Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
MACIEJ SZPUNAR IŠVADA,
pateikta 2022 m. vasario 24 d.[1]

Byla C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
prieš
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(*Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą – Viešieji pirkimai – Koncesijos sutartys – Integruotos mokyklų paslaugos valdymo priskyrimas mišraus kapitalo bendrovei – Privataus dalininko skyrimas konkurso tvarka – Reikalavimas, kad privatus dalininkas turėtų ne mažiau kaip 30 % mišraus kapitalo bendrovės akcijų – Perkančiosios organizacijos netiesiogiai valdoma privataus dalininko kapitalo dalis“

I. Įvadas

1. Šis prašymas priimti prejudicinį sprendimą yra galimybė Teisingumo Teismui patikslinti savo jurisprudenciją dėl ES teisės nuostatų, susijusių su institucionalizuota viešojo ir privačiojo sektorių partneryste (IVPSP), kuria perkančiosios organizacijos kartais pasinaudoja vietoj „tradicinių“ viešųjų pirkimų ar koncesijos sutarčių sudarymo.

2. Nors jokia privaloma Sąjungos teisės nuostata aiškiai nereglamentuoja IVPSP[2], vis dėlto Europos Komisija ją apibrėžė kaip viešųjų ir privačių partnerių bendradarbiavimo formą, kai jie įsteigia mišraus kapitalo subjektą, kuris vykdo viešuosius pirkimus ar koncesijos sutartis[3], o Teisingumo Teismas ją aptarė savo jurisprudencijoje. Teisingumo Teismas, be kita ko, nusprendė, kad pagal Sąjungos teisę apskritai nedraudžiama taikyti IVPSP procedūros, kurios metu, pirma, pasirenkamas privatus partneris ir, antra, sudaroma viešojo pirkimo ar koncesijos sutartis su viešojo ir privačiojo sektoriaus subjektu, kurį reikia įsteigti[4].

1 Originalo kalba: prancūzų.

2 Dėl įvairių viešojo ir privačiojo sektorių partnerystės formų, be kita ko, IVPSP, pagal Sąjungos teisę žr. Bovis, Ch., „Chapter 18: Public service partnerships“, *Research Handbook on ES Public Procurement Law*, sudarytojas – Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2016, p. 554 ir paskesni.

3 Žr. Žaliąją knygą dėl viešojo ir privataus sektorių partnerystės ir Bendrijos teisės aktų, susijusių su viešaisiais pirkimais ir koncesijomis (COM(2004) 327 *final*), 54 punktas.

4 Žr., be kita ko, 2009 m. spalio 15 d. sprendimą *Acoset* (C-196/08, toliau – Sprendimas *Acoset*, EU:C:2009:628).

3. Atrodo, kad dėl IVPSP reglamentuojančių Sąjungos teisės nuostatų nebuvimo kilo šiame prašyme priimti prejudicinį sprendimą nurodytų sunkumų, kuriuos atspindi šios išvados struktūra ir turinys. Iš Sąjungos teisės perspektyvos nagrinėjamoje byloje iškelta teisinė problema nei aiškiai apibrėžta, nei tiksliai apibūdintas jos kontekstas.

4. Išsamiai išnagrinėjęs šį prašymą priimti prejudicinį sprendimą, padariau išvadą, kad šį prašymą pateikusio teismo klausimais siekiama išsiaiškinti, ar tai, kaip perkančioji organizacija apskaičiavo privatų įnašą į steigiamą mišraus kapitalo įmonę, o vėliau pašalino vieną konkurso dalyvį iš viešojo pirkimo procedūros, atitinka direktyvas 2014/23/ES[5] ir (arba) 2014/24/ES[6].

II. Teisinis pagrindas

A. Sąjungos teisė

1. Direktyva 2014/23

5. Direktyvos 2014/23 3 straipsnyje nustatyta:

„1. Perkančiosios organizacijos ir perkantieji subjektai ekonominės veiklos vykdytojus vertina vienodai ir jų nediskriminuoja, jie veikia skaidriai ir vadovaujasi proporcingumo principu.

Koncesijos suteikimo procedūra, įskaitant numatomą vertę, negali būti parengta ketinant išvengti šios direktyvos taikymo jai arba ketinant netinkamai sudaryti palankesnes ar nepalankias sąlygas tam tikriems ekonominės veiklos vykdytojams arba tam tikrų darbų, prekių ar paslaugų atžvilgiu.

2. Perkančiosios organizacijos ir perkantieji subjektai siekia užtikrinti suteikimo procedūros ir sutarties vykdymo skaidrumą laikydamiesi 28 straipsnio.“

6. Šios direktyvos 30 straipsnio 1 ir 2 dalyse nustatyta:

„1. Perkančioji organizacija ar perkantysis subjektas turi teisę laisvai surengti procedūrą, kurios metu laikantis šios direktyvos pasirenkamas koncesininkas.

2. Koncesijos suteikimo procedūros tvarka atitinka 3 straipsnyje nustatytus principus. Visų pirma, koncesijos suteikimo procedūros metu perkančioji organizacija ar perkantysis subjektas neteikia informacijos diskriminuojamai, kad vieniems kandidatams ar konkurso dalyviams nebūtų teikiamas pranašumas kitų atžvilgiu.“

7. Minėtos direktyvos 38 straipsnio 1 dalyje numatyta:

„Perkančiosios organizacijos ir perkantieji subjektai patikrina dalyvavimo sąlygas, susijusias su profesinėmis ir techninėmis kandidatų ar konkurso dalyvių galimybėmis ir jų finansine ir ekonomine būkle, remdamosi jų pačių pateiktomis deklaracijomis ir įrodomuoju dokumentu ar dokumentais, kurie turi būti pateikti laikantis koncesijos skelbime nustatytų reikalavimų, kurie turi būti nediskriminacinio pobūdžio ir proporcingi koncesijos dalykui. Dalyvavimo sąlygos turi

[5] 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl koncesijos sutarčių suteikimo (OL L 94, 2014, p. 1).

[6] 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB (OL L 94, 2014, p. 65).

būti susijusios su būtinybe užtikrinti, kad koncesininkas sugebės įvykdyti koncesiją, atsižvelgiant į koncesijos dalyką ir tikros konkurencijos užtikrinimo tikslą, ir turi būti proporcingos tai būtinybei.“

2. Direktyva 2014/24

8. Direktyvos 2014/24 18 straipsnio 1 dalyje nurodyta:

„Perkančiosios organizacijos ekonominės veiklos vykdytojus vertina vienodai ir jų nediskriminuoja, jos veikia skaidriai ir vadovaujasi proporcingumo principu.

Pirkimai negali būti parengti siekiant išvengti šios direktyvos taikymo arba dirbtinai sumažinti konkurenciją. Laikoma, kad konkurencija yra dirbtinai sumažinta tais atvejais, kai pirkimai parengiami siekiant nederamai sudaryti palankesnes ar nepalankias sąlygas tam tikriems ekonominės veiklos vykdytojams.“

9. Šios direktyvos 58 straipsnio 1 dalyje nustatyta:

„Atrankos kriterijai gali būti susiję su:

a) tinkamumu vykdyti profesinę veiklą;

b) ekonomine ir finansine būkle;

c) techniniais ir profesiniais pajėgumais.

Perkančiosios organizacijos 2, 3 ir 4 dalyse nurodytus kriterijus ekonominės veiklos vykdytojams gali taikyti tik kaip dalyvavimo reikalavimus. Jos nustato tik tokius reikalavimus, kurie yra tinkami užtikrinti, kad kandidatas arba konkurso dalyvis naudojasi teisnumu bei veiksnumu, turi finansinį pajėgumą ir techninių bei profesinių pajėgumų įvykdyti paskirtiną sutartį. Visi reikalavimai turi būti susiję su sutarties dalyku ir proporcingi jo atžvilgiu.“

B. Italijos teisė

10. Italijos teisėje mišrių bendrovių reglamentavimo pagrindas yra 2016 m. rugpjūčio 19 d. *Decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (Įstatyminis dekretas Nr. 175, kuriuo patvirtintas Viešojo kapitalo turinčioms bendrovėms taikomų teisės aktų sąvadas)[7] redakcija, taikytina ginčams pagrindinėje byloje (toliau – Įstatyminis dekretas Nr. 175).

11. Įstatyminio dekreto Nr. 175 tikslas, remiantis jo pirmuoju straipsniu, yra užtikrinti veiksmingą valstybės akcijų valdymą, apsaugoti ir skatinti konkurenciją bei rinką, racionalizuoti ir sumažinti viešąsias išlaidas. Šiame dekrete numatyta, kad viešojo administravimo subjektas gali, siekdamas valdyti atitinkamą veiklą, nurodytą jo 4 straipsnyje, pasirinkti vidinį valdymą per bendrovę, kurios visas kapitalas priklauso jam, arba įsteigti mišraus kapitalo bendrovę, ir išsamiai reglamentuojama ši antroji alternatyva, siekiant, kad ji atitiktų Sąjungos teisę.

[7] GURI Nr. 210, 2016 m. rugsėjo 8 d., p. 1.

12. Dėl antrosios alternatyvos Įstatyminio dekreto Nr. 175 17 straipsnio 1 dalyje nurodyta:

„Privačiam asmeniui priklausanti mišrios – viešojo ir privataus kapitalo – bendrovės kapitalo dalis negali būti mažesnė kaip 30 %; jo atranka vykdoma pagal viešojo pirkimo procedūras, nustatytas 2016 m. Įstatyminio dekreto Nr. 50[8] 5 straipsnio 9 dalyje, ir ja siekiama, kad privatus dalininkas įsipareigotų įsigyti arba įsigytų bendrovės kapitalo ir kartu būtų sudaryta viešojo pirkimo arba koncesijos sutartis, kuri būtų vienintelis mišrios bendrovės veiklos dalykas“.

III. Pagrindinės bylos faktinės aplinkybės

13. 2018 m. Romos miestas paskelbė konkursą, kuriuo siekė dviejų tikslų: pirma, atrinkti privatųjį dalininką, su kuriuo būtų įsteigta mišraus – viešojo ir privataus – kapitalo bendrovė (toliau – steigiama mišri bendrovė), ir, antra, pavesti šiai bendrovei teikti 277 479 616,21 EUR vertės integruotą mokyklų paslaugą, priklausančią Romos miesto kompetencijai. Remiantis konkurso dokumentais, Romos miestas turėjo valdyti 51 % šios bendrovės akcijų, o likusius 49 % akcijų turėjo įsigyti privatusis dalininkas, kuriam turėjo tekti visa veiklos rizika.

14. Vieną pasiūlymą pateikė grupė, kurią sudarė bendrovės *Roma Multiservizi SpA* ir *Rekeep SpA*.

15. 2019 m. kovo 1 d. Sprendimu Nr. 435 (toliau – sprendimas dėl pašalinimo) ši grupė buvo pašalinta iš konkurso procedūros, motyvuojant tuo, kad 51 % *Roma Multiservizi* akcijų priklausė bendrovei *AMA SpA*, kurios visas kapitalas priklausė Romos miestui, ir kad priėmus minėtos grupės pasiūlymą Romos miestui faktiškai priklausytų 73,5 % steigiamos mišrios bendrovės akcijų[9], taigi būtų viršyta konkurso dokumentuose nustatyta 51 % riba.

16. *Rekeep* ir *Roma Multiservizi* apskundė šį sprendimą *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* (Lacijaus regiono administracinis teismas, Italija); šis jų skundus atmetė dviem 2019 m. birželio 18 d. priimtais sprendimais.

