovės yra savarankiškesnės už ribotos atsakomybės bendroves.

59. Mano nuomone, nepakanka vien abstrakčiai išnagrinėti CK akcininkams suteikiamas galimybes daryti įtaką akcinėms bendrovėms ir jų dukterinėms įmonėms. Kaip jau minėjau, daug svarbesnis yra konkretus santykių tarp bendrovės ir jos subdukterinės bendrovės bei patronuojančios bendrovės ir jos dukterinės bendrovės pobūdis [26].

25 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 66 ir paskesni punktai.

26 — Žr. mano išvadą byloje *Stadt Halle* (minėta 4 išnašoje, 65 punktas).

60. Akcinės bendrovės teisinė forma, kaip antai numatyta Italijos teisėje, nėra „nepatogi" *per* se. Be to, tokia išvada išplaukia ir iš sprendimo *Parking Brixen*, kuriame taip pat buvo aptariama Italijos akcinė bendrovė. Vien tai, kad Teisingumo Teismui šios aplinkybės nepakako padaryti išvadą apie bendrovės savarankiškumą, o kartu ir nepakankamą kontrolę, rodo, jog Italijos akcinės bendrovės forma pati savaime nereiškia, kad kontrolė nėra pakankama.

61. Tačiau bet kuriuo atveju perkančiosios organizacijos įstaigos perorganizavimas į akcinę bendrovę yra viena aplinkybių, į kurias atsižvelgiama įvertinant jos savarankiškumą [27].

62. Nustatant konkretų santykių pobūdį, bet kuriuo atveju svarbu atsižvelgti į konkrečias įvairių akcininkų kontrolės teises, o ne į jų praktinį įgyvendinimą [28]. Tokį požiūrį Teisingumo Teismas patvirtino ir sprendime *Parking Brixen*, kuriame buvo nagrinėjami atitinkamos akcinės bendrovės įstatai [29].

63. Be to, akcininko ar akcininkų kontrolės teisės turi apimti ne tik sprendimus sudarant viešųjų pirkimų sutartis apskritai ar konkretų sprendimą dėl aptariamos sutarties [30], bet ir visą valdymą.

64. Kalbant apie kontrolės priemones, paprastai atsižvelgiama į įgaliojimus priimti sprendimus, vykdyti priežiūrą ir skirti į pareigas. Reikia vadovautis principu, kad svarbios yra ne tik teisės nuostatos, bet ir konkrečios galimybės daryti įtaką [31].

65. Galiausiai reikia išnagrinėti ir byloje pateiktą argumentą, kad pirkimo procedūros ir galimybės taikyti jai *Teckal* išimtį įvertinimas priklauso nuo suinteresuotųjų asmenų, t. y. kontroliuojančios ir kontroliuojamos organizacijų, santykių per pačią pirkimo procedūrą.

66. Iš viešojo pirkimo procedūros dalyvių, pirmiausia iš mišrios viešosios bendrovės, veiksmų galima daryti išvadą apie jos ne-

27 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 67 punktas.

28 — Žr. mano išvadą byloje *Stadt Halle* (minėta 4 išnašoje, 76 punktas).

29 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 66 ir paskesni punktai.

30 — Žr. mano išvadą byloje *Stadt Halle* (minėta 4 išnašoje, 77 punktas).

31 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 65 punktas.

priklausomybę nuo perkančiosios organizacijos.

67. Šioje byloje pateikti argumentai iš esmės buvo susiję su sutarties turiniu. Buvo teigiama, kad sutartyje numatyta bauda už nustatytų tikslų neįvykdymą liudija apie *AGESP* savarankiškumą.

68. Kadangi kontrolės kriterijus yra susijęs su įtaka verslo valdymui apskritai, vertinamos organizacijos veiksmai sudarant konkrečią viešojo pirkimo sutartį negali būti lemiami. Priešingu atveju galėtų atsitikti taip, kad vienai tos pačios organizacijos pirkimo procedūrai *Teckal* išimtis būtų taikoma, o kitai – ne. Tačiau Teisingumo Teismo praktika nenurodo jokio elemento, leidžiančio tokį požiūrį. Atvirkščiai, nustatydamas santykių pobūdį ir vertindamas, ar tenkinamas kontrolės kriterijus, Teisingumo Teismas remiasi su atitinkamais asmenimis susijusiomis aplinkybėmis.

