GENERALINĖS ADVOKATĖS CHRISTINE STIX-HACKL IŠVADA, pateikta 2005 m. balandžio 12 d. [1]

I — Įvadinės pastabos

1. Šios bylos dėl prejudicinio sprendimo dalykas – pirminės teisės reikšmė viešiesiems pirkimams. Visų pirma reikia išnagrinėti klausimą, kokie perkančiosios organizacijos įsipareigojimai išplaukia iš pagrindinių laisvių. Kartu ši byla suteikia galimybę sukonkretinti Teisingumo Teismo praktiką, visų pirma sprendimą *Telaustria* [2].

II — Teisinis pagrindas

A — *Bendrijos teisės aktai*

2. Viešųjų pirkimų srityje paminėtini tokie antrinės Bendrijos teisės aktai (toliau – direktyvos), kuriuos šiuo metu jau pakeitė naujos direktyvos (vadinamasis teisės aktų leidybos paketas):

— iš vadinamųjų klasikinių direktyvų – 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyva 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo [3] (toliau – Paslaugų direktyva) ir

— 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyva 93/38/EEB dėl subjektų, vykdančių savo veiklą vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo [4] (toliau – Sektorių direktyva).

1 — Originalo kalba: vokiečių.

2 — 2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimas *Telaustria ir Telefonadress* (C-324/98, Rink. p. I-10745).

3 — OL L 209, p. 1, pakeista.

4 — OL L 199, p. 84, pakeista.

B — *Nacionalinės teisės aktai*

3. 1990 m. birželio 8 d. Vietos savivaldos įstatymo Nr. 142 22 straipsnio 3 dalis [5] suteikė savivaldybėms ir provincijoms teisę atlikti jų kompetencijai priklausančias vietos viešąsias funkcijas viena iš šios dalies a–e punktuose nurodytų formų:

a) organizacinio vieneto forma, jei dėl funkcijos siaurumo arba specifikos nerekomenduojama įsteigti įstaigos arba įmonės;

b) suteikiant koncesiją („concessione") tretiesiems asmenims, jei tam yra techninių, ekonominių ir socialinių priežasčių;

c) per specialias įmones, taip pat ir įvairioms ekonominės ir komercinės svarbos funkcijoms atlikti;

d) per įstaigas nekomercinės svarbos socialinėms funkcijoms atlikti;

e) per akcines bendroves arba ribotos atsakomybės bendroves, kuriose vyrauja viešasis kapitalas ir kurias įsteigia ar kurių dalininkė yra įstaiga, esanti viešosios paslaugos teikėja.

III — Faktinės aplinkybės, pagrindinė byla ir prejudicinis klausimas

4. *Consorzio Aziende Metano* (toliau – *Coname*) su savivaldybe *Cingia de' Botti* 1999 m. sausio 1 d.–2000 m. gruodžio 31 d. laikotarpiui sudarė „Metano dujų tinklo aptarnavimo, valdymo ir priežiūros sutartį".

5. 1999 m. gruodžio 30 d. raštu savivaldybė *Cingia de' Botti* pranešė *Coname* apie tai, kad savivaldybės taryba 1999 m. gruodžio 21 d. Nutarimu pritarė „Susitarimui su *Padania Acque SpA* dėl pardavimų vadybos ir dujų įrangos aptarnavimo". Tuo pačiu nutarimu taip pat buvo pritarta sutarties tarp *Padania Acque SpA* (toliau – *Padania*) ir savivaldybės *Cingia de' Botti* projektui.

6. *Padania* yra daugiausia valstybinio kapitalo įmonė, įsteigta buvusį *Consorzio per l'acqua potabile* (Geriamojo vandens kon-

5 — GURI, Nr. 135, 1990 m. birželio 12 diena. Šis įstatymas buvo pakeistas 2000 m. rugpjūčio 18 d. *Decreto legislativo* Nr. 267 113 straipsniu. Vėliau ši norma buvo pakeista 2001 m. gruodžio 28 d. Įstatymo Nr. 448 35 straipsnio 1 dalimi (*legge finanziaria* 2002 metams).

sorciumas) perleidus *Cremona* provincijos savivaldybėms. Beveik visos šios provincijos savivaldybės yra minėtos įmonės dalininkės, tarp jų ir savivaldybė *Cingia de' Botti*, valdanti 0,97 % kapitalo, bei provincija *Cremona*.

7. Atsižvelgus į šios įmonės pobūdį, jai, remiantis Įstatymo Nr. 142 22 straipsnio 3 dalies e punktu, buvo tiesiogiai pavesta teikti nagrinėjamas paslaugas.

8. *Coname* kreipėsi į *Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Sezione staccata di Brescia*, prašydama visų pirma panaikinti savivaldybės nutarimą. Šis tesimas pateikė Teisingumo Teismui tokį prejudicinį klausimą:

„Ar EB 43, 49 ir 81 straipsniai, draudžiantys vienos valstybės narės piliečių įsisteigimo laisvės kitos valstybės narės teritorijoje ir valstybių narių piliečių laisvės teikti paslaugas Bendrijoje apribojimus bei įmonių prekybos veiksmus, galinčius trukdyti, riboti arba iškraipyti konkurenciją Europos Sąjungoje, leidžia tiesiogiai, t. y. be konkurso, sudaryti viešosios dujų tiekimo paslaugos pirkimo sutartį su įmone, kurios dalininkės yra savivaldybės, jei įmonės kapitalo dalys pasiskirsčiusios taip, kad nėra galimybių tiesiogiai kontroliuoti vadovavimo įmonei, ir ar šiuo atveju, kai kapitalo dalis įmonėje sudaro 0,97 %, turi būti konstatuota, kad nėra išpildytos „vidinio" administravimo sąlygos?"

IV — Dėl priimtinumo

9. Šioje byloje dėl prejudicinio sprendimo iškyla keletas klausimų dėl priimtinumo.

A — *Dėl EB 81 straipsnio*

10. Abejonių dėl prejudicinio klausimo leistinumo kelia EB 81 straipsnis.

11. Kaip matyti iš nusistovėjusios Teisingumo Teismo praktikos, nacionalinis teismas turi nurodyti tikslias priežastis, dėl kurių jis prašo Bendrijos teisės išaiškinimo ir mano

esant reikalinga pateikti prejudicinius klausimus [6]. Teisingumo Teismas yra nusprendęs, kad nacionaliniam teismui būtina pateikti minimalius paaiškinimus, kodėl buvo pasirinktos tam tikros Bendrijos teisės normos, kurių išaiškinimo jis prašo, ir nurodyti šių normų sąsają su teisiniam ginčui taikomomis nacionalinėmis normomis [7].

12. Be to, Teisingumo Teismas yra nusprendęs, kad jis nekompetentingas nagrinėti prejudicinių klausimų, jei yra akivaizdu, kad prašomas Bendrijos teisės išaiškinimas niekaip nesusijęs su tikrove arba pagrindinio teisinio ginčo dalyku [8].

13. Kalbant apie minėtus Teisingumo Teismo praktikoje suformuluotus prejudicinių klausimų priimtinumo reikalavimus, konstatuotina, kad sprendime dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą EB 81 straipsnio atžvilgiu išdėstytos išvados, nepaisant straipsnio perteikimo formos, tik apie tai, kad laisva konkurencija yra bendrasis Bendrijos teisės principas ir kišimasis į jį yra išimtinis atvejis, leistinas tik esant tam tikroms aplinkybėms.

