

GENERALINĖS ADVOKATĖS
CHRISTINE STIX-HACKL IŠVADA,
pateikta 2004 m. rugsėjo 23 d.¹

I — Įžanga

1. Šis prašymas priimti prejudicinį sprendimą iš esmės yra susijęs su dviem viešųjų pirkimų teisės problemomis: dėl teisminės apsaugos nuo tiesioginio sutarties sudarymo, t. y. netaikant oficialios sutarties sudarymo procedūros, ir dėl išimties, susijusios su tariamais vidaus sandoriais sąlygų. Pastaroji problema yra susijusi su byloje *Teckal* priimto sprendimo išaiškinimu².

II — Teisinis pagrindas

2. Prejudiciniai klausimai, visų pirma, yra susiję su 1989 m. gruodžio 21 d. Tarybos direktyvos 89/665/EEB dėl įstatymų ir kitų teisės aktų, susijusių su peržiūros procedūrų taikymu sudarant viešojo prekių pirkimo ir

viešojo darbų pirkimo sutartis, derinimo³ (toliau – Direktyva 89/665) ir, antra, su 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyvos 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo⁴ (toliau – Direktyva 92/50) išaiškinimu.

3. Pagal galiojančią Direktyvos 89/665 1 straipsnio 1 dalies redakciją:

„Valstybės narės imasi reikiamų priemonių užtikrinti, kad sutarčių sudarymo procedūrų, kurioms taikomos Direktyvos 71/305/EEB ir 77/62/EEB, atžvilgiu perkančiosios organizacijos priimti sprendimai galėtų būti veiksmingai ir svarbiausia kuo greičiau apsvarstyti iš naujo pagal paskesniuose straipsniuose, ypač 2 straipsnio 7 dalyje, nurodytas sąlygas todėl, kad tokie sprendimai pažeidė Bendrijos teisę dėl viešųjų pirkimų arba nacionalinės tą teisę įgyvendinančias taisykles.“

1 — Originalo kalba: vokiečių.

2 — 1999 m. lapkričio 18 d. Sprendimas *Teckal* (C-107/98, Rink. p. I-8121).

3 — OL L 395, p. 33, iš dalies pakeista 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyvos 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 209, p. 1) 41 straipsniu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo vadinama „direktyva dėl peržiūrėjimo“.

4 — Kelis kartus iš dalies pakeista, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo vadinama „paslaugų direktyva“.

4. Pagal Direktyvos 92/50 1 straipsnio a) punktą:
- b) bendroji įmonė, susidedanti iš kelių perkančiųjų organizacijų, siekianti vykdyti veiklą, kuri apibrėžta 2 straipsnio 2 dalyje, su viena iš tokių perkančiųjų organizacijų arba viena įmone, kuri susijusi su šia perkančiąja organizacija,

„Šioje direktyvoje:

a) viešojo paslaugų pirkimo sutartys – tai atlygintinio piniginio pobūdžio sutartys, kurias raštu sudaro paslaugų teikėjas ir perkančioji organizacija <...>“

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

5. Be to, pagrindinėje byloje buvo daroma nuoroda ir į 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvą 93/38/EEB dėl subjektų, vykdančių savo veiklą vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo (toliau – Direktyva 93/38)⁵. Pagal šios direktyvos 13 straipsnio 1 dalį:

Kai tokias pat arba panašias paslaugas teikia ne viena, o kelios su perkančiąja organizacija susijusios įmonės, reikia atsižvelgti į bendrą apyvartą, kurią, teikdamos paslaugas, turi tokios bendrovės.“

„1. Ši direktyva netaikoma paslaugų sutartims, kurias sudaro:

III – Faktinės aplinkybės ir pagrindinė byla

a) perkančioji organizacija su susijusia įmone; arba

6. Halle miestas (Vokietija) 2001 metų pavasarį pradėjo rengti projektą dėl privalomų ir neprivalomų perduoti miesto atliekų pirminio tvarkymo, panaudojimo ir šalinimo, kurį paruošė savivaldybės kontroliuojamas užsakovas. 2001 m. gruodžio 12 d. nutarimu

⁵ – OL L 199, p. 84, kelis kartus iš dalies pakeista.

Halle miestas suteikė *RPL Recyclingpark Lochau GmbH* (toliau – *RPL*) teisę suprojektuoti, sutvarkyti techninę dokumentaciją ir pastatyti Lochau atliekų šalinimo ir panaudojimo terminius įrenginius (toliau – Lochau įrenginiai). Tuo pačiu metu Halle miestas, taip pat iš anksto nepaskelbęs oficialios sutarties sudarymo procedūros, nusprendė pradėti derybas su *RPL* dėl sutarties išvežti miesto atliekas nuo 2005 m. birželio 1 d. sudarymo. Ši sutartis, kurios projektas jau buvo parengtas, gerokai viršijo tokioms paslaugų sutartims taikomą ribą. Be to, Halle miestas, siekdamas užtikrinti, kad atliekų šalinimo įrenginių pajėgumai būtų pakankamai išnaudoti, ketino su kaimyninėmis savivaldybėmis sudaryti sutartis, pagal kurias minėtos savivaldybės patikėtų Halle miestui vykdyti atliekų šalinimą ir panaudojimą taip, kad galiausiai šių regionų miestų atliekos būtų tvarkomos taip pat *RPL* Lochau įrenginiuose. Halle miestas mano, kad tai yra „vidaus sandoris“, kuriam nebūtina skelbti konkurso.

7. *RPL* yra 1996 m. įsteigta ribotos atsakomybės bendrovė, kurios dalis kapitalo priklauso valstybei. 75,1 % *RPL* įstatinio kapitalo valdo *Stadtwerke Halle GmbH*, kurios vienintelė akcininkė yra *Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH*, kurios 100 % akcijų turi Halle miestas, o likusią kapitalo dalį, t. y.

24,9 % valdo ribotos atsakomybės privati bendrovė *RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH*. Dėl šios bendrovės kapitalo padalijimo buvo sutarta bendrovės steigimo sutartyje tik 2001 m. pabaigoje, nuo 2005 m. birželio 1 d. numatant sudaryti atliekų šalinimo paslaugų sutartį. Pagal bendrovės steigimo sutartį *RPL* užsiima atliekų perdirbimo ir išvežimo įrenginių eksploatacija, ir ypač biologinių atliekų kompostavimo, statybinių ir pramoninių atliekų perdirbimo įrenginių eksploatacija, nuotekų valymo ir perdirbimo, lietaus vandens panaudojimo, sąvartynų ir biologinių dujų bei terminio atliekų apdorojimo įrenginių statyba ir eksploatacija.

8. Pagal bendrovės steigimo sutartį jos akcininkų sprendimai priimami paprastąja balsų dauguma, o tam tikri sprendimai, įskaitant dėl dviejų bendrovės direktorių paskyrimo — kvalifikuotąja 75 % balsų dauguma. Pagal *Stadtwerke Halle GmbH* vidaus atskaitomybės taisyklės direktoriai kiekvieną mėnesį privalo pateikti akcininkams ataskaitą. Tam tikriems sandoriams ir priemonėms, tarp jų sutartims su eksploatuotojais sudaryti ar pakeisti, sprendimams dėl investicijų ar paskoloms, viršijančioms tam tikrą vertę, privaloma gauti akcininkų susirinkimo sutikimą. Komerčinis ir techninis *RPL* valdymas šiuo metu pagal sutartį yra paskirtas trečiajai įmonei. Įprastas stebėtojų tarybos funkcijas vykdo *Stadtwerke Halle GmbH* stebėtojų taryba. Halle miestas pagal bendrovės steigimo sutartį turi tam tikrą teisių dėl

metinių atskaitomybių, būtent, atlikti auditą bei teikti tiesioginę informaciją sąskaitas tikrinančiai Halle miesto audito institucijai.

