TEISINGUMO TEISMO (pirmoji kolegija) SPRENDIMAS
2006 m. gegužės 11 d.*

Byloje C-340/04

dėl *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* (Italija) 2004 m. gegužės 27 d. Sprendimu, kurį Teisingumo Teismas gavo 2004 m. rugpjūčio 9 d., pagal EB 234 straipsnį pateikto prašymo priimti prejudicinį sprendimą byloje

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

prieš

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

dalyvaujant

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Proceso kalba: italų.

TEISINGUMO TEISMAS (pirmoji kolegija),

kurį sudaro kolegijos pirmininkas P. Jann, teisėjai K. Schiemann, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues (pranešėjas) ir E. Levits,

generalinė advokatė C. Stix-Hackl,
posėdžio sekretorė C. Strömholm, administratorė,

atsižvelgęs į rašytinę proceso dalį ir įvykus 2005 m. lapkričio 10 d. posėdžiui,

išnagrinėjęs pastabas, pateiktas:

— *Carbotermo SpA*, atstovaujamos *avvocati* A. Sansone ir P. Sansone,

— *Consorzio Alisei*, kartu su AGESI, atstovaujamų *avvocati* B. Becchi ir L. Grillo,

— *Comune di Busto Arsizio*, atstovaujamos *avvocatessa* C. Caputo,

— *AGESP SpA*, atstovaujamos *avvocati* A. Sciumè ir D. Tassan Mazzocco,

— Italijos vyriausybės, atstovaujamos I. M. Braguglia, padedamo *avvocato dello Stato* G. Fiengo,

— Vokietijos vyriausybės, atstovaujamos W.-D. Plessing,

— Austrijos vyriausybės, atstovaujamos M. Fruhmann,

— Lenkijos vyriausybės, atstovaujamos T. Nowakowski,

— Jungtinės Karalystės vyriausybės, atstovaujamos M. Hoskins,

— Europos Bendrijų Komisijos, atstovaujamos X. Lewis ir D. Recchia,

susipažinęs su 2006 m. sausio 12 d. posėdyje pateikta generalinės advokatės išvada,

priima šį

Sprendimą

1 Prašymas priimti prejudicinį sprendimą pateiktas dėl 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvos 93/36/EEB dėl viešojo prekių pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 199, p. 1) išaiškinimo.

2 Šis prašymas buvo pateiktas nagrinėjant ginčą tarp įmonių *Carbotermo SpA* (toliau – *Carbotermo)* bei *Consorzio Alisei* ir *Comune di Busto Arsizio* (toliau – Busto Arsizio komuna) bei įmonės *AGESP SpA* (toliau – *AGESP*) dėl sutarties, susijusios su kuro tiekimu bei šios komunos pastatų šildymo įrenginių priežiūra ir jų atnaujinimu pagal teisės aktų ir techninius reikalavimus, sudarymo su pastarąja įmone.

Teisinis pagrindas

Bendrijos teisės aktai

3 Direktyvos 93/36 1 straipsnio a ir b punktuose nustatyta:

„Šioje direktyvoje:

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

b) „perkančiosios organizacijos“ – tai valstybės, regioninės ar vietos valdžios institucijos, viešosios teisės reguliuojamos organizacijos bei iš vienos ar kelių tokių institucijų arba viešosios teisės reguliuojamų organizacijų sudarytos asociacijos;

„viešosios teisės reguliuojama organizacija“ – tai bet kuri organizacija:

— įsteigta konkrečiu tikslu – tenkinti bendro intereso poreikius, neturinti pramoninio arba komercinio pobūdžio,

ir

— turinti juridinio asmens statusą,

ir

— didžiąja dalimi finansuojama valstybės, regioninės ar vietos valdžios institucijų arba kitų viešosios teisės reguliuojamų organizacijų, arba kontroliuojama šių organizacijų, arba turinti administracinę, vadovaujančią arba priežiūrą vykdančią valdybą, kurios daugiau kaip pusę narių skiria valstybės, regioninės ar vietos valdžios institucijos arba kitos viešosios teisės reguliuojamos organizacijos.

<...>“

4 Tos pačios direktyvos 6 straipsnyje nustatyta:

„1. Sudarydamos viešojo prekių pirkimo sutartis, perkančiosios organizacijos toliau nurodytais atvejais taiko <...> (atviro konkurso, riboto konkurso ir derybų procedūras).