14. Tačiau šiuo požiūriu sprendimas dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą neatitinka minėtos teismų praktikos reikalavimų, keliamų prašymui išaiškinti tam tikrą Bendrijos teisės nuostatą pagrįsti.

15. Be to, remiantis, nusistovėjusia Teisingumo Teismo praktika, prejudiciniai klausimai priimtini tik tuomet, jei sprendime dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą pateikiama pakankamai duomenų apie pagrindinės bylos faktines aplinkybes [9].

16. Pažymėtina, kad konkurencijos teisėje, kurios dalis yra ir EB 81 straipsnis dėl kartelių draudimo, taikomi ypač griežti kriterijai [10].

17. EB 81 straipsnio atžvilgiu sprendimas dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą taip pat neatitinka faktiniam pagrindui keliamų reikalavimų. Pavyzdžiui, sprendime visų pirma trūksta informacijos apie dalyvaujančias įmones ir veiksmus, kurie, nacionalinio teismo nuomone, patenka į EB 81 straipsnio reglamentavimo sferą.

6 — 2004 m. kovo 12 d. Nutartis *Austroplant-Arzneimittel* (C 54/03, nepaskelbta Rinkinyje, 11 punktas); 1996 m. birželio 25 d. Nutartis *Italia Testa* (C-101/96, Rink. p. I-3081, 6 punktas); 1998 m. balandžio 30 d. Nutartis bylose *Testa ir Modesti* (C-128/97 ir C-137/97, Rink. p. I-2181, 15 punktas) ir 1998 m. liepos 8 d. Nutartis *Agostini* (C-9/98, Rink. p. I-4261, 6 punktas).

7 — Nutarties *Austroplant-Arzneimittel* (nurodyta 6 išnašoje) 11 punktas; 1995 m. balandžio 7 d. Nutartis *Grau Gomis ir kt.* (C-167/94, Rink. p. I-1023, 9 punktas) ir 2000 m. birželio 28 d. Nutartis *Laguillaumie* (C-116/00, Rink. p. I-4979, 16 punktas).

8 — Nutarties *Austroplant-Arzneimittel* (nurodyta 6 išnašoje) 12 punktas; 2001 m. kovo 13 d. Sprendimas *PreussenElektra* (C-379/98, Rink. p. I-2099, 39 punktas) ir 2002 m. sausio 22 d. Sprendimas *Canal Satélite Digital* (C-390/99, Rink. p. I-607, 19 punktas).

9 — 1993 m. sausio 26 d. Sprendimas *Telemarsicabruzzo ir kt.* (C-320/90, C-321/90 ir C-22/90, Rink. p. I-393, 6 punktas); 1993 m. kovo 19 d. Nutartis *Banchero* (C-157/92, Rink. p. I-1085, 4 punktas); nutarties *Testa ir Modesti* (nurodyta 6 išnašoje) 5 punktas; nutarties *Agostini* (nurodyta 6 išnašoje) 4 punktas ir nutarties *Austroplant-Arzneimittel* (nurodyta 6 išnašoje) 10 punktas.

10 — 2000 m. balandžio 13 d. Sprendmas *Lehtonen ir Castors* (C-176/96, Rink. p. I-2681, 22 punktas); nutarties *Banchero* (nurodyta 9 išnašoje) 5 punktas; nutarties *Laguillaumie* (nurodyta 7 išnašoje) 19 punktas; 2004 m. vasario 11 d. Nutartis sujungtose bylose *Antonio Cannito* (C-438/03, C-439/03, C-509/03 ir C-2/04, Rink. p. I-1605, 6 punktas).

18. Taigi EB 81 straipsnio atžvilgiu sprendimas dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą neatitinka prejudicinio klausimo priimtinumui keliamų reikalavimų.

B — *Dėl pagrindinių laisvių*

19. Tačiau prejudicinio klausimo priimtinumo problemų kyla ir pagrindinių laisvių atžvilgiu (EB 43 ir 49 straipsniai).

20. Teisingumo Teismas prašymą dėl prejudicinio sprendimo, taip pat susijusio su viešaisiais pirkimais, kurį pateikė tos pačios valstybės narės teismas, pripažino nepriimtinu todėl, kad įmonė, suabejojusi savivaldybės pasirinkimo teisėtumu, buvo įsteigta Italijoje ir veikė Italijos rinkoje, nesinaudodama įsisteigimo laisve arba laisve teikti paslaugas. Teisingumo Teismas padarė išvadą, kad bylos aplinkybės nesusijusios nė su viena iš Bendrijos teisės reglamentuojamų faktinių aplinkybių laisvo asmenų judėjimo ir laisvės teikti paslaugas srityje. Jei nė vienas konkretaus atvejo elementas „neperžengia" valstybės narės sienų ir todėl yra niekaip nesusijęs su kuriomis nors faktinėmis aplinkybėmis, kurias laisvo asmenų judėjimo ir laisvės teikti paslaugas srityje reglamentuoja Bendrijos teisė, pagrindinės laisvės nėra taikomos. Tokią išvadą Teisingumo Teismas padarė sprendime *RI.SAN*[11].

21. Vis dėlto Teisingumo Teismas yra pripažinęs priimtinu prašymą priimti prejudicinį sprendimą ir atsakė į jį, pateikdamas nuorodas į pirminės teisės aiškinimą ir taikymą, nepaisant to, kad byloje nagrinėjimas nacionalinės svarbos klausimas[12]. Šiame kontekste reikia paminėti viešųjų pirkimų atžvilgiu priimtą sprendimą *Telaustria*[13], susijusį su pagrindine byla, kurios abi šalys buvo įsteigtos toje pačioje valstybėje narėje. Taip pat paminėtinas sprendimas *Buchhändler-Vereinigung*[14], kuriame buvo taikomi sprendime *Telaustria* suformuluoti principai. Visos pastarosios bylos šalys taip pat buvo įsteigtos toje pačioje valstybėje narėje. Tas pats pasakytina apie sprendimą *ARGE*, kuriame Teisingumo Teismas vis dėlto atsakė į su pagrindinės laisvės išaiškinimu susijusį prejudicinį klausimą[15].

22. Taigi kyla klausimas, kodėl Teisingumo Teismas iš esmės nagrinėjo šiuos tris su viešaisiais pirkimais susijusius prašymus dėl

11 — 1999 m. rugsėjo 9 d. Sprendimas *RI.SAN* (C-108/98, Rink. p. I-5219, 21 ir paskesni punktai).

12 — Taip pat žr. 2002 m. kovo 5 d. Sprendimą sujungtose bylose *Reisch ir kt.* (C-515/99, C-519/99–C-524/99 ir C-526/99–C-540/99, Rink. p. I-2157, 24 ir paskesni punktai), kuris, beje, nebuvo susijęs su viešaisiais pirkimais.

13 — Sprendimas *Telaustria ir Telefonadress* (nurodytas 2 išnašoje).

14 — 2002 m. gegužės 30 d. Nutartis *Buchhändler-Vereinigung* (C-358/00, Rink. p. I-4685).

15 — 2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimas *ARGE Gewässerschutz* (C-94/99, Rink. p. I-11037), susijęs visų pirma su trečiuoju prejudiciniu klausimu.

prejudicinio sprendimo, nepaisant to, kad bylų aplinkybės buvo panašios į bylos *RI.SAN* aplinkybes. Viena iš priežasčių galėtų būti ta, kad bylose *Telaustria* ir *Buchhändler-Vereinigung* prejudiciniai klausimai buvo aiškiai susieti su direktyvų išaiškinimu. O šioje byloje prejudiciniai klausimai aiškiai susieti su pirmine teise, visų pirma, dviem pagrindinėmis laisvėmis.