10. Halle miestas ir RPL dėl šio sprendimo nedelsdami pateikė apeliacinį skundą *Oberlandesgericht Naumburg*.

IV — Prejudiciniai klausimai

11. *Oberlandesgericht Naumburg* sustabdė bylos nagrinėjimą ir pateikė Teisingumo Teismui šiuos prejudicinius klausimus:

9. *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (toliau – TREA) 2001 m. gruodžio 21 d. ir 2002 m. sausio 30 d. laiškais Halle miesto savivaldybei tvirtino, kad nebuvo įvykdytos „vidaus sandorio“ sąlygos, ir todėl atsakovės ketinimas sudaryti sutartį dėl atliekų šalinimo paslaugų teikimo nuo 2005 m. birželio 1 d., nepaskelbus oficialaus konkurso, pažeidžia nuostatas, taikytinas sutarčių sudarymo srityje. Halle miestas 2002 m. vasario 7 d. laišku ir 2002 m. vasario 19 d. pokalbyje patvirtino, kad jis tvirtai laikosi savo teisinio požiūrio. TREA 2001 m. vasario 21 d. skundu pareikalavo *Regierungspräsidium Halle* viešųjų pirkimų tarnybos pradėti peržiūros procedūrą dėl Halle miesto įpareigojimo paskelbti viešąjį konkursą. *Regierungspräsidium Halle* viešųjų pirkimų tarnyba 2002 m. gegužės 27 d. nutarimu įpareigojo Halle miestą sudaryti numatytų paslaugų sutartį dėl „miesto atliekų tvarkymo nuo 2005 m. birželio 1 d.“, paskelbiant konkursą ir laikantis skaidrios sutarties sudarymo procedūros pagal viešųjų pirkimų kodeksą (*Verdingungsordnung*).

- „1) Ar Direktyvos (89/665) 1 straipsnio 1 dalies pirmas sakinyje įpareigoja valstybes nares užtikrinti, kad perkančiosios organizacijos sprendimas sudaryti viešojo pirkimo sutartį ne pagal direktyvų dėl viešojo pirkimo sutarčių sudarymo nuostatas galėtų būti veiksmingai ir kuo greičiau peržiūrėtas?
- 2) Ar Direktyvos (89/665) 1 straipsnio 1 dalies pirmas sakinyje taip pat įpareigoja valstybes nares užtikrinti, kad perkančiųjų organizacijų sprendimai, priimti iki oficialaus konkurso paskelbimo, ypač sprendimas dėl preliminarinių klausimų, ar konkretus sandoris dėl įsigijimo bendrąja prasme patenka į

direktyvų dėl viešojo pirkimo sutarčių sudarymo *ratione personae* ar *ratione materiae* sritį, ar tokiu atveju taikoma sutarčių sudarymo teisės išimtis, galėtų būti veiksmingai ir kuo greičiau peržiūrėti?

1 straipsnio a punkto prasme, kai sutarties šalis gali būti laikoma viešojo administravimo ar perkančiosios organizacijos dalimi (toliau – sandoris, kuriam netaikoma sutarties sudarymo procedūra), ar vien tik dėl to, kad privati įmonė pagal įmonių teisę valdo dalį sutarties šalies kapitalo, tokia sutartis visada laikoma sandoriu, kuriam turi būti taikoma sutarties sudarymo procedūra?

3). Jeigu atsakymas į pirmą klausimą yra teigiamas, o į antrą – neigiamas, ar valstybė narė įgyvendina įsipareigojimą užtikrinti, kad perkančiosios organizacijos sprendimas nesudaryti viešojo pirkimo sutarties taikant procedūrą pagal direktyvų dėl viešojo pirkimo sutarčių sudarymo nuostatas galėtų būti veiksmingai ir kuo greičiau peržiūrėtas, jei peržiūrėjimo procedūra negali būti taikoma nepasibaigus tam tikrai oficialiai sandorio sudarymo stadijai, pvz., deryboms žodžiu ar raštu su trečiosiomis šalimis?

5) Jeigu atsakymas į ketvirtą klausimą yra neigiamas, kokiais kriterijais remiantis nustatoma, kad sutarties šalis, kurios dalį kapitalo pagal įmonių teisę valdo privatus asmuo (toliau – bendrovė, kurios dalis kapitalo priklauso valstybei) gali būti laikoma viešojo administravimo ar perkančiosios organizacijos dalimi? Būtent:

4) Jeigu, viena vertus, perkančioji organizacija, pavyzdžiui, regioninės ar vietos valdžios institucija, ketina sudaryti atlygintinę sutartį su įmone, kuri formaliai yra atskira įmonė (toliau – sutarties šalis), dėl paslaugų, patenkančių į Direktyvos (92/50) taikymo sritį, ir jei, kita vertus, ši sutartis nėra viešojo paslaugų pirkimo sutartis Direktyvos 92/50

a) Ar bendrovė, kurios kapitalo dalis priklauso valstybei, turėtų būti laikoma perkančiosios organizacijos dalimi dėl savo struktūros ir kontrolės laipsnio, ar pakanka, kad perkančioji organizacija šiai bendrovei daro dominuojančią įtaką 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), iš dalies pakeistos 1994 m. Stojimo aktu (OL C 241, 1994 m. rugpjūčio 29 d., p. 228) bei Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/4/EB (OL L 101, 1998 m. vasario 16 d., p. 1), 1 straipsnio 2 punkto ir 13 straipsnio 1 dalies prasme (toliau – sektorinė direktyva)?

- b) Ar todėl, kad bendrovė, kurios dalis kapitalo priklauso valstybei, privatus akcininkas gali teisiškai daryti įtaką strateginiams sutarties šalies tikslams ir (arba) konkreitiems sprendimams dėl įmonės valdymo, ji negali būti laikoma perkančiosios organizacijos dalimi?

- d) Ar pagrindinės veiklos vykdymo kartu su perkančiąja organizacija aspektu bendrovė, kurios dalis kapitalo priklauso valstybei, turėtų būti laikoma perkančiosios organizacijos dalimi dėl to, kad ne mažiau kaip 80 % vidutinės šios įmonės apyvartos Bendrijoje per pastaruosius trejus metus, arba tuo atveju, kai galima tikėtis, kad mažiau nei trejus metus veikiančios įmonės, kurios kapitalą sudaro valstybinis ir privatus kapitalas, apyvarta sieks 80 %, susidaro dėl paslaugų teikimo perkančiajai organizacijai, su ja susijusioms arba jai priklausančioms įmonėms?

V — Dėl prejudicinių klausimų, susijusių su teismine apsauga (pirmi trys prejudiciniai klausimai)

A — Dėl priimtinumų

- c) Ar bendrovė, kurios dalis kapitalo priklauso valstybei, turėtų būti laikoma perkančiosios organizacijos dalimi dėl savo struktūros ir kontrolės laipsnio, jei nagrinėjamų sandorių dėl įsigijimo atveju ji turi didelius įgaliojimus tik sprendimų, susijusių su sutarties sudarymu ir paslaugų teikimu, atžvilgiu?