17. *Rekeep* ir *Roma Multiservizi* dėl šių dviejų sprendimų pateikė apeliacinius skundus prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui.

18. Iš šių šalių pastabų matyti, kad, kol buvo nagrinėjami jų apeliaciniai skundai, Romos miestas pasibaigus derybų procedūrai pavedė nagrinėjamą paslaugą teikti CNS.

8 2016 m. balandžio 18 d. *Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (Įstatyminis dekretas Nr. 50, kuriuo į nacionalinę teisę perkeliamos direktyvos 2014/23/ES, 2014/24/ES ir 2014/25/ES dėl koncesijos sutarčių suteikimo, dėl viešųjų pirkimų ir dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų, ir pertvarkomas viešojo darbų, paslaugų ir prekių pirkimo reglamentavimas) (GURI Nr. 91, 2016 m. balandžio 19 d., paprastasis priedas).

9 Iš tikrųjų faktinė 51 % kapitalo dalis jau buvo nurodyta konkurso dokumentuose. Remiantis šiais dokumentais, Romos miestui turėjo priklausyti 51 % steigiamos mišrios bendrovės akcijų. Kalbant apie likusią dalį (73,5 % – 51 % = 22,5 %), faktinė 22,5 % šios bendrovės kapitalo dalis turėjo susidaryti dėl to, kad *Roma Multiservizi* akcijų dalis su *Rekeep* sudarytoje grupėje buvo apie 90 %. Taigi, tai, kad 51 % *Roma Multiservizi* kapitalo priklauso AMA, kurios visas kapitalas priklauso Romos miestui, reikštų, kad faktiškai Romos miestui priklausytų 22,5 % steigiamos mišrios bendrovės kapitalo (22,5 % = 49 % x 90 % x 51 %). Iš tikrųjų *Rekeep* ir *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa* (Kooperatinė bendrovė nacionalinis paslaugų konsorciumas, CNS) savo rašytinėse pastabose nurodė, kad buvo numatyta, pirma, jog 10 % šios grupės akcijų priklausytų *Rekeep*, kaip įgaliotojai, o 90 % – *Roma Multiservizi*, kaip vadovaujančiai įgaliotajai įmonei, ir, antra, kad šios bendrovės įgytų su Romos miestu steigiamos mišrios bendrovės kapitalą proporcingai jų turimoms šios grupės dalims.

IV. Procesas Teisingumo Teisme ir prejudicinis klausimas

19. Šiomis aplinkybėmis *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) 2020 m. vasario 13 d. sprendimu, kurį Teisingumo Teismas gavo 2020 m. liepos 22 d., nutarė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šiuos klausimus:

1) Ar [Europos Sąjungos] teisę ir teisingą Direktyvos 2014/24/ES 14 ir 32 konstatuojamųjų dalių ir 12 ir 18 straipsnių, taip pat Direktyvos 2014/23/ES 30 straipsnio išaiškinimą, atsižvelgiant į SESV 107 straipsnį, atitinka tai, kad nustatant bent 30 % privataus dalininko kapitalo dalies steigiamoje mišrioje – viešojo ir privataus kapitalo – bendrovėje reikalavimą, kurį nacionalinės teisės aktų leidėjas laiko atitinkančiu šios srities Sąjungos jurisprudencijoje nustatytus [Europos Sąjungos teisės] principus, reikia atsižvelgti tik į šio nario teisinę formą (įstatuose nurodytą sudėtį), ar perkančioji organizacija gali – ar net privalo – atsižvelgti į netiesiogiai jai priklausančią šio viešojo pirkimo konkurse dalyvaujančio privataus dalininko kapitalo dalį?

2) Jeigu atsakymas į [pirmąjį] klausimą būtų teigiamas, ar [Europos Sąjungos teisės] principus, visų pirma konkurencijos, proporcingumo ir tinkamumo principus, atitinka tai, kad perkančioji organizacija gali pašalinti iš konkurso privatų dalininką, kuriam faktiškai priklausanti steigiamos mišrios – viešojo ir privataus kapitalo – bendrovės kapitalo dalis dėl nustatytos tiesioginės ar netiesioginės viešojo kapitalo dalies iš tikrųjų yra mažesnė nei 30 %?“

20. Pagrindinės bylos šalys, CNS ir Komisija pateikė rašytines pastabas. Teismo posėdžio nebuvo surengta.

V. Analizė

A. Dėl prejudicinių klausimų dalyko

21. Iš prašymo priimti prejudicinį sprendimą teksto matyti, kad, turėdamas omenyje pagrindinės bylos aplinkybes, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas atsižvelgia į du reikalavimus, susijusius su viešojo ir privačiojo sektoriaus dalyvavimu steigiamoje mišrioje bendrovėje.

22. Pirmasis reikalavimas susijęs su tuo, kad, kaip numatyta Įstatyminio dekreto Nr. 175 17 straipsnio 1 dalyje, norinčiam įgyti steigiamo mišraus kapitalo subjekto kapitalo dalį privačiam dalininkui taikoma minimali 30 % kapitalo riba. Ši minimali privataus kapitalo valdymo riba logiškai atitinka maksimalią 70 % viešojo kapitalo dalies ribą.

23. Antrasis reikalavimas nagrinėjamu atveju nustatytas pačios perkančiosios organizacijos skelbime apie konkursą, t. y. 49 % – privačiam dalininkui ir 51 % – perkančiajai organizacijai.

24. Abu prejudiciniai klausimai, kaip juos suformulavo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, susiję tik su minimalia 30 % kapitalo dalimi, kurią privatusis dalininkas privalo įnešti, kad patektų į mišrios bendrovės kapitalą. Šiomis aplinkybėmis pažymėtina, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas neklausia Teisingumo Teismo, ar pagal Sąjungos teisę ši riba galioja. Iš šių prejudicinių klausimų formuluotės galima spręsti, kad jais prašymą

priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia išsiaiškinti, ar pagal Sąjungos teisę draudžiama, nustatant tokią minimalią 30 % kapitalo dalį, atsižvelgti į netiesioginį perkančiosios organizacijos dalyvavimą šio privataus dalininko kapitale.

25. Vis dėlto, kiek tai susiję su prejudicinių klausimų dalyku, prašymo priimti prejudicinį sprendimą motyvai nėra tokie vienareikšmiai.

26. Iš tikrųjų, viena vertus, atsižvelgdamas į tai, kas nurodyta prejudiciniuose klausimuose, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo, kad, norint išspręsti pagrindinę bylą, „reikia nustatyti, ar, siekiant nustatyti tinkamas maksimalias kapitalo dalis steigiamoje mišrioje – viešojo ir privataus kapitalo – bendrovėje (ne daugiau kaip 70 % viešajam dalininkui ir ne mažiau kaip 30 % privačiam dalininkui), reikia atsižvelgti tik į privataus dalininko teisinį statusą, ar tuo atveju, kai dalis jo kapitalo priklauso viešajam akcininkui, taip pat reikia atsižvelgti į jo viešąjį įnašą“.

27. Kita vertus, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat nurodo, kad valstybės dalyvavimo kapitale ribų (51 %) ir privataus dalyvavimo (49 %) teisėtumas pagrindinėje byloje nebuvo ginčijamas. Todėl jis mano, kad „šis ginčas susijęs su perkančiosios organizacijos sprendimo, kai ši, nagrinėdama, ar steigiant naują bendrovę ji laikosi 51 % kapitalo dalies, nusprendė, kad reikia atsižvelgti ir į jos [netiesioginiai valdomą šios bendrovės kapitalo dalį]“.

28. Atsižvelgdamas į prejudicinių klausimų dalyko dviprasmiškumą, visų pirma turiu pažymėti, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo, jog viešojo pirkimo *lex specialis*, kurio nuostatos yra „veiksmingos“ pagrindinėje byloje, tiksliai nustatomos viešojo ir privačiojo sektoriaus kapitalo dalys, atitinkamai 51 % ir 49 %[10]. Taigi atrodo, kad pagrindinėje byloje, susijusioje su sprendimu pašalinti iš konkurso, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės kelia klausimą dėl viešojo ir privačiojo sektoriaus dalininkams keliamų reikalavimų, nustatytų konkurso dokumentuose.

29. Antra, paklaustos, ar sprendimas dėl pašalinimo buvo formaliai pagrįstas Įstatyminio dekreto Nr. 175 17 straipsnio 1 dalies pažeidimu, ar konkurso dokumentuose nustatyto kapitalo paskirstymo reikalavimo nesilaikymu, šalys daugiausia teikė pirmenybę antrajai prielaidai.

30. *Roma Multiservizi* atsakė kategoriškai, nurodydama, kad sprendimas pašalinti iš konkurso buvo grindžiamas tariamu konkurso dokumentuose nurodyto įstatinio kapitalo paskirstymo nepaisymu.

31. Pirmiausia Romos miestas nurodė, kad sprendime dėl pašalinimo nurodytame minėtos grupės pasiūlyme buvo padaryti du viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimo reikalavimų pažeidimai. Tačiau vėliau jis nurodė šios grupės pašalinimo motyvus, iš kurių matyti, kad šis pašalinimas grindžiamas teiginiu, jog „privačioms investicijoms priskiriama [steigiamos mišrios bendrovės] rizikos kapitalo dalis būtų mažesnė nei 49 %, o tai akivaizdžiai neatitinka konkurso dokumentuose ir savivaldybės tarybos patvirtintuose dokumentuose nustatytų sąlygų“.

32. Dėl Romos miesto atsakymo *Rekeep* nurodė, kad sprendimo dėl pašalinimo motyvuose daroma nuoroda tik į konkurso dokumentuose numatytų kapitalo dalių nepaisymą, pridurdama, kad Įstatyminis dekretas Nr. 175 yra paminėtas šio sprendimo pirminėse pastabose.

[10] Be to, remiantis prašyme priimti prejudicinį sprendimą pateikta informacija, *Roma Multiservizi* ir *Rekeep* ginčijo sprendimą dėl pašalinimo, be kita ko, nurodydamos, kad buvo pažeista, neteisingai pritaikyta ir neleistinai galutinai išaiškinta teisės norma, kuri, šių šalių nuomone, yra *lex specialis*.

33. Atrodo, kad Komisijos atsakymas netiesiogiai patvirtina šį teiginį. Ši institucija mano, kad akivaizdu, jog 49 % privačios kapitalo dalies nustatymas – ir pašalinimas iš konkurso jos nesilaikant – grindžiami vien Įstatyminio dekreto Nr. 175 17 straipsnyje nustatyta riba. Iš to darau išvadą, kad, Komisijos nuomone, pašalinimas tiesiogiai *išplaukia* iš konkurso dokumentuose įtvirtinto 49 % privačiojo kapitalo dalies reikalavimo nesilaikymo.

34. Tik CNS mano, kad sprendimas dėl pašalinimo grindžiamas tiek Įstatyminio dekreto Nr. 175 17 straipsnio 1 dalies pažeidimu, tiek konkurso dokumentuose nustatyto kapitalo paskirstymo reikalavimo neįvykdymu. Vis dėlto CNS pateiktos šio sprendimo ištraukos susijusios tik su konkurso dalyviams taikomais nustatytais viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimo reikalavimais.

35. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, reikia konstatuoti, kad pirmuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia išsiaiškinti, ar pagal Sąjungos teisę draudžiama, siekiant nustatyti privačiojo kapitalo dalį mišrioje bendrovėje, atsižvelgti į perkančiajai organizacijai netiesiogiai priklausančią konkurso dalyvio privačiojo dalininko kapitalo dalį.