23. Iš to būtų galima daryti išvadą, kad prejudicinio klausimo priimtinumas priklauso nuo to, su kuo šis klausimas siejamas, t. y. nuo to, ar jis susijęs su pirmine, ar su antrine teise [16].

24. Šioje byloje dėl prejudicinio klausimo, susijusio su atitinkamomis pagrindinėmis laisvėmis, priimtinumo yra dvi priežastys: procesinė ir materialinė.

25. Procesiniu požiūriu reikėtų priminti, kad nagrinėdamas bylą dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismas siekia pateikti nacionaliniam teismui naudingą atsakymą. Tam tikrais atvejais tai netgi paskatina Teisingumo Teismą performuluoti prejudicinius klausimus. Tačiau šioje byloje tai neįmanoma, nes klausimas aiškiai susietas su pirminės teisės, o ne su direktyvų išaiškinimu; tai nacionalinis teismas patvirtino atsakyme į atitinkamą Teisingumo Teismo klausimą.

26. Į klausimą, ar pradinėje byloje nagrinėjama koncesija, ar viešojo pirkimo sutartis Bendrijos teisės prasme, galiausiai gali būti neatsakyta, nes Teisingumo Teismui pakanka prejudicinių klausimų, „nurodančių jam aiškinimo kryptis, kurios *galėtų* pasirodyti esančios naudingos pagrindinės bylos teisiniam ginčui išspręsti“ [17]. Taigi tai, ar jos *iš tikrųjų* bus taikomos konkrečioms pagrindinės bylos aplinkybėms, neturėtų būti laikoma kriterijumi.

27. Materialinės teisės požiūriu reikėtų vengti sureikšminti sprendime *RI.SAN* suformuluotą požiūrį. Būtent viešųjų pirkimų teisės srityje, kuri orientuota į nacionalinių rinkų atvėrimą, negali būti svarbu, kad visi konkretaus viešųjų pirkimų konkurso ir (arba) po jo einančios peržiūros procedūros dalyviai būtų kilę iš tos pačios valstybės narės kaip ir perkančioji organizacija [18], nes tai būtų galima vertinti kaip ženklą, kad viešųjų pirkimų konkursas nebuvo viešas, kaip to reikalaujama, ir todėl jame negalėjo dalyvauti užsienio įmonės. Tai pasakytina ne tik apie viešųjų pirkimų direktyvas, bet ir apie su tuo

16 — Tačiau žr. 2000 m. gruodžio 5 d. Sprendimą *Guimont* (C-448/98, Rink. p. I-10663). Šioje byloje prejudicinis klausimas buvo aiškiai susietas su pirminės teisės išaiškinimu.

17 — Sprendimo *Telaustria ir Telefonadress* (nurodytas 2 išnašoje) 59 punktas; išskirta mano.

18 — Žr., pavyzdžiui, aplinkybių konsteliaciją sprendime *ARGE Gewässerschutz* (nurodytas 15 išnašoje).

susijusias pagrindines laisves. Taigi turi būti saugomos ne tik faktiškai viešųjų pirkimų konkurse dalyvaujančios įmonės, bet ir potencialūs pasiūlymų teikėjai. Tad potencialios sąsajos su kitos valstybės narės įmone pakanka tam, kad būtų galima konstatuoti tarptautinio veiksnio egzistavimą ir todėl būtų išpildytos pagrindinių laisvių taikymo sąlygos.

28. Šios priežastys patvirtina prejudicinio klausimo priimtinumą tiek, kiek jis susijęs su EB 43 ir 49 straipsniais.

V — Dėl pagrįstumo

29. Prejudicinis klausimas tiek, kiek jis yra priimtinas, iš esmės susijęs su EB 43 ir 49 straipsnių taikymo sritimi, t. y. su iš jų kildintinais viešųjų pirkimų reikalavimais ir draudimais.

30. Tad klausimas susijęs su didele dalimi reikalavimų, kuriuos Teisingumo Teismas apibūdino kaip „pagrindines bendrąsias Sutarties taisykles ir konkretų diskriminacijos dėl pilietybės draudimą“ [19].

A — *Įvadinės pastabos dėl taikytinų teisės normų*

31. Jei prejudicinis klausimas aiškiai susietas su tam tikrų pirminės teisės normų išaiškinimu, tai *eo ipso* nereiškia, kad šios normos turi būti taikomos.

32. Ar jos bus taikomos, veikiau priklauso nuo to, ar konkreti pagrindinėje byloje nagrinėjama viešojo pirkimo sutartis atitinka sąlygas, leidžiančias taikyti šias pirminės teisės normas.

33. Šiame kontekste nėra svarbu, kad nacionalinis teismas viešojo pirkimo sutartį pavadino „concessione“, nes šis pavadinimas gali būti susijęs su nacionalinės teisės terminu. Nacionalinis terminas neprivalo sutapti su Bendrijos teisės terminu. Tačiau net jeigu

19 — Sprendimo *Telaustria ir Telefonadress* (nurodytas 2 išnašoje) 60 punktas; tai patvirtina kitokia 2001 m. gruodžio 3 d. Nutarties *Vestergaard* (C-59/00, Rink. p. I-9505, 20 punktas) formuluotė.

nacionalinis teismas turėjo omenyje Bendrijos koncesijos sąvoką, tai dar nereiškia, kad toks kvalifikavimas pagrindinėje byloje yra teisingas.

34. Tačiau net ir tuo atveju, jei būtų išpildytos išvestinės teisės taikymo sąlygos, ir toliau liktų neaišku, kokia direktyva reglamentuoja konkrečias faktines aplinkybes. Šiuo klausimu pažymėtina, kad Teisingumo Teismui nėra žinomos visos svarbios faktinių aplinkybių detalės.

35. Kadangi savivaldybės, kaip administraciniai vienetai, gali būti viešosios perkančiosios organizacijos tiek klasikinių viešųjų pirkimų direktyvų prasme, tiek sektorių direktyvų prasme, reikėtų išsiaiškinti viešojo pirkimo tikslus. Nuo šių tikslų priklauso, kokia direktyva bus taikoma [20].

36. Net jei būtų nustatyta, kad netaikytina – palyginti su kitomis direktyvomis speciali – Sektorių direktyva, vis dar neaišku, į kokios klasikinės viešųjų pirkimų direktyvos reglamentavo sferą patektų ši viešojo pirkimo sutartis. Lemiamos reikšmės turi viešosios pirkimo sutarties objektas, tarkime, prekių tiekimas, pavyzdžiui, energijos tiekimas, arba paslaugų teikimas, pavyzdžiui, aprūpinimas. Jei viešojo pirkimo sutartis yra mišri, t. y. jos objektais yra abu dalykai, svarbiausiu kriterijumi, remiantis Paslaugų direktyvos 2 straipsniu, laikoma viešojo pirkimo sutarties sudėtinių dalių vertė.

37. Nors iš dokumentų neaišku, ar pagrindinėje byloje nagrinėjama mišri viešojo pirkimo sutartis, atsižvelgiant į šios valstybės narės praktiką, negalima atmesti tokios galimybės, kurią rodo ir vienas Teisingumo Teismo jau priimtas prejudicinis sprendimas [21].

38. Kaip ir byloje *RI.SAN*, Teisingumo Teismas negali patikrinti nacionalinio teismo pateiktų duomenų teisingumo, kuriais remiantis pagrindinės bylos teisinis ginčas yra nesusijęs su viešojo paslaugų pirkimo sutarties sudarymu [22].