12. Pirmiausia reikia išnagrinėti, ar klausimai, susiję su teismine apsauga, yra priimtini ir kokiu mastu.

13. Teisingumo Teismas iš esmės turi priimti sprendimą dėl bet kokie prašymo priimti prejudicinį sprendimą, nebent neišku, kad tuo prašymu iš tikrųjų siekiama, jog būtų priimtas sprendimas dėl tariamo ginčo, arba kad būtų pateiktos patariamiosios nuomonės bendrais ir hipotetiniais klausimais, kai prašomas Bendrijos teisės išaiškinimas visiškai nesusijęs su ginčo faktinėmis aplinkybėmis ar jo objektu, arba kai Teisingumo Teismas neturi faktinių ar teisinių duomenų, būtinų veiksmingai atsakyti į jam pateiktus klausimus⁶.

14. Šioje byloje iš bylos medžiagos aišku, kad planuojamas sutarties sudarymas, kuris yra pagrindinės bylos dalykas, jau pasiekęs sutarties projekto stadiją. Todėl prejudiciniai klausimai priimtini tik tiek, kiek jie reikalingi ginčui išspręsti šiomis aplinkybėmis. Nors prejudiciniai klausimai iš tiesų yra susiję su esminėmis teisminės apsaugos problemomis, pagal procedūros taisykles negalima remtis tokiais bendro pobūdžio samprotavimais. Jos yra susijusios su aplinkybėmis, kurios nėra konkretaus ginčo, dėl kurio buvo kreiptasi į prašymą dėl prejudicinio sprendimo priėmimo pateikusį teismą, dalykas. Galiausiai prašymą dėl prejudicinio sprendimo priėmi-

mo pateikęs teismas taip pat nepaaiškina, kokios priežastys jį paskatino manyti, jog tam, kad galėtų priimti sprendimą savo nagrinėjamoje byloje, reikia pateikti atsakymą, susijusį su tokiomis aplinkybėmis.

15. Todėl šie klausimai, nesant pagrindo, leidžiančio manyti, jog norint priimti sprendimą pagrindinėje byloje reikia pateikti atsakymą, susijusį su tokiomis aplinkybėmis, yra hipotetiniai, todėl nepriimtini⁷.

16. Taigi tiek, kiek prejudiciniais klausimais siekiama išsiaiškinti bendro pobūdžio teisinius klausimus, jie yra nepriimtini. Tas pat pasakytina ir dėl trečiame prejudiciniame klausime nurodomo nacionalinės teisės suderinamumo su Bendrijos teise. Tačiau, išskyrus minėtus apribojimus, prejudiciniai klausimai dėl teisminės apsaugos kitais atvejais yra priimtini bent jau tiek, kiek jie susiję su pagrindinės bylos aplinkybėmis. Kadangi pirmi trys prejudiciniai klausimai iš esmės yra analogiški, jais siekiama įvertinti, kokiems perkančiosios organizacijos veiksmams galima taikyti peržiūros procedūrą, todėl visus šiuos klausimus reikia nagrinėti ir į juos atsakyti kartu.

6 — Dėl sutarties sudarymo procedūros žr. 2003 m. spalio 16 d. Sprendimą *Traunföchner* (C-421/01, Rink. p. I-11941, 37 punktas) ir 2003 m. gruodžio 4 d. Sprendimą *EVN ir Wienstrom* (C-448/01, Rink. p. I-14527, 76 punktas).

Be to, šiuo klausimu ypač žr. 1981 m. gruodžio 16 d. Sprendimą *Foglia* (244/80, Rink. p. 3045, 18 punktas); 1995 m. gruodžio 15 d. Sprendimą *Bosman* (C-415/93, Rink. p. I-4921, 61 punktas); 1997 m. sausio 16 d. Sprendimą *LISSE N° 47 di Biella* (C-134/95 Rink. p. I-195, 12 punktas) ir 2003 m. sausio 7 d. Sprendimą *BIAO* (C-306/99, Rink. p. I-1, 89 punktas).

7 — Sprendimo *Traunföchner* (cituotas 6 išnašoje) 38 ir paskesnis punktai ir sprendimo *EVN ir Wienstrom* (cituotas 6 išnašoje) 83 punktas; taip pat žr. 2004 m. kovo 18 d. Sprendimą *Stemens* (C-314/01, Rink. p. I-25490, 36 punktas).

B — *Vertinimas iš esmės*

17. Prejudiciniai klausimai dėl teisminės apsaugos nuo tam tikrų perkančiosios organizacijos sprendimų iš esmės yra susiję su tuo, nuo kurios stadijos iki sutarties sudarymo turi būti suteikta Direktyvoje 89/665 numatyta galimybė kreiptis į nacionalines instancijas dėl peržiūros. Reikia nustatyti momentą, kuomet sandorio projektas pasiekia minėtai teisminei apsaugai reikalingą konkretumo laipsnį.

18. Pirmiausia reikia vadovautis principu, kad remiantis Teisingumo Teismo praktika sąvoka „sprendimai“ Direktyvos 89/665 1 straipsnio 1 dalies prasme ir sąvoka „sprendimai“, kaip veiksmai, kuriuos galima peržiūrėti tos pačios direktyvos 2 straipsnio 2 dalies b punkto prasme, apima perkančiosios organizacijos veiksmus, kuriuos galima peržiūrėti, turi būti aiškinamos plačiai.

19. Pagal minėtą Teisingumo Teismo praktiką Direktyvos 89/665 1 straipsnio 1 dalies nuostatoje nenumatyta „jokio apribojimo dėl joje numatytų sprendimų pobūdžio ir turinio“⁸.

20. Be to, valstybės narės pagal Direktyvos 89/665 1 straipsnio 3 dalį privalo užtikrinti, kad šioje direktyvoje numatytos peržiūros procedūros būtų prieinamos „bent jau“ kiekvienam suinteresuotajam asmeniui, kuris yra arba buvo suinteresuotas, kad su juo būtų sudaryta viešojo pirkimo sutartis, ir kuris dėl tariamo Bendrijos teisės nuostatų pažeidimo viešojo pirkimo srityje arba dėl šių teisę perkeliančių nacionalinių taisyklių pažeidimo patyrė ar gali patirti žalą.

21. Šioje byloje siekiama sužinoti, ar „sprendimo“ sąvoka plačiaja prasme apima ir sprendimus, kurie priimami „iki sutarties sudarymo“ arba teisine kalba – iki sutarties sudarymo procedūros pradžios. Vadinas, šiuo atveju kalbama apie sprendimus, priimamus tarp preliminarių svarstymų, ir sprendimo pradėti sutarties sudarymo procedūrą ar jos nepradėti.

22. Atsižvelgiant į Direktyvos 89/665 tikslą, būtent – užtikrinti veiksmingą teisminę apsaugą, kuris aiškiai suformuluotas šios direktyvos 1 straipsnio 1 dalyje, reikėtų šią direktyvą taikyti ir tokiems sprendimams, kurie priimami iki sutarties sudarymo procedūros pradžios.

8 — 1999 m. spalio 28 d. Sprendimas *Alcatel Austria ir kt.* (C-81/98, Rink. p. I-7671, 35 punktas); 2002 m. birželio 18 d. Sprendimas *III* (C-92/00, Rink. p. I-5553, 49 punktas) ir 2003 m. birželio 19 d. Sprendimas *GAT* (C-315/01, Rink. p. I-6351, 52 punktas).

23. Dėl galimybės peržiūrėti sprendimą nepradėti sutarties sudarymo procedūros toks sprendimas prilyginamas sprendimui dėl sutarties sudarymo procedūros užbaigimo.