36. Todėl antrąjį prejudicinį klausimą reikia suprasti taip, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia išsiaiškinti, ar pagal Sąjungos teisę perkančiajai organizacijai draudžiama iš konkurso pašalinti privatų dalyvį, kuriam faktiškai priklausanti steigiamo mišraus kapitalo subjekto dalis neatitinka viešojo pirkimo dokumentuose nustatytos minimalios privačiojo dalininko valdomos kapitalo dalies.

37. Turiu pateikti kelias papildomas pastabas dėl taip performuluotų prejudicinių klausimų.

38. Visų pirma, sprendžiant iš pirmojo klausimo pradinės formuluotės, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia nustatyti, ar pagal Sąjungos teisę perkančiajai organizacijai draudžiama atsižvelgti ne į bet kokią viešajam dalininkui priklausančią konkurse dalyvaujančio privačiojo dalininko kapitalo dalį, o tik į „savo pačios dalyvavimą“ valdant jo kapitalą („[konkursą organizuojantis viešojo administravimo subjektas] gali – ar net privalo – atsižvelgti į jam netiesiogiai priklausančią <…> privataus dalininko kapitalo dalį“). Remiantis keliais prašymo priimti prejudicinį sprendimą fragmentais, galima patvirtinti ne tik tokį skelbime apie konkursą [11] nustatytų viešojo ir privačiojo sektoriaus dalyvavimui taikomų reikalavimų aiškinimą, bet ir, kas dar svarbiau pagrindinės bylos aplinkybėmis, sprendimo pašalinti iš konkurso reikalavimų aiškinimą [12].

39. Be to, iš pirmojo prejudicinio klausimo formuluotės matyti, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas kalba apie „galimybę ar net pareigą“ atsižvelgti į tokią netiesiogiai priklausančią kapitalo dalį. Neginčijama, kad pagrindinėje byloje perkančioji organizacija atsižvelgė į savo netiesioginį dalyvavimą. Siekiant patikrinti sprendimą dėl pašalinimo, pakanka nustatyti, ar pagal Sąjungos teisę į tai atsižvelgti draudžiama.

[11] Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, be kita ko, nurodo, kad perkančioji organizacija „nustatė 51 % Romos miesto ir 49 % privataus dalininko kapitalo dalių“ ir kad ši perkančioji organizacija surengė konkursą „nustatydama, kad 51 % tokios bendrovės kapitalo turi priklausyti [Romos miestui]“.

[12] Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, be kita ko, nurodo, kad „[Romos miestui] faktiškai priklausytų 73,5 % steigiamos – viešojo ir privataus kapitalo – bendrovės, t. y. būtų viršyta šiam konkursui nustatyta 51 % riba“ ir kad „[Romos miestui] priklausanti steigiamos [mišrios] bendrovės kapitalo dalis viršytų 51 % viršutinę ribą“.

40. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo, kad antrasis prejudicinis klausimas kyla tuo atveju, jei atsakymas į pirmąjį klausimą yra teigiamas. Tačiau pirmojo prejudicinio klausimo pradinėje formuluotėje numatytos dvi alternatyvos („ar [Sąjungos teisės nuostatas] atitinka tai, kad <…> reikia atsižvelgti tik į [tiesioginį dalyvavimą], ar perkančioji organizacija gali – ar net privalo – atsižvelgti į netiesiogiai jai priklausančią <…> konkurse dalyvaujančio privataus dalininko kapitalo dalį?“) Bet kuriuo atveju reikia konstatuoti, kad antrasis klausimas kiltų tuo atveju, jei į pirmąjį klausimą būtų atsakyta taip, kad pagal Sąjungos teisę nedraudžiama atsižvelgti į perkančiajai organizacijai netiesiogiai priklausančią privataus dalininko kapitalo dalį.

41. Galiausiai, kad būtų galima naudingai atsakyti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui, reikia nustatyti pagrindinei bylai taikytiną tvarką ir jos nuostatas, kurių išaiškinimas būtinas siekiant išspręsti jo nagrinėjamą ginčą. Iš tikrųjų neatrodo, kad visos prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo prašyme priimti prejudicinį sprendimą nurodytos nuostatos yra svarbios. Dėl šios priežasties kai kurios šalys ginčija prejudicinių klausimų priimtinumą.

B. Dėl prejudicinių klausimų priimtinumo ir taikytinos tvarkos

42. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pirmajame klausime nurodo kelias Sąjungos teisės nuostatas, aiškiai neįvardydamas priežasčių, paskatinusių jį kelti klausimą dėl jų aiškinimo. Dėl antrojo klausimo pažymėtina, jog jame tik daroma nuoroda į teisės principus, visų pirma konkurencijos, proporcingumo ir adekvatumo principus, neminint jokios šios teisės nuostatos.

43. Šiuo klausimu Komisija mano, kad pirmasis prejudicinis klausimas nepriimtinas, kiek jis susijęs su SESV 107 straipsniu, o CNS ginčija viso prašymo priimti prejudicinį sprendimą priimtinumą[13]. Šiuos nepriimtinumu grindžiamus prieštaravimus išnagrinėsiu atlikdamas prašymo priimti prejudicinį sprendimą analizę, skirtą nustatyti šiai bylai reikšmingas Sąjungos teisės nuostatas.

1. Direktyvos 2014/23 ir 2014/24

44. Pirmajame prejudiciniame klausime, kaip jį suformulavo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, daroma nuoroda tiek į Direktyvą 2014/23, tiek į Direktyvą 2014/24. Šiose direktyvose atitinkamai nustatytos koncesijos sutarčių suteikimo procedūroms ir viešųjų pirkimų procedūroms taikytinos taisyklės.

45. Siekiant nustatyti šiai bylai taikytiną direktyvą, būtina išnagrinėti kvietimo dalyvauti konkurse dalyką ir sutartį, kurią perkančioji organizacija siekė sudaryti paskelbusi šį kvietimą dalyvauti konkurse.

[13] CNS teigimu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas tik prašo patikrinti, ar nacionalinės teisės nuostatos suderinamos su bendraisiais Sąjungos teisės principais, nenurodydamas konkrečių nuostatų, į kurias reikėtų atsižvelgti nagrinėjant šį suderinamumą. CNS teigimu, prejudicinio klausimo nereikšmingumą, be kita ko, įrodo tai, kad Sąjungos teisėje nėra specialių nuostatų, susijusių su viešojo ir privačiojo sektoriaus partnerystės formomis.

46. Pagrindinėje byloje nagrinėjamas kvietimas dalyvauti konkurse paskelbtas dėl dviejų dalykų, todėl galima manyti, kad būsima sutartis turėjo būti sudaryta iš dviejų dalių: pirmoji susijusi su steigiamos mišrios bendrovės privataus dalininko atranka, o antroji – su pavedimu šiai bendrovei teikti integruotą mokyklų paslaugą.

47. Ar pirmoji dalis gali turėti įtakos Direktyvos 2014/23 arba Direktyvos 2014/24 taikymui, kiek tai susiję su dviem pagrindinėje byloje nagrinėjamos sutarties dalimis? Jurisprudencijoje esama naudingų gairių, kuriomis remiantis galima atsakyti į šį klausimą.

a) Dėl reikšmingos jurisprudencijos

48. Analogišką klausimą Teisingumo Teismas nagrinėjo byloje, kurioje priimtas Sprendimas *Club Hotel Loutraki ir kt.*[14] Prašymas priimti prejudicinį sprendimą buvo susijęs su sutartimi, kurią sudarė trys susitarimai: susitarimas dėl 49 % viešosios įmonės akcijų perleidimo siekiant ją privatizuoti, susitarimas, pagal kurį perėmėjas įsipareigojo už atlygį valdyti kazino įmonę, ir susitarimas, pagal kurį šis perėmėjas įsipareigojo įgyvendinti kazino patalpų pagerinimo planą.

49. Siekdamas išspręsti šį klausimą Teisingumo Teismas, patvirtinęs, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas teisingai kvalifikavo sutartį kaip „mišriąją sutartį“[15], išanalizavo, ar nagrinėjama sutartis sudaro nedalomą visumą ir ar dėl savo pagrindinio tikslo ji visa patenka į vienos iš nagrinėjamų direktyvų taikymo sritį[16]. Tai darydamas, Teisingumo Teismas rėmėsi jurisprudencija, pagal kurią „mišrios sutarties atveju, kai įvairios sutarties dalys neatskiriamai susijusios ir sudaro nedalomą visumą, aptariamas sandoris, siekiant jį teisiškai kvalifikuoti, turi būti nagrinėjamas kaip viena visuma ir vertinamas remiantis taisyklėmis, reglamentuojančiomis tą sutarties dalį, kuri sudaro pagrindinį jos dalyką ar dominuojantį elementą“[17].

50. Dėl šios jurisprudencijos Teisingumo Teismas pirmiausia pažymėjo, kad tai mišri sutartis, kuri sudaro nedalomą visumą, nes šią sutartį reikėjo sudaryti su vienu partneriu, turinčiu ir finansinių pajėgumų, reikalingų nagrinėjamoms akcijoms įsigyti, ir profesinės patirties kazino eksploatavimo srityje. Antra, Teisingumo Teismas nusprendė, kad 49 % viešosios įmonės akcijų perleidimas buvo pagrindinis nagrinėjamos sutarties dalykas[18]. Šią išvadą lėmė tai, kad akcijų perleidimas iš tikrųjų buvo privatizavimo sandoris ir sukėlė laiko atžvilgiu neribotas pasekmes, dėl kurių perėmėjas, kaip akcininkas, galėjo gauti pajamas, kurios buvo daug didesnės nei atlygis, kuris jam turėjo būti mokamas kaip paslaugų teikėjui[19].

51. Sprendime *Mehiläinen ir Terveystalo Healthcare*[20] Teisingumo Teismas, remdamasis ta pačia jurisprudencija[21], išnagrinėjo susitarimą, pagal kurį perkančioji organizacija su nuo jos nepriklausančiu privačiu subjektu sudarė sutartį, kurioje numatyta įsteigti bendrą įmonę – akcinę bendrovę ir pagal kurią ši perkančioji organizacija, steigdama šią bendrovę, įsipareigojo pereinamuoju ketverių metų laikotarpiu pirkti sveikatos ir geros savijautos darbe užtikrinimo paslaugas savo darbuotojams.

[14] 2010 m. gegužės 6 d. sprendimas (C-145/08 ir C-149/08, toliau – Sprendimas *Club Hotel Loutraki ir kt.*, EU:C:2010:247).

[15] Sprendimas *Club Hotel Loutraki ir kt.* (46 punktas).

[16] Sprendimas *Club Hotel Loutraki ir kt.* (50 punktas).

[17] Sprendimas *Club Hotel Loutraki ir kt.* (48 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

[18] Sprendimas *Club Hotel Loutraki ir kt.* (57 punktas).

[19] Sprendimas *Club Hotel Loutraki ir kt.* (55 ir 57 punktai).

[20] 2010 m. gruodžio 22 d. sprendimas (C-215/09, toliau – Sprendimas *Healthcare*, EU:C:2010:807).

[21] Sprendimas *Healthcare* (36 punktas).

52. Sprendime *Healthcare*, kaip ir Sprendime *Club Hotel Loutraki ir kt.*, Teisingumo Teismas patvirtino, kad nagrinėti susitarimai buvo mišrios sutartys. Vis dėlto Teisingumo Teismas nusprendė, kad šių susitarimų dalys nebuvo neatskiriamos, nes nebuvo objektyvaus poreikio sudaryti mišrią sutartį su vienu partneriu. Kalbant konkrečiai, Teisingumo Teismo nuomone, su likusia mišrios sutarties dalimi susijusios dalies atskiriamumą patvirtino tai, kad, pirma, perkančioji organizacija išreiškė ketinimą pasibaigus pereinamajam laikotarpiui paskelbti konkursą dėl tokių paslaugų įsigijimo ir, antra, kad bendroji įmonė iš tikrųjų buvo įsteigta ir veikė be paslaugoms skirtos dalies [22].

