



## Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO  
PAOLO MENGOZZI IŠVADA,  
pateikta 2014 m. vasario 27 d.<sup>1</sup>

Byla C-574/12

**Centro Hospitalar de Setúbal, EPE**  
**Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)**  
prieš  
**Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda**

(Supremo Tribunal Administrativo (Portugalija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Viešieji pirkimai — Direktyva 2004/18/EB — Pareigos surengti Europos Sąjungos teisės aktuose numatytą konkursą viešųjų pirkimų sutarčiai sudaryti (vadinamasis „in house“ sandoris) nebuvimas — „Analogiškos kontrolės“ sąlyga — Konkursą laimėjęs ūkio subjektas, kuris yra atskiras nuo perkančiosios organizacijos teisinis subjektas, veikiantis kaip pelno nesiekianti organizacija — Privatūs konkursą laimėjusio ūkio subjekto interesai — Reikalavimas svarbiausią savo veiklos dalį vykdyti su perkančiosiomis organizacijomis, kurios vykdo „analogišką kontrolę“

1. Portugalijos *Supremo Tribunal Administrativo* (Aukščiausiasis administracinis teismas) šioje byloje pateikus šešis prejudicinius klausimus, Teisingumo Teismas vėl turės patikslinti reikalavimų, kurie turi būti įvykdyti, kad perkančioji organizacija galėtų pasinaudoti vadinamiesiems „in house“ sandoriams taikoma išimtimi, apimti. Pagal šią išimtį, Teisingumo Teismo nustatytą Sprendime *Teckal*<sup>2</sup> ir minima gausioje ankstesnėje teismo praktikoje, perkančioji organizacija yra atleidžiama nuo prievolės rengti viešojo pirkimo sutarties sudarymo konkursą tada, kai įvykdytos dvi sąlygos: kai ūkio subjektą, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, ji kontroliuoja analogiškai kaip savo pačios tarnybas ir kai toks subjektas didžiąją savo veiklos dalį vykdo su perkančiąja organizacija arba perkančiosiomis organizacijomis, kurios pastarąją kontroliuoja<sup>3</sup>.

2. Šioje byloje kyla ir tam tikrų visai naujų klausimų, kuriuos išnagrinėjęs Teisingumo Teismas galės dar aiškiau apibrėžti išimties „in house“ taikymo sritį. Viena vertus, Teisingumo Teismui tenka užduotis tiksliau apibrėžti savo paties praktiką, pagal kurią teigiama, jog privačių laimėjusio subjekto interesų buvimas jau reiškia, kad perkančioji organizacija negali šio subjekto kontroliuoti analogiškai kaip savo pačios tarnybų<sup>4</sup>. Būtent Teisingumo Teismas turės išaiškinti, ar šioje praktikoje numatytas apribojimas konkursą laimėjusioms bendrovėms dalyvauti valdant privatų kapitalą turi būti taikomas ir tuo atveju, kai konkursą laimėjęs subjektas yra pelno nesiekianti organizacija, kurios nariai yra ne tik perkančiosios organizacijos, bet ir susivienijimai, savo veikloje siekiantys labdaringų tikslų.

1 — Originalo kalba: italų.

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

3 — Žr., *inter alia*, 2005 m. sausio 11 d. Sprendimą *Stadt Halle ir RPL Lochau* (C-26/03, Rink. p. I-1, 49 punktas); 2005 m. spalio 13 d. Sprendimą *Parking Brixen* (C-458/03, Rink. p. I-8585, 62 punktas); 2006 m. gegužės 11 d. Sprendimą *Carbotermo ir Consorzio Alisei* (C-340/04, Rink. p. I-4137, 33 punktas); 2007 m. balandžio 19 d. Sprendimą *Asemfo* (C-295/05, Rink. p. I-2999, 55 punktas); 2008 m. lapkričio 13 d. Sprendimą *Coditel Brabant* (C-324/07, Rink. p. I-8457, 27 punktas); 2009 m. rugsėjo 10 d. Sprendimą *Sea* (C-573/07, Rink. p. I-8127, 40 punktas); 2012 m. lapkričio 29 d. Sprendimą *Econord* (C-182/11 ir C-183/1125 punktas) ir 2012 m. gruodžio 19 d. Sprendimą *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ir kt.* (C-159/11, 32 punktas). Taip pat žr. mano neseniai pateiktą išvadą byloje *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13).

4 — Žr. šios išvados 25 ir 28 punktus.

3. Kita vertus, šioje byloje Teisingumo Teismui tenka patikslinti antrojo „*Teckal* reikalavimo“ kontūrus, t. y. sąlygą, pagal kurią konkursą laimėjęs subjektas svarbiausią savo veiklos dalį turi vykdyti su jį kontroliuojančia perkančiąja organizacija arba organizacijomis.

## I – Teisinis reglamentavimas

### A – Europos Sąjungos teisė

4. Pagal Direktyvos 2004/18/EB 1 straipsnio 2 dalies a punktą<sup>5</sup> „viešosios sutartys [viešojo pirkimo sutartys]“ – tai 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“.

### B – Nacionalinė teisė

5. Pagal Portugalijos Viešojo pirkimo sutarčių kodekso, kuriuo – atsižvelgiant ir į Teisingumo Teismo praktiką – į nacionalinę teisę buvo perkelta Direktyva 2004/18/EB, 5 straipsnio 2 dalį<sup>6</sup> „[viešojo pirkimo sutartis reglamentuojantys teisės aktai] nėra taikomi ir toms sutartims, kurios, neatsižvelgiant į sutarties dalyką, perkančiųjų organizacijų yra sudaromos su kitu subjektu, su sąlyga, kad:

- a) perkančioji organizacija atskirai ar kartu su kitomis perkančiosiomis organizacijomis to subjekto veiklą kontroliuoja analogiškai kaip savo tarnybas; ir
- b) šis subjektas pagrindinę veiklos dalį vykdo vienos ar kelių perkančiųjų organizacijų, kurios jo atžvilgiu vykdo pirmesniame punkte nurodytą analogišką kontrolę, naudai“.

## II – Faktinės aplinkybės, pagrindinė byla ir prejudiciniai klausimai

6. *Centro Hospitalar de Setúbal* (Setubalio sveikatos priežiūros centras, toliau - CHS), kuris yra pirmasis kasatorius prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teisme nagrinėjamoje byloje, yra valstybinė ligoninė Portugalijoje.

7. *Serviço de Utilização Comum dos Hospitais* (Bendro naudojimosi sveikatos priežiūros įstaigomis tarnyba, toliau – SUCH), kuri yra antrasis kasatorius prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teisme nagrinėjamoje byloje, yra pelno nesiekianti organizacija, įsteigta 1965 m. lapkričio 24 d. Dekretu Nr. 46.668 ir veikianti pagal savo įstatų<sup>7</sup>. Pagal jos įstatų 2 straipsnį SUCH tikslas yra vykdyti su viešąja paslauga susijusią užduotį. Ji įsteigta kaip priemonė tenkinti savo narių poreikius, todėl privalo pati imtis iniciatyvų, kurios galėtų prisidėti prie jų veiksmingesnio veikimo. Be to, ji dalyvauja įgyvendinant sveikatos apsaugos politiką, reikšmingai prisidedama prie Nacionalinės sveikatos sistemos veiksmingumo ir finansinio tvarumo.

