GENERALINIO ADVOKATO
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER IŠVADA,
pateikta 2009 m. birželio 2 d.[1]

I — Įžanga

1. *Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia* (Italija) prašymu priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismui suteikta galimybė išanalizuoti „viešojo ir privataus sektoriaus bendradarbiavimo“[2] mechanizmų teisinį režimą, taikomą viešųjų paslaugų valdymui, ir jo suderinamumą su EB 43, EB 49 ir EB 86 straipsniais.

2. Tiesioginis sutarties su mišrios nuosavybės bendrove dėl tokių paslaugų sudarymas prieštarauja Bendrijos teisei, jei apeinami direktyvose dėl viešųjų pirkimų nustatyti mechanizmai. Priekaištaujama dėl paslaugų koncesijos, nes taip pažeidžiami EB 43 ir EB 49 straipsniai bei vienodo požiūrio, nediskriminavimo ir skaidrumo principai[3], nebent tam tikru mastu imamasi tinkamų priemonių[4].

3. Nuo kitų viešųjų pirkimų procedūrų, kurias Teisingumo Teismas pripažino neteisėtomis, ši byla skiriasi tuo, kad nors Italijos teismas nurodo, jog sutartis dėl integruotų vandens paslaugų teikimo valdymo iš karto sudaryta su bendrove, kurioje susikerta viešieji ir privatūs interesai, jis taip pat pažymi, kad prieš tai buvo paskelbtas viešas konkursas, nors įprasta jo funkcija vis dėlto atrodo, buvo pakeista.

4. Iš tikrųjų konkurso laimėtojo arba koncesijos turėtojo atranka virto metodu, skirtu paskirti viešojo pirkimo ar koncesijos konkursą laimėjusios komercinės bendrovės privatų partnerį ir toks paskyrimas reiškia ne tik paslaugos teikimą bet ir finansines išlaidas.

1 — Originalo kalba: ispanų.

2 — Santrumpa „CCP“, vartojama šios išvados versijoje ispanų kalba, reiškia „colaboración público-privada“; anglų ir prancūzų kalbose vartojama santrumpa „PPP“, kuri atitinkamai reiškia „public private partnerships“ ir „partenariats public privé“.

3 — 2005 m. lapkričio 10 d. Sprendimas *Komisija prieš Austriją* (C-29/04, Rink. p. I-9705, 48 punktas); 2006 m. balandžio 6 d. Sprendimas *ANAV* (C-410/04, Rink. p. I-3303, 33 punktas) ir 2005 m. spalio 13 d. Sprendimas *Parking Brixen* (C-458/03, Rink. p. I-8585, 52 punktas).

4 — Jei tenkinamos „in house providing“ sąlygos.

5. Priešingai nei sprendime *Komisija prieš Austriją*[5], kuriame Teisingumo Teismas nustatė dirbtinę konstrukciją, sudarytą iš „kelių skirtingų etapų“, ir pripažino, kad imituojant *in house*[6] operaciją su mišrios nuosavybės bendrove sudaryta sutartis yra neteisėta, šioje byloje konkursas atlieka dar nematytą vaidmenį procedūroje, kurioje akivaizdžiai taikoma ekonomijos priemonė, nes pakanka vieno akto įsteigti bendrovę, priskirti jai užduotį ir nustatyti kriterijus, pagal kuriuos pasirenkamas privatus partneris. Ko dar galima norėti?

6. Svarbu išsiaiškinti, ar toks būdas atitinka Bendrijos teisės reikalavimus.[7]

5 — Minėtas sprendimas.

6 — Pagal EB 226 straipsnį Teisingumo Teismui Komisijos pateiktos faktinės aplinkybės sudaro galimybę numatyti, kad ieškinys dėl įsipareigojimų nevykdymo bus priimtas, nes nors iš pradžių *Mödling* savivaldybė, nerengdama jokio konkurso, bendrovei *AbfallGmbH*, kurios vienintelė savininkė ji yra, patikėjo komunos atliekų surinkimą ir perdirbimą, netrukus po to 49 % turėtų akcijų pardavė *Saubermacher AG*; tai buvo lemiama aplinkybė, kad *AbfallGmbH* galėtų įvykdyti tai, kas galiausiai tapo viešojo paslaugų pirkimo sutarties tiesioginiu sudarymu su mišriosios nuosavybės bendrove, kurios 49 % akcijų priklauso privačiai įmonei.

7 — Tai man primena sarkastiškus C. Dossi komentarus, paskelbtus *Note Azurre, Adelphi*, Milanas, 1964, 1 t., p. 248, kur jis ironizuoja kvailystę imtis neteisėtų priemonių, kai teisėtomis priemonėmis tą patį rezultatą pasiekti daug paprasčiau.

II — Taikomi teisės aktai

A — *Bendrijos teisė*

1. Romos sutartis

7. EB 43 straipsnyje nustatyta:

„Vadovaujantis toliau išdėstytomis nuostatomis vienos valstybės narės nacionalinių subjektų įsisteigimo laisvės kitos valstybės narės teritorijoje apribojimai uždraudžiami. <…>

Įsisteigimo laisvė apima ir teisę imtis savarankiškai dirbančių asmenų veiklos bei ja verstis, taip pat steigti ir valdyti įmones, būtent bendroves ar firmas, apibūdintas 48 straipsnio antrojoje pastraipoje, tomis pačiomis sąlygomis, kurios įsisteigimo šalies teisės aktuose yra nustatytos jos pačios subjektams, ir laikantis kapitalui skirto skyriaus nuostatų.“

8. EB 46 straipsnyje nustatyta:

„1. Šio skyriaus nuostatos ir pagal jas taikomos priemonės neturi įtakos įstatymų ir kitų teisės aktų, kurie numato kitokį užsienio subjektų traktavimą ir yra pateisinami viešosios tvarkos, visuomenės saugumo ir jos sveikatos sumetimais, nuostatų taikymui.

2. Taryba, laikydamasi 251 straipsnyje nurodytos tvarkos, leidžia direktyvas pirmiau minėtoms nuostatoms derinti.“

9. EB 49 straipsnio 1 dalyje nustatyta:

„Pagal toliau išdėstytas nuostatas Bendrijoje uždraudžiami laisvės teikti paslaugas apribojimai, taikomi valstybių narių nacionaliniams subjektams, kurie yra įsisteigę kitoje Bendrijos valstybėje negu valstybė, kurios subjektu yra asmuo, kuriam tos paslaugos teikiamos.“

10. EB 86 straipsnio 1 dalyje nustatyta, kad „valstybės įmonėms bei įmonėms, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtines teises, valstybės narės nepriima naujų teisės aktų ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių šioje Sutartyje nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 12 ir 81–89 straipsniuose“.

2. Direktyvos dėl viešųjų pirkimų

a) Tradiciniai sektoriai

11. Dėl daugybės normų, kuriomis reglamentuojami tokie aspektai, kaip antai atrankos vertinimo kriterijai atsižvelgiant į dalyką arba laipsniškas perkančiajai institucijai paliktos diskrecijos mažinimas, reikėjo imtis reformos, kurios rezultatas po kelių nedrąsių bandymų[8] buvo toks, kad jos kodifikuotos priėmus 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo[9].

8 — 1997 m. spalio 13 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 97/52/EB, iš dalies keičianti Direktyvas 92/50/EEB, 93/36/EEB ir 93/37/EEB dėl atitinkamų viešojo paslaugų pirkimo, viešojo prekių pirkimo ir viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 328, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 3 t., p. 3).

9 — OL L 134, p. 114.

12. Tačiau viešojo pirkimo sutarčių sudarymo taisyklės turi atitikti Romos sutarties principus ir visų pirma laisvo prekių judėjimo, steigimosi laisvės, laisvo paslaugų teikimo ir bendresnius vienodo požiūrio, nediskriminavimo, abipusio pripažinimo, proporcingumo ir skaidrumo principus.

13. Siekiant užtikrinti visišką šių principų veiksmingumą ir atvirą konkurenciją, viešųjų pirkimų, viršijančių tam tikrą sumą, atžvilgiu reikėjo „šių principų pagrindu <...> nustatyti nacionalinių procedūrų, sudarant tokias sutartis, derinimą Bendrijos mastu <...>“ (Direktyvos 2004/18 antra konstatuojamoji dalis).

14. Siekiant teisinio saugumo, Direktyvos 2004/18 1 straipsnyje pateikiama daug apibrėžčių, iš kurių, siekdamas atskirti sutartį nuo koncesijos, paminėsiu štai šias:

— Viešosios sutartys: „<...> dėl piniginės naudos vieno arba kelių ūkio subjektų ir vienos ar kelių perkančiųjų organizacijų raštu sudarytos sutartys, kurių dalykas yra darbų atlikimas, prekių tiekimas arba paslaugų teikimas, kaip apibrėžta šioje direktyvoje“.

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

— Viešoji paslaugų koncesija: „<...> tos pačios rūšies sutartis, kaip ir paslaugų pirkimo sutartis, išskyrus tai, kad atlygis už suteiktas paslaugas yra teisė naudotis paslauga arba tokia teisė kartu su mokėjimu“.

b) Sektoriai, kuriems netaikoma

15. Atsižvelgiant į vandens, energijos, transporto ir pašto paslaugų rinkų specifiką, bendra tvarka joms negali būti taikoma neatsižvelgus į jų ypatybes.