53. Sprendime *Acoset* Teisingumo Teismas, paklaustas, ar mišriai bendrovei tiesiogiai pavedus teikti vietinę integruoto vandens valdymo paslaugą, net neiškėlė klausimo, ar nagrinėjama sutartis yra mišri sutartis, kurios skirtingos dalys neatskiriamai susijusios ir dėl to sudaro nedalomą visumą. Siekdamas nustatyti, ar šis pavedimas patenka į vienos iš nagrinėjamų direktyvų taikymo sritį, Teisingumo Teismas sutelkė dėmesį į vietinę integruoto vandens valdymo paslaugą ir su šios paslaugos valdymu susijusius darbus.

54. Tačiau Sprendimas *Acoset* negali būti aiškinamas taip, kad sutarties, sudarytos iš kelių dalių, iš kurių viena susijusi su mišraus kapitalo bendrovės įsteigimu, atveju reikia nepaisyti šios dalies ir nagrinėti tik kitas dalis. Toks aiškinimas prieštarautų po šio sprendimo suformuotai jurisprudencijai, nurodytai ankstesniuose šios išvados punktuose.

55. Taigi Sprendimą *Acoset* reikia suprasti taip, kad Teisingumo Teismas netiesiogiai nusprendė, pirma, kad tai buvo mišri sutartis, kurios sudedamosios dalys sudarė nedalomą visumą, ir, antra, kad su vietos viešąja paslauga susijusi dalis yra pagrindinis tos sutarties dalykas.

56. Iš to matyti, kad sutartis, sudaryta perkančiajai organizacijai pradėjus mišraus kapitalo bendrovės privataus dalininko atrankos ir viešojo pirkimo sutarties skyrimo ar koncesijos suteikimo šiai bendrovei procedūrą, yra mišri sutartis, kurią sudaro dvi dalys [23]. Be to, kiek tai susiję su tokia mišria sutartimi, reikia, pirma, nustatyti, ar skirtingos sutarties dalys yra neatsiejamai (neatskiriamai) susijusios ir sudaro nedalomą visumą; antra, nustatyti pagrindinį arba svarbiausią šios sutarties dalyką ar dominuojantį elementą ir, trečia, atsižvelgiant į šį pagrindinį ar dominuojantį elementą, nustatyti šiai sutarčiai taikytiną tvarką [24].

[22] Žr. Sprendimą *Healthcare* (43 ir 44 punktai).

[23] Atrodo, kad kai kurios bylos šalys ginčija tai, kad sutartis, kurios viena iš dalių susijusi su privataus dalininko atranka siekiant įsteigti mišraus kapitalo subjektą, gali būti kvalifikuojama kaip „mišri sutartis“. Nors Sprendime *Acoset* Teisingumo Teismas nevartojo sąvokos „mišri sutartis“, jis tai padarė sprendimuose *Club Hotel Loutraki ir kt.* ir *Healthcare*. Be to, net darant prielaidą, kad Direktyva 2014/24 taikoma šioje byloje ir kad pagrindinėje byloje nagrinėjama sutartis nepatenka į sąvoką „mišrioji sutartis“, kaip ji suprantama pagal šios direktyvos 3 straipsnį, nes privataus dalininko pasirinkimas steigiant mišrią bendrovę nėra susijęs su viešojo pirkimo sutartimi (žr. 24 išnašą), ši sutartis vis dėlto gali patekti į platesnę mišrių sutarčių kategoriją, kurią Teisingumo Teismas, atrodo, nurodė sprendimuose *Club Hotel Loutraki ir kt.* ir *Healthcare*.

[24] Neatsižvelgiant į Teisingumo Teismo jurisprudencijoje pateiktą išvadą, darant prielaidą, kad Direktyva 2014/24 taikoma pagrindinei bylai, *a priori* tą patį rezultatą galima pasiekti remiantis šios direktyvos 3 straipsnio 6 dalimi, pagal kurią „kai skirtingos konkrečios sutarties dalys negali būti objektyviai atskirtos, taikytinas teisinis režimas nustatomas atsižvelgiant į pagrindinį tos sutarties dalyką“. Pagal šią direktyvą viešojo pirkimo sutarčių dalykas yra darbų atlikimas, prekių tiekimas arba paslaugų teikimas. Taigi kyla klausimas, ar privataus dalyvio pasirinkimas ir mišrios bendrovės įsteigimas patenka į sąvoką „viešojo pirkimo sutartis“, kaip ji suprantama pagal tą pačią direktyvą. Atrodo, kad doktrinoje laikomasi nuomonės, jog taip yra (šiuo klausimu, kiek autorė remiasi Direktyvos 2014/24 3 straipsnio 4 dalimi, žr. Andrecka, M. „Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/ES“, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 9 t., Nr. 3, 2014, p. 176). Be to, atsižvelgiant į abejones dėl šioje byloje taikytinos tvarkos, reikia atkreipti dėmesį į skirtumą tarp formuluotės, vartojamos Direktyvoje 2014/24, kurios 3 straipsnio 6 dalyje, kurioje numatyta, kad „kai skirtingos konkrečios sutarties dalys [(pranc. „différentes parties d'un marché donné“)] negali būti objektyviai atskirtos, taikytinas teisinis režimas nustatomas atsižvelgiant į pagrindinį tos [mišrios] sutarties dalyką“, ir formuluotės, vartojamos Direktyvoje 2014/23, kurios 20 straipsnio 5 dalyje numatyta, kad „kai skirtingos *konkrečios sutarties dalys* [(pranc. „différentes *parties d'un contrat donné*“)] negali būti objektyviai atskirtos, taikytinas teisinis režimas nustatomas atsižvelgiant į pagrindinį tos sutarties dalyką“ (išskirta mano): mano nuomone, pastaroji formuluotė yra lankstesnė, bent jau kai kuriose šių direktyvų kalbinėse versijose, visų pirma versijoje prancūzų kalba.

b) Taikymas

1) Mišri sutartis: neatsiejamos dalys?

57. Mano nuomone, abi pagrindinėje byloje nagrinėjamos sutarties dalys, kaip ir bylose, kuriose priimti sprendimai *Club Hotel Loutraki ir kt.* ir *Acoset*, yra neatsiejamos.

58. Iš tikrųjų siekiant užtikrinti, kad mišraus kapitalo bendrovės, sudarytos iš perkančiosios organizacijos ir privataus partnerio, teiktų integruotas mokyklų paslaugas, objektyviai būtina atrinkti partnerį, turintį finansinių pajėgumų, kurių reikia norint įgyti 49 % steigiamos mišrios bendrovės kapitalo, ir atitinkantį kitus reikalavimus, kad jis, kaip mišraus kapitalo bendrovė, galėtų teikti integruotą mokyklų paslaugą prisiimdamas visą veiklos riziką. Taigi abi sutarties dalys turi būti susijusios su tuo pačiu partneriu, nors techniškai pirmoji dalis susijusi su privataus dalininko pasirinkimu, o antroji – su pavedimu mišraus kapitalo bendrovei, kurios 49 % akcijų priklauso šiam partneriui, teikti integruotą mokyklų paslaugą [25].

59. Be to, kitaip nei byloje, kurioje priimtas Sprendimas *Healthcare* [26], kurioje su paslaugų dalimi susijusios aplinkybės buvo labai specifinės, nėra pagrindo manyti, kad šioje byloje su mišraus kapitalo bendrovės įsteigimu susijusi dalis gali būti atskirta nuo su integruota mokyklų paslauga susijusios dalies. Nesant pastarosios dalies, steigiama mišri bendrovė objektyviai netektų savo ekonominės prasmės. Pagal Italijos teisę, vadovaujantis Įstatyminio dekreto Nr. 175 17 straipsnio 1 dalimi, viešojo pirkimo ar koncesijos sutartis yra vienintelis mišraus kapitalo bendrovės veiklos dalykas.

60. Dabar reikia nustatyti, ar pagrindinėje byloje nagrinėjamos sutarties dalis, kuri yra pagrindinis jos dalykas, yra susijusi su mišraus kapitalo bendrovės steigimu, ar su integruota mokyklų paslauga.

2) Pagrindinis sutarties dalykas

61. Manau, kad dalis, susijusi su integruota mokyklų paslauga, yra pagrindinis pagrindinėje byloje nagrinėjamos mišrios sutarties dalykas.

62. Steigiama mišri bendrovė buvo tik priemonė užtikrinti, kad integruotas mokyklų paslaugas teiktų IVPSP, ir visiškai nebuvo konkurso paskelbimo tikslas. Skirtingai nei byloje, kurioje priimtas Sprendimas *Club Hotel Loutraki ir kt.*, šiuo atveju kalbama ne apie iki tol egzistavusios valstybinės įmonės akcijų įsigijimą privatizuojant, o apie mišrios bendrovės įkūrimą, siekiant teikti integruotą mokyklų paslaugą.

63. Be to, toje byloje anksčiau veikusios valstybinės įmonės akcijų turėjimas savaime buvo didelis pajamų šaltinis. Nėra jokio pagrindo manyti, kad taip yra nagrinėjamoje byloje. Taigi negalima remtis Sprendimu *Club Hotel Loutraki ir kt.* darant išvadą, kad šiuo atveju mišrios bendrovės steigimas yra pagrindinėje byloje nagrinėjamos sutarties pagrindinis dalykas.

[25] Pagal analogiją žr. Sprendimo *Club Hotel Loutraki ir kt.* 53 punktą, siejamą su jo 28 punktu, pagal kurį aptariama mišri sutartis apėmė „dalį, pagal kurią [bendrovė *Ellinika Touristika Akinita AE*] parduoda akcijas geriausią pasiūlymą pateikusiam dalyviui <...>, ir <...> [dalį] dėl paslaugų su geriausią pasiūlymą pateikusiu dalyviu, kuris įsipareigoja valdyti kazino įmonę“), nors, kaip matyti iš šio sprendimo 25 punkto, būtent konkurso dalyvio įsteigta bendrovė (o ne pats konkurso dalyvis) veikė kaip valdytoja ir sudarė bent vieną susitarimą. Šiuo klausimu taip pat žr. Sprendimą *Acoset* (54 ir 61 punktai).

[26] Žr. šios išvados 52 punktą.

64. Todėl klausimas, kokia direktyva taikoma pagrindinėje byloje, turi būti nagrinėjamas remiantis su integruota mokyklų paslauga susijusia dalimi.

3) Paslaugų viešasis pirkimas ar paslaugų koncesija?

65. Prašyme priimti prejudicinį sprendimą trūksta informacijos apie integruotai mokyklų paslaugai skirtą dalį.

66. Tiesa, šalių atsakymuose į Teisingumo Teismo raštu pateiktus klausimus pateikiami tam tikri paaiškinimai dėl paslaugų, sudarančių integruotai mokyklų paslaugai skirtą dalį, asortimento [27]. Vis dėlto remiantis šiais paaiškinimais negalima šioje išvadoje šios dalies neginčijamai kvalifikuoti kaip priskirtinos „viešojo paslaugų pirkimo sutarčiai“ ar „paslaugų koncesijai“.