24. Perkančiosios organizacijos sprendimai dėl sutarties sudarymo procedūros netaikymo priskiriami sprendimams, kurie gali būti peržiūrėti. Teisingumo Teismas aiškiai pabrėžė, kad tai taikoma sutarties sudarymo procedūros atšaukimui. Taigi „visiškai šia direktyva siekiamo tikslo įgyvendinimui kiltų pavojus, jei perkančiosioms organizacijoms būtų leidžiama atšaukti pirkimų konkursą viešojo paslaugų pirkimo sutartims, tuo pat metu nesant teisminės peržiūros procedūrų, skirtų visais atžvilgiais užtikrinti direktyvų, nustatančių esmines viešojo pirkimo sutarčių taisykles, ir šių direktyvų pamatinių principų veiksmingą laikymąsi“⁹.

25. Nors sprendimui nepradėti sutarties sudarymo procedūros direktyvų dėl viešojo pirkimo sutarčių prasme, skirtingai negu sprendimas nebetaikyti jau pradėtą sutarties sudarymo procedūrą, paprastai netaikoma jokia sutarties sudarymo procedūra, vis dėlto tai visiškai neatmeta galimybės taikyti Direktyvą 89/665.

26. Iš tiesų pagal Teisingumo Teismo praktiką Direktyvos 89/665 taikymo sritis, susijusi su teisine apsauga, neapsiriboja direktyvos pažeidimų viešojo pirkimo sutarčių srityje kontrole.

Todėl Direktyvos 89/665 1 straipsnio 1 dalies nuostatos taikytinos visiems „perkančiosios organizacijos sprendimams, kuriems taikomos Bendrijos teisės taisyklės viešųjų pirkimų srityje“¹⁰, Teisingumo Teismui neapsiribojant direktyvų viešųjų pirkimų srityje nuostatomis.

27. Valstybės narės neprivalo kiekvienam asmeniui siekiančiam, kad su juo būtų sudaryta viešojo pirkimo sutartis, sudaryti galimybę pasinaudoti peržiūros procedūromis. Priešingai, valstybės narės turi teisę papildomai reikalauti, kad suinteresuotasis asmuo dėl tariamo teisės pažeidimo galėjo ar gali patirti žalą¹¹. Todėl iš esmės valstybės turi teisę suinteresuotojo asmens dalyvavimą viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūroje laikyti sąlyga, kurią reikalaujama atitikti norint įrodyti, kad suinteresuotasis asmuo siekia sudaryti nagrinėjamą sutartį bei gali patirti žalą dėl tariamai neteisėto sprendimo ją sudaryti.

10 — Ypač žr. 2003 m. sausio 23 d. Sprendimą *Makedoniko Metro ir Michaniki* (C-57/01, Rink. p. I-1091, 68 punktas). Be to, žr. sprendimus *HI* (minėtas 8 išnašoje, 37 punktas) ir *GAT* (minėtas 8 išnašoje, 52 punktas).

11 — 2004 m. vasario 12 d. Sprendimas *Grossmann Air Service* (C-230/02, Rink. p. I-0000, 25 ir paskesni punktai) ir 2003 m. birželio 19 d. Sprendimas *Hackermiller* (C-249/01, Rink. p. I-6319, 18 punktas).

9 — Sprendimo *HI* (minėtas 8 išnašoje, 53 punktas).

28. Vis dėlto Teisingumo Teismas jau nustatė, kad tuo atveju, jeigu įmonė nepateikė jokio savo pasiūlymo dėl tariamai diskriminuojančių specifikacijų viešojo konkurso arba sutarties dokumentuose, kurie sukliudytų teikti visas prašomas paslaugas, ji turi teisę prašyti tiesiogiai taikyti šių specifikacijų peržiūros procedūrą net iki nagrinėjamos viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūros pabaigos¹².

30. Todėl direktyvų dėl peržiūrėjimo, taip pat ir peržiūrėjimo procedūrų taikymui, nėra svarbu tai, ar buvo taikyta viešojo pirkimo direktyvose numatyta sutarties sudarymo procedūra. Direktyvų dėl peržiūrėjimo taikymo sritis iš tiesų nesusijusi su viešojo pirkimo direktyvų, pavyzdžiui, Direktyvos 93/38, veiksmingu taikymu; ji susijusi su tuo, ar vieną iš šių direktyvų buvo galima taikyti, ar ji taikytina, pavyzdžiui, jeigu sandoris, kurį siekiama peržiūrėti, patenka į jos taikymo sritį.

31. Iš šių argumentų išplaukia, kad net ir veiksams, kurie buvo atlikti iki sutarties sudarymo procedūros pradžios, gali būti taikoma peržiūros procedūra Direktyvos 89/665 prasme. Tačiau yra tam tikros ribos.

29. Įmonė turi turėti galimybę tiesiogiai pateikti skundą dėl pažeidimų, nelaukdama sutarties sudarymo procedūros pabaigos¹³; lygiai taip pat jai turi būti suteikta galimybė, kad tam tikri sutarčiai sudaryti svarbūs sprendimai, nelaukiant jos sudarymo procedūros pradžios, būtų peržiūrėti. Iš tiesų būtent tokiems atvejams, kurie mus domina, yra būdinga tai, kad netaikoma sutarties sudarymo procedūra direktyvų viešojo pirkimo srityje prasme. Tačiau negalima reikalauti iš įmonės teikti pasiūlymą, jeigu jokia sutarties sudarymo procedūra nebuvo pradėta.

32. Galimybę visiems perkančiosios organizacijos veiksams taikyti peržiūros procedūrą atmeta tai, kad atskiri etapai iki sutarties sudarymo procedūros pradžios skiriasi kiekvienoje konkrečioje valstybėje narėje, be to, jie priklauso ir nuo konkretaus projekto.

33. Dar daugiau, reikia priminti Teisingumo Teismo suformuluotą kriterijų dėl teisminės apsaugos užtikrinimo. Pagal jį „Direktyva 89/665 tiek nacionaliniu, tiek Bendrijos

¹² — Sprendimas *Grossmann Air Service* (minėtas 11 išnašoje, 28 punktą).

¹³ — Sprendimas *Grossmann Air Service* (cituotas 11 išnašoje, 29 ir paskesni punktai).

lygmeniu siekiama sustiprinti esamus mechanizmus, užtikrinant Bendrijos direktyvų viešųjų pirkimų sutarčių sudarymo srityje veiksmingą įgyvendinimą, ypač tuo etapu, *kai dar galima pašalinti pažeidimus*¹⁴.

34. Tai, kad ne kiekvienam perkančiosios organizacijos veiksmui galima taikyti peržiūros procedūrą, patvirtina ir kitas Teisingumo Teismo sprendimas dėl galimybės taikyti peržiūros procedūrą tam tikriems perkančiosios organizacijos sprendimams apribojimo pagal nacionalinę teisę. Šiame sprendime Teisingumo Teismas rėmėsi kriterijumi, ar užtikrinama atitinkama teisminė apsauga. Jis nusprendė, kad teisminė apsauga buvo tinkama, nors pagal nacionalinę teisę buvo galima ginčyti tik tokius procesinius veiksmus, kurie tiesiogiai ar netiesiogiai susiję su bylos esme ir dėl kurių negalima tęsti procedūros ar gintis arba kurie padaro nepataisomą žalą teisėms ar teisėtiems interesams¹⁵.

35. Vadinas, jeigu galima, tai yra, kai suderinama su Direktyva 89/665, neperžiūrėti tam tikrų veiksmų, atliktų pradėjus sutarties sudarymo procedūrą, juo labiau turi būti

galima neperžiūrėti tam tikrų veiksmų iki sutarties sudarymo procedūros pradžios vykdymo veiksmų.

36. Galiausiai reikia priminti, kad direktyvos viešojo pirkimo srityje apsiriboja koordinavimu, t. y. paprasčiausiu sutarties sudarymo procedūros derinimu, bet nereglamentuoja prieš tai esančių stadijų.