16. Išeitis rasta priėmus 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2004/17/EB dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų

tvarkos derinimo[10], kuri grindžiama taip pačiais kaip nurodyta principais[11], nors jos bendras pobūdis skiriasi nuo Direktyvos 2004/18, nes visa esmė yra ne perkančioji organizacija, o veiklos, su kuria susijusi atitinkama sutartis, pobūdis[12].

17. Direktyva 2004/17 reglamentuoja prekių, darbų ir paslaugų pirkimo sutartis (1 straipsnio 2 dalies b, c ir d punktai) ir tuo ji skiriasi nuo koncesijų (1 straipsnio 3 dalies a ir b punktai). Joje teigiama, kad ji taikoma „fiksuotų tinklų, skirtų visuomenei teikti paslaugą, teikimui ir eksploatavimui, susijusiam su geriamojo vandens gamyba, perdavimu ar paskirstymu“ 4 straipsnio 1 dalies a punktas ir „geriamojo vandens tiekimui tokiems tinklams“ (4 straipsnio 1 dalies b punktas).

B — *Italijos teisės aktai*

18. *Ratione temporis* taikomoje 2000 m. rugpjūčio 18 d. Įstatyminio dekreto Nr. 267/2000 dėl įstatymų, susijusių su vietos valdžios institucijų organizavimu, konsolidavimo (toliau – Įstatyminis dekretas Nr. 267/2000)[13] 113 straipsnio 5 dalies redakcijoje[14] šioms institucijoms[15] siūlomi trys viešųjų paslaugų valdymo būdai atsižvelgiant į tai, kad sutartis sudaroma su:

„<…>

a) kapitalo bendrovėmis, atrinktomis taikant viešojo konkurso procedūrą;

b) mišraus kapitalo bendrovėmis, kurių privatus partneris atrenkamas taikant viešojo konkurso procedūras, taip užtikrinant, kad laikomasi nacionalinių ir Bendrijos konkurencijos srities teisės aktų pagal kompetentingų institucijų patvirtintas gaires specialiuose aktuose ar aplinkraščiuose;

10 — OL L 134, p. 1.

11 — Direktyvos 2004/17 10 straipsnis ir devinta konstatuojamoji dalis.

12 — Žr. mano 2007 m. lapkričio 22 d. Išvados byloje *Ing. Aigner*, kurią išnagrinėjus priimtas 2008 m. balandžio 10 d. Teisingumo Teismo sprendimas (C-393/06, Rink. p. I-2339), 41 punktą.

13 — 2000 m. rugsėjo 28 d. *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (toliau – GURI) Nr. 227 paprastasis priedas.

14 — Italijos įstatymo Nr. 448/2001 35 straipsniu pakeista (2001 m. gruodžio 29 d. GURI Nr. 285 paprastasis priedas) ir 2003 m. rugsėjo 30 d. Įstatyminio dekreto Nr. 269 dėl neatidėliotinų nuostatų, skirtų paskatinti viešųjų finansų plėtrą ir tinkamą veikimą (GURI, Nr. 229 paprastasis priedas, 2003 m. spalio 2 d.) 14 straipsniu iš dalies pakeista nuostata.

15 — Tinkamai nurodžius būtinybę laikytis atitinkamo sektoriaus ir Europos Sąjungos teisės aktų.

c) viešojo kapitalo bendrovėmis, jei įstatinį kapitalą valdančios viešosios valdžios institucija ar institucijos vykdo bendrovės priežiūrą, kuri analogiška jų tarnybų priežiūrai, ir jei ta bendrovė didžiąją veiklos dalį vykdo kartu su ją kontroliuojančia institucija ar institucijomis.“

19. a punktas susijęs su sutartimis, c punktas su operacijomis, kurios vykdomos taikant *in-house*[16] nuostatas, o b punktas susijęs su klausimą keliančia viešojo ir privataus sektoriaus partneryste.

III — Pagrindinės bylos faktinės aplinkybės ir prejudicinis klausimas

20. Pagal 2002 m. liepos 10 d. bendradarbiavimo susitarimą *Provincia Regionale de Ragusa* ir jos savivaldybės įkūrė *Ambito Territoriale Ottimale* (toliau – ATO) dėl vandens, kurios pagrindinė užduotis organizuoti „integruotą vandens tiekimą“.

21. 2004 m. kovo 26 d. *Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa* (provincijos merų ir pirmininko konferencija)[17] integruotų vandens paslaugų valdymą patikėjo „mišraus kapitalo bendrovei su didžiąja viešojo kapitalo dalimi“ pagal Įstatyminio dekreto Nr. 267/2000 113 straipsnio 5 dalies b punktą. 2005 m. birželio 7 d. ji patvirtino uždarosios akcinės bendrovės steigimo akto ir įstatų projektą, pagal kuriuos komercinei bendrovei suteikti išimtiniai įgaliojimai.

22. Skelbimas apie viešojo pirkimo konkursą paskelbtas Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje (OL S 195) siekiant atrinkti privačią bendrovę, kuri būtų mažasis partneris ir kuriai būtų patikėtas paslaugos teikimo ir atitinkamų darbų vykdymas.

23. Procedūroje dalyvavo trys laikini įmonių susivienijimai: *Saceccav Depurazioni Sacede SpA*, *Acoset SpA* ir *Aqualia SpA*.

24. Perkančioji institucija iš konkurso pašalino *Aqualia SpA*, kitoms bendrovėms leido dalyvauti, tačiau paprašiusi patvirtinti, ar jos dar nori dalyvauti, teigiamą atsakymą gavo tik iš *Acoset SpA*.

16 — Minėtoje byloje *ANAV* Teisingumo Teismas nagrinėjo Įstatyminio dekreto Nr. 267/2000 113 straipsnio 5 dalies suderinamumą su Bendrijos teise, tačiau, kaip teisingai pastebėjo generalinis advokatas L. A. Geelhoed 2006 m. sausio 12 d. Išvados 11 punkte, neanalizavo b punkto keliamų sunkumų, nes *Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia* jam pateikė klausimą apie plačią laisvę, kuri ta nuostata suteikiama vietos valdžios institucijai, nusprendžiant viešojo transporto valdymą patikėti vietinės valdžios institucijos kontroliuojamai bendrovei (c punktas) arba taikant atviro konkurso procedūrą (a punktas).

17 — ATO valdymo organas.

25. Tačiau 2007 m. vasario 26 d. buvo pradėta procedūra siekiant nutraukti konkursą, nes baimintasi, kad jis gali prieštarauti Bendrijos teisei. Galiausiai provincijos pirmininko ir merų konferencija nutraukė konkursą 2007 m. spalio 2 d. Sprendimu, pagal kurį kaip paslaugos valdymo modelis pasirinktas konsorciumas[18].

26. Dėl šio akto ir su juo susijusių aktų *Acoset SpA* pateikė skundą, kuriame teigia, kad ji turi teisę sudaryti sutartį arba gauti žalos atlyginimą, ir paprašė laikinai sustabdyti skundžiamų sprendimų taikymą.

27. Tokiomis aplinkybėmis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas Teisingumo Teismui uždavė tokį prejudicinį klausimą:

„Ar Bendrijos teisę, konkrečiai kalbant, Sutarties 43, 49 ir 86 straipsniuose numatytus skaidrumo ir laisvos konkurencijos reikalavimus, atitinka mišrios nuosavybės bendrovės modelis, pagal kurį šios bendrovės kapitalą sudaro valstybinis ir privatus kapitalas, kuri specialiai įsteigta konkrečiai viešajai paslaugai pramonės srityje teikti ir siekia išimtinio tikslo, su kuria buvo tiesiogiai sudaryta sutartis dėl nagrinėjamos paslaugos teikimo ir kurioje privatus dalininkas „pramonės“ ir „veiklos“ srityse pasirinktas vykdant viešąją procedūrą, iš pradžių patikrinus, ar tenkinamos dėl teiktinos paslaugos ir specialių atliktinų darbų keliamos finansinės ir techninės sąlygos bei tik su veikla ir valdymu susijusios sąlygos?“

IV — Procesas Teisingumo Teisme

28. Prašymas priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismo kanceliarijoje buvo įregistruotas 2008 m. gegužės 14 dieną.

29. Provincijos pirmininko ir merų konferencijos bei *Vittoria* savivaldybės rašytinėse pastabose prašoma pripažinti, kad viešojo pirkimo procedūra nesuderinama su Bendrijos teise, nes, nepaisant to, kad buvo paskelbtas atviras konkursas siekiant išrinkti privatų partnerį, sutartis dėl paslaugos teikimo buvo tiesiogiai sudaryta su mišraus kapitalo bendrove. *Comiso* ir *Modica* savivaldybės prašo priimti preliminarų sprendimą dėl *Acoset SpA* suinteresuotumo pareikšti ieškinį nebuvimo, nes konkurso procedūra buvo nutraukta.