69. Siekiant šioje byloje konkrečiai nustatyti, ar bendros abstrakčios nacionalinės teisės nuostatos ir atitinkamos bendrovės įstatuose įtvirtintos taisyklės, kaip antai šių įstatų 19 straipsnyje, užtikrina pakankamą kontrolę, reikia įvertinti konkrečias faktines bylos aplinkybes. Tačiau, atsižvelgiant į EB 234 straipsnyje nustatytą kompetencijų atskyrimą, toks įvertinimas, kaip ir nacionalinės teisės aiškinimas, priskirtinas ne Teisingumo Teismo, o nacionalinio teismo kompetencijai.

C — *Tarpinė išvada*

70. Kontrolės, analogiškos tai, kuri vykdoma savo tarnybų atžvilgiu, kriterijus iš esmės gali būti tenkinamas ir mišrių viešųjų įmonių atveju. Būtent nacionalinis teismas turi įvertinti faktines pagrindinės bylos aplinkybes. Nagrinėjamoje situacijoje jis turėtų atsižvelgti į šias aplinkybes:

— akcininkų interesus,

— „azienda municipalizzata“ perorganizavimą į akcinę bendrovę,

— nenumatytą ir neįvykusį privalomą bendrovės atvėrimą kitoms investicijoms,

— *AGESP* galimybę steigti atstovybes užsienyje,

— galimybę daryti įtaką skiriant valdybos narius ir kontroliuojant valdymą,

— *AGESP* valdybos įgaliojimus ir

— tai, kad per *AGESP Holding* savivaldybė yra netiesioginė *AGESP* akcininkė.

71. Iš tiesų Teisingumo Teismas šioje byloje – kaip ir bylose *Stadt Halle* bei *Parking Brixen* – galėtų pats atlikti galutinį tokios situacijos, kokia nagrinėjama pagrindinėje byloje, vertinimą. Kadangi daugelis pirmiau išvardytų aplinkybių yra tokios pačios kaip byloje *Parking Brixen* nagrinėtoje situacijoje [32], o papildomai prisideda tik netiesioginis kapitalo valdymas, remiantis ligšioline, dažnai laikoma per griežta, nusistovėjusia Teisingumo Teismo praktika, galima daryti išvadą, kad pagrindinės bylos aplinkybėmis pirmasis kriterijus, t. y. pakankamos kontrolės, analogiškos tai, kuri vykdoma savo tarnybų atžvilgiu, nėra tenkinamas.

72. Tačiau jei Teisingumo Teismas, pasinaudojęs proga patikslinti savo nusistovėjusią praktiką, pripažintų, kad bent jau tam tikros mišrios viešosios įmonės gali tenkinti kontrolės kriterijų, ir nuspręstų, kad taip yra pagrindinėje byloje, jis turėtų dar vieną progą – pirmą kartą – patikslinti ir antrąjį *Teckal* kriterijų, t. y. pagrindinės veiklos dalies kriterijų.

VII — Antrasis kriterijus: pagrindinė veiklos dalis yra vykdoma su akcininku

73. Kitaip nei pirmojo *Teckal* kriterijaus atveju, dėl antrojo *Teckal* kriterijaus po šio sprendimo Teisingumo Teismo praktikoje nebuvo bylų, kuriose šis kriterijus būtų patikslintas. Taigi ši byla Teisingumo Teismui kaip tik yra proga tai padaryti.

74. Pagrindinėje byloje nagrinėjama situacija, kai pirmame lygyje, t. y. santykiai tarp

32 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 67 punktas.

komunos ir *AGESP Holding*, komunos valdoma šios bendrovės kapitalo dalis siekia beveik 100 %, o antrame lygyje, t. y. santykiai tarp *AGESP Holding* ir *AGESP*, pirmajai priklauso 100 % antrosios akcijų.

75. Šioje byloje, kaip ir byloje *Stadt Halle*, susiduriame su netiesioginiu kapitalo valdymu. Taigi reikia nustatyti, ar „subdukterinės" bendrovės veikla „netiesiogiai ją valdančios bendrovės" atžvilgiu iš esmės, esant tam tikroms aplinkybėms, taip pat gali tenkinti antrąjį *Teckal* kriterijų.

A — *Pirminė prielaida*

76. Kadangi sprendime *Stadt Halle* Teisingumo Teismas taip išaiškino pirmąjį kriterijų, kad nagrinėti antrojo nebereikėjo, manau, kad man reikėtų pakartoti savo nuomonę šiuo klausimu, išdėstytą išvadoje byloje *Stadt Halle*.