8. Pagal SUCH įstatų 7 straipsnio 1 dalį jos narės gali būti tik viešojo ir socialinio sektorių įstaigos, teikiančios gydymo paslaugas arba vykdančios kitą su sveikatinimu ar sveikatos apsauga susijusią veiklą. Vis dėlto, vadovaujantis to paties straipsnio 2 dalimi, SUCH turi užtikrinti, kad visuotiniame akcininkų susirinkime didžioji dalis balso teisių priklausytų subjektams, kurių atžvilgiu už sveikatos

5 – 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, 2004, p. 114).

6 – Patvirtinta 2008 m. sausio 29 d. Dekretu Nr. 18/2008.

7 – Per tą laiką SUCH įstatuose buvo kelis kartus padarytos pataisos. Kai atsitiko byloje minimi įvykiai, galiojo 2010 m. spalį patvirtinta jų redakcija.

sritį atsakingas vyriausybės narys įgyvendina valdymo, priežiūros ir kontrolės įgaliojimus. Kai įvyko pagrindinėje byloje minimi faktai, SUCH iš viso buvo 88 nariai, tarp jų ir CHS, 23 nariai buvo privačios socialinio solidarumo įstaigos, kurios visos buvo pelno nesiekiančios organizacijos, iš kurių 20 užsiėmė labdaringa veikla (vadinamosios *Misericórdias*).

9. Pagal įstatų 3 straipsnį SUCH valdymo, kontrolės ir priežiūros įgaliojimus įgyvendina už sveikatos sritį atsakingas vyriausybės narys, kuris skiria valdybos pirmininką ir jo pavaduotoją, tvirtina visuotinio susirinkimo sprendimus dėl paskolos, dėl kurios bendras įsiskolinimas sudaro 75 % ir daugiau nuosavo kapitalo, užfiksuoto ankstesniais finansiniais metais, tvirtina sprendimus dėl įstatų pakeitimo ir SUCH likvidavimo.

10. Pagal įstatų 5 straipsnio 3 dalį SUCH gali teikti paslaugas viešosioms įstaigoms, kurios nėra jos narės, arba privačioms nacionalinėms ar užsienio organizacijoms, veikdama konkurencijos ir rinkos sąlygomis, su sąlyga, kad dėl to neatsiranda nuostolių ar žalos jos nariams ir tai naudinga SUCH ir jos nariams tiek ekonomiškai, tiek technologijų plėtojimo ir panaudojimo atžvilgiu. To paties straipsnio 4 dalyje patikslinama, kad SUCH turi užtikrinti, kad bent 80 % jos veiklos bus vykdoma jos narių naudai.

11. 2011 m. liepos 27 d. CHS sudarė su SUCH preliminarųjį susitarimą, kad SUCH teiks maitinimo paslaugas CHS personalui ir pacientams. Susitarimas buvo sudarytas penkeriems metams su pratęsimo galimybe, numatant, kad metinė kaina bus 1 295 289 EUR, taigi bendra penkerių metų laikotarpio kaina sudarys 6 476 455 EUR. Teikti sutarties dalyku esančias paslaugas CHS pavedė SUCH tiesiogiai, nesilaikydama Direktyvoje 2004/18 numatytos viešojo pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos, nes, sutarties šalių nuomone, minėtas susitarimas patenka į „in house“ santykių, siejančių SUCH su jos narėmis ligoninėmis, taigi ir su CHS, sferą.

12. Manydama, kad toks tiesioginis sandorio dėl paslaugų, numatytų SUCH ir CHS susitarime teikimo, sudarymas yra neteisėtas, nes nesilaikyta viešojo pirkimo sutarties sudarymo tvarkos, todėl pažeisti viešuosius pirkimus reglamentuojantys nacionalinės ir Europos Sąjungos teisės aktai, *Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda* (toliau – *Eurest*), tas pačias preliminarajame susitarime minimas paslaugas teikianti bendrovė, kuri dėl maitinimo paslaugų teikimo su CHS buvo sudariusi sutartį, nutrauktą po CHS ir SUCH preliminarinio susitarimo, pateikė skundą *Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada*. Skunde *Eurest* prašė, viena vertus, pripažinti negaliojančiu CHS valdybos sprendimą nutraukti šios ligoninės sutartį su bendrove, o kita vertus – panaikinti kaip neteisėtą CHS ir SUCH sudarytą preliminarųjį susitarimą.

13. 2012 m. sausio 30 d. sprendimu *Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada* patenkino ieškinį ir pripažino negaliojančiu CHS ir SUCH susitarimą. Teismo vertinimu, nėra įrodyta, kad įvykdyti Viešojo pirkimo sutarčių kodekso 5 straipsnio 2 dalyje numatytos išimties taikymo reikalavimai, todėl norint teikti preliminariniame susitarime minimas paslaugas taikytina viešojo pirkimo sutarčių sudarymo tvarka. CHS ir SUCH apskundė pirmosios instancijos teismo sprendimą *Tribunal Central Administrativo do Sul*, šis 2012 m. balandžio 26 d. sprendimu atmetė jų apeliacinius skundus. Dėl šio sprendimo ir SUCH, ir CHS pateikė kasacinius skundus *Supremo Tribunal Administrativo* (Aukščiausiajam administraciniam teismui), šis pateikė prašymą priimti prejudicinį sprendimą.

14. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pirmiausia pažymi, kad tokio pobūdžio ligoninė kaip CHS, kuri turi viešosios teisės reglamentuojamo juridinio asmens statusą, neabejotinai yra perkančioji organizacija. Neginčytina net ir tai, kad jos sudarytas preliminarus susitarimas su SUCH, kuri yra jai nepriklausanti įstaiga, laikomas viešuoju paslaugų pirkimu. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat pažymi, jog tam, kad šis viešasis pirkimas galėtų tapti tiesioginio „in house“ sandorio objektu, turi būti įvykdyti abu reikalavimai, nustatyti šios išvados 5 punkte jau minėto ir Sprendimą *Teckal* susisteminančio Viešojo pirkimo sutarčių kodekso 5 straipsnio 2 dalyje.

15. Kalbėdamas konkrečiai apie pirmąjį reikalavimą, t. y. „analogiškos kontrolės“ sąlygos įvykdymą, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymi, kad ypatingas SUCH, kurios narės yra ir privačios socialinio solidarumo organizacijos, teisinis statusas iškelia naujų klausimų atsižvelgiant į Teisingumo Teismo praktiką, pagal kurią tuo atveju, kai privati įmonė valdo nors ir nedidelę dalį bendrovės kapitalo, tokio pobūdžio kontrolė jau yra neįmanoma<sup>8</sup>, ypač atsižvelgiant į tai, jog pagal Europos Sąjungos teisę tam, kad subjektas būtų laikomas įmone, nėra būtina, kad jis būtų pelno siekianti organizacija. Be to, remdamasis sprendimu, kuriuo Portugalijos Audito Rūmai pripažino negaliojančiu byloje nagrinėjamą preliminarų susitarimą ir kurio argumentai buvo pakartoti jam apskūstame sprendime, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas kelia klausimą, ar analogiškos kontrolės sąlyga gali būti įvykdyta šiuo atveju, atsižvelgiant į SUCH narių, kurie nėra viešosios įstaigos, skaičių, jos didelę autonomiją ir nepriklausomumą nuo viešosios valdžios institucijų, specifinę veiklos dinamiką, būtent jos valdybos funkcionavimą, taip pat jos dydį ir sudėtingumą.