2. Perkančiosios organizacijos gali savo prekių pirkimo sutartis sudaryti derybų būdu tuo atveju, kai <...>

3. Perkančiosios organizacijos gali sudaryti savo prekių pirkimo sutartis derybų būdu, iš anksto nepaskelbusios apie konkursą, toliau nurodytais atvejais:

<...>

4. Visais kitais atvejais perkančiosios organizacijos savo prekių pirkimo sutartis sudaro atviro arba riboto konkurso būdu."

5 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvos 93/38/EEB dėl subjektų, vykdančių savo veiklą vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo (OL L 199, 1993, p. 84) 1 straipsnio 3 dalyje numatyta:

Šioje direktyvoje:

<...>

3) „susijusi įmonė“ – tai bet kuri įmonė, kurios metinė finansinė atskaitomybė yra konsoliduoda su perkančiosios organizacijos finansine atskaitomybe pagal 1983 m. birželio 13 d. Septintąją Tarybos direktyvą 83/349/EEB, pagrįstą EEB Sutarties 54 straipsnio 3 dalies g punktu, dėl konsoliduotos finansinės atskaitomybės <...> (OL L 193, p. 1) arba, tuo atveju, kai toms organizacijoms minėta direktyva netaikoma – bet kuri įmonė, kuriai perkančioji organizacija gali tiesiogiai arba netiesiogiai daryti dominuojančią įtaką, kaip apibrėžta 2 punkte, arba įmonė, kuri gali daryti dominuojančią įtaką perkančiajai organizacijai, arba įmonė, kuriai kartu su perkančiąja organizacija dominuojančią įtaką daro kita įmonė per nuosavybę, finansinį dalyvavimą tuose subjektuose arba per juos reguliuojančias taisykles.“

6 Tos pačios direktyvos 13 straipsnyje nustatyta:

„1. Ši direktyva netaikoma paslaugų sutartims, kurias:

a) perkančiosios organizacijos sudaro su susijusia įmone;

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

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

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

2. Perkančiosios organizacijos turi pranešti Komisijai, jai to paprašius, toliau nurodytą informaciją, susijusią su 1 dalies nuostatų taikymu:

— atitinkamų įmonių pavadinimus,

— paslaugų sutarčių pobūdį ir vertę,

— tokį įrodymą, kurį Komisija gali laikyti reikalingu tam, kad nustatytų, ar santykiai tarp įmonės, su kuria yra pasirašytos sutartys, ir perkančiosios organizacijos atitinka šio straipsnio reikalavimus."

Italijos teisė

7 2003 m. rugsėjo 18 d. Sprendimu Nr. 5316 *Consiglio di Stato* nusprendė, kad vietos valdžios institucija turėjo teisę su tiekėju sudaryti prekių pirkimo sutartį nepaskelbdama konkurso tuo atveju, jei vietos valdžios institucija kontroliavo tiekėją analogiškai kaip savo tarnybas ir jei tiekėjas pagrindinę dalį savo veiklos vykdė jį kontroliuojančiosios institucijos atžvilgiu.

Pagrindinė byla ir prejudiciniai klausimai

8 *Carbotermo* yra įmonė, kuri viešojo ir privataus sektoriaus klientams tiekia energiją bei teikia šildymo valdymo paslaugas.

9 *Consorzio Alisei* yra įmonė, kuri tiekia energetikos produktus ir paslaugas, susijusias su pastatų kondicionavimu ir šildymu.

10 *AGESP Holding SpA* (toliau – *AGESP Holding*) yra akcinė bendrovė, įsteigta 1997 m. rugsėjo 24 d. sprendimu pertvarkius *Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici*, t. y. Busto Arsizio komunos specialiąją įmonę. Šiuo metu 99,98 % *AGESP Holding* akcinio kapitalo priklauso Busto Arsizio komunai. Kiti akcininkai yra: Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate ir Olgiate Olona komunos, kurių kiekvienai priklauso po vieną akciją.

11 Pagal *AGESP Holding* įstatų 2 straipsnį jos veiklą sudaro viešojo naudojimo paslaugų valdymas dujų, vandens, aplinkos apsaugos, transporto, automobilių stovėjimo aikštelių, viešųjų pirčių, vaistinių, elektros energijos ir šildymo, laidojimo paslaugų bei kelio ženklinimo srityse.

12 Šių įstatų 6 straipsnyje numatyta, kad:

„<...> Akcijų dauguma priklauso (Busto Arsizio komunai).