77. Sprendime *Teckal* įtvirtintas antrasis pagrindinės veiklos dalies kriterijus susijęs su tam tikru minimaliu dalyvavimu visoje kontroliuojamos įmonės vykdomoje veikloje. Taigi reikia įvertinti visų paslaugų apimtį ir bendraturčiui suteiktų paslaugų apimtį plačiąja prasme.

78. Tačiau šiame kontekste reikia pastebėti, kad tai, jog sąvoka „akcininkas" negali būti aiškinama per siaurai, nereiškia, kad reikia atsižvelgti į paslaugas, teikiamas tretiesiems asmenims, kurias bendraturtis kitu atveju turėtų teikti pats. Praktikoje tai susiję su bendrojo intereso paslaugomis, taigi su savivaldybėmis (komunomis), kurios privalo teikti tam tikras paslaugas tam tikriems asmenims.

79. Be to, reikia pabrėžti, kad svarbi yra faktinė veikla, o ne veikla, kurią galima vykdyti pagal įstatymą ar įmonės įstatus arba kurią kontroliuojamoji įmonė privalo vykdyti [33].

80. Pagrindinis klausimas yra šis: kuri kapitalo dalis reikalinga antrajam *Teckal* kriterijui taikyti. Šiuo klausimu yra kelios nuomonės; daugiau kaip 50 %, „iš esmės", „didelė dalis", „pagrindinė" ir „išimtinė".

33 — Po mano išvados žr. generalinės advokatės J. Kokott 2005 m. kovo 1 d. Išvadą byloje *Parking Brixen* (minėta 7 išnašoje, 81 punktas).

81. Šiuo klausimu egzistuoja ne tik pozityvusis požiūris, kuris paremtas kapitalo dalies savininkui suteiktų paslaugų apimtimi, bet ir negatyvusis. Negatyviojo požiūrio kriterijus yra paslaugų, suteiktų kitiems nei akcininkui, asmenims, dalis. Toks požiūris pateikiamas generalinio advokato P. Léger išvadoje byloje *ARGE*. Jo manymu, „direktyva yra taikytina, kai ši įmonė pagrindinę veiklą vykdo *su kitais* ūkio subjektais ar institucijomis nei tie, kurie sudaro šią perkančiąją organizaciją“ [34]. Atsižvelgiant į byloje *Teckal* antrojo kriterijaus atžvilgiu suformuluotą pozityvųjį požiūrį, plačiau negatyviojo požiūrio nagrinėti nereikia.

82. Cituotoje generalinio advokato P. Léger išvados dalyje išryškėja kitas svarbus aspektas, į kurį reikia atsižvelgti nustatant akcininkams suteikiamų paslaugų dalį.

83. Kyla klausimas, ar taikant antrąjį *Teckal* kriterijų galimas tik vertinimas kiekybiniu aspektu, ar reikia atsižvelgti ir į kokybinius faktorius. Antrą prielaidą galima patvirtinti išimties teksto formuluote ir jos prasme – joje nenurodoma, kaip reikėtų vertinti veiklą. Autentiška atitinkamos sprendimo *Teckal* teksto dalies versija italų kalba neatmeta galimybės papildomai ar alternatyviai remtis kokybiniu požiūriu (*la parte più importante della propria attività*).

84. Be to, bylos *Teckal* išimtyje taip pat nėra nuorodos dėl akcininkams suteiktų paslaugų dalies apskaičiavimo metodo. Todėl nėra neakivaizdu, kad tai priklauso tik nuo apyvartos.

85. Mano manymu, tai reiškia, kad nacionalinis teismas turi įvertinti „pagrindinės veiklos dalį“, remdamasis kiekybiniais ir kokybiniais faktoriais.

86. Šioje vietoje reikia priminti, kad išvada yra autentiška ta kalba, kurią generalinis advokatas pasirinko kaip originalo kalbą. Remiantis šiuo principu, iš generalinio advokato P. Léger išvados matyti, pirma, kad jis nurodo suteiktų paslaugų „quasi-exclusivité“ (beveik visas suteiktas paslaugas), o tai vokiškoje versijoje išversta kaip „sämtliche Dienstleistungen“ (visos paslaugos) [35]. Antra, remdamasis antrojo *Teckal* kriterijaus for-

34 — Generalinio advokato P. Léger 2000 m. birželio 15 d. Išvada byloje *ARGE Gewässerschutz* (2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimas, C-94/99, Rink. p. I-11037, 93 punktas, išryškinta mano).