16. Dėl antrojo reikalavimo, kurį būtina įvykdyti tam, kad būtų taikoma išimtis, susijusi su „in house“ sandoriais, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui kyla abejonė, ar jis gali būti įvykdytas, nes pagal SUCH įstatų nuostatas ji 20 % savo bendros metinės apyvartos gali sukurti konkurencijos sąlygomis teikdama paslaugas tretiesiems subjektams, kurie nėra jos nariai.

17. Remdamasis tokiais paaiškinimais, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas 2012 m. lapkričio 6 d. nutartimi nutarė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šiuos prejudicinius klausimus:

- „1. Ar su Bendrijos doktrina dėl sutarčių sudarymo „in house“ suderinama tai, kad viešoji ligoninė, nesilaikydama įstatyme numatytos tam tikros sutarties sudarymo tvarkos, sutartį dėl jos kompetencijai priklausančių ligonių maitinimo paslaugos teikimo sudaro su pelno nesiekiančia asociacija, kuriai ji priklauso ir kurios paskirtis – vykdyti su viešąja paslauga susijusią užduotį sveikatos srityje siekiant didesnio jos narių veiksmingumo ir efektyvumo, ir taip šiai asociacijai perleidžia su savo funkcijomis šioje srityje susijusią atsakomybę, jei, remiantis šios asociacijos įstatais, jos nariai gali būti ne tik viešojo sektoriaus, bet ir socialinio sektoriaus įstaigos, atsižvelgiant į tai, kad sutarties sudarymo momentu iš visų 88 asociacijos narių 23 nariai buvo privačios socialinio solidarumo įstaigos (IPSS), kurios visos buvo pelno nesiekiančios organizacijos, o kai kurios iš jų užsiėmė labdaringa veikla?
2. Ar galima pripažinti, kad subjektas, su kuriuo sudaryta sutartis, paklūsta viešojo sektoriaus narių sprendimams taip, kad šie, atskirai ar kartu, jį kontroliuoja lygiai taip pat kaip savo tarnybas, jei, remiantis jo įstatais, subjektas, su kuriuo sudaryta sutartis, turi užtikrinti, kad didžioji dalis balso teisių priklausytų jo nariams, dėl kurių valdymo, priežiūros ir kontrolės įgaliojimus įgyvendina už sveikatos sritį atsakingas vyriausybės narys, atsižvelgiant į tai, kad valdybos daugumą taip pat sudaro viešojo sektoriaus nariai?
3. Ar, atsižvelgiant į Bendrijos doktriną dėl sutarčių sudarymo „in house“, galima pripažinti, kad vykdomas „analogiškos kontrolės“ reikalavimas, kai pagal subjekto, su kuriuo sudaryta sutartis, įstatus jo atžvilgiu kontrolės įgaliojimus įgyvendina už sveikatos sritį atsakingas vyriausybės narys, kuris skiria valdybos pirmininką ir jo pavaduotoją, tvirtina visuotinio susirinkimo sprendimus dėl paskolos, dėl kurios bendras išiskolinimas sudaro 75 % ir daugiau nuosavo kapitalo, užfiksuoto ankstesniais finansiniais metais, tvirtina sprendimus dėl įstatų pakeitimo, taip pat visuotinio susirinkimo sprendimus dėl subjekto, su kuriuo sudaryta sutartis, likvidavimo ir nustato, kam atitenka tokio subjekto turtas tokio likvidavimo atveju?

8 — Žr. minėto Sprendimo *Stadt Halle ir RPL Lochau* 49 ir 50 punktus.

4. Ar tai, kad subjektas, su kuriuo sudaryta sutartis, yra didelė ir sudėtinga visoje Portugalijos teritorijoje veikianti organizacija, kurios nariai paprastai yra *Serviço Nacional de Saúde* tarnybos ir institucijos, tarp jų ir didžiausios šalies ligininės, kurios apyvarta sudaro apie 90 milijonų eurų, o jos išskirtiniais rodikliais pasižyminti veikla apima įvairias ir sudėtingas sritis, kur dirba daugiau nei 3 300 darbuotojų ir kuriai priklauso dviejų papildomų įmonių grupių ir prekybos bendrovių kapitalo dalys, reiškia, jog šio subjekto santykiai su viešojo sektoriaus nariais gali būti kvalifikuojami paprasčiausiai kaip vidaus arba „in house“?
5. Ar tai, kad subjektas, su kuriuo sudaryta sutartis pagal jo įstatus, gali konkurencijos sąlygomis teikti paslaugas viešojo sektoriaus įstaigoms, kurios nėra jo narės, arba užsienio ar nacionalinėms privačioms įstaigoms: i) jeigu dėl to neatsiranda nuostolių ar žalos jo nariams ir tai naudinga jiems ir subjektui, su kuriuo sudaryta sutartis, tiek ekonomiškai, tiek technologijų plėtojimo ir panaudojimo aspektu; ir ii) jeigu tokios paslaugos, už kurias išrašomos sąskaitos faktūros, sudaro ne daugiau kaip 20 % bendros metinės apyvartos, užfiksuotos ankstesniais finansiniais metais, leidžia teigti, jog paisoma sudarant sutartį „in house“ keliamo reikalavimo, būtent dėl „pagrindinės veiklos paskirties“, numatyto CCP 5 straipsnio 2 dalies b punkte?
6. Jei atsakymo į bet kurią iš pirma pateiktų klausimų neužtektų tam, kad, atsižvelgiant į Bendrijos doktriną dėl viešojo pirkimo sutarčių sudarymo „in house“, būtų galima nuspręsti, ar buvo laikomasi CCP 5 straipsnio 2 dalyje numatytų reikalavimų, ar iš visų šių atsakymų galima susidaryti nuomonę, kad vykdytas tokios rūšies viešasis pirkimas?“

### III – Procesas Teisingumo Teisme

18. Nutartį dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismo kanceliarija gavo 2012 m. gruodžio 7 dieną. Pastabas raštu pateikė CHS, SUCH, *Eurest*, Portugalijos ir Ispanijos vyriausybės, taip pat Europos Komisija, ir jos visos dalyvavo teismo posėdyje, kuris įvyko 2013 m. lapkričio 21 d.

### IV – Teisinė analizė

19. Pirmiausia reikia pažymėti, kad iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, jog nėra ginčijama, kad CHS ir SUCH sudaryta sutartis yra viešasis pirkimas ir kad dėl to jai iš esmės taikytini viešojo pirkimo sutarties reglamentuojantys Europos Sąjungos teisės aktai, konkrečiau kalbant, Direktyvos 2004/18 nuostatos<sup>9</sup>.

20. Vis dėlto daugiausia ginčų nagrinėjant bylą prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiame teisme sukėles klausimas, iš kurio kyla visi šio teismo Teisingumo Teismui patiekti prejudiciniai klausimai, yra klausimas dėl galimybės šiai viešojo pirkimo sutarčiai taikyti išimtį, numatytą vadinamiesiems „in house“ sandoriams.