<...>

Be (Busto Arsizio komunos), bendrovės akcijų taip pat gali įsigyti kitos vietos valdžios institucijos (provincijos, komunos ir jų asociacijos), ekonomikos ir finansų įstaigos, teritorinės ir atitinkamų rūšių asociacijos bei privatūs asmenys, kurie siekia įgyvendinti įstatuose nustatytus tikslus <...>“

13 Tų pačių įstatų 7 straipsnyje patikslinama:

„Privačiam akcininkui negali priklausyti daugiau kaip 10 % viso bendrovės kapitalo <...>“

14 Pagal *AGESP Holding* įstatų 18 straipsnį ją valdo valdyba.

15 Pagal šių įstatų 26 straipsnį:

„Valdyba turi plačiausius bendrovės valdymo įgaliojimus, susijusius su einamųjų ir kitų klausimų sprendimu, ir kartu teisę priimti bet kokį, jos nuomone, būtiną sprendimą siekiant bendrovės tikslo, išskyrus sprendimus, kuriuos pagal įstatymą ar įstatus formaliai turi priimti susirinkimas <...>“

16 *AGESP* yra akcinė bendrovė, kurią 2000 m. liepos 12 d. įsteigė *AGESP Holding* ir kurios 100 % akcijų šiuo metu priklauso *AGESP Holding*.

17 Pagal jos įstatų, pakeistų išplečiant bendrovės tikslą ir pateiktų prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui, 3 straipsnį *AGESP* tikslas yra vykdyti veiklą, susijusią su viešojo naudojimo paslaugomis dujų, vandens, aplinkos apsaugos, transporto, automobilių stovėjimo aikštelių, viešųjų pirčių, vaistinių, elektros energijos, šildymo, vėdinimo, informatikos, telekomunikacijų, požeminio valdymo, apšvietimo srityse bei teikti įvairias paslaugas bendrovėms akcininkėms.

18 *AGESP* įstatų 7 straipsnyje numatyta:

„Jokiam akcininkui, išskyrus bendrovę *AGESP Holding* <...>, kuriai priklauso dauguma akcijų, negali priklausyti daugiau nei viena dešimtoji viso bendrovės kapitalo <...>“

19 Pagal tų pačių įstatų 17 straipsnį *AGESP* valdo valdyba.

20 Šiuo požiūriu šių įstatų 19 straipsnyje patikslinama:

„Valdyba be jokių apribojimų turi plačiausius bendrovės valdymo įgaliojimus, susijusius su einamųjų ir kitų klausimų sprendimu."

21 2003 m. rugsėjo 23 d. Busto Arsizio komuna paskelbė konkursą dėl kuro tiekimo bei municipalinių pastatų šildymo įrenginių priežiūros ir jų atnaujinimo pagal teisės aktų ir techninius reikalavimus. Sutartis, kurios suma buvo 8 450 000 EUR neskaitant pridėtinės vertės mokesčio (PVM), buvo sudaryta dėl kuro (4/5 mazuto ir 1/5 metano) tiekimo už 5 700 000 EUR, šildymo įrenginių priežiūros už 1 000 000 EUR ir šių įrenginių atnaujinimo pagal teisės aktų bei techninius reikalavimus, įvertinto 1 750 000 EUR.

22 *Carbotermo* pateikė pasiūlymą 2003 m. lapkričio 22 dieną. *Consorzio Alisei* parengė pasiūlymą, tačiau per nustatytą terminą jo nepateikė.

23 2003 m. lapkričio 21 d. Busto Arsizio komuna, atsižvelgdama į *Consiglio di Stato* sprendimą Nr. 5316, nurodytą šio sprendimo 7 punkte, nusprendė sustabdyti konkurso procedūrą iki 2003 m. gruodžio 10 dienos.

24 2003 m. gruodžio 10 d. Sprendimu Busto Arsizio komuna atšaukė konkursą pasilikdama sau teisę sutartį vėliau sudaryti tiesiogiai su *AGESP*.

25 2003 m. gruodžio 18 d. Sprendimu Busto Arsizio komuna šioje byloje nagrinėjamą sutartį sudarė tiesiogiai su *AGESP*. Šis sprendimas buvo motyvuotas tuo, kad *AGESP* tenkino dvi Bendrijos ir nacionalinių teismų praktikoje įtvirtintas sąlygas, kurias įvykdžius viešojo pirkimo sutartis galima sudaryti neskelbiant konkurso, t. y. vietos valdžios institucija perkantįjį subjektą kontroliuoja analogiškai kaip savo tarnybas ir šis subjektas pagrindinę veiklos dalį vykdo jį kontroliuojančiosios institucijos atžvilgiu. Šio sprendimo preambulėje tvirtinama, pirma, jog priklausomybės ryšys tarp *AGESP* ir Busto Arsizio komunos egzistuoja dėl to, kad pastarajai priklauso 99,98 % *AGESP Holding*, kuriai priklauso 100 % *AGESP* kapitalo, akcijų. Antra, šioje preambulėje skelbiama, kad didžioji dalis *AGESP* apyvartos gaunama dėl veiklos, kuri jai buvo pavesta pagal sutartis, sudarytas tiesiogiai su Busto Arsizio komuna.