35 — Generalinio advokato P. Léger išvada byloje *ARGE Gewässerschutz* (minėta 34 išnašoje, 74 punktas).

muluote proceso kalba, t. y. italų, jis nagrinėja išimtį vartodamas sąvokas „en grande partie" (didžiąja dalimi), kuri tekste vokiečių kalba išversta kaip „im Wesentlichen" (iš esmės) [36], arba „la plus grande partie de leur activité" (vokiškoje versijoje – „den größten Teil ihrer Tätigkeit" („didžiausią savo veiklos dalį")) [37].

87. Siekiant didesnio konkretumo, teisės doktrinoje ir Teisingumo Teisme nagrinėjamose bylose minimas Direktyvos 93/38 13 straipsnyje nustatytas 80 % kriterijus. Tai pateisinama „objektyviu" ir „tinkamu" šio kriterijaus pobūdžiu.

88. Šiuo klausimu reikia pastebėti, kad ir kitas fiksuotas procentinis dydis galėtų būti objektyvus ir tinkamas. Kaip pabrėžė kai kurios šiuo prejudicinio sprendimo priėmimo procesu suinteresuotos šalys, jau savo išvadoje byloje *Stadt Halle* nurodžiau, kad fiksuoto procentinio dydžio griežtas nustatymas taip pat gali būti kliūtis rasti tinkamą sprendimą. Be to, toks dydis neleidžia atsižvelgti į kitus, ne kiekybinius, veiksnius.

89. Pirmiausia galimybę taikyti Direktyvos 93/38 13 straipsnyje nustatytą 80 % kriterijų paneigia tai, kad kalbama apie direktyvos, taikomos tik tam tikriems sektoriams, išimtį. Bendrijos teisės aktų leidėjų valia joje nustatytas procentinis dydis taikytinas tik šios direktyvos atveju. Nors praktiškai pagrindinis principas galėtų būti taikomas ir kitose srityse, privalome atsižvelgti į tai, kad šioje byloje taikytinoje direktyvoje panašios nuostatos nėra.

90. Antra, siūlant taikyti 80 % ribą neatsižvelgiama į tai, kad Direktyvos 93/38 13 straipsnis taikytinas tik paslaugų teikimo srityje. Kadangi kalbama apie išimtį, jos negalima taikyti pagal analogiją net tiekiant prekes atitinkamų sektorių viduje. Tik priėmus teisės aktų paketą šioje srityje įsigalioję pakeitimai leido šį kriterijų taikyti prekių tiekimui [38].

91. Trečia, net atnaujindamas direktyvas vadinamuoju teisės aktų paketu, Bendrijos teisės aktų leidėjas paliko galioti 80 % ribą tik konkretiems sektoriams, neperkeldamas jos į vadinamąją klasikinę direktyvą. Tačiau tuo

36 — Generalinio advokato P. Léger išvada byloje *ARGE Gewässerschutz* (minėta 34 išnašoje, 81 punktas).

37 — Generalinio advokato P. Léger išvada byloje *ARGE Gewässerschutz* (minėta 34 išnašoje, 83 punktas).

38 — Direktyvos 2004/17/EB 23 straipsnis.

metu, kai vyko šis teisės aktų priėmimo procesas, apie antrąjį *Teckal* kriterijų buvo jau žinoma ir apie jį diskutuojama.

92. Ketvirta, yra dar viena priežastis, dėl kurios negalima taikyti Direktyvos 93/38 13 straipsnio. Šio straipsnio 2 dalis perkančiąsias organizacijas įpareigoja, Komisijai pareikalavus, pateikti tam tikrą informaciją. Ši nuostata yra proceso teisės kompensacija 13 straipsnyje nustatytai išimčiai. Tačiau nustatydamas *Teckal* išimtį, Teisingumo Teismas pasirinko kitą kelią.

93. Penkta, vien tai, kad Teisingumo Teismas antrąjį *Teckal* kriterijų apibrėžė nesiremdamas jam puikiai žinoma Direktyva 93/38, savaime paneigia galimybę pagal analogiją taikyti šį kriterijų. Tačiau Teisingumo Teismas apsiribojo tik dviem materialiomis sąlygomis, skirtingomis nei 13 straipsnio sąlygos, t. y. abiem *Teckal* kriterijais. Vis dėlto kaip tik dėl to, kad jų taikymas nėra sureguliuotas proceso teisės nuostata kaip 13 straipsnyje, šias sąlygas reikia aiškinti siaurai.