67. Bet kuriuo atveju toks konkretus kvalifikavimas priklauso tik nacionalinio teismo kompetencijai [28]. Prireikus Teisingumo Teismas gali pateikti paaiškinimų, kurie padėtų nacionaliniam teismui atlikti šį kvalifikavimą.

68. Šiuo klausimu pažymiu, pirma, kad viešojo paslaugų pirkimo sutartyse, kaip jos suprantamos pagal Direktyvą 2014/24, yra numatytas atlygis, kurį perkančioji organizacija tiesiogiai sumoka paslaugų teikėjui [29]. Tačiau paslaugų koncesija, kaip ji suprantama pagal Direktyvą 2014/23, yra veiksmas, kuriuo pavedama teikti ir valdyti paslaugas, o atlygis už tai yra arba tik teisė eksploatuoti nagrinėjamas paslaugas arba ši teisė kartu su mokėjimu [30]. Vadovaudamasis tokia logika Teisingumo Teismas pripažino, kad egzistuoja paslaugų koncesija, be kita ko, tais atvejais, kai paslaugų teikėjui mokamą atlygį sudaro paslaugos naudotojų atlikti mokėjimai [31]. Todėl aplinkybė, kad, kaip nurodo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, pagal Italijos teisę įsteigta mišraus kapitalo bendrovė iš tikrųjų vykdo veiklą už atlygį ir gauna pelno (nors, kaip teigia prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, jis yra mažas), gali būti požymis, kad reikia taikyti Direktyvą 2014/23.

69. Antra, nors atlyginimo būdas yra vienas iš lemiamų priskyrimo prie paslaugų koncesijos kriterijų, paslaugų koncesija reiškia, kad koncesininkas prisiima su atitinkamų paslaugų teikimu susijusią riziką [32]. Atskyrimo kriterijus, susijęs su tokios rizikos perdavimu, buvo kodifikuotas Direktyvoje 2014/23 [33]. Apibūdinant šį kriterijų, šios direktyvos versijoje italų kalba vartojama

[27] Iš šalių pastabų ir jų atsakymų į rašytinius Teisingumo Teismo klausimus matyti, kad integruotą mokyklų paslaugą sudaro bendroji pagalba, tvarkymas, prekių pristatymas ir valymas vaikų darželiuose ir mokyklose, taip pat mokyklinis transportas. Neatrodo, kad mokyklinio transporto įtraukimas į šį asortimentą būtų paskatinęs prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusį teismą taikyti 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2014/25/ES dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/17/EB (OL L 94, 2014, p. 243). Bet kuriuo atveju, pirma, šios direktyvos 4 ir 6 straipsniuose taip pat numatytos mišriųjų sutarčių taisyklės ir, antra, nėra pagrindo manyti, kad mokyklinio transporto paslaugos yra pagrindinis pagrindinėje byloje nagrinėjamos sutarties ar su integruota mokyklų paslauga susijusios jos dalies dalykas.

[28] Šiuo klausimu žr. 2011 m. lapkričio 10 d. Sprendimą *Norma-A ir Dekom* (C-348/10, EU:C:2011:721, 57 ir 59 punktai).

[29] Žr. Direktyvos 2014/24 2 straipsnio 1 dalies 5 punktą. Šiuo klausimu taip pat žr. Sprendimą *Acoset* (39 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

[30] Žr. Direktyvos 2014/23 5 straipsnio 1 dalies b punktą.

[31] Žr. Sprendimą *Acoset* (43 punktas ir nurodyta jurisprudencija).

[32] Šiuo klausimu žr. 2011 m. lapkričio 10 d. Sprendimą *Norma-A ir Dekom* (C-348/10, EU:C:2011:721, 44 punktas). Šiuo klausimu taip pat žr. mano išvadą sujungtose bylose *Promoimpresa ir kt.* (C-458/14 ir C-67/15, EU:C:2016:122, 62 ir 63 punktai), kurioje išreiškiau nuomonę, jog paslaugų koncesijai būdinga tai, kad valdžios institucija patiki paslaugos teikimo veiklą, kurią turėtų vykdyti ji pati (priduriu: kartu su susijusia rizika) koncesininkui, taip įpareigodama jį teikti tam tikrą paslaugą.

[33] Žr. Direktyvos 2014/23 1 straipsnio 1 dalį ir 18 konstatuojamąją dalį.

sąvoka „rischio operativo“ (veiklos rizika). Ta pati sąvoka vartojama sprendime, kuriuo Romos miestas paskelbė konkursą, siekiant patikslinti, kad atrinktas konkurso dalyvis turės prisiimti visą šią riziką [34].

70. Trečia, tam, kad galėtų atsakyti į prejudicinius klausimus, Teisingumo Teismas, remdamasis jam pateiktais duomenimis, gali remtis prielaida, kad sutartis patenka į vienos iš nagrinėjamų direktyvų taikymo sritį [35]. Vis dėlto, nesant įrodymų, leidžiančių nuspręsti dėl šioje byloje taikomos tvarkos, nemanau, kad toks požiūris būtų įmanomas nagrinėjamoje byloje. Kaip ir Komisija, manau, kad dar svarbiau tai, jog vienoje ar kitoje iš šių direktyvų nustatytos tvarkos taikymas nebūtinai turi turėti įtakos atsakymams į šioje byloje pateiktus prejudicinius klausimus. Iš tikrųjų su integruota mokyklų paslauga susijusiai daliai taikoma tvarka tik „pagal analogiją“ taikytina su privataus dalininko atranka susijusiai daliai. Kadangi klausimai susiję tik su pastarąja dalimi, šiomis aplinkybėmis reikia taikyti tik tuos bendruosius šių sistemų principus, kurie taikomi abiem šioms dalims. Todėl, paisydamas nacionalinių teismų ir Teisingumo Teismo jurisdikcijos paskirstymo, šioje išvadoje remsiuosi tiek Direktyva 2014/23, tiek Direktyva 2014/24 [36].

2. Viešosioms sutartims tarp viešojo sektoriaus subjektų taikoma tvarka

71. Pirmajame prejudiciniame klausime prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo Direktyvos 2014/24 12 straipsnį ir 14 bei 32 konstatuojamąsias dalis, o prašyme priimti prejudicinį sprendimą cituoja šios direktyvos 12 straipsnio 1 dalies pirmą pastraipą. Tačiau šis teismas nenurodo priežasčių, paskatinusių jį kelti klausimą dėl pastarosios nuostatos aiškinimo.

72. Šiuo klausimu, pirma, Direktyvos 2014/24 14 konstatuojamojoje dalyje tik nurodyta, kad sąvoka „ekonominės veiklos vykdytojai“ turėtų būti aiškinama plačiai, taip patvirtinant, kad ši sąvoka gali apimti mišraus kapitalo bendrovę. Be to, konstatuojamojoje dalyje iš esmės pakartota minėtos direktyvos 2 straipsnio 1 dalies 10 punkte pateikta minėtos sąvokos apibrėžtis. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas prejudiciniame klausime šia nuostata nesirėmė.

73. Antra, Direktyvos 2014/24 12 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad šioje direktyvoje numatytos procedūros neturėtų būti taikomos viešojo pirkimo sutartims, sudarytoms su juridiniais asmenimis, kuriuos kontroliuoja perkančiosios organizacijos. Šia nuostata reglamentuojamas vertikalus atitinkamų subjektų bendradarbiavimas arba klasikinis vidinių (*in house*) sutarčių sudarymas.

74. Vis dėlto prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas aiškiai nurodo, kad pagal Italijos teisę tokios mišraus kapitalo bendrovės, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, steigimas yra alternatyva vidiniam valdymui [37].

[34] Žinoma, pagrindinėje byloje šią riziką turėjo prisiimti privatus dalininkas, atrinktas pagal pirmąją mišrios sutarties dalį, o integruota mokyklų paslauga, kuri buvo pagrindinis šios sutarties dalykas, pagal antrąją šios sutarties dalį turėjo būti priskirta steigiamai mišriai bendrovei. Atsižvelgiant į šį ypatumą, galima teigti, kad antroje dalyje, vertinamoje atskirai, nekalbama apie rizikos perkėlimą pasirinktam konkurso dalyviui. Vis dėlto, vykdant konkurso procedūrą nagrinėjamoje byloje, bet kuriuo atveju buvo siekiama atleisti perkančiąją organizaciją nuo su integruotos mokyklų paslaugos teikimu susijusios rizikos. Dėl šios priežasties, nepaisant minėto ypatumo, negalima atmesti galimybės šią antrą dalį kvalifikuoti kaip „koncesiją“. Dėl to paties ypatumo problemos taip pat žr. šios išvados 58 punktą.

[35] Pagal analogiją žr. Sprendimą *Acoset* (42 punktas).

[36] Išsamumo sumetimais pažymiu, kad direktyvos 2014/23 ir 2014/24 taikomos *ratione temporis* ir kad sutarties kaina, vertinama daugiau kaip 277 mln. EUR, viršija šiose direktyvose nustatytas ribas. Žr. Direktyvos 2014/23 8 straipsnį ir Direktyvos 2014/24 4 straipsnį.

[37] Žr. šios išvados 11 punktą.

75. Dar svarbiau tai, kad Direktyvos 2014/24 12 straipsnio 1 dalyje numatytos išimties taikymas suteikiant paslaugų sutartį IVPSP, man atrodo, *a priori* negalimas. Iš tikrųjų, kaip nurodyta šios direktyvos 31 konstatuojamosios dalies trečioje pastraipoje, reikėtų užtikrinti, kad dėl viešojo sektoriaus institucijų tarpusavio bendradarbiavimo, kuriam viešųjų pirkimų taisyklės netaikomos, nebūtų iškreipta konkurencija privačių ekonominės veiklos vykdytojų atžvilgiu tiek, kiek taip bendradarbiaujant privatus paslaugų teikėjas atsidurtų privilegijuotoje padėtyje savo konkurentų atžvilgiu. Be to, atsižvelgiant į iki Direktyvos 2014/24 galiojusią jurisprudenciją [38], šios direktyvos 32 konstatuojamojoje dalyje paaiškinta, kad jos 12 straipsnio 1 dalyje numatyta išimtis „neturėtų būti taikoma situacijoms, kai privatus ekonominės veiklos vykdytojas tiesiogiai dalyvauja kontroliuojamojo juridinio asmens kapitale, nes tokiomis aplinkybėmis, skyrus viešąją sutartį be konkurso procedūros, privačiam ekonominės veiklos vykdytojui, dalyvaujančiam kontroliuojamojo juridinio asmens kapitale, būtų užtikrintas nepagrįstas pranašumas jo konkurentų atžvilgiu“.

76. Trečia, dar galima kelti klausimą, ar pagrindinėje byloje nagrinėjama mišri sutartis nepatenka į Direktyvos 2014/24 taikymo sritį pagal jos 12 straipsnio 4 dalį. Ši nuostata susijusi su sutartimis, sudarytomis tik tarp kelių perkančiųjų organizacijų, kai šiomis sutartimis nustatomas ar įgyvendinamas šių perkančiųjų organizacijų bendradarbiavimas.

77. Teoriškai galima įsivaizduoti, kad Romos miestas, kaip perkančioji organizacija, norėjo pradėti bendradarbiauti su steigiama mišraus kapitalo bendrove, kuri taip pat turėjo teikti integruotą mokyklų paslaugą ir kurios 51 % akcijų turėjo priklausyti Romos miestui. Dėl to ši bendrovė turėjo būti „viešosios teisės reglamentuojamas subjektas“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2014/24 2 straipsnio 1 dalies 4 punktą, todėl galėtų būti laikoma „perkančiąja organizacija“, kaip tai suprantama pagal šios direktyvos 2 straipsnio 1 dalies 1 punktą.