26 2004 m. sausio 23 d. pranešimu *AGESP* paskelbė konkursą pagal pagreitintą procedūrą dėl atitinkamo mazuto pirkimo ir 2004 m. vasario 27 d. šią sutartį sudarė su įmone *Pezzoli Petroli Srl*. 2004 m. balandžio 28 d., gegužės 18 d., birželio 30 d. ir rugsėjo 2 d. *AGESP* su kitomis įmonėmis sudarė sutartis dėl perdirbimo į metaną, techninio atnaujinimo, sutvarkymo pagal standartus ir nuotolinės kontrolės bei valdymo sistemos įdiegimo įvairių municipalinių pastatų šildymo įrenginiuose. Nei *Carbotermo*, nei *Consorzio Alisei* nepateko tarp įmonių, su kuriomis sudarytos šios sutartys.

27 *Carbotermo* ir *Consorzio Alisei* apskundė *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* sprendimus, kuriais sustabdomas konkursas ir nagrinėjamos sutartys sudaromos su *AGESP*.

28 Šiame teisme šios dvi įmonės tvirtino, kad sąlygos, leidžiančios netaikyti Direktyvos 93/36, šiuo atveju nebuvo įvykdytos. Pirma, Busto Arsizio komuna nekontroliuoja *AGESP*, nes jai priklauso *AGESP* akcijos tik per kontroliuojančiąją bendrovę, kurios akcijų ji turi 99,98 %, ir *AGESP* išsaugojo visišką pagal privatinę teisę veikiančios akcinės bendrovės autonomiją. Antra, veikimas Busto Arsizio

komunos naudai nėra pagrindinė *AGESP* veikla, nes veikla šios komunos atžvilgiu sudaro mažiau nei 80 % *AGESP* apyvartos, todėl šį kriterijų reikia taikyti pagal analogiją atsižvelgiant į Direktyvos 93/38 13 straipsnį.

29 Busto Arsizio komuna ir *AGESP* atsikirto, kad nagrinėjamu atveju buvo galima sutartį sudaryti tiesiogiai, nes Busto Arsizio komuna turėdama *AGESP* akcijų ją kontroliavo, ir kad *AGESP* pagrindinę savo veiklos dalį vykdė šios komunos atžvilgiu. Šiuo klausimu *AGESP* patikslino, kad daugiau nei 28 % apyvartos, gautos Busto Arsizio komunos valdomoje teritorijoje, teko tiesiogiai komunai tiekiamoms paslaugoms, o jos gaunama apyvarta šios komunos teritorijoje sudarė 65,59 % jos visos apyvartos.

30 Būtent šiomis sąlygomis *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šiuos prejudicinius klausimus:

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

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

Dėl prejudicinių klausimų

Dėl pirmojo klausimo

31 Teisingumo Teismas jau nusprendė, kad jei viešojo pirkimo sutartis tuo pat metu sudaryta dėl prekių Direktyvos 93/36 prasme ir paslaugų 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyvos 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 209, p. 1) prasme, taikoma Direktyva 93/36, kai sutartyje numatytų prekių vertė yra didesnė už paslaugų vertę (1999 m. lapkričio 18 d. Sprendimo *Teckal*, C-107/98, Rink. p. I-8121, 38 punktas). Taigi pagrindinėje byloje nagrinėjamai sutarčiai, pagal kurią prekių vertė yra didesnė už paslaugų, dėl kurių sudaryta sutartis, vertę, taikoma Direktyva 93/36, kaip tai konstatavo ir prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas.

32 Tai, kad egzistuoja sutartis Direktyvos 93/36 1 straipsnio a punkto prasme, reiškia, kad buvo sudarytas susitarimas tarp dviejų atskirų subjektų (minėto sprendimo *Tectal* 49 punktas).

33 Pagal šios direktyvos 1 straipsnio a punktą iš esmės pakanka, kad sutartis būtų sudaryta tarp regioninės ar vietos valdžios institucijos ir nuo jos teisiškai

nepriklausančio subjekto. Kitaip yra tik tuo atveju, kai tuo pat metu regioninės ar vietos valdžios institucija kontroliuoja nagrinėjamą atskirą subjektą analogiškai kaip savo tarnybas ir kai šio subjekto pagrindinė veikla yra vykdoma valdžios institucijos ar institucijų, kurioms jis priklauso, atžvilgiu (minėto sprendimo *Tectal* 50 punktas).