30. *Acoset SpA*, Komisija ir Italijos, Austrijos bei Lenkijos vyriausybės teigia atvirkščiai, kad EB 43, EB 49 ir EB 86 straipsniai nedraudžia

18 — Žr. Įstatyminio dekreto Nr. 267/2000 31 straipsnio 8 dalį.

sudaryti tokios sutarties, jei laikomasi Bendrijos teisėje nustatytų garantijų.

31. Per 2008 m. balandžio 2 d. teismo posėdį *Acoset SpA*, Italijos vyriausybė ir Komisijos atstovai pateikė žodines pastabas.

V — Dėl priimtinumo

A — *Preliminarūs apmąstymai*

32. Nors niekas neatkreipė dėmesio į šią problemą, norėčiau išsklaidyti abejones dėl su Bendrija susijusio prejudicinio klausimo aspekto ir paneigti įtarimus, kad kalbama apie situaciją, kuri susijusi tik su viena valstybe nare dėl to, kad visos nurodytos įmonės įsisteigusios Italijoje.

33. Negalima atmesti prielaidos, kad dėl savo svarbos ginčijamos paslaugos traukia kitoje valstybėje narėje įsisteigusios bendrovės dėmesį, todėl atsiranda ryšys su Bendrija (1996 m. balandžio 25 d. Sprendimas *Komisija prieš Belgiją*[19] ir minėtas sprendimas *Parking Brixen*), kurį sustiprina Sutarties principų ir normų aiškinimas.

34. Be to, net jei, kaip paaiškinsiu vėliau, viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės santykiai nebuvo suderinti, reikia išnagrinėti vienodus teisės aktus, susijusius su viešaisiais pirkimais, ir palyginti juos su koncesija bei taip išsiaiškinti, kokioms paslaugoms ir valdymo būdams taikomas kiekvienas atvejis.

B — *Prejudicinio klausimo neišsamumas*

35. Austrijos vyriausybė teigia, kad nors prašymas išaiškinti yra suprantamas ir galima į jį pateikti atsakymą, jis vis dėlto nėra pakankamai aiškus, kad būtų naudingas pagrindinėje byloje, nes jame nepateikiama informacijos apie paslaugos specifiką, viešojo konkurso turinį ar išankstinio sąlygų, kurias reikia patenkinti, tikrinimo apimtį.

36. Siekiant pateikti nacionaliniam teismui naudingą Bendrijos teisės aiškinimą, kuris kartu sudarytų galimybę į prejudicinio klau-

19 — C-87/94, Rink. p. I-2043, 33 ir 54 punktai.

simo procedūrą įstojusioms šalims pateikti pastabas[20], reikia apibrėžti faktines ir teisines aplinkybes, kuriomis pateikiami klausimai, arba bent jau nurodyti faktines prielaidas, kuriomis jie grindžiami[21].

37. Teisingumo Teismas pripažino, kad atsisakymas priimti sprendimą dėl prejudicinio klausimo pateisinamas tik tuo atveju, jei prašomas išaiškinimas neturi jokio ryšio su realybe ar pagrindinės bylos dalyku arba jei klausimas hipotetinis[22].

38. Kadangi nutartyje pateikti prejudicinį klausimą pateikiama mažai paaiškinimų apie Įstatyminio dekreto Nr. 267/2000 113 straipsnio 5 dalį ir su šia nuostata susijusias Bendrijos normas bei principus, Teisingumo teismas turi pateikti atsakymą[23], nes nėra pagrindo atsisakyti priimti sprendimą *ad limine*.

20 — 1982 m. balandžio 1 d. Sprendimas *Holdijk ir kt.* (141/81–143/81, Rink. p. 1299, 6 punktas).

21 — 1993 m. sausio 23 d. Sprendimas *Telemarsicabruzzo ir kt.* (C-320/90, C-321/90 ir C-322/90, Rink. p. I-393, 6 punktas); 1993 m. kovo 19 d. Nutartis *Banchero* (C-157/92, Rink. p. I-1085, 4 punktas); 1995 m. balandžio 7 d. Nutartis *Grau Gomis ir kt.* (C-167/94, Rink. p. I-1023, 8 punktas) ir 1996 m. kovo 22 d. Nutartis *Sunino ir Data* (C-2/96, Rink. p. I-1543, 4 punktas).

22 — 2002 m. sausio 22 d. Sprendimas *Canal Satélite Digital* (C-390/99, Rink. p. I-607), 19 punktas.

23 — 2001 m. kovo 13 d. Sprendimas *PreussenElektra* (C-379/98, Rink. p. I-2099), 38 punktas.

C — Acoset SpA suinteresuotumas pareikšti ieškinį

39. Konferencija ir *Comiso* bei *Modica* savivaldybės teigia, kad *Acoset SpA* neturi suinteresuotumo pareikšti ieškinį šiame procese dėl prejudicinio klausimo, nes jos vienintelis tikslas yra skųsti privataus partnerio atrankos procedūros nutraukimą.

40. Šis teiginys visiškai nepagrįstas ir turi būti nedvejojant atmestas.

41. Remiantis EB 234 straipsniu, nuspręsti pateikti prejudicinį klausimą[24] išimtinai gali tik nacionalinis teismas, o ne proceso šalys, kurios gali būti tik išklausytos šiuo klausimu[25]. Tam, kad Teisingumo Teismas leistų šaliai įstoti į procesą dėl prejudicinio klausimo, pakanka, kad ji būtų pagrindinės bylos šalis, o kaip tik taip yra *Acoset SpA* atveju[26].

24 — Apie pagrindinės jo, kaip bendradarbiavimo Bendrijos mastu priemonės, savybės įgyvendinimą žr. 1965 m. gruodžio 1 d. Sprendimą *Schwarze* (16/65, Rink. p. 265) ir 1974 m. sausio 16 d. Sprendimą *Rheinmühlen* (166/73, Rink. p. 33).

25 — Teisingumo Teismo statuto 23 straipsnis.

26 — Bet kuriuo atveju negalima neatkreipti dėmesio į argumentą, susijusį su viešojo pirkimo procedūros panaikinimu, siekiant paneigti, kad *Acoset* gali pareikšti ieškinį, nors kaip tik dėl tokio panaikinimo pradedamas procesas.

VI — Prejudicinio klausimo analizė iš esmės

A — *Dėl savarankiškos „viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės“ sąvokos*

1. Nacionalinis požiūris

42. Ekonominė ir viešojo valdymo veikla praėjusiame amžiuje iš esmės keitėsi. Pradedant konservatyviuoju liberalizmu, kurio vienintelis siekis išlaikyti viešąją tvarką tradicinės policijos priemonėmis, kaip antai nurodymais ir draudimais, viešoji valdžia tapo paslaugų teikėja pavaldiniams[27] ir taip atsirado valstybės, kaip pagalbos teikėjos, koncepcija, kilusi iš solidarumo[28].

43. Vykstant evoliucijai klasikinis viešosios tarnybos modelis prarado tradicinę sampratą, nes administracija ir piliečiai yra taip glaudžiai susiję, kad jų funkcijų nebeįmanoma aiškiai atskirti.

44. Nors administracijos veiksmais siekiama bendrojo intereso, jam patenkinti yra daug būdų, ir reikia pabrėžti tuos, kurie, sudarydami fiziniams asmenims galimybę vykdyti viešajam sektoriui būdingą veiklą, turi akivaizdžių bendradarbiavimo požymių[29].

45. Tarp pagrindinių tokios konvergencijos apraiškų ypatingą vietą užima tai, ką priimta vadinti netiesioginiu viešųjų paslaugų valdymu arba pirkimu, o šios dvi formuluotės grindžiamos teisės istorija.

46. Kai privati įmonė prisiima pareigą teikti paslaugą ir, skatinama pelno, rizikuoja savo turtu, kad užtikrintų nuolatinį ir tinkamą jos teikimą, atsiranda glaudus ryšys su biudžeto lėšomis. Taip pat nutinka ir tuo atveju, kai viešosios valdžios institucija, suvokdama technines ir ekonomines galimybes, darbams atlikti ar paslaugai teikti samdo rangovą.

27 — E. Forsthoff „Die verwaltung als Leistungsträger“, Štutgartas, *Kohlhammer*, 1938, šias paslaugas įtraukė į *Daseinsvorsorge*, t. y. į „egzistencinės pagalbos“ sąvoką, kad būtų patenkinti visuomenės gyvybiniai poreikiai, ir pasisakė už stiprų ir dinamišką įgyvendinimą, galintį patenkinti šią paklausą; kad būtų galima teisingai suvokti šį teiginį, žr. L. Martín Retortillo „La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge“, *Revista de Administración Pública,* Nr. 38, gegužė–rugpjūtis, 1962, p. 35–65.

28 — Vienas pagrindinių jo pirmtakų L. Duguit „Leçons de Droit public general“, *Boccard*, Paryžius 1926, p. 36, atmeta jėgą kaip valstybei būdingą požymį ir suteikia jai užduotį taikyti socialinį solidarumą.

29 — Kita vertus, valstybė ima veikti pagal privatinės teisės sistemą, kai imasi veiklos pramonės sektoriuje lygiomis teisėmis su kitais ūkio subjektais.

47. Privatus kapitalas yra tarsi tarpininkas tarp veiklos ar paslaugos savininko ir jų gavėjų, todėl, atsižvelgiant į kiekvieno konkretaus atvejo niuansus, šiai veiklai ar paslaugoms būdingas pasidalijamojo darbo, kuris reglamentuoja visus jų aspektus, archetipas.