#### A – Dėl pirmojo prejudicinio klausimo

21. Pirmuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės teiraujasi, ar išimtis, leidžianti netaikyti Direktyvos 2004/18 nuostatų ir kylanti iš Teisingumo Teismo praktikos, susijusios su „in house“ sandoriais, gali būti taikoma ir tada, kai konkursą laimėjęs subjektas yra pelno nesiekianti asociacija, kurios tikslas – vykdyti su viešąja paslauga susijusią užduotį ir kurios

<sup>9</sup> – Iš tiesų nėra ginčijama, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiame teisme nagrinėjama viešojo pirkimo sutarties vertė, kuri yra šios bylos dalykas, nurodyta šios išvados 11 punkte, gerokai viršija pačios iš dalies pakeistos direktyvos 7 straipsnio b punkte nurodytą ribą.

įstatuose numatyta, kad jos nariai gali būti ne tik viešojo, bet ir socialinio sektoriaus įstaigos, ir kai sutarties sudarymo momentu šios asociacijos narių dalis, nors ir nedidelė, yra ne viešojo sektoriaus įstaigos, o socialiniam sektoriui priklausančios pelno nesiekiančios, konkrečiai kalbant, labdaringa veikla užsiimančios organizacijos.

22. Minėtas klausimas keliamas dėl pirmos iš dviejų Sprendime *Teckal* nustatytos sąlygos, t. y. „analogiškos kontrolės“, kurią perkančioji organizacija turi taikyti konkursą laimėjusiam subjektui taip pat, kaip ir savo tarnyboms<sup>10</sup>. Todėl iš pradžių vertėtų trumpai priminti „analogiškos kontrolės“ sąlygos taikymo apimtį, suformuotą Teisingumo Teismo praktikoje.

23. Šiuo klausimu Teisingumo Teismas yra nustatęs, kad „analogiška kontrolė“ yra tada, kai konkursą laimėjęs ūkio subjektas kontroliuojamas taip, kad perkančioji organizacija gali daryti įtaką jo priimamiems sprendimams. Tai turi būti galimybė daryti lemiamą įtaką tiek strateginiams tokio subjekto tikslams, tiek svarbiems jo sprendimams. Kitaip tariant, perkančioji organizacija turi vykdyti struktūrinę ir funkcinę tokio subjekto kontrolę. Teisingumo Teismas reikalauja, kad ši kontrolė būtų realiai vykdoma<sup>11</sup>.

24. Be to, vadovaujantis teismų praktika, tuo atveju, kai kreipiamasi į subjektą, kurį kelios valdžios institucijos valdo kartu, „analogiška kontrolė“ gali būti šių valdžios institucijų vykdoma bendrai, ir visai nebūtina, kad minėtą kontrolę kiekviena institucijų vykdytų atskirai<sup>12</sup>.

25. Kita vertus, pagal nusistovėjusią teismų praktiką tuo atveju, jeigu privačiai įmonei priklauso nors ir nedidelė bendrovės, kurios dalį kapitalo valdo nagrinėjama perkančioji organizacija, kapitalo dalis, yra akivaizdu, kad perkančioji organizacija negali kontroliuoti minėtos bendrovės taip, kaip ir savo tarnybų.<sup>13</sup>

26. Tą pažymėjus ir grįžtant konkrečiai prie Teisingumo Teismui pateikto prejudicinio klausimo, pirmiausia reikia pažymėti, jog aplinkybė, kad konkursą laimėjęs subjektas, būdamas asociacija, turi privatinės teisės reglamentuojamos organizacijos teisinį statusą, jokių būdu dar nereiškia, kad jam dėl to neįmanoma taikyti „in house“ sandoriams numatytą išimtį<sup>14</sup>. Iš tiesų Teisingumo Teismas jau ne sykį yra pripažinęs galimybę taikyti šią išimtį ir tada, kai konkursą laimėjęs subjektas turi privatinės teisės reglamentuojamos organizacijos, pavyzdžiui, akcinės bendrovės, teisinį statusą<sup>15</sup>.

27. Aplinkybė, kad tiesioginį sandorį sudarantis subjektas nėra pelno siekianti organizacija, neturi reikšmės aiškinantis galimybę taikyti „in house“ sandoriams numatytą išimtį. Iš tiesų šios išimties taikymo pagrindą sudaro perkančiąją organizaciją ir konkursą laimėjusį subjektą siejantis vidaus ryšys, dėl kurio tai nėra dviejų savarankiškų valių, atspindinčių skirtingus teisėtus interesus, sutaptis<sup>16</sup>. Todėl jos taikymo galimybė nepriklauso ne tik nuo konkursą laimėjusio subjekto teisinio statuso, bet ir nuo tuo, ar šis subjektas yra pelno siekianti organizacija, ar ne. Beje, iš teismų praktikos matyti, jog faktas,

10 — Žr. šios išvados 1 punktą.

11 — Žr. minėtą Sprendimą *Econord* (27 punktą ir jame nurodyta teismų praktika).

12 — Ten pat, 28 punktą ir jame nurodyta teismų praktika.

13 — Žr. minėtų sprendimų *Stadt Halle ir RPL Lochau* 49 punktą; 2005 m. lapkričio 10 d. Sprendimą *Komisija prieš Austriją* (C-9/04, Rink. p. I-9705, 46 punktą); 2006 m. balandžio 6 d. Sprendimą *ANAV* (C-410/04, Rink. p. I-3303, 31 punktą); 2008 m. balandžio 8 d. Sprendimą *Komisija prieš Italiją* (C-337/05, Rink. p. I-2173, 38 punktą); minėto Sprendimo *Coditel Brabant* 30 punktą; minėto Sprendimo *Sea* 46 punktą; 2009 m. spalio 15 d. Sprendimą *Acoset* (C-196/08, Rink. p. I-9913, 53 punktą); ir 2010 m. gruodžio 22 d. Sprendimą *Mehiläinen ir Terveystalo Healthcare* (C-215/09, Rink. p. I-13749, 32 punktą).

14 — Šiuo klausimu žr. minėto Sprendimo *Sea* 41 punktą. Taip pat žr. generalinės advokatės C. Stix-Hackl išvados minėtoje byloje *Stadt Halle ir RPL Lochau* 63 punktą.

15 — Be pirmesnėje išnašoje jau minėto Sprendimo *Sea*, žr., *inter alia*, ir minėtų sprendimų *ANAV*, pavyzdžiui, 33 punktą ir *Econord* 29 ir 32 punktus.

16 — Išsamiau šiuo klausimu žr. neseniai minėtoje byloje *Datenlotsen Informationssysteme* mano pateiktą išvadą (41 punktą ir jame pateiktos gausios nuorodos į teismų praktiką).

kad subjektas, ar asociacija, kurie skelbiasi kaip nesiekiantys pelno, jokiū būdu dar nereiškia, kad jie neužsiima ūkine veikla, todėl vien pagal tai sprendžiant dar negalima daryti išvados, kad šiam subjektui neturėtų galioti viešojo pirkimo sutartis reglamentuojančios Europos Sąjungos teisės normos<sup>17</sup>.

28. Kalbant apie aplinkybę, kad tarp konkursą laimėjusio subjekto narių esama ne tik viešojo, bet ir socialinio sektoriaus organizacijų, nereikia pamiršti – kaip jau pažymėta šios išvados 2 ir 25 punktuose – jog nusistovėjusioje savo praktikoje Teisingumo Teismas yra pripažinęs, kad privačiai įmonei turint nors ir nedidelę subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, kapitalo, kurį valdo ir ši „in house“ sandorį ketinanti sudaryti perkančioji organizacija, dalį yra neįmanoma, kad pastaroji galėtų vykdyti reikalingą analogišką to subjekto kontrolę.