39. Tačiau net jei konkreti viešojo pirkimo sutartis iš esmės atitiktų visas kurios nors direktyvos taikymo sąlygas, tam tikra direktyva galėtų būti netaikoma konkrečiam konkursui. Taip greta aiškios direktyvų išimties, pavyzdžiui, Sektorių direktyvos 13 straipsnio

20 — Šiuo klausimu žr. 2003 m. balandžio 10 d. Sprendimą sujungtose bylose *Komisija prieš Vokietiją* (C-20/01 ir C-28/01, Rink. p. I-3609) ir 2004 m. lapkričio 18 d. Sprendimą *Komisija prieš Vokietiją* (C-126/03, Rink. p. I-11195).

21 — 2002 m. lapkričio 14 d. Nutartis *Comune di Udine* (C-310/01, nepaskelbta Rinkinyje).

22 — Sprendimo *RI.SAN* (nurodytas 11 išnašoje) 20 punktas.

šiuo atveju, galėtų būti taikoma ir nerašyta Teisingumo Teismo suformuluota išimtis, kaip antai sprendime *Stadt Halle* [23] išaiškinta *Teckal* išimtis [24] vadinamosioms tariamoms vidaus sutartims (*Quasi-In-House-Vergaben*). Jei būtų taip, reikėtų taikyti pirminę teisę.

40. Tai galėtų pagrįsti aplinkybę, kodėl nacionalinis teismas prejudicinį klausimą susiejo tik su pirminės teisės išaiškinimu.

41. Jei iš tikrųjų nebūtų taikoma nė viena iš direktyvų, šiuo atveju lemiamas vaidmuo galėtų atitekti pagrindinėms laisvėms, kurios valstybes nares visų pirma įpareigoja taikyti vienodą požiūrį ir užtikrinti skaidrumą kitų valstybių narių rinkos dalyvių atžvilgiu.

B — *Pagrindinės laisvės ir pozityvūs įpareigojimai*

42. Ši byla, kurioje nagrinėjama, kokie perkančiosios organizacijos įsipareigojimai kyla iš EB 43 ir 49 straipsnių, susijusi su principiniu klausimu, ar pagrindinės laisvės valstybių narių veiksmų apribojimų forma nustato ne tik draudimus, bet ir pozityvius įpareigojimus ir, jei taip, tai kokius.

43. Kai kurie iš pagrindinių laisvių išplaukiantys draudimai paprastai gali būti vertinami kaip apribojimai, kurie, be to, buvo daugelio bylų Teisingumo Teisme dalykas. Viešųjų pirkimų srityje paminėtinas vien iš laisvo prekių judėjimo kylantis draudimas, kad „perkančiajai organizacijai neleidžiama į konkrečių viešųjų pirkimų sutarties dokumentus įtraukti išlygą, įpareigojančią vykdant sutartį naudoti tik tam tikros firmos medžiagas be prierašo „arba lygiavertes medžiagas“ [25].

44. Tačiau tos bylos aplinkybių konsteliacija ir Teisingumo Teismo atliktas jų nagrinėjimas labai aiškiai rodo, kad draudimas susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų, t. y. neįrašyti tam tikro prierašo, taip pat gali būti suprantamas ir kaip reikalavimas atlikti tam tikrus veiksmus, t. y. įrašyti tam tikrą prierašą.

23 — 2005 m. sausio 11 d. Sprendimas *Stadt Halle* (C-26/03, Rink. p. I-1).

24 — 1999 m. lapkričio 18 d. Sprendimas *Teckal* (C-107/98, Rink. p. I-8121).

25 — Nutarties *Vestergaard* (nurodyta 19 išnašoje) 24 punktas.

45. Tai pritaikius šios bylos dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą pagrindinės bylos aplinkybių konsteliacijai reikštų, kad tokia konsteliacija gali būti suprantama mažų mažiausiai dvejopai. Viena vertus, galima nagrinėti, ar pagrindinės laisvės – aiškinamos kaip apribojimai – įtvirtina draudimą sudaryti viešojo pirkimo sutartį be konkurso arba tiesiogiai. Kita vertus, būtų galima nagrinėti, ar jos įpareigoja užtikrinti tam tikrą viešumo laipsnį arba kokia nors forma paskelbti apie viešojo pirkimo sutartį. Todėl, atsižvelgiant į tai, ar kaip kriterijus pasirenkamas nurodymas susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų, ar imtis aktyvių veiksmų, gali būti konstatuojami arba nekonstatuojami pozityvūs įpareigojimai.

46. Tačiau ir dėl kitos priežasties paaiškėja, kad atsakymui į prejudicinį klausimą pateikti būtina išnagrinėti pozityvių įpareigojimų problematiką esant tokiai aplinkybių konsteliacijai.

47. Tokia aplinkybių konsteliacija gali būti vertinama ir vadinamuoju absoliučių teisių požiūriu. Perkančiosios organizacijos arba koncesijos suteikėjo elgesys gali būti laikomas kišimusi į kito asmens teisę, t. y. į įmonių teisę dalyvauti viešojo pirkimo konkurse arba pateikti pasiūlymą. Valstybės narės, įskaitant ir perkančiąsias organizacijas arba koncesijos suteikėjus, turi užtikrinti, kad būtų paisoma šios iš Bendrijos teisės išplaukiančios teisės.

48. Galiausiai, siekiant išsamios analizės, pažymėtina, kad tokią aplinkybių konsteliaciją galima nagrinėti ir pagal tai, ar jos lemia atitinkamo administracinio vieneto pareigą užtikrinti apsaugą arba garantiją. Bet kuriuo atveju neginčytina, kad valstybė narė, kuriai taip pat priskiriama šioje byloje nagrinėjama savivaldybė, įpareigota užtikrinti šiuo atveju įmonių, t. y. potencialių pasiūlymų teikėjų, pagrindines laisves.

49. Atsakymo į klausimą, ar pagrindinės laisvės apskritai apima pozityvias pareigas ir koks jų turinys, pagrindą suteikia Teisingumo Teismo praktika abipusio pripažinimo klausimu.

50. Iš šios Teisingumo Teismo praktikos netgi išplaukia valstybių narių įsipareigojimas numatyti ir taikyti tam tikrą procedūrą. Reikalavimas veikti aktyviai keliamas įstatymų leidėjui, o kartu ir administracijai bei teismams. Iš pagrindinių laisvių kildinami reikalavimai visų pirma susiję su procedūros esme, pavyzdžiui, atlikti tam tikrą patikrinimą. Procedūros požiūriu patikrinimas dar aiškiau apibrėžiamas, nurodant jo tikslus ir metodus, pavyzdžiui, patikrinimo metu lyginti tam tikrus dokumentus. Be to, būtina

motyvuoti sprendimus, kuriuos galima apskųsti teisme [26].

51. Šiuos reikalavimus galima pritaikyti ir viešųjų pirkimų teisei, kuriai, kaip šiuo atveju, taip pat svarbu, ar laikomasi tam tikrų procedūros principų. Tad iš iki šiol aptartos teismų praktikos abipusio pripažinimo klausimu galima daryti išvadą, kad pagrindinės laisvės valstybėms narėms taip nustato tam tikrus procedūros *reikalavimus*.