78. Net darant prielaidą, kad tokioje situacijoje Direktyvos 2014/24 12 straipsnio 4 dalyje numatytos išimties taikymo sąlygos yra įvykdytos, Teisingumo Teismas Sprendime *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* [39] konstatavo, kad pagal šią nuostatą, laikantis vienodo požiūrio principo, dėl perkančiųjų organizacijų bendradarbiavimo privačios įmonės padėtis neturi tapti privilegijuota, palyginti su jos konkurentais. Iš to matyti, kad, kaip savo išvadoje toje byloje konstatavo generalinis advokatas M. Campos Sánchez-Bordona [40], Direktyvos 2014/24 12 straipsnio 4 dalis negali būti taikoma perkančiųjų organizacijų bendradarbiavimui, dėl kurio privatus veiklos vykdytojas rinkoje atsidurtų privilegijuotoje padėtyje, palyginti su konkurentais. Atsižvelgdamas į šiuos paaiškinimus, turėdamas omenyje, kad steigiamoje mišrioje bendrovėje turi būti privataus kapitalo, manau, kad šioje nuostatoje numatyta išimtis negali būti taikoma šioje byloje nagrinėjamam bendradarbiavimui.

79. Todėl tam, kad būtų galima atsakyti į prejudicinius klausimus, nebūtina aiškinti Direktyvos 2014/24 12 straipsnio.

38 Žr. 2006 m. balandžio 6 d. Sprendimą *ANAV* (C-410/04, EU:C:2006:237, 31 ir 32 punktai).

39 2020 m. gegužės 28 d. sprendimas (C-796/18, EU:C:2020:395).

40 Išvada byloje *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* (C-796/18, EU:C:2020:47, 109 punkto 3 papunktis).

3. Socialinių ir kitų specialių paslaugų pirkimo sutarčių skyrimo tvarka

80. Direktyvos 2014/24 74 straipsnyje numatyta, kad šios direktyvos XIV priede išvardytų socialinių ir kitų specialių paslaugų viešojo pirkimo sutartys skiriamos pagal šios direktyvos III antraštinės dalies I skyrių. Visos bylos šalys, išskyrus CNS, savo atsakymuose į Teisingumo Teismo rašytinius klausimus nurodė, kad bent viena integruotą mokyklų paslaugą sudaranti paslauga patenka arba gali patekti į šio priedo taikymo sritį.

81. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar taip yra. Jeigu atsakymas būtų teigiamas, pakaktų, kad vykdant sutarties sudarymo procedūrą būtų laikomasi Direktyvoje 2014/24 nustatytų lankstesnių šios rūšies sutarčių sudarymo taisyklių. Taigi pateiksiu tik kelis argumentus, kurie galėtų būti naudingi šiam teismui.

82. Pirma, tiesa, kad Direktyvos 2014/24 III antraštinės dalies I skyriuje įtvirtinta speciali socialinių ir kitų specialių paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarka. Tokioms sutartims netaikomos standartinės sistemos taisyklės. Tačiau šios direktyvos 76 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad valstybės narės nustato nacionalines sutarčių skyrimo pagal šį skyrių taisykles, siekdamos užtikrinti, kad perkančiosios organizacijos laikytųsi skaidrumo ir ekonominės veiklos vykdytojų lygiateisiškumo principų. Tai *a priori* tai yra tie patys principai, kurie nurodyti minėtos direktyvos 18 straipsnyje. Taigi negaliu atmesti galimybės, kad Direktyvos 2014/24 III antraštinės dalies I skyriaus taikymas pagrindinėje byloje neturėtų įtakos atsakymams į prejudicinius klausimus[41].

83. Antra, prieš darant išvadą, kad Direktyvos 2014/24 III antraštinės dalies I skyriaus taisyklės taikomos pagrindinėje byloje nagrinėjamai sutarčiai, taip pat reikia palyginti šiame skyriuje numatytų paslaugų ir paslaugų, kurioms taikoma įprasta šios direktyvos sistema, numatomas vertes, o paskui, remiantis šiomis vertėmis, nustatyti pagrindinį sutarties dalyką[42].

84. Kadangi nėra duomenų, leidžiančių daryti išvadą, jog į Direktyvos 2014/24 III antraštinės dalies I skyriaus taikymo sritį patenkančios paslaugos turi būti laikomos pagrindinėje byloje nagrinėjamos sutarties pagrindiniu dalyku, ir turint omenyje tai, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas visiškai nenurodo šio skyriaus nuostatų, remiuosi prielaida, kad lankstesnės taisyklės šiuo atveju netaikomos.

4. SESV 107 straipsnis

85. Pirmajame prejudiciniame klausime minimas SESV 107 straipsnis. Komisija teigia, kad prašymas priimti prejudicinį sprendimą nepriimtinas tiek, kiek juo prašoma išaiškinti šią pirminės teisės nuostatą.

86. Sutinku su Komisijos nuomone. Iš tikrųjų prašyme priimti prejudicinį sprendimą nėra aiškiai nurodyta priemonė, kuri pagrindinėje byloje laikoma valstybės pagalba. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat nenurodo motyvų, dėl kurių šios nuostatos išaiškinimas būtinas jo nagrinėjamam ginčui išspręsti.

[41] Šiuo klausimu taip pat žr. šios išvados 70 punktą.

[42] Kaip nurodyta Direktyvos 2014/24 3 straipsnio 2 dalies antroje pastraipoje, „Mišriųjų sutarčių, iš dalies apimančių paslaugas, kaip apibrėžta III antraštinės dalies I skyriuje, ir iš dalies kitas paslaugas, arba mišriųjų sutarčių, iš dalies apimančių paslaugas ir iš dalies prekes, atveju pagrindinis dalykas nustatomas atsižvelgiant į tai, kuri iš atitinkamų paslaugų ar prekių numatomų verčių yra didžiausia“.

87. Žinoma, prašymą priimti prejudicinį sprendimą galima suprasti taip, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas prašo Teisingumo Teismo aiškinti ne vieną iš pirminės teisės nuostatų, o, remiantis ja („atsižvelgiant į SESV 107 straipsnį“), direktyvas 2014/23 ir 2014/24. Vis dėlto toks prašymo priimti prejudicinį sprendimą aiškinimas nepakeistų aplinkybės, kad, bet kuriuo atveju, atsakyti į prejudicinius klausimus, susijusius su SESV 107 straipsniu, nereikia.

88. Šiomis aplinkybėmis CNS pateiktam nepriimtinumu grindžiamam prieštaravimui taip pat reikia pritarti tiek, kiek jis susijęs su pirmuoju prejudiciniu klausimu ir SESV 107 straipsniu, ir, dėl šios išvados 71–79 punktuose nurodytų priežasčių – su Direktyvos 2014/24 12 straipsniu.

C. Dėl esmės

89. Be Sąjungos teisės nuostatų, kurių reikšmingumo prielaida šioje byloje buvo atmesta, pirmajame prejudiciniame klausime daroma nuoroda į Direktyvos 2014/23 30 straipsnį ir Direktyvos 2014/24 18 straipsnį. Kad būtų galima nustatyti visas reikšmingas šių direktyvų nuostatas, pirmiausia reikia, įvertinti pirkimo dokumentuose nustatytų su viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimu susijusių reikalavimų kontekstą.

1. Su viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimu susiję reikalavimai direktyvų 2014/23 ir 2014/24 kontekste

90. Direktyvos 2014/24 56 straipsnyje Europos Sąjungos teisės aktų leidėjas aiškiai atskiria dviejų rūšių kriterijus, būtent: kokybinės atrankos kriterijus, prie kurių, visų pirma priskiriami pašalinimo pagrindai ir atrankos, kuria tikrinamas dalyvių gebėjimas įvykdyti skirtą sutartį, kriterijai (Direktyvos 2014/24 57 ir 58 straipsniai), ir sutarties skyrimo kriterijus, tiesiogiai susijusius su pasiūlymais. Analogiškas skirtumas daromas Direktyvos 2014/23 38 ir 41 straipsnių nuostatose dėl, atitinkamai, kandidatų atrankos ir kokybinio vertinimo bei sutarties skyrimo kriterijų.

91. Šiuo klausimu reikia konstatuoti, kad prašyme priimti prejudicinį sprendimą aiškiai neatskleista viešojo pirkimo dokumentuose nustatytų su viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimu susijusių reikalavimų logika. Kadangi šie reikalavimai yra *lex specialis*, palyginti su nustatytaisiais Įstatyminiame dekrete Nr. 175[43], ši logika vis dėlto gali būti kildinama iš su šiuo įstatyminiu dekretu susijusių išaiškinimų. Atrodo, kad konkurso dokumentuose įvardyti tikslūs procentiniai dydžiai ir jų pobūdis (ne maksimalios ir minimalios ribos, o tiksliai nustatyti reikalavimai), tačiau tai nedaro esminės įtakos jų tikslams.

92. Šiuo atžvilgiu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo paaiškinimus suprantu taip, jog nustatant maksimalią 70 % viešojo kapitalo dalies mišrioje bendrovėje ribą siekiama užtikrinti, kad privačiojo kapitalo dalis šioje bendrovėje nebūtų mažesnė kaip 30 %.

93. Taigi, pirma, bendru rinkos ir ūkio subjektų požiūriu, privatus dalininkas negalėtų pernelyg (iki mažiau nei 30 %) apriboti su jo dalimi mišraus kapitalo bendrovėje susijusios ekonominės rizikos ir nepagrįstai naudotis viešojo sektoriaus dalyvavimo privalumais, nes kitiems subjektams

[43] Žr. šios išvados 28 punktą.

būtų užkirstas kelias pelningai vykdyti tą pačią ekonominę veiklą atitinkamame rinkos segmente. Šiuo požiūriu, kaip nurodo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, šis apribojimas skirtas neleisti apeiti laisvos konkurencijos principo.

94. Antra, atsižvelgiant į konkurso procedūros dalyką ir perkančiosios organizacijos požiūriu, ši viršutinė riba užtikrina, kad privatus dalininkas yra veiklos partneris, kurio įnašas į steigiamam mišraus kapitalo subjektui pavestų užduočių vykdymą yra kapitalo įnašas ir šioms užduotims vykdyti reikalinga kompetencija, prisiimant visą su jų vykdymu susijusią veiklos riziką.

95. Turiu pažymėti, kad su privataus dalininko faktiniu įnašu susijęs aspektas atrodo labai svarbus atsižvelgiant į pagrindinę bylą ir į pirkimo dokumentuose nustatytus viešojo bei privačiojo sektoriaus dalyvavimo reikalavimus. Įvertinus į tai, kad profesinių ir techninių galimybių bei finansinės ir ekonominės būklės sąlygos ir kriterijai neišvengiamai individualizuojami [44] ir atsižvelgiant į Sprendimą *Acoset* [45], ši pastaba rodo, kad konkurso dokumentuose nustatyti viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimo reikalavimai yra kokybinės atrankos kriterijai.

96. Be to, iš prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, kad dėl netiesiogiai perkančiajai organizacijai priklausančios šio dalyvio kapitalo dalies apskaičiavimo būdo konkurso dalyviai dėl šių reikalavimų nesilaikymo buvo pašalinti iš paskelbus kvietimą pateikti pasiūlymus pradėtos konkurso procedūros. Šiuo klausimu iš suformuotos jurisprudencijos matyti, kad pagal kokybinės atrankos kriterijus perkančioji organizacija gali leisti konkurse dalyvauti tik tiems ekonominės veiklos vykdytojams, kurių pajėgumai rodo, kad jie galės įgyvendinti konkurso dalyką [46].