34 Iš prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo sprendimo ir bylos dokumentų matyti, kad šiuo metu perkančiajai organizacijai priklauso 99,98 % *AGESP Holding* kapitalo, o likę 0,02 % priklauso kitoms regioninės ar vietos valdžios institucijoms. Remiantis *AGESP Holding* įstatais, privatūs akcininkai gali įsigyti šios bendrovės akcijų įvykdžius dvi sąlygas: pirma, dauguma akcijų turi priklausyti Busto Arsizio komunai; antra, jokiam privačiam akcininkui negali priklausyti daugiau nei viena dešimtoji šios bendrovės kapitalo.

35 *AGESP Holding* šiuo metu priklauso 100 % *AGESP* akcijų. Pagal pastarosios įstatus jos akcijas gali įsigyti privatūs akcininkai tik su ta sąlyga, kad joks akcininkas, išskyrus *AGESP Holding*, turės ne daugiau kaip vieną dešimtąją šios bendrovės kapitalo.

36 Vertinant, ar perkančioji organizacija ją kontroliuoja analogiškai kaip savo tarnybas, reikia atsižvelgti į visas teisės aktų nuostatas ir svarbias aplinkybes. Šis nagrinėjimas turi parodyti, kad bendrovė, su kuria sudaryta sutartis, yra kontroliuojama taip, kad perkančioji organizacija gali daryti įtaką šios bendrovės sprendimams. Tai turi būti galimybė daryti lemiamą įtaką tiek strateginiams tikslams, tiek svarbiems šios bendrovės sprendimams (žr. 2005 m. spalio 13 d. Sprendimo *Parking Brixen*, C-458/03, Rink. p. I-8612, 65 punktą).

37 Aplinkybė, kad perkančiajai organizacijai, vienai ar kartu su kitomis viešosios valdžios institucijomis, priklauso visas bendrovės, su kuria sudaryta sutartis, kapitalas, parodo tikimybę, tačiau neužtikrina, kad ši perkančioji organizacija kontroliuoja šią bendrovę analogiškai kaip savo tarnybas minėto sprendimo *Teckal* 50 punkto prasme.

38 Iš bylos dokumentų matyti, kad *AGESP Holding* ir *AGESP* įstatai kiekvienos šių bendrovių valdybai suteikia plačiausius įgaliojimus, susijusius su einamųjų ir kitų klausimų sprendimu. Šie įstatai Busto Arsizio komunai nesuteikia jokios teisės kontroliuoti ar išimtinės balso teisės apribojant šioms valdyboms suteiktą veiksmų laisvę. Busto Arsizio komunos vykdoma šių dviejų bendrovių kontrolė iš esmės reiškia bendrovių teisėje įtvirtintą akcininkų daugumos veikimo laisvę, o tai kur kas labiau apriboja jos galimybę daryti įtaką šių bendrovių sprendimams.

39 Be to, tariama Busto Arsizio komunos įtaka *AGESP* sprendimams daroma per kontroliuojančiąją bendrovę. Tokio tarpininko buvimas, atsižvelgiant į šios bylos aplinkybes, gali susilpninti tariamą akcinės bendrovės kontrolę, kurią perkančioji organizacija gali vykdyti tik turėdama jos kapitalo.

40 Iš to išplaukia, kad tokiomis aplinkybėmis, kurias turės patikrinti pagrindinę bylą iš esmės nagrinėjantis teismas, perkančioji organizacija nekontroliuoja bendrovės, su kuria sudaryta nagrinėjamo viešojo pirkimo sutartis, analogiškai kaip savo tarnybų.

41 Direktyvos 93/38 6 straipsnis nustato, kad viešojo pirkimo sutartis sudarančios perkančiosios organizacijos privalo taikyti atviro ar uždaro konkurso procedūras,

išskyrus atvejį, kai šiam pirkimui taikoma viena iš išimčių, išsamiai nurodytų šio straipsnio 2 ir 3 dalyse. Iš prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo sprendimo nematyti, kad pagrindinėje byloje nagrinėjamas pirkimas būtų priskiriamas vienam iš šių atvejų.

42 Iš to išplaukia, kad Direktyva 93/36 draudžia tiesiogiai sudaryti viešojo pirkimo sutartį tokiomis aplinkybėmis, kokios susiklostė pagrindinėje byloje.