52. Kitas pirminės teisės šaltinis, greta pagrindinių laisvių, iš kurio gali būti kildinami procedūriniai reikalavimai, yra EB 10 straipsnis. Jo pirmojoje pastraipoje aiškiai įtvirtintas valstybėms narėms skirtas reikalavimas imtis veiksmų: („<...> valstybės narės imasi visų atitinkamų bendrų ar specialių priemonių <...>"). Iš šios bendros ir principinės normos galima mažų mažiausiai kildinti reikalavimą taip parengti procedūras, o kartu ir viešojo pirkimo konkursus, kad valstybės narės įvykdytų savo materialinius Bendrijos teise pagrįstus įsipareigojimus.

53. Taigi valstybės narės, įskaitant ir savivaldybes, viešojo pirkimo sutarčių sudarymo arba koncesijų atveju privalo imtis atitinkamų veiksmų, pavyzdžiui, laikytis tam tikrų terminų arba paskelbti tam tikrą informaciją, ta dalimi, kuria iš Bendrijos teisės, šiame procese – iš pagrindinių laisvių, galima kildinti tam tikrus įpareigojimus.

54. Be to, su EB 10 straipsniu yra susiję iš jo kilę Bendrijos teisės ekvivalentiškumo ir veiksmingumo principai, nubrėžiantys tam tikras valstybių narių proceso teisės, taip pat ir viešųjų pirkimų teisės, ribas. Šie reikalavimai keliami ne tik teisės apsaugai, bet ir ankstesnėms procedūroms, t. y. viešojo pirkimo konkurso rengimui. Savaime suprantama, kad tuomet kiekvienas atvejis „nagrinėjamas, atsižvelgiant į normos vietą visoje procedūroje, procedūros eigą ir specifiką" [27].

55. Šiems pirminės teisės reikalavimams, papildantiems iš pagrindinių laisvių išplaukiančius valstybių narių įsipareigojimus, ypač didelis vaidmuo tenka už viešųjų pirkimų direktyvos taikymo srities ribų.

56. Galiausiai atkreiptinas dėmesys ir į bendruosius teisės principus, iš kurių taip pat galima kildinti reikalavimus nacionalinei

26 — 1991 m. gegužės 7 d. Sprendimas *Vlassopoulou* (C-340/89, Rink. p. I-2357, 16 ir paskesni punktai).

27 — 2003 m. balandžio 10 d. Sprendimas *Steffensen* (C-276/01, Rink. p. I-3735, 66 punktas) ir 2003 m. vasario 27 d. sprendimas *Santex* (C-327/00, Rink. p. I-1877, 56 punktas).

proceso teisei ir kurie taip pat gali būti reikšmingi viešųjų pirkimų konkursui. Tai visų pirma pasakytina apie bendrąjį lygiateisiškumo principą (vienodo požiūrio principas), kuris peržengia diskriminavimo dėl pilietybės draudimo ribas.

C — *Iš pagrindinių laisvių išplaukiantys įpareigojimai viešųjų pirkimų teisės srityje*

1. Ribota pagrindinių laisvių galiojimo sritis

57. Net jei būtų teigiama, kad pagrindinės laisvės iš esmės taikomos perkančiosioms organizacijoms ir valstybiniams koncesijos suteikėjams, tai jokiu būdu nereiškia, kad bet kuriam viešojo pirkimo konkursui automatiškai taikomos pagrindinės laisvės.

58. Taip negalima atmesti galimybės, kad perkančioji organizacija arba koncesijos suteikėjas teisėtai remsis viena iš daugelio priežasčių, pateisinančių pagrindinių laisvių netaikymą. Remtis būtų galima ne tik Sutartyje aiškiai numatytomis priežastimis, pavyzdžiui, viešosios tvarkos arba visuomenės sveikatos sumetimais [28], bet ir svarbiais visuomeniniais interesais sprendimo *Cassis de Dijon* prasme.

59. Komisija viename iš savo pranešimų taip pat pripažino principinį pateisinančių priežasčių taikomumą koncesijos suteikimo atveju [29]. Savaime suprantama, ir viešųjų pirkimų srityje turi būti tenkinamos čia detaliau nenagrinėjamos pateisinamų priežasčių sąlygos, pavyzdžiui, nacionalinės priemonės proporcingumas.

60. Su pagrindinėmis laisvėmis susijusias pateisinamas priežastis taip pat papildo Sutartyje aiškiai įtvirtintos išimtys. Jos taip pat gali būti taikomos suteikiant koncesiją, o dėl to koncesijos suteikėjas nesusaistomas pagrindinių laisvių reikalavimais.

61. Visų pirma taikomos nuostatos, susijusios su įvairiais vidinio ir išorinio saugumo aspektais, į kuriuos taip pat buvo atkreiptas dėmesys teismo posėdyje. Taip EB 296

28 — Įsisteigimo laisvės ir laisvės teikti paslaugas atveju tai yra EB 45 ir 55 straipsniai.

29 — Komisijos pranešimas dėl koncesijų Bendrijos teisėje išaiškinimo klausimų (OL C 121, 2000, Nr. 3.1).

straipsnio 1 dalies b punktas suteikia valstybėms narėms teisę imtis tam tikrų priemonių, reikalingų gyvybiniams jų saugumo interesams apsaugoti. Viešųjų pirkimų srityje ši nuostata taikoma tam tikrų gynybinės paskirties prekėms pirkti. Nors šis sektorius nebūtinai tinkamas koncesijoms suteikti, Bendrijos teisės atžvilgiu tokia galimybė neatmestina.

62. EB 297 straipsnis savo ruožtu leidžia valstybėms narėms imtis tam tikrų priemonių kilus kritinėms situacijoms. Ši norma iš esmės taip pat gali būti taikoma pirkimams.

63. Tiesa, kaip visų pirma matyti iš EB 298 straipsnio, valstybių narių įgaliojimai taikyti abi pirmiau minėtas Sutarties normas nėra visiškai neriboti, ir joms taikoma Komisijos ir Teisingumo Teismo kontrolė.

64. Galiausiai atkreiptinas dėmesys į dar vieną pirminės teisės normą, kuri nėra skirta pagrindinėms laisvėms, tačiau gali veikti kaip jų išimtis. EB 86 straipsnio 2 dalis numato, kad „šioje Sutartyje nustatytos taisyklės", t. y. ir pagrindinės laisvės, yra taikomos tuomet, „jei jų taikymas nei teisiškai, nei faktiškai netrukdo atlikti joms patikėtų specialių uždavinių". Kita šio straipsnio sąlyga yra tai, kad prekybos plėtrai neturi būti daromas tam tikro laipsnio neigiamas poveikis. Vis dėlto šios normos adresatai, priešingai nei ją taikant valstybėms narėms kartu su EB 10 straipsniu – yra tik įmonės ir tik tokios, kurioms patikėta teikti tam tikras paslaugas arba kurios turi finansinės monopolijos statusą. Todėl ji taikoma tik tiems koncesijų suteikėjams, kurie atitinka minėtų įmonių kriterijus.

65. Todėl, atsižvelgiant į šią bylą dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, reikia išnagrinėti, ar koncesijų suteikėjas patenka į vieną iš įmonių kategorijų, kurioms taikoma išimtis, ir ar viešojo pirkimo sutarties sudarymo forma buvo būtina tam, kad jis galėtų atlikti savo bendrojo intereso užduotį ekonomiškai toleruotinomis sąlygomis [30]. Tiesa, įmanoma, kad suinteresuotoji valstybė narė gali remtis EB 86 straipsniu, norėdama pateisinti teisių perleidimą įmonėms [31].