37. Darytina išvada, kad Direktyva 89/665 neužtikrina visapusės prevencinės teisminės apsaugos.

38. Lemiamą veiksnių nustatant veiksmus, kuriuos galima peržiūrėti, įtvirtina materialinė teisė, tai yra, ar įmonė pagal viešojo pirkimo direktyvas turi teisę reikalauti, kad būtų imtasi tam tikro veiksmo, ar nuo jo susilaikoma.

39. Iš esmės galima taikyti ir teisę uždrausti. Pavyzdžiui, tokia teisė gali uždrausti įmonei, kuriai taikomos viešojo pirkimo direktyvos, vykdyti viešąjį pirkimą, patenkantį į jų taikymo sritį, netaikant vienos iš tose direk-

14 — Sprendimas *Alcatel Austria ir kt.* (minėtas 8 išnašoje, 33 punktas, mano paryškinta); žr. 1995 m. rugpjūčio 11 d. Sprendimą *Komisija prieš Vokietiją* (C-433/93, Rink. p. I-2303, 23 punktas).

15 — 2003 m. gegužės 15 d. Sprendimas *Komisija prieš Ispaniją* (C-214/00, Rink. p. I-4667, 77 ir paskesni punktai).

tyvose numatytų sutarčių sudarymo procedūrų. Tuo teisminės apsaugos srityje daroma paralelė su draudimu sudaryti sutartį.

43. Taigi šio proceso tikslas yra nustatyti ne bendruosius kriterijus, kurie leistų nuspręsti, ar galima ginčyti perkančiosios organizacijos veiksmą, o tik tuos kriterijus, kurie susiję su konkrečioje pagrindinėje byloje nagrinėjama veiksmis.

40. Galimas veiksmų, atliekamų iki sutarties sudarymo procedūros pradžios, kuriuos būtų galima peržiūrėti, nustatymo kriterijus yra poveikis įmonei, kuri siekia šios peržiūros. Vadinas, tai yra teisės pateikti skundą sąlyga (aktyvioji legitimacija).

44. Šiomis aplinkybėmis pakanka nurodyti, kad Direktyva 89/665 su vidiniais svarstymais susijusi ne daugiau nei su poreikių nustatymu, sutarties dokumentų parengimu ar paprasčiausiu rinkos ištyrimu. Todėl ji netaikoma ir vidiniams teisiniams perkančiosios organizacijos svarstymams apie tai, ar sutarties sudarymo sandoris patenka į viešojo pirkimo direktyvų taikymo sritį.

41. Tačiau šioje byloje yra nagrinėjamos tik sąlygos, kurias įvykdžius būtų galima ginčyti veiksmą.

45. Be to, šiame procese nereikia nagrinėti, ar paprasčiausias sprendimas pradėti derybas su kita įmone gali būti laikomas veiksmu, kurį galima ginčyti, ar tai galima tik tuomet, kai jau vyksta derybos dėl sutarties. Šie klausimai yra hipotetiniai, nes pagrindinės bylos ir proceso dėl prejudicinio sprendimo priėmimo dalykas yra situacija, kai jau yra sutarties projektas.

42. Papildomas apribojimas, į kurį reikia atsižvelgti šiame procese dėl prejudicinio sprendimo priėmimo, išplaukia iš procedūrinių tokio pobūdžio proceso Teisingumo Teisme reikalavimų. Todėl ir šiame procese dėl prejudicinio sprendimo priėmimo ne siekiama duoti bendrą veiksmų, kuriuos galima peržiūrėti, apibrėžimą, o tik pateikti nacionaliniam teismui naudingą atsakymą, kuris leistų išspręsti jo nagrinėjamą ginčą.

46. Tokiu atveju perkančioji organizacija yra pasirengusi sudaryti sutartį. Todėl tokia situacija atitinka ir kitas viešuosiuose pirkimuose dažnai pasitaikančias aplinkybes, bū-

tent etapą prieš pat sutarties sudarymą. Tačiau, atsižvelgiant į nacionalinę teisę, konkurso laimėtojas paskelbiamas arba iki viešojo pirkimo sutarties sudarymo, arba kartu su ja, kai pasiūlymo priėmimas laikomas šios sutarties sudarymu.

47. Dėl teisminės apsaugos veiksmingumo priešasčių nesvarbu, kad minėtoje situacijoje buvo pradėta sutarties sudarymo procedūra, o šioje byloje ne.

48. Todėl į pirmus tris prejudicinius klausimus reikia atsakyti taip: Direktyvos 89/665 1 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, jog tam tikromis aplinkybėmis valstybės narės turi užtikrinti veiksmingą ir kuo greitesnę sprendimų peržiūrėjimą net ir dėl tam tikrų perkančiosios organizacijos sprendimų, kurie priimti ne pagal sutarties sudarymo procedūrą. Tokiems sprendimams gali priklausyti ir sprendimai, kuriais siekiama sužinoti, ar galima sudaryti tam tikrą pirkimo sutartį netaikant viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūros.

VI — Dėl prejudicinių klausimų, susijusių su tariamu vidaus sutarties sudarymu (ketvirtas ir penktas prejudiciniai klausimai)

49. Antra prejudicinių klausimų grupė susijusi su tariamos vidaus sutarties sudarymo sąlygomis. Kaip teisingai pabrėžia Austrijos vyriausybė, skirtingai nuo vidaus sutarties sudarymo (pačiai teikiamos paslaugos), šiuo atveju kalbama apie sutartis, sudaromas su juridinio asmens statusą turinčiomis įmonėmis, atskirtomis nuo perkančiosios organizacijos. Tačiau, jeigu paslaugą teikianti įmonė neturi juridinio asmens statuso, ji negali sudaryti jokios sutarties. Taigi trūksta vienos iš sąlygų, kad būtų galima laikyti sutartimi viešojo pirkimo direktyvų prasme.

50. Ši byla, susijusi su sąvokos „sutartis“, esančios viena iš viešojo pirkimo direktyvų taikymo sąlygų, išaiškinimu. Reikia remtis Teisingumo Teismo sprendimu *Teckal*, kuriame Teisingumo Teismas nusprendė, kad tam tikri pirkimo sandoriai nepatenka į viešojo pirkimo direktyvų taikymo sritį.

51. Pagal minėtą sprendimą viešojo pirkimo direktyvos netaikomos, kai „tuo pat metu vietos valdžios institucija suinteresuotojo

asmens atžvilgiu vykdo kontrolę, analogišką tai, kurią ji vykdo savo tarnybų atžvilgiu, ir kad šis asmuo pagrindinę savo veiklos dalį vykdo su viena ar daugiau vietos valdžios institucijų, kurioms jis priklauso“¹⁶.

rinės bendrovės, iš esmės atitinka „sutarties“ sąvoką. Taigi taisyklė taikyti viešojo pirkimo direktyvas išlieka¹⁷.

52. Teisingumo Teismas, nustatydamas dvi sąlygas, kurias įvykdžius netaikomos viešojo pirkimo direktyvos, teleologiškai susiaurino sąvoką „sutartis“.

55. Be to, reikia priminti tariamų vidaus sandorių kilmę, taigi ir bylos *Teckal* išimtį, būtent specialų vidaus sandorių nagrinėjimą, t. y. vidaus sutarčių sudarymą ir su jomis susijusias aplinkybes.

53. Pirma, šiame etape reikia pabrėžti, kad pats Teisingumo Teismas aiškiai nurodė, jog viešojo pirkimo direktyvų netaikymas yra išimtis. Taigi pagal bendrą principą išimtis reikia aiškinti griežtai, todėl vėliau nagrinėjant abi sąlygas reikia į jį atsižvelgti.