29. Vis dėlto, kaip, beje, yra pabrėžęs ir pats prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, pagal minėtą Teisingumo Teismo praktiką perkančioji organizacija akivaizdžiai negali vykdyti analogiškos subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, kontrolės tada, kai privatūs interesai pastarajame įgyvendinami kaip *įmonės* dalyvavimas valdant *įstatinį bendrovės kapitalą*.

30. SUCH atvejis vis dėlto skiriasi nuo minėtųjų, nes, viena vertus, ji nėra įsteigta kaip bendrovė, todėl neturi įstatinio kapitalo, o kita vertus, jos narės, viešajam sektoriui nepriklausančios privačios socialinio solidarumo organizacijos, nebūtinai yra įmonės siaurąja reikšme.

31. Todėl esminis pirmajame prejudiciniame klausime iškeltas aspektas yra būtent šis: ar tokiais aplinkybėmis kaip SUCH turi būti taikomas teismų praktikoje išplėtotas principas, pagal kurį privačių subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, interesų buvimas jau reiškia, kad perkančiajai organizacijai neįmanoma vykdyti analogiškos šio subjekto kontrolės, todėl nėra įmanoma sudaryti su juo tiesioginio sandorio pasinaudojus išimtimi „in house“.

32. Dėl šio aspekto norėčiau pirmiausia priminti, jog Teisingumo Teismas yra ne sykį pakartojęs, kad viešojo pirkimo sritį reglamentuojančių Sąjungos teisės aktų pagrindinis tikslas yra laisvas paslaugų judėjimas ir kuo didesnė konkurencija visose valstybėse narėse<sup>18</sup>. Šis tikslas kiekvieną perkančiąją organizaciją įpareigoja taikyti viešojo pirkimo sritį reglamentuojančias Sąjungos teisės normas tada, kai įvykdomos jose numatytos sąlygos. Tai reiškia, jog bet kokia šios taikymo pareigos išimtis turi būti aiškinama siaurai<sup>19</sup>.

33. Todėl ypatingą dėmesį atkreipiu į tai, kad, vadovaujantis teismų praktika, galimybės taikyti tiesioginį sandorį pagrindžiančią „in house“ išimtį nebuvimas, kai valdant subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, kapitalą dalyvauja privatūs interesai, paremtas dvigubu loginiu pagrindimu. Kaip Teisingumo Teismas jau yra pažymėjęs, santykis tarp viešosios valdžios institucijos, kuri yra perkančioji organizacija, ir jos tarnybų yra grindžiamas motyvais ir poreikiais, susijusiais su viešojo intereso tikslų siekimu, o bet kokia privataus kapitalo investicija į įmonę vykdoma vadovaujantis privatiems interesams būdingais sumetimais ir siekiant kitokio pobūdžio tikslų<sup>20</sup>.

17 — Žr. 2007 m. lapkričio 29 d. Sprendimą *Komisija prieš Italiją*, (C-119/06, Rink. p. I-0168, 37 ir 41 punktai) ir 2009 m. gruodžio 23 d. Sprendimą *CoNISMa* (C-305/08, Rink. p. I-12129, 45 punktas).

18 — Šiuo klausimu žr. minėtą Sprendimą *CoNISMa* (37 punktas ir jame nurodyta teismų praktika) ir minėto Sprendimo *Carbotermo ir Consorzio Alisei* 58 punktą.

19 — Žr., *inter alia*, minėto Sprendimo *Stadt Halle ir RPL Lochau* 44 ir 46 punktus; minėto Sprendimo *Parking Brixen* 63 punktą; minėto Sprendimo *ANAV* 26 punktą. Šiuo klausimu žr. ir mano išvados, neseniai pateiktos minėtoje byloje *Datenlotsen Informationssysteme* 38 punktą.

20 — Žr. minėto Sprendimo *Stadt Halle ir RPL Lochau* 50 punktą ir minėto Sprendimo *Komisija prieš Austriją* 47 punktą.

34. Kita vertus, Teisingumo Teismas taip pat pažymėjo, kad viešojo pirkimo sutarties sudarymas su įmone, kurios kapitalą sudaro valstybinis ir privatus kapitalas, nepaskelbus konkurso pažeistų atviros ir neiškraipytos konkurencijos tikslą ir vienodo požiūrio į suinteresuotuosius asmenis principą, kuris numatytas Direktyvoje 92/50, nes taikant tokią procedūrą dalį įmonės kapitalo turinti privati įmonė atsidurtų palankesnėje situacijoje nei jos konkurentai<sup>21</sup>.

35. Todėl manau, kad abu Teisingumo Teismo plėtojami svarstymai apie privačios įmonės dalyvavimą valdant bendrovės įstatinį kapitalą, sprendžiant iš byloje turimų duomenų, gali būti taikomi ir situacijai, kurioje yra atsidūrusi SUCH.

36. Viena vertus, analizė, rodanti, kad, siekiant privačių interesų, yra vadovaujama kitais sumetimais nei tada, kai siekiama viešojo intereso tikslų, mano nuomone, iš tiesų taikytina ne tik tuo vieninteliu atveju, kai privačių investicijų esama valdant bendrovės kapitalą. Iš tikrųjų atvejis, kai valdant subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, kapitalą dalyvauja tokių subjektų, kokie yra privačios socialinio solidarumo organizacijos, kapitalas, neabejotinai atitinka privataus pobūdžio logiką ir interesus, o tokie gali būti, pavyzdžiui, ir rėmimo ar labdaringos veiklos interesai, kai siekiama nors ir pagirtinų, bet nebūtinai su viešuoju interesu suderinamų tikslų. Šie tikslai, nors kai kuriais atvejais juos būtų galima abstrakčiai apibūdinti kaip bendrojo intereso tikslus, vis dėlto turi elementų, būdingų privačiam interesui, turinčiam, pavyzdžiui, religinės<sup>22</sup> ar asociacijų sferos bruožų, ir nors yra įmanoma, kad tokie elementai papildytų viešąjį interesą, jie pastarajam vis dėlto yra svetimi.

37. Kita vertus, jei negalima paneigti, kad tokios pelno nesiekiančios organizacijos, kaip šios labdaringos organizacijos SUCH narės, gali vykdyti ūkinę veiklą konkuruodamos su kitais ūkio subjektais ir dalyvauti viešojo pirkimo konkursuose<sup>23</sup>, tiesioginis viešojo pirkimo sutarties pasirašymas taikant sandorių „in house“ išimtį šiuo, kaip ir bendrovių, atveju gali sukurti tiems ūkio subjektams pranašumą prieš konkurentus.

38. Visi pateikti svarstymai, mano nuomone, rodo, kad bent jau pagal šiuo metu galiojančią teisę<sup>24</sup> nėra galimybių pripažinti, kad perkančioji organizacija galėtų analogiškai kaip savo tarnybas kontroliuoti pelno nesiekiančią organizaciją, kurios narių dalį, nors ir mažesnę, sudaro privatinės teisės reglamentuojamos ir privačių interesų turinčios ne viešojo sektoriaus įstaigos, kokios ir yra pelno nesiekiančios labdaringos ar socialinio solidarumo asociacijos. Mano manymu, remiantis tuo darytina išvada, kad perkančioji organizacija negali sudaryti su tokiu subjektu „in house“ išimtimi grįsto tiesioginio viešojo pirkimo sandorio. Suprantama, reikalingus patikrinimus dėl šio klausimo dar turės atlikti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas.