66. Baigiant analizę taip pat reikėtų išnagrinėti šioje byloje paminėtus sprendimus *Teckal* [32] ir *Stadt Halle* [33] bei Sektorių direktyvos 13 straipsnyje įtvirtintą tam tikrų viešojo pirkimo sutarties sudarymo su susijusiomis įmonėmis išimtį.

30 — 2001 m. spalio 25 d. Sprendimas *Ambulanz Glöckner* (C-475/99, Rink. p. I-8089, 57 punktas) ir 1993 m. gegužės 19 d. Sprendimas *Corbeau* (C-320/91, Rink. p. I-2533, 16 punktas).

31 — 1997 m. spalio 23 d. Sprendimas *Komisija prieš Nyderlandus* (C-157/94, Rink. p. I-5699, 32 punktas).

32 — Sprendimas *Teckal* (nurodytas 24 išnašoje).

33 — Sprendimas *Stadt Halle* (nurodytas 23 išnašoje).

67. Šie sprendimai arba norma leidžia esant tam tikroms griežtai apibrėžtoms sąlygoms netaikyti klasikinių viešųjų pirkimų arba sektorių direktyvų. Taigi viešiesiems pirkimams, kuriems taikoma ši išimtis, negalioja antrinės teisės viešųjų pirkimų normai. Tačiau taip automatiškai atsiveria pirminės teisės, įskaitant šiame procese nagrinėjamas pagrindines laisves, taikymo sritis.

68. Tačiau nei nurodyti sprendimai, nei aiški Sektorių direktyvos norma nelemia pirminės teisės netaikymo. Nei pirminė teisė, nei teismų praktika nenumato pagrindo tokiai plačiai Bendrijos teisės išimčiai. Taigi, jei pagrindinėje byloje nagrinėjamai viešojo pirkimo sutarčiai turi būti taikoma pirminė teisė, nebekyla nurodytų sprendimų arba Sektorių direktyvos normų reikšmės klausimas, nes tuomet kalbama apie antrinės teisės taikymo išimtis.

2. Klasifikacija pagal pirminę teisę ar vienodas viešųjų pirkimų režimas?

69. Net jei išspręstas pirminės teisės, pavyzdžiui, pagrindinių laisvių taikymo konkretiems viešiesiems pirkimams, klausimas, vis dėlto dar reikia išsiaiškinti, kokios konkrečios pareigos tenka perkančiajai organizacijai arba koncesijos suteikėjui. Taigi reikia nustatyti iš pagrindinių laisvių galbūt išplaukiantį viešųjų pirkimų režimą.

70. Pirmiausia kyla klausimas, ar pagrindinės laisvės apskritai nustato kokį nors, juo labiau – vienodą režimą, t. y. ar visiems į pagrindinių laisvių reglamentavimo sferą patenkantiems viešiesiems pirkimams taikomi tie patys reikalavimai. Abstraktesniame lygmenyje galbūt taip ir yra. Pavyzdžiui, valstybėms narėms priskiriamos perkančiosios organizacijos arba koncesijos suteikėjai privalo laikytis diskriminavimo draudimo ir tam tikrų įsisteigimo laisvės bei laisvės teikti paslaugas apribojimų.

71. Tačiau vien tai, kad iš pagrindinių laisvių neišplaukia jokie bent jau apytikriai tiek pat konkretūs reikalavimai kaip iš direktyvų, patvirtina, kad ne visiems viešiesiems pirkimams turėtų galioti panašios procedūros taisyklės, pavyzdžiui, skelbimo apie konkursą rūšis ir jo turinys.

72. Nors dėl teisinio aiškumo ir teisinio tikrumo perkančiosioms organizacijoms ir koncesijų suteikėjams, kaip ir įmonėms – potencialiems pasiūlymų teikėjams, – būtų naudinga, jei galiotų vienodas pirminėje teisėje įvirtintas viešųjų pirkimų režimas arba

bent jau keli tokie režimai: taip būtų galima išvengti sunkumų, praktikoje kylančių dėl to, kad vykdant koncesijos suteikimo procedūrą tik derybų metu viešųjų pirkimų konkursas tampa viešojo pirkimo sutartimi [34].

73. Tačiau, kita vertus, viešiesiems pirkimams naudinga, jei dalyviams suteikiama tam tikra veiksmų laisvė. Net direktyvose numatyta daugybė konkurso rengimo galimybių. Panašūs reikalavimai tikrai turėtų būti taikomi pirminės teisės taikymo srityje.

74. Sunkumų kyla nustatant viešųjų pirkimų kategorijas, kurioms galiotų tam tikras atskiras režimas. Tačiau nei iš Sutarties teksto, nei iš teismų praktikos pagrindinių laisvių, visų pirma susijusių su viešaisiais pirkimais, neišplaukia viešųjų pirkimų grupių (kategorijų) atskyrimo kriterijai. Tačiau tai, kad šiuo atveju klasifikavimas yra būtinas, suponuoja vien proporcingumo principas.

75. Tiesa šiame kontekste būtų įmanoma remtis sprendimuose *Teckal* ir *Stadt Halle* bei Sektorių direktyvos 13 straipsnyje įtvirtintomis išimtimis, darant prielaidą, kad viešiesiems pirkimams, kuriems taikomos šios išimtys, galioja lengvatinis režimas. Tačiau taikyti šias išimtis kaip atskyrimo kriterijų pagal analogiją trukdo tai, kad nėra vienodo pirmine teise paremto viešųjų pirkimų režimo, nuo kurio būtų galima nukrypti.

76. Tad būtų prasminga vadovautis kriterijais, kuriuos numato ir viešųjų pirkimų kategorijas nustatančios direktyvos.

77. Viena vertus, vienas iš esminių kriterijų yra numanoma viešųjų pirkimų vertė [35]. Reikia atsižvelgti į pirkimų objektą, t. y. ar tai yra paslaugos, prekių tiekimas ar darbai. Paslaugas savo ruožtu, panašiai kaip ir direktyvas, kurios išskiria išimtines, neprioritetines ir prioritetines paslaugas, būtų galima toliau skirstyti pagal turinį. Toliau reikėtų įvertinti viešųjų pirkimų kompleksiškumo laipsnį, t. y. ar kalbama apie veikiau standartines prekes, ar apie sudėtingus infrastruktūros objektus, kurių techninių, teisinių ar finansinių sąlygų konkurso pradžioje net neįmanoma nurodyti.

34 — Viešųjų – privačių partnerysčių ir Bendrijos viešųjų pirkimų ir koncesijų teisės normų žalioji knyga, KOM(2004) 327 galutinis, 34 ir paskesni punktai.

35 — Bendrijos teisės aktų leidėjas laikėsi nuomonės, kad direktyvose numatytas netinkamas nedidelės vertės viešųjų pirkimų režimas (nutarties *Vestergaard* (nurodyta 19 išnašoje) 19 punktas).

78. Toks direktyvose sutinkamas skirstymas į kategorijas paremtas viešųjų pirkimų srityje visuotinai galiojančia idėja, kad kai kurie viešieji pirkimai bendrosios rinkos požiūriu svarbesni už kitus pirkimus, t. y. jais suinteresuotas didesnis ūkio subjektų ratas, taip pat ir kitų valstybių narių įmonės. Šis aspektas turėtų būti itin svarbus taikant pagrindines laisves, tačiau jos suponuoja tarpvalstybinį aspektą.

81. Galiausiai atkreiptinas dėmesys į viešojo pirkimo konkursams taikomą veiksmingumo principą. Juo remiantis, būtina atsižvelgti į visą konkretų konkursą, jo eigą ir ypatumus [36].