97. Taigi neatrodo, kad su viešojo ir privačiojo sektoriaus dalyvavimu susiję reikalavimai, kaip antai nagrinėjami pagrindinėje byloje, yra susiję su pasiūlymais (sutarties sudarymo kriterijai) [47]. Tačiau atrodo, kad šie reikalavimai yra kokybiniai atrankos kriterijai, kuriuos taikydama perkančioji organizacija siekia įsitikinti, kad privatus dalininkas, dalyvaudamas šios bendrovės kapitale ir prisiimdamas visą veiklos riziką minėtai bendrovei teikiant paslaugą, dėl savo ekonominės ir finansinės būklės ir (arba) techninių ir profesinių galimybių galėtų išlaikyti perkančiosios organizacijos nustatytą mišraus kapitalo bendrovės viešojo ir privačiojo kapitalo paskirstymą [48]. Taigi viešojo pirkimo dokumentuose nustatyti reikalavimai, susiję su viešojo ir

[44] Direktyvos 2014/23 38 straipsnio 1 dalies antrajame sakinyje nurodyta, kad „dalyvavimo sąlygos turi būti susijusios su būtinybe užtikrinti, kad koncesininkas sugebės įvykdyti koncesiją, atsižvelgiant į koncesijos dalyką ir tikros konkurencijos užtikrinimo tikslą, ir turi būti proporcingos tai būtinybei.“ Vadovaujantis šia logika, Direktyvos 2014/24 58 straipsnio 1 dalyje, be kita ko, nurodyta, jog perkančiosios organizacijos „nustato tik tokius reikalavimus, kurie yra tinkami užtikrinti, kad kandidatas arba konkurso dalyvis naudojasi teisnumu bei veiksnumu, turi finansinį pajėgumą ir techninių bei profesinių pajėgumų įvykdyti paskirtiną sutartį. Visi reikalavimai turi būti susiję su sutarties dalyku ir proporcingi jo atžvilgiu.“

[45] Žr. Sprendimo *Acoset* 59 punktą: „<…> privataus dalininko atranka laikantis šio sprendimo 46–49 punktuose nurodytų reikalavimų ir jo atrankos kriterijų pasirinkimas leidžia šią situaciją kompensuoti, kai kandidatai, be gebėjimo būti akcininkais, pirmiausia turi įrodyti savo technines galimybes teikti paslaugą ir suteikti ekonomines bei kitas lengvatas, išplaukiančias iš jų pasiūlymo“. Šiame sprendime Teisingumo Teismas pabrėžė kokybinės atrankos kriterijų, susijusių su gebėjimu suteikti paslaugą arba koncesiją, svarbą (šiuo klausimu žr. A. Brown, „Selection of the Private participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)“, *Public Procurement Law Review*, t. 2, 2010, p. 4), tačiau neignoravo kokybinių atrankos kriterijų, susijusių su galimybe tapti privačiu steigiamos mišrios bendrovės dalininku.

[46] Šiuo klausimu žr. 2021 m. liepos 8 d. Sprendimą *Sanresa* (C-295/20, EU:C:2021:556, 62 punktas).

[47] Kaip matyti iš doktrinos, IVPSP kontekste, nepaisant sunkumų, svarbu atskirti kokybinės atrankos kriterijus nuo sutarties skyrimo kriterijų. Žr. Andrecka, M. ir Kania, M., „Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice“, *Polish Review of International and European Law*, t. 2, Nr. 1, 2013, p. 148.

[48] Dėl šios priežasties laikausi nuomonės, kad 2009 m. gegužės 19 d. Teisingumo Teismo Sprendime *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, 21 ir 23 punktai) Teisingumo Teismo pateiktas kvalifikavimas, susijęs su nacionalinės teisės aktais, kuriais siekiama išvengti bet kokio galimo tos pačios viešojo pirkimo procedūros dalyvių slapto susitarimo ir užtikrinti vienodą požiūrį į kandidatus bei procedūros skaidrumą, nagrinėjamu atveju negali būti taikomas turint omenyje viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimo reikalavimus, kurie, beje, yra nustatyti konkurso dokumentuose.

privačiojo sektorių dalyvavimu, kaip antai nagrinėjami pagrindinėje byloje, yra Direktyvos 2014/23 38 straipsnio 1 dalyje arba, prireikus,
Direktyvos 2014/24 58 straipsnio 1 dalyje nustatyti kriterijai ir sąlygos.

2. Prejudicinių klausimų performulavimas

98. Atsižvelgdamas į pateiktus patikslinimus, susijusius su prejudicinių klausimų dalyku[49], pagrindinėje byloje taikoma tvarka[50] ir šiai bylai taikomų viešojo bei privačiojo sektorių dalyvavimo reikalavimų kvalifikavimu[51], siūlau performuluoti prejudicinius klausimus patikslinant Sąjungos teisės nuostatas, kurias būtina išaiškinti siekiant naudingai atsakyti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui.

99. Kalbant konkrečiau, siūlau laikytis nuomonės, kad savo klausimais, kuriuos siūlau nagrinėti kartu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia išsiaiškinti, ar Direktyvos 2014/23 30 straipsnis ir 38 straipsnio 1 dalis arba, prireikus, Direktyvos 2014/24 18 straipsnis ir 58 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinami taip, kad pagal šias nuostatas draudžiama, siekiant nustatyti, kokią steigiamos mišrios viešojo ir privačiojo kapitalo bendrovės kapitalo procentinę dalį turėtų konkurse dalyvaujantis privatusis dalininkas, atsižvelgti į perkančiosios organizacijos netiesiogiai valdomą šio konkurse dalyvaujančio privačiojo dalininko akcinio kapitalo dalį, o dėl to šis subjektas būtų pašalintas iš konkurso, jeigu atsižvelgiant į šią netiesiogiai valdomą kapitalo dalį būtų nustatyta, kad nepaisoma pagal konkurso dokumentus perkančiosios organizacijos reikalaujamos privačiojo kapitalo procentinės dalies.

3. Vertinimas

100. Kadangi viešojo pirkimo dokumentuose nustatyti reikalavimai ir kriterijai, susiję su viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimu, yra ekonominės ir finansinės būklės ir (arba) techninių ir profesinių galimybių sąlygos ir, jie turi būti susiję su viešojo pirkimo procedūros dalyku ir jam proporcingi[52]. Pagal Direktyvos 2014/23 30 straipsnį ir Direktyvos 2014/24 18 straipsnį perkančioji organizacija turi taikyti šiuos reikalavimus laikydamasi konkurso dalyvių lygybės ir nediskriminavimo, taip pat skaidrumo ir proporcingumo principų.

101. Visų pirma, reikia patikrinti, ar esama sąsajos tarp šių reikalavimų ir konkurso procedūros dalyko.

102. Pagal konkurso dokumentuose nustatytų reikalavimų logiką (nustatyta, kad Romos miestui turi priklausyti 51 %, o privačiajam dalininkui – 49 % kapitalo), konkurso dalyvis, kuris gali būti pasirinktas, turi būti perkančiajai organizacijai nepriklausantis subjektas. Iš tikrųjų didesnė perkančiajai organizacijai priklausanti mišraus kapitalo bendrovės dalis dėl vykdomos šio konkurso dalyvio kontrolės (susidariusi ir dėl netiesiogiai valdomos dalies) paveiktų perkančiosios organizacijos nustatytą šios bendrovės viešojo ir privataus kapitalo paskirstymą. Be to, tokioje situacijoje privačiojo partnerio vaidmuo ir, atitinkamai, faktinis konkurso dalyvio

[49] Žr. šios išvados 35 ir 36 punktus.

[50] Žr. šios išvados 70 punktą.

[51] Žr. šios išvados 97 punktą.

[52] Žr. 44 išnašą.

įsipareigojimas užtikrinti ekonominę ir finansinę būklę ir (arba) technines bei profesines galimybes galėtų būti apriboti žemiau perkančiosios organizacijos nustatytos 49 % ribos. Taigi šie reikalavimai yra susiję su viešojo pirkimo procedūros dalyku.

103. Dar daugiau, kadangi paprastai pagal Sąjungos teisę IVPSP atveju nedraudžiama taikyti vienos pirkimo procedūros [53], kokybinės atrankos kriterijų ir viešojo pirkimo procedūros dalyko ryšio reikalavimo aiškinimas, kuriuo turi būti remiamasi, negali sukliudyti perkančiosioms organizacijoms pasinaudoti šia bendradarbiavimo forma (ir perkančiajai organizacijai nustatyti mišraus kapitalo bendrovės kapitalo paskirstymo viešojo ir privačiojo sektoriaus dalininkams). Iš tikrųjų IVPSP pasitelkiama dėl valstybių narių laisvės pasirinkti paslaugų teikimo būdą, kuriuo perkančiosios organizacijos patenkins savo poreikius [54].

104. Antra, dėl viešojo ir privataus dalyvavimo reikalavimų proporcingumo primenu, kad, bent jau pagal tai, kaip suprantu prašymą priimti prejudicinį sprendimą, šiais reikalavimais sistemingai neužkertamas kelias visiems dalyviams, kurių kapitalas yra viešos kilmės [55]. Tačiau, atsižvelgiant į pirmojo prejudicinio klausimo pirminę formuluotę, atrodo, kad šie reikalavimai taikomi bet kokiai formai, kuria perkančioji organizacija netiesiogiai dalyvauja privataus dalininko kapitale.

105. Vis dėlto netiesioginis perkančiosios organizacijos dalyvavimas privataus dalininko kapitale gali būti įvairių formų. Be to, tokio dalyvavimo poveikis šio privataus dalininko veikimui priklauso nuo jo organizacinės struktūros. Taigi nėra tikrai žinoma, ar dėl bet kokio netiesioginio dalyvavimo privačiojo dalyvio kapitale faktinis konkurso dalyvio įsipareigojimas užtikrinti ekonominę ir finansinę būklę ir (arba) technines bei profesines galimybes apribojamas žemiau perkančiosios organizacijos nustatytos 49 % ribos.

106. Todėl atsižvelgimas į bet kokį netiesioginį perkančiosios organizacijos dalyvavimą privataus dalininko kapitale neatitinka proporcingumo principo tiek, kiek neatsižvelgiama į tai, kad dėl tokio netiesioginio dalyvavimo faktinis šio privataus dalininko įsipareigojimas užtikrinti ekonominę ir finansinę būklę ir (arba) technines bei profesines galimybes nebūtinai apribojamas žemiau perkančiosios organizacijos nustatytos 49 % ribos. Neatliekant patikrinimų, kurių metu būtų galima nustatyti, ar taip yra, šis privatus konkurso dalyvis negali būti automatiškai pašalintas iš konkurso dėl šios netiesiogiai priklausančios kapitalo dalies.

107. Nėra akivaizdu, kad perkančioji organizacija atliko konkrečius patikrinimus šioje byloje. Vis dėlto visų pirma remiantis sprendime dėl pašalinimo nurodytų atitinkamų subjektų kapitalo struktūros analize galima manyti, kad tai buvo padaryta. Antra, atrodo, kad šis sprendimas atkartojamas prašyme priimti prejudicinį sprendimą, nes šį prašymą pateikęs teismas pažymi, kad „atsižvelgus į esminį aspektą, t. y. [*Roma Multiservizi*] akcinę struktūrą, ypač į tai, kad 51 % jos akcijų priklauso [AMA], kuri savo ruožtu visiškai priklauso Romos miestui, <…> viešojo ir privačiojo kapitalo dalys steigiamoje mišrioje bendrovėje *iš tikrųjų* sudarytų 73,5 %, ir [26,5 %]“. Galiausiai nėra jokio pagrindo manyti, kad įgaliojimų priimti sprendimus ir veiklos rizikos paskirstymas nebuvo atliktas proporcingai turimam kapitalui. Taigi atrodo, kad aplinkybė, jog perkančiajai organizacijai priklauso didžioji konkurse dalyvaujančio privačiojo dalininko kapitalo

[53] Žr. Sprendimą *Acoset* (63 punktas).