39. Tai pripažinus, mano nuomone, vis dėlto reikėtų pateikti dar kai kuriuos paaiškinimus.

40. Pirmiausia faktas, kad valdant subjekto kapitalą dalyvaujant daliai, nors ir nedidelei, privačių interesų turinčios ir pelno nesiekiančios organizacijos kapitalo, tokia aplinkybė pagal šiuo metu galiojančią teisę yra laikoma kliūtimi „in house“ pobūdžio santykiams tarp vienos ar kelių perkančiųjų organizacijų ir tokio subjekto, dar jokiū būdu nereiškia, kad viešųjų sutarčių teisėje nėra galimybių atsižvelgti į socialinio solidarumo, savanorystės ar labdaros organizacijų statusą ir tikslus. Dėl to negalio nepažymėti, kad, viena vertus, ESS 2 straipsnyje solidarumas tiesiogiai pripažįstamas viena iš

21 — Žr. minėto Sprendimo *Stadt Halle ir RPL Lochau* 51 punktą.

22 — Toks atrodo yra – nepažeidžiant prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo kompetencijos atlikti reikalingus patikrinimus – SUCH narių „Misericórdias“ atvejis.

23 — Žr. minėtą Sprendimą *Komisija prieš Italiją* (C-119/06, 37 ir 41 punktai) ir minėto Sprendimo *CoNISMa* 45 punktą.

24 — Iš tiesų šiuo klausimu reikia pažymėti, kad paskutinėje Europos Parlamento ir Tarybos pasiūlymo dėl viešųjų pirkimų direktyvos redakcijoje, kurią dabar svarsto Taryba (Tarybos dokumentas Nr. 11745/13) ir kuria teismo posėdyje rėmėsi Komisija, kaip sąlyga „in house“ sandoriams sudaryti numatytas reikalavimas, kad juridinio asmens, kurį perkančioji organizacija analogiškai kontroliuoja, kapitalo dalies tiesiogiai nevaldytų privatus kapitalas, vis dėlto darant pagal nacionalinę teisę reikalaujamą tokio kapitalo dalies valdymo išimtį, kad nebūtų suteikta kontrolė bei sustabdymo teisės ir sudaryta galimybė daryti lemiamą įtaką tokiam juridiniam asmeniui. Negalima atmesti, kad tuo atveju, jei ši nuostata bus išsaugota galutinėje naujosios direktyvos redakcijoje, kai kuriais konkrečiais atvejais ji galėtų atvesti prie kitokio nuostatos, grįstos šiuo metu galiojančia teise, aiškinimo.



europietišką visuomenės modelį nusakančių vertybių ir kad todėl šia vertybe besiremiančios organizacijos aktyviai prisideda prie europietiškos visuomenės kūrimo laikantis ES Sutarčių<sup>25</sup>. Kita vertus, vadovaujantis šia pastaba tenka konstatuoti, kad solidarumo ir socialinio pobūdžio reikmės nėra svetimos viešojo pirkimo sutartis reglamentuojantiems teisės aktams, ir tai, pavyzdžiui, liudija Direktyvos 2004/18 26 straipsnyje įrašyta nuostata, kurioje numatyta, kad viešosios sutarties įvykdymo sąlygos gali būti susijusios su socialinėmis reikmėmis<sup>26</sup>.

41. Antra, verta pažymėti, jog vien paprasto fakto, kad pelno nesiekiančios asociacijos, kuri yra perkantysis subjektas, įstatuose numatyta, kad jos nariai gali būti subjektai, priklausantys ne tik viešajam, bet ir socialiniam sektoriui, savaime dar nepakanka „in house“ santykio galimybei atmesti, jei tuo momentu, kai pasirašoma viešojo pirkimo sutartis, šios asociacijos narės yra tik viešosios valdžios institucijos. Juk pripažinus, kad ši paprasta įstatuose numatyta galimybė privatiems subjektams būti asociacijos nariais gali neapibrėžtam laikui atidėti jos viešojo ar neviešojo pobūdžio vertinimą, būtų pažeistas teisinio apibrėžtumo principas. Iš to išplaukia, jog tada, kai viešojo pirkimo sutarties, kuri yra bylos dalykas, pasirašymo metu šios asociacijos narės yra tik viešosios valdžios institucijos, į galimybę, kad asociacija įsileis privačius narius, turi būti atsižvelgiama tik tada, jei tuo momentu esama konkrečios perspektyvos, kad tai įvyks artimiausiu metu. Todėl vien paprastos privačių subjektų dalyvavimo asociacijoje galimybės nepakanka daryti išvadą, kad nėra įvykdytas viešosios valdžios institucijai keliamas analogiškos kontrolės reikalavimas<sup>27</sup>.

42. Priešingu atveju, jei viešojo pirkimo sutartis nepaskelbus konkurso būtų pasirašyta su asociacija, kurios visi nariai yra viešosios valdžios institucijos, ir sutarties galiojimo laikotarpiu į šią asociaciją būtų priimti privatūs subjektai, tai būtų esminės viešojo pirkimo sutarties sąlygos pakeitimas, ir reikėtų skelbti konkursą<sup>28</sup>.

43. Iš to, kas anksčiau išdėstyta, aiškėja, kad į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo iškeltą pirmąjį prejudicinį klausimą, mano nuomone, reikia atsakyti taip, kad viešojo pirkimo sutartis reglamentuojančiuose Europos Sąjungos teisės aktuose „in house“ sandoriams numatyta išimtis negali būti taikoma, jei subjektas, su kuriuo perkančioji organizacija ketina pasirašyti sutartį netaikant viešojo pirkimo procedūros, yra privatinės teisės reglamentuojama organizacija, kurios narių dalis, nors ir mažesnė, yra privačių interesų turintys subjektai.

#### B – Dėl antrojo ir dėl trečiojo prejudicinių klausimų

44. Antruoju ir trečiuoju prejudiciniais klausimais, kuriuos, mano nuomone, galima nagrinėti kartu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės teiraujasi, ar įmanoma subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, „analogiška kontrolė“, kai šio subjekto įstatuose esama tam tikrų nuostatų, kuriomis juose numatytuose organuose ypatingi įgaliojimai suteikti viešąjį statusą turintiems nariams ar atsakingam vyriausybės atstovui.

45. Konkrečiau tariant, antruoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės teiraujasi, ar paisoma „analogiškos kontrolės“ reikalavimo, kai subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, kontrolę kartu arba atskirai vykdo viešajam sektoriui priklausančios jo narės, jeigu, remiantis įstatais, subjektas, su kuriuo sudaryta sutartis, turi užtikrinti, kad didžioji dalis balso teisių priklausytų jo nariams, dėl kurių valdymo, priežiūros ir kontrolės įgaliojimus įgyvendina už sveikatos sritį atsakingas vyriausybės narys, atsižvelgiant į tai, kad valdybos daugumą taip pat sudaro viešojo sektoriaus nariai.

25 — Todėl galima, pavyzdžiui, pažymėti, kad Teisingumo Teismas paliko šalims narėms laisvę rinktis sprendžiant dėl socialinės paramos sistemos organizavimo, pripažinęs joms teisę įsileisti į šią sistemą privačius ūkio subjektus, bet tik su sąlyga, kad jie nėra pelno siekiančios organizacijos. Žr. 1997 m. birželio 17 d. Sprendimą *Sodemare ir kt.* (C-70/95, Rink. p. I-3395, 32 punktas).