48. Be to, neatsižvelgiant į pirkimą ar koncesijas, viešosios valdžios institucijai nėra nieko keista ar nauja į asociaciją suburti privačius asmenis viešosios valdžios funkcijoms atlikti, tų asmenų neintegruojant į minėtos institucijos sandarą[30].

49. Todėl tam, kad viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė taptų savarankiška kategorija, reikia pradėti nuo abipusės įtakos visumos, kuri daro poveikį kai kurioms teisinėms institucijoms.

50. Jos anglosaksiškos kilmės bruožai pastebimi diskusijoje apie „New Public Management“, kuris yra tikras viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės kultūrų mišinys, viešosios valdžios institucijų duris atvėręs įmonės valdymo kriterijams, kurie reikalauja privataus ekonominio įnašo („Private Finance Iniciative“).

30 — J. A. Santamaría Pastor „Principios de derecho administrativo“, 1 t., 3-iasis leidimas, *Colección Ceura*, *Centro de Estudios Ramón Areces* p. 460, šį bendradarbiavimą apibūdina atkreipdamas dėmesį, kad prie viešosios valdžios institucijos tikrąja to žodžio prasme visada egzistavo tam tikra lygiagreti institucija, kurią jis laiko „netaisyklinga“.

51. Tačiau vėliau metodika skiriasi, nes nors vienos valstybės nacionalinėje teisėje nustatė „partnerystės sutarties“ modelius[31], kitų valstybių teisėje šios priemonės laikomos visiškai netipiškomis[32].

2. Bendrijos panoramos apžvalga

52. Nors Bendrijos teisė siekia suderinti nacionalinės teisės sistemas viešųjų pirkimų srityje, jos pastangos vis dėlto nueina veltui susidūrus su viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės „fenomenu“[33].

53. Tačiau viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės atvejų daugėjimas nacionaliniame viešajame sektoriuje verčia valstybes nares skatinti priimti reikalavimus Bendrijos

31 — Prancūzijoje šios krypties laikomasi priėmus 2004 m. birželio 17 d. Nutartį Nr. 2004/559 ir 2008 m. liepos 28 d. Įstatymą Nr. 2008-735 dėl partnerystės sutarčių. Ispanijoje spalio 30 d. Įstatymu Nr. 30/2007 dėl viešojo sektoriaus sutarčių (BOE, Nr. 261, 2007 m. spalio 31 d., p. 44336) viešojo ir privataus sektoriaus partnerytė performuota į sutartį.

32 — Apie problemas, kilusias dėl jų kvalifikavimo, žr. J. González García „Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado“; šiame veikale, kuris netrukus bus paskelbtas, autorius numato, kad greitai atsiras nauja sutarčių forma, ir, pasisakęs už netipiškumą, kuris geriau dera su lankstumu ir su didžiosios dalies vaizduotės integracija į paslaugą, jis daro išvadą, kad tai priemonė „į administracinę praktiką įtraukti visus netipinių santykių, kurie atsiranda privačių asmenų ekonominių santykių aplinkoje, mechanizmus“.

33 — 2004 m. balandžio 30 d. „Žaliojoje knygoje apie viešojo ir privataus sektoriaus partnerystę ir Bendrijos viešųjų pirkimų bei koncesijų teisę“ COM(2004) 327, galutinis (toliau – Žalioji knyga) matyti, kad bent tuo metu Komisija šį epitetą taikė viešojo ir privataus sektoriaus partnerystei.

lygiu, nes tokios partnerystės privalumai neliko nepastebėti.

54. Šios priemonės naudojamos ne tik siekiant išvengti biudžeto suvaržymo poveikio, bet ir skatina privatų finansavimą bei su viešuoju gyvenimu nesusijusių įmonių žinių panaudojimą, taip atsakant į liberalizavimo vėjų nustatytą kursą valstybei, kuri nuo tiesioginio operatoriaus perėjo prie veiklos prižiūrėtojo vaidmens ir yra svarbiausias garantas, kai ta veikla susijusi su viešuoju interesu.

55. Tuo atveju, kai tokiai veiklai netaikomas joks konkretus ribojantysis režimas, teisinis nesaugumas daro įtaką dalyvavimui ir privačių partnerių integravimo į ekonominę atsvarą priemonėms.

56. Taip atsirado būtinybė nubrėžti aiškinimo ribas, kad šią praktiką būtų galima suderinti su EB sutarties principais; tai buvo padaryta priėmus 2008 m. vasario 5 d. Komisijos aiškinamąjį pranešimą[34] dėl Bendrijos viešųjų pirkimų ir koncesijų teisės taikymo institucionalizuotai viešojo ir privataus sektoriaus partnerystei[35].

57. Mano nuomone, nesant suderinimo Bendrijos mastu[36], viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės negalima laikyti tikromis sutartimis, tačiau tai netrukdo pripažinti, kad šiose naujose bendradarbiavimo formose yra tam tikrų susitarimo elementų, turinčių sutarties požymių arba kurie yra artimi koncesijos požymiams.

58. Priėmus bendrus reikalavimus būtų išvengta tam tikrų kliūčių ir nustatytos gairės viešosios valdžios institucijoms bei privatiems subjektams, kuriuos dabartinis neaiškumas dažnai atgraso (infrastruktūros ir viešųjų paslaugų nenaudai) nuo minties sukurti viešojo ir privataus sektorių partnerystę (beje pranešime tai pripažįstama)[37], nes baiminamasi pažeisti režimą, kurį siekia sukurti Europos Sąjunga.

34 — R. Alonso García „El soft law comunitario", *Revista de Administración Pública*, Nr. 154, sausis–balandis, 2001, p. 79, kaip vieną iš EB 249 straipsnyje nurodytų priemonių teigiamų aspektų nurodo tai, kad jomis viešosios valdžios institucijoms ir privatiems subjektams pateikiami aiškūs ir nuoseklūs nurodymai, kaip jie turi elgtis, kad jų veiksmai būtų suderinami su Bendrijos teise.

35 — C(2007) 6661 (toliau – pranešimas).

36 — Vis dėlto per pirmąjį skaitymą 2002 m. gegužės 10 d. priimtoje nuomonėje Europos Parlamentas paragino Komisiją išnagrinėti galimybę priimti direktyvos pasiūlymą COM (2000) 275. Savo ruožtu Europos ekonomikos ir socialinių reikalų komitetas nusprendė, kad reikalinga teisės aktų leidybos iniciatyva (EESRK nuomonė (OL C 14), pranešėjas Levaux, 4.1.3 punktas ir EESRK nuomonė (OL C 193), pranešėjas Bo Green, 3.5 punktas).

37 — Šią reakciją, kuri yra natūrali tiems, kurie teisę taiko praktikoje, patvirtina J. Carbonnier „Sociologie juridique", *Quadrige*, Paryžius, PUF, 1994, p. 331, kur jis nurodo skirtingą teisininkų ir sociologų reakciją į teisės sudėtingumą: pirmiesiems tas sudėtingumas yra tarsi likimas ar net liga, skatinanti juos grįžti prie paprastumo, o antrieji susilaiko nuo bet kokio vertinimo ir šiuose sunkumuose mato tik paprastus skirtumus, kuriuos reikia analizuoti.

59. Ši spraga suteikia santykinumo bandymams suklasifikuoti administracijos veiklą į kontrolės, skatinimo ir viešųjų paslaugų veiksmus[38], ir prie viso to reikia pridėti, kad globalioje teisinėje Bendrijoje kiekvienas šių elementų atspindi kiekvienoje valstybėje gyvuojantį skirtingą požiūrį.

60. Konkrečiai viešosios paslaugos sąvoka pasižymi įvairialypiškumu[39], vienose sistemose ji yra administracinės teisinės sistemos pamatinis akmuo[40], kitose ji negrindžia administracinės sistemos sandaros, o tam tikros veiklos priskyrimas viešiesiems subjektams (*publicatio*) neatlieka pagrindinio vaidmens[41].

61. Mano nuomone čia ir glūdi viena iš viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės įvairovės priežasčių, kurios turi padėti spręsti dar didesnę problemą: Bendrijos teisės aktų leidėjas suderino viešuosius pirkimus, tačiau pamiršo painiavą koncesijų[42] ir viešųjų paslaugų srityje, ir kadangi šios kategorijos daugeliu viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės atvejų yra nepastebimos, šios srities reglamentavimo nebuvimas nėra atsitiktinis.

38 — Žr. E. Presutti „Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione", *Societá Editrice,* Milanas 1903.

39 — Taip teigia Ekonomikos ir socialinių reikalų komitetas 2003 m. gegužės 22 d. nuomonėje apie Žaliąją knygą ir viešojo intereso paslaugas (COM(2003), 270 galutinis (OL C 76)).

40 — Toks aiškus pavyzdys yra Prancūzijoje, Italijoje ir Ispanijoje, o jam priešpastatyti galima koncepcijas, kurios patvirtintos, pavyzdžiui, Didžiojoje Britanijoje, Vokietijoje ar Danijoje.