56. Galiausiai šiame kontekste reikia atkreipti dėmesį ir į viešojo pirkimo direktyvų tikslus – atverti rinką ir užtikrinti konkurenciją.

54. Be to, reikia pabrėžti, kad, išskyrus bylos *Teckal* išimtį ir kelias kitas išimtis, pavyzdžiui, Direktyvos 92/50 6 straipsnį, sutartys su įmonėmis, kurios pačios yra perkančiosios organizacijos, pavyzdžiui, tam tikros dukte-

57. Šiais kriterijais reikia remtis aiškinant bylos *Teckal* išimtį.

58. Iš esmės reikia atskirti tris tariamos vidaus sutarties sudarymo aplinkybes: sutarčių sudarymas su nuosavybės teise visiškai valdomomis bendrovėmis (bendrovėmis, kuriose perkančioji organizacija arba jai pri-

16 — Sprendimas *Teckal* (minėtas 2 išnašoje, 50 punktas, mano paryškinta).

17 — 2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimas *ARGE* (C-94/99, Rink. p. I-11037, 40 punktas) ir sprendimas *Teckal* (minėtas 2 išnašoje, 50 punktas).

klausančios įmonės valdo 100 % kapitalo dalį), su mišriomis viešosiomis (valstybės ar savivaldybių) bendrovėmis (bendrovėmis, kurių kapitalą valdo kelios perkančiosios organizacijos) ir su įmonėmis, kurių kapitalą sudaro valstybinis ir privatus kapitalas (bendrovėmis, kuriose dalį kapitalo valdo tik privatūs asmenys).

59. Pagrindinė byla yra susijusi su Halle miestu, kuris, be jokios abejonės, yra perkančioji organizacija viešojo pirkimo direktyvų prasme, planuojamu sutarties sudarymu su subdukterinės bendrovės dukterine bendrove. Būtent Halle miestas valdo 100 % savo dukterinės bendrovės kapitalo; ši valdo visą subdukterinės bendrovės kapitalą, tačiau pastaroji valdo tik 75,1 % savo pačios dukterinės bendrovės kapitalo. Likusias kapitalo dalis valdo visiškai privati įmonė.

60. Šioje byloje nagrinėjama mišri viešoji bendrovė, t. y. bendrovė, kurioje didžiąją kapitalo dalį (netiesiogiai) valdo perkančioji organizacija, o kitą dalį – trečioji šalis, neturinti perkančiosios organizacijos statuso.

61. Dėl procesinių priežasčių toliau reikia išnagrinėti tik pagrindinės bylos situaciją. Nacionalinis teismas turi taikyti teisę konkrecioms pagrindinės bylos aplinkybėms¹⁸.

A — *Pirmas kriterijus: kontrolė, panaši į savo pačios tarnybų kontrolę*

62. Pirma sąlyga, norint taikyti išimtį ir netaikyti viešojo pirkimo direktyvų, yra susijusi su perkančiosios organizacijos kontrolės, taikomos įmonei, su kuria turėtų būti sudaroma sutartis, pobūdžiu. Teisingumo Teismas reikalauja, kad perkančioji organizacija vykdytų „kontrolę, panašią į savo pačios tarnybų kontrolę“.

63. Vadinasi, Teisingumo Teismas šiuo atveju remiasi viešosios teisės kriterijumi. Tačiau kadangi kontrolės kriterijų, kaip ir sutarties bei perkančiosios organizacijos sąvokas, reikia suprasti funkcinio, o ne formaliu požiūriu, tai neprieštarauja kriterijaus taikymui perkančiosios organizacijos santykiams su privačiais juridiniais asmenimis, pavyzdžiui, šioje byloje su uždara akcine bendrove. Sąvokos „tarnyba“ naudojimas siejamas su pradine nepriklausomų įstaigų steigimo funkcija, būtent su tarnybų atskyrimu.

64. Be to, kriterijaus taikymą kitomis aplinkybėmis patvirtina tai, kad iš sprendimo *Teckal* proceso kalbos, kuri buvo italų kalba,

18 — Žr. 2002 m. lapkričio 14 d. Teisingumo Teismo nutartį *Comune di Udine ir kt. (C-310/01, dar nepaslembta Rink.)*.

matyti, kad jis reikalauja tik analogiškos („analogo“), t. y. panašios, bet ne identiškios kontrolės¹⁹.

65. Todėl didžiausią bendrovės kapitalo dalį valdančio akcininko teisinė padėtis turi būti vertinama, viena vertus, laikantis atitinkamų nacionalinės teisės nuostatų, šioje byloje – teisės aktų dėl uždarytųjų akcinių bendrovių. Kita vertus, reikia atsižvelgti ir į nuostatas, konkrečiau reglamentuojančias santykius, kurios paprastai yra bendrovės sutartys. Tai reiškia, kad nepakanka tik abstraktaus nagrinėjimo, grindžiamo kontroliuojamai įmonei parinkta teisine forma, pavyzdžiui, juridinio asmens.

66. Tačiau nacionalinės teisės aktų, dažniausiai įstatymų, nuostatų reikšmė yra ribota. Tai ypač taikytina tokioms nuostatoms, kurios nustato mažiausią bendrovės kapitalo dalį valdančio akcininko teises ir naudojimosi jomis sąlygas. Iš esmės tai yra tokios nuostatos, kurios suteikia konkrečias kontrolės ir blokavimo teises akcininkams, nelygu jų valdomos kapitalo dalies dydis, pavyzdžiui, 10 %, 25 % arba daugiau kaip 50 %.

67. Tokios nuostatos leidžia geriau numatyti, kokias teises turi mažiausią bendrovės kapitalo dalį valdantis akcininkas. Lemiančios yra konkretaus atvejo aplinkybės. Šiuo atveju svarbiausia aplinkybė yra sutartis dėl dominavimo, kuri konkrečiam akcininkui, neatsižvelgiant į jo valdomą kapitalo dalį bendrovėje, suteikia tam tikrų teisių, viršijančių nustatytąsias įstatymu.

68. Kadangi lemiami yra ne nacionalinės teisės aktai, bet konkretaus atvejo aplinkybės, vien viešosios perkančiosios organizacijos arba, atvirkščiai, privataus mažiausią bendrovės kapitalo dalį valdančio akcininko turimos kapitalo dalies dydis nėra lemiamas.

69. Iš to išplaukia, kad fiksuota procentinė norma yra kliūtis tinkamam sprendimui tiek, kiek ji neleidžia atsižvelgti į konkretaus atvejo aplinkybes, o tais atvejais, kuriems netaikomas procentinės normos kriterijus, tiek, kiek ji kategoriškai atmets kontrolės kriterijaus taikymą.

70. Kadangi ir įmonės, kurių kapitale dalyvauja privatus mažiausią bendrovės kapitalo dalį valdantis akcininkas, gali įgyvendinti kontrolės kriterijų, *Teckal* išimtis taikytina ne tik nuosavybės teise visiškai valdomoms

19 — Tačiau žr. generalinio advokato P. Léger 2000 m. birželio 15 d. Išvados byloje *ARGE* (minėta 17 išnašoje) 66 punktą, kuriame jis netgi reikalauja, kad perkančioji organizacija, „kuri perduoda ūkio subjektui atlikti įvairias paslaugas, turi būti valdžios institucija, kuri šį subjektą kontroliuoja, o ne kita institucija“.

dukterinėms bendrovėms, bet ir bendrovėms, kurių kapitalą sudaro valstybinis ir privatus kapitalas. Vadinasi, privačių įmonių pritraukimas iš esmės neturi neigiamo poveikio.