26 — Šiuo klausimu žr. direktyvos 46 konstatuojamąją dalį.

27 — Šiuo klausimu žr. minėto Sprendimo *Sea* 49, 50 ir 51 punktus.

28 — Šiuo klausimu žr. minėto Sprendimo *Sea* 53 punktą.

46. Trečiuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės teiraujasi, ar paisoma „analogiškos kontrolės“ reikalavimo, kai pagal subjekto, su kuriuo sudaryta sutartis, įstatus jo kontrolės įgaliojimus įgyvendina už sveikatos sritį atsakingas vyriausybės narys, kuris skiria valdybos pirmininką ir jo pavaduotoją ir tvirtina kai kuriuos ypatingus visuotinio susirinkimo sprendimus, t. y. tuos, kurie numatyti SUCH įstatų 3 straipsnyje<sup>29</sup>.

47. Vis dėlto iš atsakymo į pirmąjį prejudicinį klausimą jau matyti, jog nėra galimybės, kad perkančioji organizacija galėtų kontroliuoti subjektą, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, lygiai taip, kaip ir savo tarnybas, jei tokio subjekto kapitalo dalį, nors ir nedidelę, turi privačių interesų turinčios organizacijos. Mano nuomone, iš tokio konstatavimo ši išvada išplaukia logiškai ir yra siauro išimties aiškinimo išraiška, atitinkanti 32 punkte minimą Teisingumo Teismo praktiką, pagal kurią padėties, kai privačių interesų turinčios organizacijos dalyvauja valdant subjektą, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, negali pataisyti tokio subjekto įstatuose galimai įrašytos nuostatos, pagal kurias ypatingi kontrolės ar priežiūros įgaliojimai suteikiami kitiems viešajam sektoriui priklausantiems jo nariams ar atsakingam vyriausybės nariui. Remiantis tuo darytina išvada, kad atsakymas tiek į antrąjį, tiek į trečiąjį prejudicinį klausimą, mano nuomone, turi būti neigiamas.

48. Be kita ko, pažymėsiu, kad faktas, kai atsakingam vyriausybės nariui yra suteiktas įgaliojimas tiesiogiai<sup>30</sup> ar netiesiogiai<sup>31</sup> prižiūrėti subjektą, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, dar nebūtinai reiškia, kad perkančiosios organizacijos, atskirai ar kartu veikdamos, kontroliuos subjektą, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, analogiškai kaip ir savo tarnybas.

49. Juk iš tiesų įgaliojimas valdyti konkursą laimėjusio ūkio subjekto įstatuose numatytus sprendimų priėmimo organus, atsižvelgiant į konkrečiam atvejui būdingas aplinkybes, gali būti laikomas vienu iš elementų, leidžiančių šią galią turinčioms perkančiosioms organizacijoms kontroliuoti tokį subjektą analogiškai kaip savo tarnybas<sup>32</sup>. Vertinant *in abstracto*, tiesa ir tai, jog negalima atmesti, kad specifinėmis konkrečaus atvejo sąlygomis<sup>33</sup> viešosios valdžios institucijoms, kurios kontroliuoja perkančiąsias organizacijas, savo ruožtu kontroliuojančias konkursą laimėjusį ūkio subjektą, priskirti kontrolės ir priežiūros įgaliojimai gali turėti įtakos tokiam pastarojo subjekto valios savarankiškumo suvaržymui, kad jau būtų galima pripažinti, jog minėtos perkančiosios organizacijos vykdo analogišką šio subjekto kontrolę.

50. Vis dėlto, nepaisant šių svarstymų, analogiškos kontrolės buvimas turi būti konstatuojamas konkrečiai siejant ją su perkančiosiomis organizacijomis, kurios ją turi vykdyti dėl subjekto, su kuriuo nori tiesiogiai pasirašyti sutartį, o ne siejant su pačia valstybe, tarpininkaujant atsakingam vyriausybės nariui.

51. Remdamasis tuo, kas buvo išdėstyta, manau, kad į antrąjį ir trečiąjį prejudicinius klausimus atsakymas turėtų būti toks: tada, kai privačių interesų turinčios organizacijos turi nors ir nedidelę subjekto kapitalo dalį, tokio subjekto įstatų nuostatos, pagal kurias ypatingi kontrolės ir priežiūros įgaliojimai suteikiami kitiems viešajam sektoriui priklausantiems jo nariams arba atsakingam vyriausybės nariui, neleidžia teigti, kad esama analogiškos tokio subjekto kontrolės, pateisinančios „in house“ sandoriams numatytos išimties taikymą.

29 — Žr. šios išvados 9 punktą.

30 — Žr. trečiajame prejudiciniame klausime minimą įstatų nuostatą, t. y. SUCH įstatų 3 straipsnį.

31 — Žr. antrame prejudiciniame klausime minimą įstatų nuostatą, t. y. SUCH įstatų 7 straipsnio 2 dalį.

32 — Žr. minėto Sprendimo *Sea* 89 punktą; taip pat šiuo klausimu žr. minėto Sprendimo *Coditel Brabant* 34 punktą ir minėto Sprendimo *Parking Brixen* 69 punktą.

33 — Atvejais, kai privatus asmenys vis dėlto neturi subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, kapitalo dalies.

### C – Dėl ketvirtąjo prejudicinio klausimo

52. Ketvirtuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės teiraujasi, ar aplinkybė, kai subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, yra sudėtinga ir didelė organizacija, veikianti visoje šalies teritorijoje, leidžia tokio subjekto ir viešajam sektoriui priklausančių jo narių santyki kvalifikuoti kaip santyki „in house“, kuriuo remiantis tampa galimas tiesioginis viešojo pirkimo sutarties pasirašymas su tuo subjektu.

53. Ir šis prejudicinis klausimas, kaip ir pirmieji trys, yra susijęs su pirmuoju „Teckal reikalavimu“, tai yra „analogiškos kontrolės“ buvimu. Šios išvados 23 punkte priminiau šio reikalavimo taikymo apimtį pagal Teisingumo Teismo praktiką, kur tai traktuojama kaip struktūrinės, funkcinės ir realios kontrolės forma. Šios išvados 27 punkte, be kita ko, priminiau, kad, vadovaujantis Teisingumo Teismo praktika, „in house“ išimties pagrindas yra subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, savarankiškumo nebuvimas.

54. Todėl iš šių prielaidų matyti, kad organizacijos dydis ir jos struktūros sudėtingumas savaime dar nėra elementai, kuriais remiantis būtų galima patvirtinti, kad perkančioji organizacija iš tiesų vykdo struktūrinę ir funkcinę subjekto kontrolę ir kad todėl, vadovaujantis teismo praktika, jie siejami „analogiškos kontrolės“ santykiu.

55. Vis dėlto tai nereiškia, kad šie elementai yra visiškai nesvarbūs analizei, kuria siekiama nustatyti analogiškos kontrolės buvimą. Iš tiesų tai, kad organizacija yra didelė ir sudėtingos struktūros, mano nuomone, gali būti netiesioginiai elementai, kurie, atliekant kompleksinį visų konkretaus atvejo aplinkybių vertinimą, gali padėti priėti prie išvados, kad tokia organizacija turi tokį savarankiškumo laipsnį, jog analogiškos kontrolės buvimą galimybę tenka atmesti. Todėl būtent toks, mano supratimu, turėtų būti atsakymas į ketvirtąjį prejudicinį klausimą.