41 — Kartais terminija gali būti skirtinga, tačiau viešosios paslaugos pagrindas ir esmė nekinta: S. González-Varas Ibáñez „El derecho administrativo privado", *Montecorvo,* Madridas (leid.), 1996, p. 398.

42 — Nors Komisijos pranešime dėl koncesijų Bendrijos teisėje (OL C 121, p. 6) tikrai yra nepriklausoma nacionalinių koncepcijų sąvoka.

B — *Viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės klasifikacija*

62. Nepaisant to, kad nėra sąvokos apibrėžties, Žaliojoje knygoje siūloma klasifikacija grindžiama empiriniu teiginiu, kad valstybėse narėse egzistuoja du pagrindiniai viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės modeliai, skirstomi pagal tai, ar bendradarbiavimas grindžiamas išimtinai tik sutartiniais ryšiais (sutartinė viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė), ar jis vykdomas įkuriant subjektą (institucionalizuota viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė).

63. Šis dualumas aiškiai išskirtas Komisijos pranešime, kuriame kalbama tik apie antrąją grupę tikriausiai todėl, kad egzistuoja daug sutartinės viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės formų, kurias ne taip lengva susisteminti dėl, be abejonės, didelės veiksmų laisvės[43].

64. Institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės atveju atitinkamos viešojo ir privataus partnerių pareigos paskirstytos įsteigus juridinio asmens statusą turintį subjektą, kurio padedami partneriai siekia atlikti darbą ar teikti paslaugą bendruomenei.

43 — Remiantis Žaliąja knyga, terminas viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė „taikomas įvairiems susitarimams, pagal kuriuos privačiam partneriui pavedamos viena ar kelios daugiau ar mažiau didelės užduotys, įskaitant įrenginio ar paslaugos koncepciją, finansavimą, įgyvendinimą, atnaujinimą arba eksploatavimą".

65. Priešingai nei kai kurių sutartinių modelių, pagal kuriuos atsiranda tiesioginis ryšys tarp galutinio vartotojo ir privataus partnerio, teikiančio paslaugas viešosios valdžios institucijos vardu, atveju, institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės atveju būtent komercinė bendrovė, turinti konkurso laimėtojo statusą ar veikianti koncesijos pagrindu, užmezga „oficialų“ ryšį su gavėju, net jei „materialiai“ veiklą vykdo privati bendrovė. Tuo galima paaiškinti per teismo posėdį *Acoset* atstovo pateiktą teiginį, kad iš tikrųjų privatus partneris teikia paslaugas mišraus kapitalo bendrovei.

66. Be jau nurodytų privalumų, institucionalizuota viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė sudaro palankias sąlygas viešajam partneriui sukoncentruoti pakankamai griežtos darbų vykdymo kontrolės galias vienose rankose, nes jis yra akcininkas ir dalyvauja priimant sprendimus.

67. Išnagrinėjus kiekvieną atskirą atvejį matyti, kad iš esmės yra du būdai suformuoti institucionalizuotą partnerystę: sukurti subjektą arba pakeisti jau egzistuojančio subjekto, kuris, jei subjektas yra viešasis, iš dalies atitektų privatiems asmenims, kapitalo sandarą. Žinoma, tam, kad antrasis būdas būtų tinkamai suvoktas, reikia, kad privataus sektoriaus egzistavimas atsirastų prieš sutarties pasirašymą arba pasirašymo momentu, o ne vėliau[44].

68. Įstatyminio dekreto Nr. 267/200 113 straipsnio 5 dalies b punktas rodo, kad čia kalbama apie institucionalizuotą viešojo ir privataus sektoriaus partnerytę pagal pirmąjį metodą, nes steigiama miršaus kapitalo bendrovė, kurios privatusis partneris atsako už visą savivaldybės vandens paslaugų valdymą[45], kai laimi viešąjį konkursą, kuriame jis buvo atrinktas.

69. Galiausiai, kadangi institucionalizuota viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė gali taikyti viešųjų pirkimų arba koncesijos metodus, ją galima skirstyti pagal dalyką, kuris apibrėžia taikytinas Bendrijos teisės aktų nuostatas.

C — *Viešojo pirkimo ir koncesijos atskyrimas*

70. Remiantis ankstesniame punkte išdėstyta klasifikacija, reikia nustatyti ribą tarp viešojo pirkimo ir koncesijos, o paskui išsiaiškinti institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės Raguzoje teisinį režimą.

44 — Tokią išvadą galima daryti remiantis minėto sprendimo *Komisija prieš Austriją* 42 punktu: siekiant išvengti Bendrijos teisei nebūdingų užslėptų veiksmų, perkančiosioms organizacijoms draudžiama „imtis veiksmų, kuriais nuslėptų viešojo paslaugų pirkimo sutarties sudarymą su mišrios nuosavybės įmonėmis“.

45 — Labai svarbu, kad Žaliojoje knygoje pripažįstama, jog valstybės narės taiko tokias sistemas „vietos viešosioms paslaugoms valdyti (pavyzdžiui, vandens tiekimo arba atliekų surinkimo paslaugoms)“.

71. Pritariu Komisijos nuomonei, kad sutartis dėl vietos viešosios paslaugos, kaip antai integruotas vandens paslaugų valdymas, gali įgyti viešojo pirkimo arba koncesijos formą ir kad iš nutartyje pateikti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateiktos informacijos neįmanoma spręsti, koks metodas buvo pasirinktas.

72. Tačiau reikia atsižvelgti į tokius faktus: pirma, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas klausime remiasi tik Sutarties normomis ir principais, o ne viešųjų pirkimų srities direktyvomis[46]; antra, jis kalba apie koncesijos pagrindu dirbančią miršaus kapitalo bendrovę; trečia, trisdešimties metų trukmė greičiau būdinga koncesijai[47].

73. Skirtumas nėra nereikšmingas, nes jei viešojo pirkimo sutartis sudaroma su mišraus kapitalo bendrove, privataus partnerio, kuris vykdys sutartį, atranką ir jos metodus reglamentuojančios taisyklės išdėstytos Direktyvose 2004/17 ir 2004/18, jei sutarties suma viršija jose nustatytą ribą. Atvirkščiai, jei kalbama apie paslaugų koncesiją arba viešąjį pirkimą, kuriam netaikomos minėtos dirketyvos (pavyzdžiui dėl to, kad neviršijama nustatyta suma), Sutartyje išdėstyti principai ir laisvės būtų vieninteliai atskaitos taškai.

74. Todėl svarbu nustatyti kriterijus, kad būtų aiškiai atskirtas viešasis pirkimas nuo koncesijos[48], tačiau nesant reikiamos informacijos tokią analizę turi atlikti nacionalinis teismas, remdamasis „eksploatavimo rizika“ ir „atlygiu už paslaugos teikimą“ bei atsižvelgdamas į tai, kaip šias sąvokas aiškina Teisingumo Teismas.

75. Būtent dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą apimties kyla pirmieji sunkumai atskiriant „viešosios paslaugos pirkimą“ nuo „viešosios paslaugos koncesijos“.

76. Viešosios paslaugos pirkimo atveju perkančioji organizacija tiesiogiai sumoka atlygį sutartį pasirašiusiai šaliai, o tuo atveju, kai atlygį moka ne viešosios valdžios institu-

46 — Tenka pagirti Sicilijos teismą už išmintį, nes susidūręs su daugybe normų ir sistemų, kuriomis remiantis teisiškai galima sukurti institucionalizuotą viešojo ir privataus sektoriaus partnerystę, jis paprasčiausia remiasi tik Sutartyje nustatytais principais ir laisvėmis, kurios yra pats mažiausias bendras viešųjų pirkimų ir koncesijos vardiklis. Taip prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pasinaudoja rekomendacija, išdėstyta F. Bacon „Essays“, *Cosimo*, 2007, capítulo LVI, of Judicatory, p. 137, „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws“.

47 — Remdamosi šia informacija, Italijos Respublika ir *Acoset* šį reiškinį nedvejodamos laiko koncesija. Tačiau, kaip nustatyta per teismo posėdį, trukmė priklauso nuo investicijų sumos, nes reikia amortizuoti išlaidas.

48 — R. Passerieux ir J. M. Thouvenin „Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concesion“, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, Nr. 487, 2005 m. balandis, p. 237, mano, kad šių kategorijų susiliejimas yra pagrindinis teisinio nesaugumo šaltinis, nes kyla pavojus, kad iš pradžių sudarytos sutartys pagal lanksčią koncesijos sistemą (viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė koncesijos pagrindu) bus perkvalifikuotos į „viešojo ir privataus sektoriaus partnerystę sutarties pagrindu.“

cija, o paslaugos gavėjai, bus viešosios paslaugos koncesija[49].

77. Be to, eksploatavimo rizikos[50] perkėlimas yra vienas iš pagrindinių kriterijų nustatant šį skirtumą, nes tai pagrindinis koncesijos bruožas[51], kuris neegzistuoja viešojo pirkimo sutarties atveju[52].

78. Tačiau prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi išlikti budrus, nes gali atsirasti kitų kliūčių šioje byloje atskiriant dvi partnerystės rūšis. Be paslaugos valdymo, dar turi būti atlikti parengiamieji darbai, todėl teismas turės išsiaiškinti „viešojo paslaugų pirkimo“, „darbų koncesijos“ ir „paslaugų koncesijos“ skirtumus[53].