71. Šiuo etapu reikėtų priminti, kad generalinis advokatas P. Léger mano, jog *Teckal* išimtis taikytina net valdant tik 50,5% kapitalo dalį²⁰.

72. Teisingumo Teismo nustatytas kontrolės kriterijus bet kuriuo atveju reiškia daugiau nei dominuojančią įtaką įmonių teisės prasme arba daugiau nei reikalaujama pagal viešojo pirkimo direktyvų atitinkamus pirmuosius straipsnius, kad tam tikras įmonės būtų galima laikyti perkančiosiomis organizacijomis. Taip pat nepakanka ir dominuojančios įtakos Direktyvos 93/38 1 straipsnio 3 punkto kartu su 13 straipsniu prasme. Iš tiesų visų pirma kalbama apie sektoringus teisės aktus, kurie nesusiję su šioje byloje taikytina direktyva, o kita vertus, tai yra leidžianti nukrypti nuostata, kurią reikia aiškinti griežtai.

73. Nei Bendrijos teisės aktų leidėjas direktyvose, nei Teisingumo Teismas sprendime *Teckal* nesirėmė viešojo pirkimo direktyvų nuostatomis.

74. Todėl šiuo atveju reikalaujama kontrolės intensyvumo lygio negalima perimti iš tam tikrų viešojo pirkimo direktyvų nuostatų, kuris dėl savo išimtinio pobūdžio viršija kitose leidžiančiose nukrypti nuostatose esančius reikalavimus.

75. Procese dėl prejudicinio sprendimo priėmimo nacionalinis teismas turi, viena vertus, išaiškinti nacionalinės teisės aktus ir, kita vertus, šiuos ir kitus teisės aktus taikyti konkrečiu atveju. Todėl prašymą dėl prejudicinio sprendimo priėmimo pateikęs teismas turės išsiaiškinti, kokias teises Halle miestas turi *RPL*, tai yra dukterinė bendrovė savo subdukterinėje bendrovėje.

76. Taikydamas kontrolės kriterijų, nacionalinis teismas turi vadovautis teisėmis vykdyti kontrolę. Tik dėl teisminės apsaugos motyvų nesvarbu žinoti, ar kontrolė yra vykdoma iš tikrųjų ir kaip tai daroma, arba numatyti, kaip didžiausią bendrovės kapitalo dalį valdantis akcininkas galėtų panaudoti savo kapitalo dalį, t. y., ar jis priimtų mažiausią bendrovės kapitalo dalį valdančiam akcininkui nepalankų sprendimą. Šiuo požiūriu didžiausią bendrovės kapitalo dalį valdančio akcininko lojalumo pareigos svarbą reikėtų laikyti santykinę, ypač todėl, kad, kaip nurodo Halle miestas, reikia atsižvelgti ir į mažiausią bendrovės kapitalo dalį valdančio akcininko lojalumo pareigą.

20 — Generalinio advokato P. Léger išvada byloje *ARGE* (minėta 17 išnašoje, 60 punktas).

77. Kalbant apie kontrolės objektą, byloje *Teckal* numatytoje išimtyje jis neapribojamas tam tikrais kontroliuojamos įmonės sprendimais. Tačiau vien sprendimų dėl sutarčių sudarymo kontrolės bendrąja prasme arba netgi konkrečių sprendimų dėl sutarčių sudarymo kontrolės nepakanka.

80. Ši kriterijų galima suvokti plačiai tiek, kiek, pirma, yra atsižvelgiama ne vien į tiesioginius kapitalo dalies savininkus, bet ir į netiesioginius savininkus, pavyzdžiui, šioje byloje patrunuojančią bendrovę, ir, antra, į kitas nei vietos savivaldos institucijas.

78. Atsižvelgiant į kriterijaus „kontrolė, panaši į savo pačios tarnybų kontrolę“ formuluotę ir tikslus, reikia reikalauti visapusiškos kontrolės. Pastaroji bet kuriuo atveju negali apsiriboti vien strateginiais rinkos sprendimais, bet turi apimti ir konkrečius įmonės vadovybės sprendimus. Šiame procese dėl prejudicinio sprendimo priėmimo detaliau nagrinėti nereikia, nes tai nebūtina pagrindinės bylos ginčui išspręsti.

81. Taigi sprendime *Teckal* įtvirtintas kriterijus susijęs su konkrečia mažiausia kontroliuojamos įmonės visos atliktos veiklos dalimi. Vadinas, reikia įvertinti visos veiklos ir kapitalo dalies savininkui tenkančios atliktos veiklos apimtį plačiąja prasme.

B — Antras kriterijus: pagrindinė veikla yra vykdoma kartu su kapitalo dalių savininku

79. Antra sąlyga, kurią reikia įvykdyti, norint taikyti bylos *Teckal* išimtį, susijusi su kontroliuojamos įmonės veikla. Pagal sprendimo atitinkamo teksto formuluotę išimtis yra taikoma tik tada, kai ta įmonė „pagrindinę savo veiklą“ vykdo su viena arba keliomis ją valdančiomis vietos savivaldos institucijomis“.

82. Tačiau šiame kontekste reikia atkreipti dėmesį į tai, kad dėl aplinkybės, jog sąvoka „kapitalo dalies savininkas“ negali būti aiškinama per daug griežtai, nereiškia, kad reikia atsižvelgti į veiklą, vykdomą tretiesiems asmenims, kurią kapitalo savininkas kitu atveju turėtų vykdyti pats. Praktikoje tai susiję su bendro intereso paslaugomis, taigi su savivaldybėmis, kurios privalo teikti tam tikras paslaugas tam tikriems asmenims. Toks bendro pobūdžio klausimas nėra šio proceso priimti prejudicinį sprendimą dalykas, nes prašymą dėl prejudicinio sprendimo priėmimo pateikusiam teismui nereikia atsakymo į šį klausimą, norint išspręsti nagrinėjamą ginčą.

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

84. Pagrindinis klausimas yra šis: kokia kapitalo dalis reikalinga bylos *Teckal* išimčiai taikyti. Šiuo klausimu yra kelios nuomonės; daugiau kaip 50 %, „išimtinė“, „didelė dalis“, „pagrindinė“ ir „beveik išimtinė“.

85. Šiame kontekste egzistuoja teigiamas požiūris, kuris remiasi kapitalo dalies savininkui suteiktų paslaugų apimtimi, bet yra ir neigiamas. Neigiamo požiūrio kriterijus yra suteiktų paslaugų dalis, tenkanti kitiems asmenims, o ne kapitalo dalies savininkui. Toks požiūris, be šios bylos, yra išdėstytas generalinio advokato P. Léger išvadose, kurias citavo bylos šalys. Jo manymu, „direktyva yra taikytina, kai ši įmonė pagrindinę veiklą vykdo kartu su *kitais* ūkio subjektais arba kitomis valdžios institucijomis, iš kurių sudaryta ši perkančioji organizacija“²¹. Atsižvelgiant į bylos *Teckal* išimtyje suformuluotą teigiamą požiūrį, daugiau nebereikia nagrinėti neigiamo požiūrio.

86. Generalinio advokato Léger cituotoje teksto dalyje išryškėja kitas svarbus aspektas, į kurį reikia atsižvelgti nustatant veiklos dalies dydį.

87. Kyla klausimas, ar bylos *Teckal* išimtis leidžia tik kiekybinį nagrinėjimo būdą, ar reikia atsižvelgti ir į kokybines aplinkybes. Antrą atvejį galima patvirtinti išimties tekstu ir prasme, nurodantį, kaip reikėtų vertinti veiklą. Taip pat ir autentiška atitinkamos *Teckal* sprendimo teksto dalies versija italų kalba neatmeta galimybės papildomai ar alternatyviai remtis kokybiniu požiūriu („*la parte più importante della propria attività*“).