94. Todėl, remiantis išdėstytais argumentais, darytina išvada, kad Direktyvos 93/38 13 straipsnyje nustatyta 80 % riba nėra taikytina vertinant pagrindinę veiklos dalį [39].

B — *Šio teiginio plėtojimas remiantis dabartine Teisingumo Teismo praktika*

95. Kadangi tai yra išimties taikymo sąlyga, pagrindinės veiklos dalies kriterijų būtina aiškinti siaurai. Šį požiūrį Teisingumo Teismas patvirtino sprendimo *Parking Brixen* 63 punkte konstatuodamas:

„Kalbant apie bendrų Bendrijos teisės taisyklių išimtį, ankstesniame punkte nurodytos sąlygos turi būti aiškinamos siaurai ir tas, kuris nori ja pasiremti, turi įrodyti, jog iš

39 — Žr. Teisės literatūros šaltinius, ilgainiui suformavusius vyraujančią nuomonę: Meinrad Dreher „Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", *NZBau* 2002, p. 245 (253); Wolfram Krohn „Aus' für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen", *NZBau* 2005, p. 92 (95); Opitz „Zeitschrift für Vergaberecht" 2000, p. 97 (105); Ulf-Dieter Pape/Henning Holz „Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte", *NJW* 2005, p. 2264 (2265 ir toliau); Wolfgang Jaeger „Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", leidinyje Büdenbender/Kühne/Baur (Hrsg.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, p. 455 (464); Christoph Riese/Andreas van den Eikel „Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischtwirtschaftliche Unternehmen?", *Vergaberecht* 2005, p. 590 (601); Kurt Weltzien „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", *Public Procurement Law Review* 2005, p. 237 (249), teisingai nurodantis, kad Direktyva 93/38 taikytina ir privačioms įmonėms; Jan Ziekow/Thorsten Siegel „Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", *Vergaberecht* 2005, p. 145 (148), abejojantys, ar 80 % kriterijus atitinka Bendrijos teisę.

tikrųjų egzistuoja išimtinės aplinkybės, leidžiančios nukrypti nuo galiojančių taisyklių."

96. Šioje byloje taip pat turime atsižvelgti į šiuos reikalavimus.

97. Vis dėlto toliau laikausi tos nuomonės, kaip sakiau ir išvadoje byloje *Stadt Halle*, kad „pagrindinė veiklos dalis" turi būti nustatoma remiantis ne vien kiekybiniais, bet ir kokybiniais faktoriais [40] [41].

98. Kalbant apie *kokybinį* aspektą, reiktų išsiaiškinti, kaip ir kieno naudai kontroliuojamoji organizacija vykdo savo veiklą. Šiuo požiūriu egzistuoja skirtumas, ar tokia aptariamos organizacijos veikla apskritai turi rinką ir ar ši organizacija siūlo rinkoje tam tikras paslaugas, kurias ji teikia kitiems nei kontroliuojanti institucija užsakovams [42].

99. Tačiau to negalima suprasti taip, kad atitinkamos organizacijos teikiamos paslaugos privalo būti paklausios tarp kitų nei valdžios institucijos organizacijų. Net jei prekė ar paslauga teikiama tik valstybiniams *užsakovams*, negalima teigti, kad rinkos nėra. Juk gali būti ir kitų *tiekėjų*. Todėl kokybinių faktorių vertinimas priklauso ne tik nuo siūlančios savo paslaugas organizacijos ir kontroliuojančios institucijos santykių, bet ir nuo šios organizacijos padėties rinkoje, o tai atitinka viešųjų pirkimų teisės aktuose įtvirtintus konkurencijos tikslus. Tokia situacija būtų artima tiems atvejams, kai taikant direktyvas viešojo pirkimo sutartys gali būti sudaromos taikant derybų procedūrą iš anksto nepaskelbus skelbimo apie sutartį, t. y. kai sutartis gali būti patikima tik konkrečiam ūkio subjektui [43].

40 — Po mano išvados žr. generalinės advokatės J. Kokott 2005 m. kovo 1 d. Išvadą byloje *Parking Brixen* (minėta 7 išnašoje, 83 punktas).

41 — Tokiai nuomonei pritaria: Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier „Vergaberecht", 2005, p. 103 ir paskesni; Holger Schröder „In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?", *NZBau* 2005, p. 127 ir paskesni.; Kurt Weltzien, „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", *Public Procurement Law Review* 2005, p. 237 (248).