3. Pirminės teisės reikalavimai

79. Siekiant atskirti kategorijas, t. y. tam tikras viešųjų pirkimų rūšis priskirti tam tikrai kategorijai, o kartu ir tam tikram režimui, būtų galima kaip ir direktyvose atsižvelgti į kai kurias aplinkybes, pavyzdžiui, į išimtines teises arba skubą. Tokiu būdu kai kuriems viešiesiems pirkimams, patenkantiems į pagrindinių laisvių taikymo sritį, galėtų būti visiškai netaikomas reikalavimas paskelbti konkursą.

82. Iš pradžių galima konstatuoti, kad pirminės teisės srityje negalima taikyti to paties viešųjų pirkimų režimo kaip direktyvų galiojimo srityje. Toks platus perkėlimas negalimas visų pirma dėl dviejų priežasčių.

80. Lazdą perlenktų sistema, apimanti visus viešuosius pirkimus – kurią sudarytų kelios kategorijos su joms galiojančiais atskirais režimais, – tačiau galiausiai virstų direktyvoms artimu sudėtingu pirmine teise paremtu viešųjų rinkimų režimu arba tiksliau – keliais viešųjų pirkimų režimais. Tačiau šioje byloje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą iškeltas skaidrumo aspektas tėra tik viena iš daugelio reglamentavimo sričių.

83. Pirma, šitaip – be pirminėje teisėje numatytos teisėkūros procedūros – srityse, kurioms direktyvos netaikomos, įsigaliotų režimas, kuris buvo sukurtas tik jose reglamentuojamiems viešiesiems pirkimams. Taip būtų apeita Bendrijos teisės aktų leidimo procedūra. Antra, būtų apeitos pačios direktyvos, reglamentuojančios tik tam tikrus viešuosius pirkimus.

36 — 2003 m. balandžio 10 d. Sprendimas *Steffensen* (C-276/01, Rink. p. I-3735, 66 punktas) ir būtent iš viešųjų pirkimų teisės srities – 2003 m. vasario 27 d. Sprendimas *Santex* (C-327/00, Rink. p. I-1877, 56 punktas).

84. Vis dėlto pirmiausia primintina, kad iš pagrindinių laisvių kildinami reikalavimai iš esmės galioja visiems viešųjų pirkimų aspektams, t. y. materialiai pusei, pavyzdžiui, perkamam objektui aprašyti (pavyzdžiui, nurodant technines specifikacijas arba koncesijos trukmę), arba tinkamumo kriterijams (visų pirma kvalifikacijai) ir konkurso laimėjimo sąlygoms, kur būtina laikytis abipusio pripažinimo principo, ir procesinei pusei, t. y. procedūrai siaurąja prasme, pavyzdžiui, procedūros tipo pasirinkimui – kas turi paskelbti konkursą – bei terminams (pavyzdžiui, paraiškos dalyvauti arba pasiūlymo pateikimo terminas).

85. Greta šioje byloje nagrinėjamo skaidrumo reikalavimo, taip pat paminėtini ir kiti reikalavimai, kaip antai su juo susijęs vienodo požiūrio reikalavimas[37], konkurencijos ir proporcingumo principai, kurie galėtų būti taikomi ir pirminės teisės galiojimo srityje.

86. Pavyzdžiui, iš vienodo požiūrio reikalavimo galima daryti išvadą, kad koncesininkai turi būti pasirenkami remiantis objektyviais kriterijais. Kartu tai reiškia, kad reikia laikytis viešojo pirkimo konkurso pradžioje nustatytų reikalavimų ir taikyti juos vienodai visiems konkurso dalyviams.

87. Tačiau, kadangi šioje byloje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą sprendžiamas tik skaidrumo reikalavimo klausimas, toliau bus pateikiama tik su šiuo aspektu susijusi analizė.

a) Skaidrumas

88. Pirmiausia pažymėtina, kad, remiantis direktyvomis, skaidrumas suprantamas plačiau nei vien su konkretaus viešojo pirkimo konkurso viešumu susiję aspektai. Pastariesiems priskiriamos, pavyzdžiui, skelbimų rūšys: raginimas dalyvauti viešojo pirkimo konkurse, skelbimas apie konkursą, t. y. kvietimas pateikti pasiūlymus.

89. Be to, direktyvos numato ir kitas pareigas skelbti, pavyzdžiui, pareigą pranešti apie sudarytą viešojo pirkimo sutartį. Be to, jos įtvirtina ir vidines dokumentavimo pareigas, pavyzdžiui, parengti raštišką ataskaitą arba

37 — 1999 m. lapkričio 18 d. Sprendimas *Unitron Scandinavia ir 3-S* (C-275/98, Rink. p. I-8291, 31 punktas) ir sprendimo *Telaustria ir Telefonadress* (nurodytas 2 išnašoje) 61 punktas.

saugoti tam tikrus dokumentus [38]. Šias pareigas galima perkelti ir į pirminę teisę.

90. Be to, skaidrumo principas yra vienas iš pamatinių viešųjų pirkimų konkursų principų. Prie jų taip pat priskiriamas, pavyzdžiui, perkančiosios organizacijos priimtų sprendimų logiškumas ir objektyvus elgesys per viešojo pirkimo konkursą.

91. Šioje byloje Teisingumo Teismas prašomas sukonkretinti savo praktiką pareigos skelbti skelbimus klausimu. Byloje *Telaustria* Teisingumo Teismas iš esmės nusprendė, kad „perkančioji organizacija potencialaus pasiūlymo teikėjo naudai turi užtikrinti *pakankamą* viešumo *laipsnį*, paslaugų rinką atveriantį konkurencijai ir leidžiantį patikrinti, ar viešųjų pirkimų konkursas buvo nešališkas“ [39].

92. „Pakankamo viešumo laipsnio“ įvertinimo pagrindą sudaro aiškintino skaidrumo reikalavimo tikslai, nes pirminės teisės taikymo srityje, kaip ir direktyvų atveju, galioja reikalavimas, kad skaidrumas turi užkirsti kelią konkurencijos iškraipymams ir padėti atverti nacionalines rinkas.

93. Viešųjų pirkimų konkurso „pakankamas viešumo laipsnis“ visų pirma susijęs su klausimu, ar apskritai turi būti paskelbtas skelbimas. Negalima atmesti galimybės, kad galimi atvejai, kai sudaroma viešųjų pirkimų sutartis be konkurso, t. y. viešojo pirkimo sutartis sudaroma nepaskelbus konkurso dėl jos. Tai, ką leidžia direktyvos, tikrai turi būti leistina priminės teisės taikymo srityje. Siekiant nepanaikinti skirtumo tarp direktyvų ir pirminės teisės, būtų per griežta reikalauti sudaryti sutartį be konkurso dėl jos paskelbimo tik laikantis direktyvų sąlygų, t. y. tik esant baigtiniam pateiktų priežasčių sąrašui. Taip pat būtų per griežta tokio sutarties sudarymo leistinumą susieti su reikalavimu susisiekti su visais potenciaiais pasiūlymų teikėjais. Tačiau jei perkančioji organizacija arba koncesijos suteikėjas tai padaro, skaidrumas bet kuriuo atveju pakankamai užtikrinamas [40].

94. Ir atvirkščiai, reikia užkirsti kelią tam, kad perkančioji organizacija arba koncesijos suteikėjas nepiktnaudžiautų jiems suteikta laisve. Todėl galima daryti prielaidą, kad

38 — Šiuo klausimu žr. Paslaugų direktyvos 12 straipsnį ir Sektorių direktyvos 41 straipsnį.