79. Direktyvos 2004/17 18 straipsnyje nustatyta, kad ta direktyva netaikoma „darbų ir paslaugų koncesijoms, kurias suteikia perkantieji subjektai, vykdantys vieną ar kelias 3–7 straipsniuose nurodytas veiklos rūšis, kai tos koncesijos suteikiamos tokioms veiklos rūšims vykdyti“. Reikia atkreipti dėmesį, kad, priešingai nei Direktyva 2004/18, kurios 17 straipsnyje nustatyta, kad ji netaikoma tik paslaugų koncesijoms, Direktyva 2004/17 taip pat netaikoma ir darbų koncesijoms, o tai rodo, kad sistemiškai aiškinant Direktyvos 2004/18 12 straipsnį darbų koncesijoms taikomi tik tradiciniams sektoriams skirti teisės aktai[54] net tais atvejais, kai jos susijusios su ypatingais veiklos sektoriais (kaip antai vandens).

80. Siekiant išsklaidyti šią painiavą, galinčia atsirasti dėl pirkimo sutarčių, kuriose numatytos kelios veiklos rūšys (pavyzdžiui, vandens tiekimo paslaugos, kurioms taikyti reikia atlikti tam tikrus darbus), Direktyvoje 2004/17 nustatyta objektyvi taisyklė, kad reikia laikytis pagrindinei veiklai nustatytų reikalavimų (9 straipsnio 1 dalis) remiantis teismų praktika, pagal kurią „darbų“ koncesija nepripažįstama, jei tie darbai yra papildomi paslaugų ar prekių tiekimo atžvilgiu[55].

81. Išsprendus šiuos neaiškumus tampa akivaizdu, kad paslaugų koncesijoms taikomos pagrindinės Sutarties normos ir principai, o darbų koncesijoms taip pat

49 — 1998 m. lapkričio 10 d. Sprendimas *BFI Holding* (C-360/96, Rink. p. I-6821) ir 2005 m. spalio 13 d. Sprendimas *Parking Brixen* (C-458/03, Rink. p. I-8585).

50 — Reikia pabrėžti, kad per teismo posėdį *Acoset* atstovas labai atkakliai teigė, jog šios rizikos našta tenka privačiam partneriui.

51 — 2007 m. liepos 18 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją* (C-382/05, Rink. p. I-6657, 34 punktas) ir 2008 m. lapkričio 13 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją* (C-437/07, 29 punktas).

52 — 2005 m. spalio 27 d. Sprendimas *Contse ir kt.* (C-234/03, Rink. p. I-9315, 22 punktas).

53 — Aiškinantis galima remtis J. M. Gimeno Feliz apmąstymais, pateiktais „La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma“, *Thomson Civitas*, Madridas, (2006, p. 151–175, kurie grindžiami įvairių tipų koncepcine analize.

54 — 2002 m. gegužės 30 d. Nutartyje *Buchhändler-Vereinigung* (C-358/00, Rink. p. I-4685) buvo numatyta, kad dirketyvos dėl viešųjų pirkimų sutarčių neturi būti taikomos koncesijoms, tačiau 2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimu *Telaustria ir Telefonadress* (C-324/98, Rink. p. I -10745), darbų koncesijos buvo įtrauktos į tradicinius sektorius reglamentuojančių reikalavimų taikymo sritį.

55 — 2004 m. balandžio 9 d. Teisingumo Teismo sprendimas *Gestión Hotelera Internacional* (C-331/92, Rink. p. I-1329).

taikoma ir Direktyva 2004/18, jei viršijama jai taikyti reikalinga koncesijos suma.

84. Nereikia iš pragmatizmo, logiškos bet kokios teisinės sistemos aspiracijos, daryti teisinio argumento išskirtinio pagrindo. Su tokia sąlyga pritariu Komisijos nuomonei, ją papildydamas reikalavimų, kuriuos Bendrija taiko viešiesiems pirkimams bei koncesijoms ir kurie apibrėžia kontekstą, kuriam esant taikoma institucionalizuota viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė, analize.

D — *Institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės kontrolės parametrai*

82. Italijos įstatyminio dekreto Nr. 267/2000 113 straipsnio 5 dalies b punktas kelia abejonių dėl to, kad pagal jį paprasčiausia reikalaujama nustatyti, ar, be konkurso privačiam partneriui parinkti, dar reikia skelbti konkursą dėl paslaugų teikimo sutarties sudarymo[56]. Jei reikia tik vieno konkurso, būtina išsamiai išanalizuoti jo teisėtumo teisinį pagrindą, atsižvelgiant į steigimosi laivę (EB 43 straipsnis), laisvą paslaugų teikimą (EB 49 straipsnis) ir konkrečios srities reikalavimus (EB 86 straipsnis).

85. Dvigubos konkurso procedūros taikymas nedera su procedūros ekonomija, kuria grindžiama institucionalizuota viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė, kuriai sukurti reikia taikyti tą pačią procedūrą atrenkant privatų parnerį ir sudarant viešojo pirkimo ar koncesijos sutartį su mišraus kapitalo bendrove.

86. Konkrečiai kalbant, veiksmingumas negali būti priešpastatomas teisėtumo principui, nes veiksmingumo turi būti siekiama laikantis teisėtumo principo, o tai reiškia, kad pakanka teigti, jog neveiksmingas valdymas yra neteisėtas.

1. Vienas konkursas ir du tikslai

83. Pranešime Komisija teigia, kad „dviguba procedūra (pirmoji privačiam partneriui atrinkti ir antroji viešojo pirkimo ar koncesijos sutarčiai su mišraus kapitalo bendrove sudaryti) yra sunkiai įgyvendinama“.

87. Jei laikomasi nustatytų ribų[57], institucionalizuota viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė būtinai virsta patikimais pusiausvyros, grindžiamos racionalumo, motyva-

56 — Šiaip teiginiui pritaria provincijos merų ir pirmininko konferencija bei *Vittoria* savivaldybė.

57 — Tai yra ribos, kylančios iš teisės į gerą administravimą, skelbiamos Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos V skyriaus, kuriame kalbama apie piliečių teises, 41 straipsnyje, ir būtent ja grindžiu draudimą iš teisės subjektų atimti teisę į gynybą 2007 m. lapkričio 27 d. Išvadoje, kurios Teisingumo Teismas iš dalies laikėsi 2008 m. gegužės 15 d. Sprendime *SECAP* (C-147/06 ir C-148/06, Rink. p. I-3565).

vimo, koordinavimo ir ekonomijos reikalavimais, rodikliais, kurie atsakingą valdžios instituciją skatina siekti kolektyvinės gerovės ir ją nutolina nuo paprasčiausios įstatymo „perdavimo grandinės“[58] funkcijos.

88. Viena iš problemos priežasčių yra tai, kad įmonė, kuri integruojasi į naują subjektą, faktiškai veikia kaip sutarties šalis arba koncesijos turėtoja, jeigu ji prisiima pareigą teikti paslaugą; tai yra akivaizdu, nes neskaičiuojant su komercinės bendrovės valdymu susijusių kriterijų, vienas iš papildomų kriterijų, į kuriuos atsižvelgiama atrenkant įmonę, yra jos sugebėjimas teikti paslaugą[59].

89. Taigi sutarties šalies arba koncesijos turėtojo atranka netiesiogiai vykdoma renkantis pramonės srities partnerį, kurio veikla dėl tos priežasties yra labai svarbi. Pateikus tikslią jų savybių apibrėžtį būtų galima išvengti manipuliavimo institucionalizuota viešojo ir privataus sektoriaus partneryste, siekiant išvengti naujų konkurso procedūrų.

90. Ši situacija yra susijusi su institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės egzistavimo priežastimi, o šioje byloje ta priežastis yra integruotų vandens paslaugų teikimas, kaip patvirtina faktas, jog prejudiciniame klausime kalbama apie „vienintelį bendrovės tikslą“.

91. Be to, institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės tikslas negali keistis jo įgyvendinimo laikotarpiu[60], nors niekas nedraudžia jo derinti su inovacijomis ar atsižvelgti į privataus partnerio įžvalgą nekeičiant esminių sąlygų[61], nustatytų skelbime apie viešąjį konkursą[62].

92. Remiantis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pateikta informacija atrodo, kad tos sąlygos laikytasi, nes konkurso specifikacijose nurodyta, kad sutartis dėl darbų[63], kurių tiesiogiai neatlieka privatus partneris, bus sudaryta laikantis „įstatyme numatytos konkurso procedūros“.

93. Tačiau pastabų 8 punkte Italijos Respublika teigia, kad, remiantis *ius variandi*, konkurso specifikacijose pateikta nuostata

58 — „Perdavimo grandinė“: žodžių junginys paimtas iš klasikiniu tapusio R. B. Stewart straipsnio „The reformation of American Administrative Law“, Harvard Law Review, 88 t., Nr. 8, 1975, p. 1675.