88. Be to, bylos *Teckal* išimtyje taip pat nėra nuorodos dėl kapitalo dalies apskaičiavimo metodo. Todėl nėra savaimė suprantama, kad tai priklauso vien nuo apyvartos.

89. Vadinasi, nacionalinis teismas turi įvertinti veiklos „pagrindinę dalį“, remdamasis kiekybinėmis ir kokybinėmis aplinkybėmis. Be to, tam tikrą vaidmenį gali atlikti ir kontroliuojamos įmonės padėtis rinkoje, t. y. ypač jos konkurencinė padėtis galimų konkurentų atžvilgiu.

21 — Generalinio advokato P. Léger išvada byloje *ARGE* (minėta 17 išnašoje, 93 punktą, paryškinta mano).

90. Be to, dėl kelių suinteresuotųjų asmenų cituotos generalinio advokato Léger išvados, susijusios su antra bylos *Teckal* sąlyga, reikia priminti, kad išvada yra autentiška ta kalba, kurią generalinis advokatas pasirinko kaip originalo kalbą.

93. Be to, šiuo klausimu reikia pastebėti, kad ir kita fiksuota procentinė norma galėtų būti objektyvi ir tinkama. Tačiau fiksuotos procentinės normos griežtumas taip pat gali būti kliūtis rasti tinkamą sprendimą. Be to, tokia kliūtis neleidžia atsižvelgti į kokybinius veiksnius.

91. Remiantis šiuo principu generalinio advokato Léger išvada yra tokia: pirma, jis remiasi suteiktų paslaugų „tariamai išimtinu“ pobūdžiu („quasi-exclusivité“), kurios vokiškoje versijoje išverstos „visos paslaugas“ („sämtliche Dienstleistungen“) ²². Antra, remdamasis procedūros kalbos, kuri yra italų kalba, versija, jis nagrinėja bylos *Teckal* išimtį naudodamas sąvokas „en grande partie“, kuri vokiškame tekste išversta „iš esmės“ („im Wesentlichen“) ²³, arba „la plus grande partie de leur activité“ (vokiškoje versijoje – „den größten Teil ihrer Tätigkeit“ („didžiausią savo veiklos dalį“) ²⁴.

94. 80 % kriterijaus visų pirma negalima taikyti, todėl, kad yra kalbama apie direktyvos, taikomos tik tam tikriems sektoriams, išimtį. Bendrijos teisės aktų leidėjų valia joje nustatytas vertinimas apsiriboja šia direktyva. Nors pagrindinę mintį galima taikyti praktikoje ir sektoriuose, kuriems direktyva netaikoma, jokios tokios nuostatos nėra šioje byloje taikytinoje direktyvoje.

92. Siekdami didesnio konkretumo, keli suinteresuotieji asmenys pasiūlė aiškinti „pagrindinės dalies“ kriterijų nuostatos, kuri taikoma sudaryti viešojo pirkimo sutartis su įmonėmis, susijusiomis su perkančiąja organizacija, prasme. Tai yra Direktyvos 93/38 13 straipsnyje nustatytas 80 % kriterijus. Tai pagrįsta „objektyviu“ ir „tinkamu“ šio kriterijaus pobūdžiu.

95. Direktyvos 93/38 13 straipsnio negalima taikyti ir dėl kitos priežasties. Minėto straipsnio 2 dalis perkančiąsias organizacijas įpareigoja, Komisijai pareikalavus, pateikti tam tikrą informaciją. Ši nuostata yra procedūrinės teisės kompensacija 13 straipsnyje nustatytai išimčiai. Tačiau nagrinėdamas bylos *Teckal* išimtį, Teisingumo Teismas pasirinko kitą kelią. Jis apsiribojo dviem šioje išimtyje įtvirtintomis materialinio pobūdžio sąlygomis. Tačiau šios sąlygos turi būti aiškinamos griežtai būtent todėl, kad nėra panašios procedūrinės teisės nuostatos.

22 — Generalinio advokato P. Léger išvada byloje *ARGE* (minėta 17 išnašoje, 74 punktas).

23 — Ten pat, 81 punktas.

24 — Ten pat, 83 punktas.

VII — Išvada

96. Remiantis tuo, kas pasakyta, Teisingumo Teismui siūloma taip atsakyti į prejudicinius klausimus:

1. 1989 m. gruodžio 21 d. Tarybos direktyvos 89/665 dėl įstatymų ir kitų teisės aktų, susijusių su peržiūros procedūrų taikymu sudarant viešojo prekių pirkimo ir viešojo darbų pirkimo sutartis, derinimo 1 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad esant tam tikroms sąlygoms valstybės narės privalo užtikrinti, jog netgi perkančiosios organizacijos tam tikri sprendimai, kurie priimti ne pagal oficialią sutarties sudarymo procedūrą, galėtų būti veiksmingai ir kuo greičiau peržiūrėti; prie tokių sprendimų gali būti priskirti ir sprendimai dėl klausimų, kuriais siekiama sužinoti, ar tam tikras pirkimas turi būti vykdomas netaikant viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūros.
2. 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyva 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo turi būti aiškinama taip, kad vien tai, jog privati įmonė valdo dalį su perkančiąja organizacija sudariusios sutartį bendrovės, kurioje perkančioji organizacija tiesiogiai ar netiesiogiai valdo kapitalo dalį, nepanaikina galimybės netaikyti šios direktyvos.
3. Tai, ar sutartį sudariusi bendrovė, kurios kapitalo dalį pagal įmonių teisę valdo privatus asmuo (toliau – bendrovė, kurios dalis kapitalo priklauso valstybei), galėtų būti laikoma viešojo administravimo ar perkančiosios organizacijos dalimi, priklauso nuo konkrečių santykių, o ne vien nuo valdomos kapitalo dalies dydžio.

Kad sutartį sudariusi bendrovė galėtų būti laikoma perkančiosios organizacijos dalimi, nepakanka to:

- kad perkančioji organizacija turėtų dominuojančią įtaką bendrovei, kurios dalis kapitalo priklauso valstybei, 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 1 straipsnio 2 punkto ir 13 straipsnio 1 dalies prasme,

 - kad ji turėtų didelius įgaliojimus tik sprendimų, susijusių su viešojo pirkimo sutarties sudarymu plačiąja prasme arba sprendimų, susijusių su konkrečiu pirkimo sandoriu, atžvilgiu.
4. Skirtingai nuo kriterijaus, nustatyto Direktyvos 93/38/EEB 13 straipsnyje, bendrovės, kurios kapitalo dalis priklauso valstybei, laikymas perkančiosios organizacijos dalimi, nes ji „pagrindinę savo veiklą vykdo“ su perkančiąja organizacija, nepriklauso nuo to, ar vidutinės šios bendrovės apyvartos Bendrijoje per pastaruosius trejus metus ne mažiau kaip 80 % sudaro paslaugų teikimas perkančiajai organizacijai arba su ja susijusioms ar jai priklausančioms įmonėms; arba tuo atveju, kai bendrovė, kurios kapitalą sudaro valstybinis ir privatus kapitalas, savo veiklą vykde mažiau nei trejus metus, numatoma, kad jos apyvarta pasieks šią 80 % ribą.

Nacionalinis teismas, nusprenddamas, ar laikyti bendrovę perkančiosios organizacijos dalimi, turi labiau remtis jų faktine veikla, ypač atsižvelgdamas į kiekybinius ir kokybinius veiksnius.