43 Prieštaraudama tokiai išvadai Italijos vyriausybė teigia, kad tai, jog *AGESP* turi taikyti viešo konkurso procedūrą įsigydama atitinkamo mazuto, parodo, kad Busto Arsizio komuna, *AGESP Holding* ir *AGESP* kartu turi būti laikomos sudarančiomis vieną „viešosios teisės reguliuojamą organizaciją" Direktyvos 93/36 1 straipsnio b punkto prasme, turinčią sudaryti viešojo prekių pirkimo sutartis pagal Bendrijos ir nacionalinės teisės aktus šioje srityje.

44 Šis argumentas negali būti priimtas. Pirma, Busto Arsizio komuna patenka į „regioninės ar vietos valdžios institucijos" sąvoką, o ne į „viešosios teisės reguliuojamos organizacijos" sąvoką šios nuostatos prasme. Antra, ir Busto Arsizio komuna, ir *AGESP Holding*, ir *AGESP* – visos jos turi atskirą juridinį statusą.

45 Tačiau, kaip Teisingumo Teismas pažymėjo minėto sprendimo *Teckal* 43 punkte, leidžiamos tik tos Direktyvos 93/36 taikymo išimtys, kurios joje išsamiai ir aiškiai nurodytos.

46 Taigi Direktyvoje 93/36 nėra nuostatos, panašios į Direktyvos 92/50 6 straipsnį, kuris draudžia ją taikyti viešojo pirkimo sutartims, tam tikromis sąlygomis sudaromomis su perkančiosiomis organizacijomis.

47 Todėl į pirmą klausimą reikia atsakyti taip: Direktyva 93/36 draudžia tiesiogiai sudaryti prekių pirkimo ir paslaugų teikimo sutartį, pagal kurią prekių pirkimo kaina viršija paslaugų teikimo kainą, su akcine bendrove, kurios valdyba turi plačius valdymo įgaliojimus bei juos autonomiškai įgyvendina ir kurios visas kapitalas šiuo metu priklauso kitai akcinei bendrovei, kurios pagrindinis akcininkas yra pati perkančioji organizacija.

Dėl antrojo klausimo

48 Antrąjį klausimą sudaro dvi dalys.

49 Pirma, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas klausia, ar reikia taikyti Direktyvos 93/38 13 straipsnį vertinant sąlygą, kad įmonės, su kuria buvo tiesiogiai sudaryta prekių pirkimo sutartis, pagrindinę veiklos dalį sudarytų institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu atliekama veikla. Antra, jis klausia, ar ši sąlyga gali būti laikoma įvykdyta, kai tokios įmonės pagrindinę apyvartos dalį sudaro valdžios institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu vykdoma veikla, ar kai pagrindinę apyvartos dalį ji gauna iš veiklos, vykdomos šios institucijos valdomoje teritorijoje.

Pirma antrojo klausimo dalis

50 Iš prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo sprendimo matyti, kad pagrindinėje byloje nagrinėjamai sutarčiai taikoma Direktyva 93/36.

51 Todėl reikia išsiaiškinti, ar Direktyvos 93/38 13 straipsnyje numatyta išimtis turi būti taikoma pagal analogiją taikant Direktyvą 93/36.

52 Šiame 13 straipsnyje numatyta išimtis taikoma tik sutartims dėl paslaugų, išskyrus sutartis dėl prekių pirkimo.

53 Direktyvos 93/38 13 straipsnis kaip subjektus nurodo visų pirma bendras įmones ir įmones, kurių metinė finansinė atskaitomybė yra konsoliduota, tačiau kurių veiklos būdai skiriasi nuo Direktyvoje 93/36 nurodytų perkančiųjų organizacijų veiklos būdų.

54 Be to, šis straipsnis įtvirtina pranešimo Komisijai mechanizmą, kuris negalėtų būti perkeltas į Direktyvą 93/38, nes tam nėra teisinio pagrindo.

55 Kadangi išimtys turi būti aiškinamos griežtai, iš to išplaukia, kad Direktyvos 93/38 13 straipsnio negalima taikyti Direktyvos 93/36 taikymo srityje.

56 Šią išvadą patvirtina aplinkybė, kad 2004 metais peržiūrint direktyvas dėl viešųjų pirkimų Bendrijos teisės aktų leidėjas, išsaugodamas šią išimtį 2004 m. kovo 31 d. Parlamento ir Tarybos direktyvos dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo (OL L 134, p. 1) 23 straipsnyje, nusprendė neįtraukti analogiškos išimties į 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, p. 114), pakeitusią Direktyvą 93/36.