59 — Tai, kad turi pakakti vienos procedūros visiems aptariamiems kriterijams patenkinti, susilpnina *Vittoria* savivaldybės teiginį, kad dėl turinio ir tikslo skirtumų viešojo konkurso procedūra privačiam partneriui parinkti negali būti svarbesnė už procedūrą dėl paslaugos teikimo sutarties sudarymo.

60 — Šiuo atveju tai lemiamas veiksnys, nes buvo nustatyta 30 metų trukmė.

61 — 2004 m. balandžio 29 d. Sprendimo *Komisija prieš CAS Succhi di Frutta SpA* (C-496/99 P, Rink. p. I-03801) 116 punkte nustatyta, kad sąlyga yra esminė, jeigu jos nurodymas pranešime apie viešąjį konkursą arba specifikacijose konkurso dalyviui sudarė galimybę pateikti iš esmės kitokį pasiūlymą.

62 — Nepažeidžiant išimčių, nustatytų Direktyvos 2004/18 31 ir 61 straipsniuose bei Direktyvos 2004/17 40 straipsnio 3 dalies f ir g punktuose, jei keičiamos esminės sutarties sąlygos, nors tai nebuvo numatyta konkurso specifikacijose, reikia skelbti naują konkursą (2000 m. spalio 5 d. Sprendimas *Komisija prieš Prancūziją* (C-337/98, Rink. p. I-8377, 50 punktas).

63 — Visų pirma tų, kurie nurodyti trimečiame darbų plane, 2003 m. gruodžio 15 d. patvirtintame merų konferencijos.

leidžia numatyti galimybę dalį viešųjų akcininkų kapitalo parduoti akcijų biržoje.

94. Sutartiniu požiūriu vykdymo etapu gali būti leista padaryti kai kuriuos neesminius pakeitimus, nors tam reikia aiškaus leidimo siekiant skaidrumo ir kad nebūtų iškraipyta aptariama sutartis[64].

95. Neatsižvelgiant į tai, kad pardavimas biržoje gali pakeisti vienodas sąlygas, Italijos vyriausybė rašytinėse pastabose nurodė, kad dėl tokio kapitalo perleidimo subjektas gali išnykti, nes jo statute nustatyta, kad „viešosios valdžios institucijos dalis sudaro daugumą“, todėl jeigu ji nebesudarys daugumos, aptariamas subjektas turės išnykti, o ne atsidurti su teisės aktais nesuderinamoje padėtyje. Tačiau Italijos vyriausybės atstovas paminėjo šią poziciją per teismo posėdį nurodydamas „alternatyvias kontrolės formas“, nepagrįstas kapitalo valdymu; pritariu šiam teiginiui, jei dėl padidėjusios privataus kapitalo dalies neiškraipomas viešojo elemento vyravimas bendrovėje, neatsižvelgiant į tai, ar jį lemia didesnės kapitalo dalies valdymas, ar bent neginčijama jo įtaka strateginiams sprendimams, susijusiems su vandens tiekimu[65].

64 — Minėtas sprendimas *Komisija prieš CAS Succhi di Frutta SpA*.

65 — Bet kuriuo atveju reikia atkreipti dėmesį, kad mišraus kapitalo bendrovės statute nurodoma, jog „viešosios valdžios institucijos dalis sudaro daugumą“, todėl, nepaisant visų pastangų išsaugoti bendrovę, kai viešojo kapitalo dalis sudaro mažiau nei 50 %, viena iš esminių tokios bendrovės gyvavimo sąlygų yra išnykusi.

2. Mišraus kapitalo bendrovė ir *in house* paslaugos: du vienas kitam prieštaraujantys atvejai

96. Daugelis šioje byloje pateiktų pastabų susijusios su veikla, vykdoma savais pajėgumais, nors išvados skiriasi: kai kurios į bylą įstojusios šalys šiuos pavyzdžius nurodo teigdamos, kad jie nėra siūlomos „integruotos vandens paslaugos“, teisinis pagrindas o kitos jas mini atkreipdamos dėmesį į skirtumus institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės atžvilgiu.

97. Mano nuomone, viešasis konkursas yra pateisinamas *in house* paslaugų atveju ir kai kuriais institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės atvejais, kai laikomasi skaidrumo reikalavimų ir vienodo požiūrio bei nediskriminavimo principų.

98. Teismų praktikoje nustatyta, kad EB 12, EB 43 ir EB 49 straipsniai bei juose išdėstyti bendrieji principai netaikomi tais atvejais, kai koncesiją suteikusios viešosios valdžios institucijos vykdoma koncesijos pagrindu veikiančio subjekto kontrolė yra analogiška tos institucijos vykdomai savų tarnybų kontrolei, jei koncesijos pagrindu veikiantis subjektas didžiąją veiklos dalį vykdo kartu su jį kontroliuojančia institucija[66].

66 — 1999 m lapkričio 18 d. Sprendimas *Teckal* (C-107/98, Rink. p. I-8121, 50 punktas); minėto 2005 m. spalio 13 d. Sprendimo *Parking Brixen* 62 punktas ir 2008 m. lapkričio 13 d. Sprendimas *Coditel Brabant SA* (C-324/07, Rink. p. I-8457, 26 punktas).

99. Bendrovės, kurios kapitalas nėra išimtinai valstybinis, veikla iš esmės neatitinka *in house* kriterijų, nes dėl privačios įmonės veiklos viešosios valdžios institucija netenka „analogiškos kontrolės“, kuri minėta ankstesniame punkte[67].

100. Nors ir suvokdamas, kad nėra tikslių reikalavimų dėl dalies, kuri suteiktų teisę vykdyti tokią kontrolę, manau, kad būtų labai gerai, jei Teisingumo Teismas pateiktų savo nuomonę šiuo klausimu.

101. Viena vertus, kai kuriuose sprendimuose Teisingumo Teismas nusprendė, jog tai, kad koncesiją suteikianti viešosios valdžios institucija valdo visą konkursą laimėjusios bendrovės kapitalą, iš esmės rodo, kad minėta institucija vykdo tos bendrovės kontrolę, kuri yra analogiška jos vykdomai savo tarnybų kontrolei[68].

102. *A contrario sensu,* jei dalyvauja privatus kapitalas, operacija *in house* nebeegzistuoja, kaip nustatyta sprendimuose *Stadt Halle* ir *Coname*, kuriuose pripažinta, kad net ir dėl nereikšmingo privataus bendradarbiavimo tokia kontrolė prarandama.

103. Kita vertus, teismų praktika tampa nebeaiški, kai remdamasis sprendimu *Asemfo* Teisingumo Teismas teigia, kad „tam tikromis aplinkybėmis sąlyga dėl viešosios valdžios subjekto vykdomos kontrolės gali būti laikoma įvykdyta, kai šis subjektas turi tik 0,25 % viešosios įmonės kapitalo“[69].

104. Pagal merų ir provincijos pirmininko bei Raguzos savivaldybių siūlomą partnerystės sutartį privatus partneris turėjo įsigyti 49 % naujosios bendrovės įstatinio kapitalo[70], tačiau tokia dalis yra per didelė, kad veikla galėtų būti laikoma *in house,* nes nacionalinį teismą reikėtų įtikinti, jog viešosios valdžios institucijos dalis yra pakankama, kad būtų galima daryti įtaką privataus partnerio valiai subjekto strateginių tikslų klausimu[71].

3. Teisinis atskyrimas

105. Kadangi ši bendrovė negali būti operacijos *in house* įgyvendinimo priemonė, reikia nustatyti, ar jos prigimtis leidžia neskelbti viešojo konkurso dėl sutarties vandens paslaugoms teikti.

67 — Tai išplaukia iš 2005 m. sausio 11 d. Teisingumo Teismo sprendimo *Stadt Halle ir RPL Lochau* (C-26/03, Rink. p. I-1, 49 punktas) ir 2005 m. liepos 21 d. Sprendimo *Coname* (C-231/03, Rink. p. I-7287, 26 punktas).

68 — Sprendimas *Carbotermo* (C-340/04, Rink. p. I-4137, 37 punktas) ir 2007 m. balandžio 19 d. Sprendimas *Asemfo* (C-295/05, Rink. p. I-2999, 57 punktas).

69 — Minėto sprendimo *Coditel* 53 punktas, kuriame daroma nuoroda į sprendimo *Asemfo* 56–61 punktus, kur nėra jokios nuorodos į tokią akcijų dalį.

70 — *Acoset* pastabų II.7 punktas ir Italijos vyriausybės pastabų 5 punktas.

71 — Minėti sprendimai *Parking Brixen* ir *Carbotermo*.

106. Nenorėdamas išardyti institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės teisinės kategorijos, manau, kad reikia atskirai apibrėžti jos sudedamąsias dalis.

107. Niekas netrukdo vietos valdžios institucijoms steigti juridinių asmenų su papildomomis užduotimis kurti jų statutą, suteikti įstatinį kapitalą ir sudaryti partnerystę su bet kokiais jų pasirinktais asmenimis.

108. Taip pat niekas nedraudžia skelbti viešuosius konkursus, kuriais siekiama į bendrovę integruoti fizinius asmenis, pasirengusius investuoti į jos veiklą.