42 — Šiuo klausimu žr. sąvokos apibrėžimą, pateiktą 38 išnašoje minėtos Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 8 dalies pirmojoje pastraipoje ir 9 išnašoje minėtos Direktyvos 2004/17 1 straipsnio 7 dalies pirmojoje pastraipoje.
Šioje byloje taikytinoje direktyvoje atitinkamo sąvokos apibrėžimo su aiškia nuoroda į rinką nėra.

43 — Žr. pakeistos Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 dalies b punktą ir Direktyvos 2004/17 40 straipsnio 3 dalies c punktą.

100. Be to, būtina išsiaiškinti, ar šiuo atveju svarbi tik reali veikla, ar reikia atsižvelgti ir į kontroliuojamos įmonės paskirtį, pavyzdžiui, įstatuose įtvirtintą visuomeninę paskirtį, ir į visas veiklos rūšis, kurias organizacija gali vykdyti. Nors atsižvelgti į organizacijos paskirtį viešųjų pirkimų teisėje nėra neįprasta, toks požiūris dar labiau trukdytų nustatyti pagrindinę veiklos dalį, nes neįmanoma pateikti patikimų ir tikrų duomenų apie potencialią veiklą – tik neapibrėžtą galimybę ateityje.

101. Dar vienas svarbus klausimas yra tai, ar turi būti atsižvelgiama tik į tam tikras, ar į visas organizacijos veiklos rūšis. Pagrindinės veiklos dalies kriterijų galima būtų suprasti ir taip, kad svarbi yra tik ta veiklos rūšis, kuri turėtų būti vykdoma kontroliuojančios institucijos naudai, pavyzdžiui, energijos tiekimas, nes į kitas aptariamos organizacijos veiklos rūšis, pavyzdžiui, atliekų tvarkymą, šiuo atveju neatsižvelgiama, o lemiama procentinio dydžio riba būtų šiame konkrečiame sektoriuje vykdomos veiklos dalis.

102. Mano manymu, vien tos aplinkybės, kad kalbama apie direktyvoje nustatytos tvarkos išimtį, pakanka, jog būtų prieštaraujama tokiam antrojo *Teckal* kriterijaus aiškinimui. Jeigu pagrindinės veiklos dalies kriterijus būtų taikomas atsižvelgiant tik į vieną veiklos rūšį, o ne į visas galimas įmonės veiklos rūšis, galėtų labai padaugėti procedūrų, kurioms būtų taikoma išimtis.

103. Kaip matyti iš sprendimo *Teckal* teksto ir faktinių bylos aplinkybių, vien fakto, kad veikla vieno akcininko atžvilgiu viršija pagrindinės dalies ribą, nepakanka, jog būtų tenkinamas pagrindinės veiklos dalies kriterijus; taip pat būtina susumuoti visiems akcininkams suteiktas paslaugas ir šį rezultatą palyginti su visa vykdomos veiklos apimtimi.

104. Sprendimo *Teckal* 50 punkte kalbėdamas apie antrąjį kriterijų Teisingumo Teismas vartoja daugiskaitą ir teigia:

„<...> Kitaip yra tik tuo atveju, kai tuo pačiu metu regioninės ar vietos valdžios institucija kontroliuoja nagrinėjamą atskirą subjektą analogiškai kaip savo tarnybas ir kai šio subjekto pagrindinė veikla yra vykdoma su

valdžios institucija ar *institucijomis*, kurioms jis priklauso". [44]

105. Griežtai laikantis šios formuluotės, reikia atsižvelgti ne tik į kontroliuojančiai institucijai, t. y. į Busto Arsizio komunai, suteiktas paslaugas. Galima atsižvelgti ir į kitiems akcininkams suteiktas paslaugas.

106. Kalbant apie *kiekybinį* aspektą, negalima apsiriboti vien apyvarta. Be abejo, reikia atsižvelgti ir į kitus ekonominius įmonės rodiklius. Tokiu atveju, kaip nurodoma antrajame prejudiciniame klausime, iš esmės gali būti svarbus ir pajamų, gautų už paslaugas akcininkui, procentinis dydis, palyginti su visomis gautomis pajamomis. Tiesa, nustatant visų pajamų, gautų iš akcininkams suteiktų paslaugų, dalį taikytinas tas pats principas kaip ir nustatant apyvartos iš tokios veiklos dalį, t. y. kad nežymios persvaros, palyginti su likusiomis pajamomis, nepakanka. Pažymėtina, kad abiem atvejais tai yra susiję tik su kiekybiniu aspektu.