57 Iš to, kas buvo pasakyta, į pirmą antrojo klausimo dalį reikia atsakyti taip, kad vertinant Direktyvos 93/36 netaikymo sąlygą, pagal kurią įmonės, su kuria buvo tiesiogiai sudaryta prekių pirkimo sutartis, pagrindinę veiklos dalį turi sudaryti institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu vykdoma veikla, Direktyvos 93/38 13 straipsnis netaikomas.

Dėl antros antrojo klausimo dalies

58 Reikia priminti, kad pagrindinis Bendrijų taisyklių viešųjų pirkimų srityje tikslas yra laisvas prekių ir paslaugų judėjimas bei neiškraipyta konkurencija visose valstybėse narėse (šiuo klausimu žr. 2005 m. sausio 11 d. Sprendimo *Stadt Halle ir RPL Lochau*, C-26/03, Rink. p. I-1, 44 punktą).

59 Minėtu *Teckal* sprendimu nustatytomis sąlygomis, kurias reikia įvykdyti tam, kad Direktyva 93/36 būtų pripažinta netaikoma sutartims, sudarytoms tarp regioninės ar vietos valdžios institucijos ir nuo jos teisiškai atskiro asmens, ir pagal kurias reikalaujama, kad regioninės ar vietos valdžios institucija kontroliuotų aptariamą asmenį analogiškai kaip savo tarnybas ir šio asmens pagrindinę veiklos dalį sudarytų veikla, vykdoma institucijos ar institucijų, kurioms ji priklauso, atžvilgiu, siekiama išvengti konkurencijos iškraipymo.

60 Reikalavimo, kad aptariamo asmens veiklos pagrindinę dalį sudarytų veikla, vykdoma institucijos ar institucijų, kurioms ji priklauso, atžvilgiu, tikslas iš esmės yra užtikrinti, kad Direktyva 93/36 ir toliau būtų taikoma tuo atveju, kai vienos ar daugiau institucijų kontroliuojama įmonė veikia rinkoje, ir todėl gali pradėti konkuruoti su kitomis įmonėmis.

61 Iš tikrųjų įmonė nebūtinai praranda veiksmų laisvę vien dėl to, kad su ja susijusius sprendimus kontroliuoja institucija, kuriai ji priklauso, jei ji dar gali vykdyti didelę dalį savo komercinės veiklos su kitais ūkio subjektais.

62 Tai pat būtina, kad šios įmonės paslaugos iš esmės būtų skirtos šiai vienai institucijai. Jei taikomi tokie apribojimai, šiai įmonei pagrįstai galima netaikyti Direktyvos 93/36 apribojimų, nes jie buvo nustatyti siekiant apsaugoti konkurenciją, kurios tokiomis aplinkybėmis negali būti.

63 Taikant šiuos principus pripažinti, jog aptariamos įmonės didžiausią veiklos dalį sudaro institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu vykdoma veikla minėto sprendimo *Teckal* prasme, galima tik tuo atveju, jei šios įmonės veikla iš esmės yra skirta tenkinti šios institucijos poreikius, o bet kokia kita veikla yra šalutinio pobūdžio.

64 Siekdamas įvertinti, ar taip yra šiuo atveju, kompetentingas teismas turi atsižvelgti į visas šios bylos aplinkybes, įskaitant jų kiekį ir kokybę.

65 Dėl klausimo, ar šiame kontekste reikia atsižvelgti tik į apyvartą, gautą iš veiklos, vykdomos valdančiosios institucijos atžvilgiu, ar į apyvartą, gautą šios institucijos valdomoje teritorijoje, reikia pripažinti, kad lemiamą reikšmę turi ta aptariamos įmonės apyvartos dalis, kuri gaunama vykdant valdančios institucijos priimtus sprendimus sudaryti sutartį, įskaitant ir vykdant tokius sprendimus gautą apyvartą iš veiklos vartotojų atžvilgiu.

66 Iš tikrųjų įmonės, su kuria sudaryta sutartis, veikla, į kurią reikia atsižvelgti, yra ta, kurią ši įmonė vykdo pagal perkančiosios organizacijos su ja sudarytą sutartį, nepaisant to, kas iš šios veiklos gauna naudos: pati perkančioji organizacija ar asmuo, kuris tomis paslaugomis naudojasi.