39 — Sprendimo *Telaustria ir Telefonadress* (nurodytas 2 išnašoje) 62 punktas; išskirta mano.

40 — Tai savo išvados byloje *Telaustria* 43 punkte pagrindinės bylos klausimu preziumuoja generalinis advokatas N. Fennelly tuomet, kai ne visi arba dauguma pasiūlymų teikėjų įsisteigę toje pačioje valstybėje kaip ir perkančioji organizacija.

egzistuoja principinė pirmine teise pagrista pareiga skelbti skelbimus su keliomis galimomis išimtimis. Remdamiesi tuo, perkančioji organizacija arba koncesijos suteikėjas kiekvienu konkrečiu atveju turėtų įrodyti, kodėl nesilaikė skelbimo taisyklės.

95. Tačiau netgi jei preziumuojama principinė pareiga skelbti skelbimus, lieka dar daug neaiškių detalių.

96. Pavyzdžiui, kyla klausimas dėl skelbimo priemonės. Viena vertus, šiuo atveju kalbama apie geografinio paplitimo aspektą, t. y. vietinį, regioninį, nacionalinį ar Europos lygmenį. Kita vertus, kyla pačios informavimo priemonės tipo klausimas. Greta tokių klasikinių spaudos priemonių, pavyzdžiui, oficialūs leidiniai, dienraščiai arba specializuoti atitinkamos ūkio šakos leidiniai, galimos elektroninės informavimo priemonės, kaip antai internetas. Kai kuriais atvejais netgi galima naudotis archaine informavimo priemone – skelbimų lenta [41].

97. Tačiau paskelbimo rūšis tėra tik vienas iš aspektų. Perkančiajai organizacijai arba koncesijos suteikėjui taip pat svarbu žinoti, kokius reikalavimus dėl minimalaus skelbimo turinio jam nustato pagrindinės laisvės.

41 — Tokį būdą leistinu laiko ir Komisija savo pranešime (nurodytas 29 išnašoje).

Apskritai galioja reikalavimas pateikti tiek informacijos, kiek jos reikia įmonėms, kad jos galėtų nuspręsti, ar dalyvauti viešųjų pirkimų konkurse arba ar pateikti pasiūlymą. Tačiau iš pagrindinių laisvių jokiu būdu neišplaukia tiek daug ir visiems atvejams svarbių detalių, kurios vėliau galėtų sudaryti skelbimo pavyzdį, kiek jų numatyta direktyvose. Todėl galioja toks minimalaus skelbimo turinio principas: pagrindinės laisvės ne visais atvejais įpareigoja pateikti visus duomenis, kurių reikalaujama pagal antrinę teisę parengtame skelbimo pavyzdyje.

98. Tiek skelbimo rūšiai, tiek jo turiniui taikomi pirminėje teisėje viešųjų pirkimų kategorijų skyrimo ir iš to išplaukiančio klasifikavimo kriterijai.

99. Atsižvelgiant į tai, kad dokumentuose, visų pirma sprendime dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nėra pateikta pakankamai duomenų, reikalingų įvertinti pagrindinėje byloje nagrinėjamą pakankamą viešumo laipsnį, ir atsižvelgiant į principą, pagal kurį, remiantis EB 234 straipsniu, Teisingumo Teismas nekompetentingas taikyti Bend-

rijos teisės normų konkrečioms faktinėms aplinkybėms, nacionalinis teismas turės nuspręsti, ar pagrindinėje byloje buvo įvykdyta pareiga užtikrinti skaidrumą [42].

100. Spręsdamas šį klausimą, nacionalinis teismas, vadovaudamasis rinkos analize, potencialios konkurencijos požiūriu turi atsižvelgti į tai, kokie ūkio subjektai suinteresuoti rengiamu viešojo pirkimo konkursu, o viešųjų pirkimų vertei ir objektui, vertinant šiuos kriterijus, tenka lemiamas vaidmuo.

b) Tam tikros išimtys tariamoms vidaus sutartims

101. Kaip jau buvo minėta, nei sprendimuose *Teckal* ir *Stadt Halle* numatytos antrinės teisės išimtys, nei Sektorių direktyvos 13 straipsnyje įtvirtinta išimtis nelemia, kad nebus taikoma pirminė teisė, t. y. ir šiuo atveju taikomos pagrindinės laisvės.

42 — Toks sprendimas pateikiamas sprendimo *Telaustria ir Telefonadress* (nurodytas 2 išnašoje) 63 punkte.

102. Jei pagrindinėje byloje nagrinėjama viešojo pirkimo sutartis iš tikrųjų vertinama kaip paslaugų koncesija ir dėl to nepatenka į direktyvų taikymo sritį, nebekyla klausimas, ar direktyvos konkrečiai viešojo pirkimo sutarčiai netaikomos dėl kitos priežasties, pavyzdžiui, dėl teismų praktikoje ar Sektorių direktyvoje numatytos išimties. Todėl dėl visiškai kitos priežasties taikoma pirminė teisė.

103. Apskritai pažymėtina, kad, remdamasis EB 234 straipsniu, Teisingumo Teismas netaiko Bendrijos teisės normų konkrečioms faktinėms aplinkybėms. Tą Teisingumo Teismas ne kartą pažymėjo viešųjų pirkimų bylose [43]. Būtent nacionalinis teismas įpareigotas įvertinti, ar pagrindinėje byloje buvo tenkinami Teisingumo Teismo suformuluoti kriterijai arba Sektorių direktyvos sąlygos. Tačiau prieš tai pirmiausia reikėtų išsiaiškinti, ar apskritai taikoma kuri nors direktyva.

104. Jei tai yra paslaugų koncesija, kuriai dėl to netaikomos direktyvos, bet kuriuo atveju netaikomos ir abi tariamoms vidaus sutartims nustatytos išimtys.

43 — Šiuo klausimu žr. tik sprendimo *Telaustria ir Telefonadress* (nurodytas 2 išnašoje) 63 punktą; 2003 m. gegužės 22 d. Sprendimą *Korhonen* (C-18/01, Rink. p. I-5321); 2003 m. gruodžio 4 d. Sprendimą *EVN AG ir Wien-Strom* (C-448/01, Rink. p. I-14527); nutartį *Comune di Udine* (nurodyta 21 išnašoje).

VI — Išvada

105. Remiantis tuo, kas pasakyta, Teisingumo Teismui siūloma atsakyti į prejudicinį klausimą taip:

„EB 43 ir 49 straipsnius reikia aiškintini taip, kad jie iš esmės įpareigoja užtikrinti skaidrumą. Tačiau EB 43 ir 49 straipsniai automatiškai nedraudžia sudaryti viešųjų pirkimų sutarties tiesiogiai, t. y. nepaskelbus konkurso arba nepakvietus dalyvauti konkurse dėl viešojo pirkimo sutarties. Spręsdamas klausimą, ar tiesioginis viešojo pirkimo sutarties sudarymas surengus tokį viešojo pirkimo konkursą, kuris nagrinėjamas pagrindinėje byloje, yra leistinas, nacionalinis teismas, vadovaudamasis rinkos analize, potencialios konkurencijos požiūriu turi atsižvelgti į tai, kokie ūkio subjektai suinteresuoti rengiamu viešojo pirkimo konkursu, o viešųjų pirkimų vertei ir objektui, vertinant šiuos kriterijus, tenka lemiamas vaidmuo."