44 — Paryškinta mano.

107. Galiausiai, kalbėdamas apie pagrindinės veiklos dalies kriterijų, Teisingumo Teismas aiškiai nepasako, kokiu būtent momentu ši sąlyga turi būti įvykdoma ar kokį laikotarpį reikia įvertinti.

108. Remiantis viešųjų pirkimų direktyvų sistema, tai turėtų būti momentas, kai perkančioji organizacija imasi veiksmų, t. y. šioje byloje, kai ji priima sprendimą sudaryti sutartį. Bet tai atspinti tik situaciją konkrečiu momentu, nebent numatyta, – kaip yra Direktyvos 93/38 13 straipsnyje – atsižvelgti į ilgesnį laikotarpį.

109. Kadangi *AGESP* paslaugas teikia ne tik tiesiogiai komunai, bet kai kurias jų tiesiogiai komunoje veikiantiems tretiesiems asmenims, t. y. tiek įmonėms, tiek namų ūkiams, kyla klausimas, ar paslaugas, suteiktas ne tiesiogiai komunai, reikia traktuoti kaip paslaugas suteiktas komunai, t. y. paslaugas kontroliuojančios institucijos atžvilgiu antrojo *Teckal* kriterijaus prasme.

110. Šioje vietoje vėl susiduriame su antrojo *Teckal* kriterijaus neapibrėžtumu ir iš to išplaukiančiu teisinio aiškumo suinteresuo-

toms organizacijoms trūkumu. Teisinio saugumo interesais būtina jį patikslinti.

111. Šia prasme buvo iškeltas klausimas, ar svarbi yra vieta, kurioje teikiamos paslaugos. Jei vadovautumėmės požiūriu, kad svarbi, pagrindinėje byloje reikšmę turėtų tik Busto Arsizio komunoje suteiktos paslaugos. Pakankamas teritorinis ryšys yra bent jau tinkamas kriterijus įvertinti, ar paslauga atlikta komunos atžvilgiu. Tai susiję su tuo, kad toks ryšys labai svarbus nustatant regioninės ar vietos valdžios institucijų, ypač komunų, kompetenciją. Tačiau principas, kad reikia atsižvelgti tik į tas paslaugas, kurios buvo suteiktos išimtinai komunoje reziduojantiems asmenims, būtų pernelyg ribojantis. Tačiau, kita vertus, galima būtų atsižvelgti ir į tas paslaugas, kurios suteikiamos ne komunos teritorijoje, bet naudingos jos gyventojams, tarkim, kai atitinkamą paslaugą siūlo ne pati komuna – pavyzdžiui, dėl finansinių priežasčių, – o kita organizacija, kurios akcijų turi kelios komunos ir (arba) vienas ar keli regionai.

112. Be to, svarbu pabrėžti, kad nustatant, ar paslauga atlikta komunos atžvilgiu, visai nesvarbu, kam adresuota sąskaita už suteiktas paslaugas ar kas už tai moka. Pavyzdžiui, būtent tais atvejais, kai bendro intereso paslaugos teikiamos koncesijų forma, bent jau dalį atlygio už suteiktas paslaugas paprastai sumoka paslaugos gavėjai. Šia prasme pavyzdys galėtų būti direktyvose numatyta koncesija tiesiant kelius, už kuriuos bus renkamas kelių mokestis. Komunos gyvenime pačios svarbiausios yra transporto, energijos tiekimo, atliekų tvarkymo ir statybos paslaugos, o dažnai taip pat ir švietimo bei pramogų įstaigų, automobilių stovėjimo aikštelių priežiūra. Tačiau pirmiausia tokiais atvejais reikėtų nustatyti, ar tai nėra ta paslaugų koncesijos forma, kuriai vien jau dėl to netaikoma direktyvoje nustatyta tvarka.

113. Siekdamas patikslinti antrąjį *Teckal* kriterijų, Teisingumo Teismas turėtų nustatyti sąlygas, kurioms esant reikia atsižvelgti ir į tretiesiems asmenims suteiktas paslaugas. Svarbiausias turėtų būti santykio tarp trečiojo asmens ir kontroliuojančios institucijos, šiuo atveju komunos, pobūdis. Konstatuoti, kad paslauga atlikta komunos atžvilgiu, paprasčiau tais atvejais, kai komuna yra įsipareigojusi trečiajam asmeniui suteikti tam tikrą paslaugą. Ši pareiga nebūtinai turi būti įtvirtinta viešojoje teisėje, pavyzdžiui, atitinkamuose regiono įstatymuose. Tai galėtų būti ir įsipareigojimai pagal privatinę teisę,

pavyzdžiui, pagal privačių asmenų sutartis su komuna. Reikėtų patikslinti ir tai, ar sutartiniai įsipareigojimai tarp trečiųjų asmenų ir paslaugą teikiančios organizacijos taip pat svarbūs. Ir šiuo požiūriu svarbu, kad, be realios paslaugos suteikimo, komuną bei paslaugą teikiančią organizaciją sietų ir teisiniai santykiai.