67 Taip pat nesvarbu, kas atitinkamai įmonei moka atlygį: ar institucija, kuriai ji priklauso, ar tretieji asmenys, kurie suteikiamomis paslaugomis naudojasi pagal koncecijas ar kitų šios institucijos nustatytų teisinių santykių pagrindu. Taip pat neturi reikšmės tai, kokioje teritorijoje šios paslaugos yra teikiamos.

68 Kadangi pagrindinėje byloje įmonės, su kuria sudaryta sutartis, kapitalas netiesiogiai priklauso kelioms institucijoms, gali būti svarbu išnagrinėti klausimą, ar veikla, į kurią reikia atsižvelgti, yra ta, kurią įmonė, su kuria sudaryta sutartis, vykdo visų institucijų, kurioms ji priklauso, atžvilgiu, ar tik veikla, vykdoma institucijos, kuri šioje byloje yra perkančioji organizacija, atžvilgiu.

69 Šiuo tikslu reikia priminti, kad Teisingumo Teismas yra pažymėjęs, jog aptariamas atskiras juridinis asmuo pagrindinę savo veiklos dalį turi vykdyti „institucijos ar institucijų, kurioms jis priklauso" atžvilgiu (minėto sprendimo *Teckal* 50 punktas). Taigi jis numatė galimybę, kad numatyta išimtis taikoma ne tik tuo atveju, kai viena institucija valdo tokią įmonę, bet taip pat tuo atveju, kai tai daro kelios institucijos bendrai.

70 Tais atvejais, kai įmonę valdo kelios institucijos, sąlyga, susijusi su pagrindine jos veiklos dalimi, įvykdoma, jei ši įmonė pagrindinę savo veiklos dalį vykdo ne tik vienos, bet ir visų šių institucijų atžvilgiu.

71 Todėl veikla, į kurią reikia atsižvelgti tuo atveju, kai įmonę valdo kelios institucijos, yra ta, kurią ši įmonė vykdo visų šių institucijų atžvilgiu.

72 Iš to, kas pasakyta, matyti, kad į antrą antrojo klausimo dalį reikia atsakyti taip: vertinant, ar įmonė pagrindinę savo veiklos dalį vykdo institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu, kai siekiama nuspręsti dėl Direktyvos 93/36 taikymo, reikia atsižvelgti į visą šios įmonės veiklą, vykdomą pagal su perkančiąja organizacija sudarytą sutartį, nepaisant to, kas atlygina už šią veiklą: ar tai būtų pati perkančioji organizacija, ar asmuo, kuris naudojasi suteiktomis paslaugomis, nesvarbu kokioje teritorijoje ši veikla yra vykdoma.

Dėl bylinėjimosi išlaidų

73 Kadangi šis procesas pagrindinės bylos šalims yra vienas iš etapų prašymą dėl prejudicinio sprendimo pateikusio teismo nagrinėjamoje byloje, bylinėjimosi išlaidų klausimą turi spręsti šis teismas. Išlaidos, susijusios su pastabų pateikimu Teisingumo Teismui, išskyrus tas, kurias patyrė minėtos šalys, nėra atlygintinos.

Remdamasis šiais motyvais, Teisingumo Teismas (pirmoji kolegija) nusprendžia:

1. **1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyva 93/36/EEB dėl viešojo prekių pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo draudžia tiesiogiai sudaryti prekių pirkimo ir paslaugų teikimo sutartį, pagal kurią prekių pirkimo kaina viršija paslaugų teikimo kainą, su akcine bendrove, kurios valdyba**

turi plačius valdymo įgaliojimus bei juos autonomiškai įgyvendina ir kurios visas kapitalas šiuo metu priklauso kitai akcinei bendrovei, kurios pagrindinis akcininkas yra pati perkančioji organizacija.

2. **Vertinant Direktyvos 93/36 netaikymo sąlygą, pagal kurią įmonės, su kuria buvo tiesiogiai sudaryta prekių pirkimo sutartis, pagrindinę veiklos dalį turi sudaryti institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu vykdoma veikla, 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvos 93/38/EEB dėl subjektų, vykdančių savo veiklą vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo 13 straipsnis netaikomas.**

3. **Vertinant, ar įmonė pagrindinę savo veiklos dalį vykdo institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu, kai siekiama nuspręsti dėl Direktyvos 93/36 taikymo, reikia atsižvelgti į visą šios įmonės veiklą, vykdomą pagal su perkančiąja organizacija sudarytą sutartį, nepaisant to, kas atlygina už šią veiklą: ar tai būtų pati perkančioji organizacija, ar asmuo, kuris naudojasi suteiktomis paslaugomis, nesvarbu kokioje teritorijoje ši veikla yra vykdoma.**

Parašai.