109. Nesant jokio konkurso sutarčiai dėl paslaugos teikimo pasirašyti, pažeidžiami EB 43 ir EB 49 straipsniai bei vienodo požiūrio ir nediskriminavimo principai. Neskelbiant konkurso pažeidžiamas „integruotos vandens paslaugos“ kūrimas, o tokią padėtį ištaisyti galima nustačius privataus partnerio atrankos kriterijus.

110. Kandidatai turi įrodyti asmeninius ir finansinius pajėgumus, kad galėtų tapti akcininkais, tačiau techniniai pajėgumai bei ekonominiai ir kiti jų pasiūlymo privalumai turi būti svarbiausi kriterijai, į kuriuos reikia atsižvelgti.

111. Iš tikrųjų pranešime apie institucionalizuotą viešojo ir privataus sektoriaus partnerystę pastebėta, jog „tai, kad privatus subjektas ir perkančioji organizacija bendradarbiauja susijungę į mišraus kapitalo bendrovę, nepagrindžia nuostatų dėl viešųjų pirkimų ir koncesijų nesilaikymo, kai sudaroma viešojo pirkimo arba koncesijos sutartis su minėtu privačiu subjektu arba mišraus kapitalo bendrove“.

112. Taigi institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės turinio teisėtumas grindžiamas nešališkumu ir viešumu, kad visi potencialūs ar konkrečiai valią išreiškę kandidatai galėtų susipažinti su pakankama informacija apie perkančiosios organizacijos projektą sukurti mišraus kapitalo subjektą, su kuriuo bus sudaryta viešojo pirkimo arba koncesijos sutartis.

113. Viešųjų pirkimų viešumo reikalavimas nustatytas Direktyvos 2004/17 41 ir paskesniuose straipsniuose bei Dirketyvos 2004/18 35, 36 ir 58 straipsniuose. Viešųjų paslaugų koncesijos srityje šis reikalavimas teismų praktikoje[72] nustatytas siekiant išsaugoti skai-

72 — 2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimas *Telaustria ir Telefonadress* (C-324/98, Rink. p. I-10745, 60–62 punktai) ir minėto sprendimo *Coname*,16–19 punktai.

drumo, vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl pilietybės principus[73].

114. Teisingumo Teismas nusprendė, kad EB 43 ir EB 49 straipsniai išreiškia vienodo požiūrio[74] ir diskriminacijos draudimo pilietybės pagrindu[75] principus.

115. Kalbant apie konkurenciją, išvadoje byloje *Ing. Aigner* rekomendavau nepasiduoti trumparegiškumui tų, kurie nori Bendrijos viešųjų pirkimų teisei suteikti paprasčiausią pirkimo procedūrų koordinavimo vaidmenį, nes ja siekiama ambicingesnių tikslų, t. y. šiame sektoriuje sukurti veiksmingą konkurenciją įgyvendinant pagrindines laisves dėl Europos integracijos[76].

116. Nors ši doktrina iš esmės taikoma viešiesiems pirkimams, vis dėlto reikia sustabdyti konkurencijos iškraipymą viešųjų paslaugų koncesijų, kurios grindžiamos tais pačiais Sutarties principais, srityje[77], net jei nacionalinių „koncesijos“, „bendrojo intereso viešųjų paslaugų“, „specialiųjų teisių“ ir „išimtinių teisių“ sąvokų įvairovė slepia jų ryšį su EB 81, EB 82 ir EB 86 straipsniais[78].

4. Rezultatas

117. Atsakymas į prejudicinį klausimą gali būti tik teigiamas dėl paprastų administracinio valdymo veiksmingumo priežasčių ir jei

73 — Visi konkurso dalyviai privalo turėti lygias galimybes, neatsižvelgiant į jų pilietybę (1996 m. balandžio 25 d. Sprendimas *Komisija prieš Belgiją*, C-87/94, Rink. p. I-2043, 33 ir 54 punktai).

74 — 1989 m. gruodžio 5 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją* (C-3/88, Rink. p. 4035, 8 punktas).

75 — 1980 m. spalio 8 d. Sprendimas *Ülberschär* (810/79, Rink. p. 2747, 16 punktas).

76 — Direktyvos 2004/18 antra konstatuojamoji dalis, Direktyvos 2004/17 devinta konstatuojamoji dalis bei 1989 m. birželio 22 d. Teisingumo Teismo Sprendimas *Fratelli Costanzo* (103/88, Rink. p. 1839, 18 punkto pabaiga); minėto 1998 m. lapkričio 10 d. Sprendimo *BFI Holding* 41 punktas; 2000 m. spalio 3 d. Sprendimas *University of Cambridge* (C-380/98, Rink. p. I-8035, 16 punktas); 2001 m. vasario 1 d. Sprendimas *Komisija prieš Prancūziją* (C-237/99, Rink. p. I-939, 41 punktas); minėtas sprendimas *Stadt Halle ir RPL Lochau* (44 punktas) ir minėto sprendimo *Carbotermo* 58 punktas.

77 — S. Muñoz Machado „Servicio público y mercado. Los fundamentos“, 1 t., Civitas, Madridas, 1998, p. 40, siekia nuraminti aiškindamas, kad Europa neteikia viešųjų paslaugų: paprasčiausiai ji siekia jas pritaikyti prie konkurencinės aplinkos, o tai yra dar vienas iššūkis, bet ne jų panaikinimas.

78 — Šie aspektai apibendrinami U. Neergaard „The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional Law“, *The new EU public procurement Directives,* Ruth Nielsen & Steen Treumer, *Djøf Publishing*, 2005, p. 149–181.

nepažeidžiamos garantijos, nustatytos Bendrijos teisėje.

118. Sutartyje nustatytos pagrindinės laisvės reikalauja užtikrinti skaidrumą ir nediskriminavimą per viešųjų pirkimų konkursą atrenkant privatų partnerį subjektui, kurio pareiga, jei nėra nedidelių pakeitimų, yra paslaugos valdymas ir kurio oficiali savininkė yra mišraus kapitalo bendrovė, o privati įmonė atsakinga už praktinį įgyvendinimą.

119. Privataus partnerio atranka turi būti grindžiama ne tik kapitalo dydžiu, bet ir patirtimi bei jo pasiūlymo savybėmis konkrečių paslaugų, kurias reikės teikti, atžvilgiu.

120. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi įvertinti, ar *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* išspausdintas skelbimas yra pakankamas siekiant užtikrinti konkurenciją, laisvą paslaugų teikimą, steigimosi laisvę ir galimų suinteresuotųjų šalių interesus.

121. Be to, siekiant išvengti, kad privatus partneris nepasinaudotų neteisėtu pranašumu savo konkurentų atžvilgiu[79], nacionalinis teismas turi išnagrinėti, ar jis buvo atrinktas laikantis Direktyvose 2004/17 ir 2004/18 numatytos procedūros, žinoma, su sąlyga, kad institucionalizuotos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės reikalavimai atitiktų paslaugų pirkimo arba darbų koncesijos sąlygas.

122. Priimdamas sprendimą prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turės nustatyti, ar Raguzos institucionalizuota viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė slepia viešąjį pirkimą arba koncesiją ir ar, kaip minėta, ji susijusi su darbais ar viešąja paslauga. Taip jis galės nustatyti privalomą teisinį režimą, kuris reikalingas siekiant teisingo sutarties sudarymo ir išsamaus viešumo.

79 — Pranešime pateiktos kelios vertingos nuorodos, nes numatyta pranešime apie viešąjį konkursą arba specifikacijose nurodyti esminę informaciją apie viešąjį pirkimą arba koncesiją, kuri turi būti sudaryta su sukursima mišraus kapitalo bendrove, ir to subjekto steigimo įstatus. Pranešime taip pat rekomenduojama pateikti informaciją apie akcininkų susitarimą, perkančiosios organizacijos ir privataus partnerio sutartinius santykius su būsima mišraus kapitalo bendrove, apie galimybes atnaujinti ar keisti viešojo pirkimo arba koncesijos sutartį ir galimybę priskirti naujas užduotis.

VII — Išvada

123. Remdamasis šiais argumentais, Teisingumo Teismui siūlau į *Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia* pateiktą prejudicinį klausimą atsakyti taip:

„EB 43, EB 49 ir EB 86 straipsniai, 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo ir 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/17/EB dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo nedraudžia sudaryti tiesioginę sutartį dėl viešosios paslaugos, kuriai teikti pirmiausia reikia atlikti tam tikrus darbus, teikimo su specialiai šiam tikslui įsteigta miršaus, viešojo ir privataus kapitalo bendrove, jei laikomasi toliau išdėstytų reikalavimų:

— vienintelis bendrovės veiklos tikslas turi išlikti toks pats viso jos egzistavimo laikotarpiu,

— privatus partneris atrenkamas skelbiant viešąjį konkursą ir patikrinus finansines, technines, darbo ir valdymo sąlygas bei jo pasiūlymo charakteristikas paslaugos, kurią reikės teikti, atžvilgiu,

— privatus partneris, kaip pramonės atstovas, teikia paslaugą ir vykdo darbus,

— viešojo konkurso procedūra turi atitikti laisvos konkurencijos, skaidrumo ir vienodo požiūrio principus, kurie koncesijai nustatyti Bendrijos teisėje, ir nepažeisti, jei taikoma, su viešaisiais pirkimais susijusių viešumo ir sutarčių sudarymo reikalavimų.“