115. Iš viso to, kas pasakyta, galima daryti išvadą, kad reikia atsižvelgti ne tik trečiojo asmens, paslaugos vartotojo, statusą, bet ir į komercinės veiklos turinį.

C — *Tarpinė išvada*

114. Bet kuriuo atveju nepriimtinas požiūris, kad reikia atsižvelgti į visas atitinkamos regioninės ar vietos valdžios institucijos, šiuo atveju Busto Arsizio komunos, gyventojams suteiktas paslaugas. Taip būtų įtrauktos ir tos paslaugos privatiems asmenims, kurios nėra susijusios su komuna. Tokiu atveju į komercinės veiklos pobūdį net nebūtų atsižvelgiama. Tarkim, jeigu organizacija ne tik tiektų energiją ar tvarkytų atliekas, bet ir parduotų tam tikras prekes, pavyzdžiui, šildymo įrenginius ar atliekų konteinerius, į šios veiklos apyvartą taip pat būtų atsižvelgiama, nors šių prekių bet kuris vartotojas gali įsigyti ir iš kitų šaltinių. Toks aiškinimas, grindžiamas vien trečiojo asmens, paslaugos vartotojo, statusu, reikštų, kad atsižvelgiama į visas vartotojams suteiktas paslaugas tik todėl, kad šie reziduoja komunoje.

116. Kriterijus, kad pagrindinę kontroliuojamos organizacijos veiklos dalį turi sudaryti veikla, vykdoma institucijos ar institucijų, kurioms ji priklauso, atžvilgiu, gali būti tenkinamas ir tais atvejais, kai kalbama apie mišrias viešąsias įmones ir netiesioginį kapitalo valdymą. Šiuo požiūriu tam tikros tretiesiems asmenims suteiktos paslaugos taip pat turėtų būti laikomos komunos atžvilgiu atliktomis paslaugomis.

117. Šioje byloje nacionaliniam teismui reikia atsižvelgti į daugelį aplinkybių, taip pat ir į pajamas, gautas už akcininkams suteiktas paslaugas, tačiau jis neturėtų taikyti Direktyvos 93/38 13 straipsnyje įtvirtinto 80 % kriterijaus.

VIII — Išvada

118. Remdamasi išdėstytais motyvais, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į prejudicinius klausimus:

1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvą 93/36/EEB dėl viešojo prekių pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo reikia aiškinti taip, kad ji tik tuomet nedraudžia tiesiogiai sudaryti viešojo pirkimo sutartį atlikus tokią pirkimo procedūrą, kokia yra pagrindinėje byloje, kai tenkinamos šios sąlygos:

pirma, vietos valdžios institucija kontroliuoja kitą organizaciją analogiškai kaip savo tarnybas. Nacionalinis teismas šiuo požiūriu turi ištirti šias aplinkybes:

— akcininkų interesus,

— „azienda municipalizzata“ perorganizavimą į akcinę bendrovę,

— nenumatytą ir neįvykusį privalomą bendrovės atvėrimą kitoms investicijoms,

— *AGESP* galimybę steigti atstovybes užsienyje,

— galimybę daryti įtaką skiriant valdybos narius ir kontroliuojant valdymą,

— *AGESP* valdybos įgaliojimus ir

— tai, kad per *AGESP Holding* savivaldybė yra netiesioginė *AGESP* akcininkė.

Antra, ši organizacija turi didžiąją dalį savo veiklos vykdyti valdžios institucijos ar institucijų, kuriai ar kurioms jis priklauso, atžvilgiu. Nacionalinis teismas šiuo požiūriu turi ištirti aplinkybes, nurodytas šios išvados 76–115 punktuose, atsižvelgdamas ir į pajamas, gautas iš veiklos kitų akcininkų atžvilgiu, tačiau netaikydamas Direktyvos 93/38/EEB 13 straipsnyje įtvirtinto 80 % kriterijaus.