[54] Taip pat žr. Direktyvos 2014/24 5 konstatuojamąją dalį, kurioje nurodyta, kad „reikėtų priminti, kad nė viena šios direktyvos nuostata neįpareigoja valstybių narių sudaryti paslaugų, kurias jos nori teikti pačios, teikimo sutarčių arba naudotis išorės paslaugomis, arba teikimą organizuoti kitu būdu nei sudarant viešąsias sutartis, kaip apibrėžta šioje direktyvoje“.

[55] Žr. šios išvados 38 punktą.

dalis, gali apriboti faktinį šio privataus dalininko įsipareigojimą užtikrinti ekonominę ir finansinę būklę ir (arba) technines bei profesines galimybes žemiau perkančiosios organizacijos nustatytos 49 % ribos.

108. Todėl laikausi nuomonės, kad Direktyvos 2014/23 30 straipsnis ir 38 straipsnio 1 dalis arba prireikus Direktyvos 2014/24 18 straipsnis ir 58 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinami taip, kad pagal šias nuostatas draudžiama, siekiant nustatyti, kokią steigiamos mišrios viešojo ir privačiojo kapitalo bendrovės kapitalo procentinę dalį turėtų konkurse dalyvaujantis privatusis dalininkas, atsižvelgti į bet kokią perkančiosios organizacijos netiesiogiai valdomą šio konkurse dalyvaujančio privačiojo dalininko akcinio kapitalo dalį, o dėl to šis subjektas būtų automatiškai pašalintas iš konkurso, jeigu atsižvelgiant į šią netiesiogiai valdomą kapitalo dalį būtų nustatyta, kad nepaisoma pagal konkurso dokumentus perkančiosios organizacijos reikalaujamos privačiojo kapitalo procentinės dalies.

109. Vis dėlto pagal Direktyvos 2014/23 30 straipsnį ir 38 straipsnio 1 dalį arba, prireikus, Direktyvos 2014/24 18 straipsnį ir 58 straipsnio 1 dalį nedraudžiama į tai atsižvelgti, jeigu tai nedaroma automatiškai. Kalbant konkrečiai, pagal šias nuostatas nedraudžiama atsižvelgti į netiesioginį dalyvavimą kapitale, kai po perkančiosios organizacijos atliktų patikrinimų paaiškėja, kad šis dalyvavimas pasireiškia tuo, jog didžiąją konkurso dalyvio privataus dalininko kapitalo dalį valdo kitas subjektas, kuris savo ruožtu visiškai priklauso perkančiajai organizacijai, jeigu sprendimų priėmimo įgaliojimai ir rizika paskirstomi šiam privačiam konkurso dalyviui ir šiam subjektui, proporcingai jiems priklausančiam kapitalui.

110. Dėl proporcingumo principo paisymo siekdamas išsamumo pažymiu, kad atrodo, jog Komisija abejoja, kad pašalinant *Rekeep* ir *Roma Multiservizi* pateiktą pasiūlymą laikomasi proporcingumo principo, nes Romos miestas prireikus turėjo leisti šioms bendrovėms įrodyti, kad dėl jam netiesiogiai priklausančios *Roma Multiservizi* kapitalo dalies nekyla interesų konflikto rizikos. Vis dėlto konkurso dokumentuose nustatytais viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimo reikalavimais iš esmės nesiekiama pašalinti tokios rizikos. Dar daugiau, interesų konfliktas yra direktyvose 2014/23 ir 2014/24 numatytas pašalinimo iš konkurso pagrindas, o prašyme priimti prejudicinį sprendimą jis visiškai neminimas. Be to, jame nesiremiama nei Direktyvos 2014/23 35 straipsniu, nei Direktyvos 2014/24 24 straipsniu.

111. Trečia, dėl skaidrumo ir vienodo požiūrio principų reikia pažymėti, kad savo rašytinėse pastabose *Roma Multiservizi* ir *Rekeep* teigia, jog tai, kad bus atsižvelgta į netiesioginį perkančiosios organizacijos dalyvavimą konkurso dalyvio kapitale, nebuvo paminėta konkurso dokumentuose.

112. Prašyme priimti prejudicinį sprendimą neužsimenama apie tai, kad konkurso dokumentuose tokios nuorodos nėra. Šiomis aplinkybėmis reikia pažymėti, kad savo atsakymuose į raštu pateiktus Teisingumo Teismo klausimus Romos miestas nurodo, jog pagal Įstatyminį dekretą Nr. 175, kuriame, atrodo, nustatyta direktyvų 2014/23 ir 2014/24 įgyvendinimo tvarka, viešoji įmonė apibrėžiama kaip įmonė, kuriai perkančiosios organizacijos gali tiesiogiai ar netiesiogiai daryti lemiamą įtaką. *Rekeep* pastabose nurodo, kad šiame dekrete taip pat numatyta, jog „kai galiojančiomis nuostatomis leidžiama steigti mišrias bendroves viešiesiems darbams vykdyti ir valdyti arba visuotinės svarbos paslaugoms organizuoti ir valdyti, privatus dalininkas turi būti atrinktas taikant viešojo pirkimo sutarties skyrimo procedūrą“. Taigi aiškinant *a contrario* galima konstatuoti, kad, kalbant apie mišraus kapitalo bendrovę, privatus dalininkas negali turėti

tiesioginės ar netiesioginės dominuojančios įtakos perkančiajai organizacijai. Vis dėlto netiesioginio dalyvavimo privataus dalininko kapitale, lemiančio dominuojančią įtaką, negalima prilyginti bet kokiam netiesioginiam dalyvavimui šio privataus dalininko kapitale.

113. Bet kuriuo atveju tik nacionaliniai teismai turi jurisdikciją prireikus patikrinti šių teiginių pagrįstumą ir jų svarbą dabartinėje pagrindinės bylos stadijoje.

114. Atsižvelgiant į tai, kadangi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas remiasi Direktyvos 2014/23 30 straipsniu ir Direktyvos 2014/24 18 straipsniu, šiam teismui reikia pateikti naudingų paaiškinimų dėl atsižvelgiant į šiose nuostatose įtvirtintus principus atliekamo patikrinimo.

115. Suformuotoje jurisprudencijoje nurodyta, kad pagal skaidrumo ir vienodo požiūrio principus, kuriais remiantis vykdomos visos viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūros, reikalaujama, kad esminės ir procedūrinės dalyvavimo sudarant viešąją sutartį sąlygos būtų aiškiai apibrėžtos iš anksto ir viešai skelbiamos, visų pirma turint omenyje konkurso dalyviams tenkančias pareigas, kad jie galėtų tiksliai žinoti procedūros apribojimus ir būti tikri, jog tie patys reikalavimai galioja visiems konkurentams [56].

116. Pavyzdžiui, kiek tai susiję su Direktyvoje 2014/24 nustatyta tvarka, paprastai skelbimuose apie pirkimą turi būti pateiktas atrankos kriterijų ir su asmenine ekonominės veiklos vykdytojų padėtimi susijusių kriterijų, dėl kurių jie gali būti pašalinti iš konkurso, sąrašas bei trumpas aprašymas [57].

117. Toliau vadovaujantis šia logika, vienodo požiūrio principas ir skaidrumo pareiga turi būti aiškinami taip, kad pagal juos draudžiama pašalinti ūkio subjektą iš viešojo pirkimo procedūros dėl to, kad šis neįvykdė pareigos, kuri aiškiai nenumatyta šio pirkimo dokumentuose arba galiojančiame nacionaliniame įstatyme, tačiau kyla nacionalinėms valdžios institucijoms ar nacionaliniams administraciniams teismams aiškinant šį įstatymą ir šiuos dokumentus bei užpildant spragas [58].

118. Kadangi netiesioginis perkančiosios organizacijos dalyvavimas privataus dalininko kapitale gali būti įvairių formų ir šio dalyvavimo įtaka šio privataus dalininko veikimui priklauso nuo jo organizacinės struktūros, nemanau, jog savaime suprantama, kad bet kokia netiesioginio perkančiosios organizacijos dalyvavimo forma lemtų automatišką konkurso dalyvio pašalinimą iš viešojo pirkimo procedūros dėl to, kad nesilaikoma viešojo ir privačiojo sektorių dalyvavimo reikalavimų. Neatrodo, kad toks nacionalinės teisės aktų ar konkurso dokumentų aiškinimas yra pakankamai akivaizdus.

119. Nepažeisdamas pirmiau pateiktų papildomų pastabų, susijusių su skaidrumo ir vienodo požiūrio principų paisymu, toliau laikausi šios išvados 108 punkte išdėstytos pozicijos dėl proporcingumo principo paisymo.

[56] Žr. 2018 m. gegužės 17 d. Sprendimą *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324, 23 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

[57] Žr. Direktyvos 2014/24 49 straipsnį ir V priedo C dalies 11 punkto c papunktį.

[58] Žr. 2016 m. birželio 2 d. Sprendimą *Pizzo* (C-27/15, EU:C:2016:404, 51 punktas).

VI. Išvada

120. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui pateikti *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) tokį atsakymą:

2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2014/23/ES dėl koncesijos sutarčių sudarymo 30 straipsnį ir 38 straipsnio 1 dalį arba, priklausomai nuo konkretaus atvejo, 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB, 18 straipsnį ir 58 straipsnio 1 dalį reikia aiškinti taip, kad pagal šias nuostatas draudžiama, siekiant nustatyti, kokią steigiamos mišrios viešojo ir privačiojo kapitalo bendrovės kapitalo procentinę dalį turėtų konkurse dalyvaujantis privatusis dalininkas, atsižvelgti į bet kokią perkančiosios organizacijos netiesiogiai valdomą šio konkurse dalyvaujančio privačiojo dalininko akcinio kapitalo dalį, o dėl to šis subjektas būtų automatiškai pašalintas iš konkurso, jeigu atsižvelgiant į šią netiesiogiai valdomą kapitalo dalį būtų nustatyta, kad nepaisoma pagal konkurso dokumentus perkančiosios organizacijos reikalaujamos privačiojo kapitalo procentinės dalies.

Vis dėlto pagal Direktyvos 2014/23 30 straipsnį ir 38 straipsnio 1 dalį arba, priklausomai nuo konkretaus atvejo, Direktyvos 2014/24 18 straipsnį ir 58 straipsnio 1 dalį nedraudžiama į tai atsižvelgti, jeigu tai nėra daroma automatiškai. Kalbant konkrečiai, pagal šias nuostatas nedraudžiama atsižvelgti į netiesioginį dalyvavimą kapitale, kai po perkančiosios organizacijos atliktų patikrinimų paaiškėja, kad šis dalyvavimas pasireiškia tuo, jog didžiąją konkurso dalyvio privataus dalininko kapitalo dalį valdo kitas subjektas, kuris savo ruožtu visiškai priklauso perkančiajai organizacijai, jeigu sprendimų priėmimo įgaliojimai ir rizika paskirstomi šiam privačiam konkurso dalyviui ir šiam subjektui, proporcingai jiems priklausančiam kapitalui.