### D – Dėl penktojo prejudicinio klausimo

56. Penktuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės teiraujasi, ar galima taikyti „in house“ išimtį, jei subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, veikdamas pagal savo įstatus gali konkurencijos sąlygomis teikti paslaugas viešojo sektoriaus įstaigoms, kurios nėra jo narės, arba privačioms įstaigoms su sąlyga, kad, pirma, dėl to neatsiranda nuostolių ar žalos jo nariams ir tai naudinga jiems ir pačiam subjektui ir, antra, tokios paslaugos sudaro ne daugiau kaip 20 % bendros metinės apyvartos, užfiksuotos ankstesniais finansiniais metais.

57. Visi pirmieji keturi prejudiciniai klausimai yra susiję su pirmuoju *Teckal* reikalavimu, būtent „analogiškos kontrolės“ buvimu, o penktasis prejudicinis klausimas susijęs su antruoju reikalavimu, reikalingu, kad būtų galima taikyti „in house“ išimtį, t. y. su sąlyga, pagal kurią subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, svarbiausią savo veiklos dalį vykdytų su jį kontroliuojančia perkančiąja organizacija arba organizacijomis.

58. Šiuo klausimu reikia priminti, jog Teisingumo Teismas yra patikslinęs, kad šiuo antruoju reikalavimu visų pirma siekiama užtikrinti, kad viešojo pirkimo sutartis reglamentuojantys teisės aktai ir toliau būtų taikomi tada, kai vienos ar kelių organizacijų kontroliuojamas subjektas veikia rinkoje, todėl gali konkuruoti su kitomis įmonėmis. Iš tikrųjų įmonė nebūtinai praranda veiksmų laisvę vien dėl to, kad su ja susijusius sprendimus kontroliuoja institucija, kuriai ji priklauso, jeigu ji dar gali vykdyti didelę dalį savo komercinės veiklos su kitais ūkio subjektais<sup>34</sup>.

34 — Žr. minėto Sprendimo *Carbotermo ir Consorzio Alisei* 60 ir 61 punktus.

59. Taip pat Teisingumo Teismas pabrėžė, kad minimas subjektas svarbiausią savo veiklos dalį vykdo su perkančiąja organizacija arba organizacijomis, kuriai ar kurioms jis priklauso, tik tada, kai jo veikla *iš esmės* ir *daugiausia* yra skirta vien tik minimai perkančiajai organizacijai (ar organizacijoms) ir kai dėl to visa kita jo veikla savo pobūdžiu yra *nežymi*<sup>35</sup>. Tuo atveju, kai subjektą analogiškai kontroliuoja kelios perkančiosios organizacijos, veikla, į kurią reikia atsižvelgti, yra ta, kurią minėtas subjektas vykdo su visomis perkančiosiomis organizacijomis<sup>36</sup>.

60. Be to, Sprendime *Asociación Nacional de Empresas Forestales*<sup>37</sup> Teisingumo Teismas nusprendė, kad tokia sąlyga – nepažeidžiant prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui tenkančios kompetencijos atlikti patikrinimus – laikoma įvykdyta tada, kai subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, apie 90 % savo veiklos vykdo su įstaigomis ir organizacijomis, kurioms jis priklauso<sup>38</sup>.

61. Tai pažymėjus ir grįžtant pirmiausia prie įstatuose įrašytos nuostatos, pagal kurią subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, gali teikti paslaugas konkurencijos sąlygomis tretiesiems subjektams tik su sąlyga, jeigu dėl to neatsiranda nuostolių ar žalos jo nariams ir tai yra jiems naudinga, manau, kad tokia nuostata negali būti antrosios *Teckal* sąlygos taikymo kliūtis, nes joje numatytas tokio subjekto veiklos, vykdomos laisvomis konkurencijos sąlygomis, apribojimas.

62. Svarbesnis atrodo klausimas, kuriuo siekiama nustatyti, ar minėta sąlyga įvykdoma, kai subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, 20 % savo visos metinės apyvartos sukuria iš veiklos su viešojo sektoriaus įstaigomis, kurios nėra jo narės, arba privačiomis įstaigomis, tai yra dirbdamas su trečiaisiais subjektais. Dėl šio aspekto, mano supratimu, turėtų būti taikomas šios išvados 32 punkte minėtos teismo praktikos reikalaujamas siauras nagrinėjamos išimties aiškinimas. Be kita ko, tuo atveju, kai subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, 20 % savo veiklos vykdo laisvos konkurencijos sąlygomis, o ne perkančiųjų organizacijų, kurioms jis priklauso, naudai, manau, kad negalima teigti, jog – kaip reikalaujama pagal šios išvados 59 punkte minimą teismo praktiką – savo veiklą *iš esmės* ir *daugiausia* jis vykdo vien tik jį kontroliuojančių perkančiųjų organizacijų naudai ir kad dėl to visa kita jo veikla savo pobūdžiu yra visai *nežymi*. Juk iš tiesų veikla, sudaranti penktąją dalį visos veiklos, mano nuomone, vien jau kiekybiniu požiūriu negali būti laikoma *nežymia*.

63. Todėl manau, kad pagal šiuo metu galiojančią teisę<sup>39</sup> atsakymas į penktąjį prejudicinį klausimą turi būti toks: „in house“ išimtis negali būti taikoma, jei subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, veikdamas pagal savo įstatus gali teikti paslaugas konkurencijos sąlygomis viešojo sektoriaus įstaigomis, kurios nėra jo narės, arba privačiomis įstaigomis, ir ši jo veikla sudaro bent 20 % jo bendros metinės apyvartos, užfiksuotos ankstesniais finansiniais metais.

35 — Ten pat, 62 ir 63 punktai (išskirta mano).

36 — Ten pat, 70 ir 71 punktai.

37 — Minėtas Sprendimas C-295/05.

38 — Ten pat, 63 punktas.

39 — Iš tiesų reikia pažymėti, kad paskutinėje Europos Parlamento ir Tarybos pasiūlymo dėl viešųjų pirkimų direktyvos redakcijoje, kuri minėta šios išvados 24 išnašoje, yra tiesiogiai numatyta, kad „in house“ išimtis gali būti taikoma su sąlyga, kad nagrinėjamas subjektas, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, daugiau nei 80 % savo veiklos vykdo jį kontroliuojančios perkančiosios organizacijos ar organizacijų naudai (žr. 11 straipsnio 1 dalies b punktą). Akivaizdu, jog tuo atveju, jei minėta riba tokioje direktyvoje būtų patvirtinta, tai atspindėtų teisės aktų leidėjo pasirinkimą, ateityje turėsiantį įtakos galiojančios teisės pokyčiams. Vis dėlto, mano nuomone, šiuo metu galiojančios teisės aiškinimui tai neturi jokios įtakos.

## E – Dėl šeštojo prejudicinio klausimo

64. Į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo iškeltą šeštąjį prejudicinį klausimą atsakymas turi būti pateiktas, kaip nurodo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, tik tada, jei nė vieno atsakymo į pirma pateiktus klausimus, imant atskirai, nepakaktų tam, kad būtų galima nuspręsti, yra ar nėra įvykdytos sąlygos, kuriomis galima taikyti „in house“ išimtį. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas tada klausia, ar iš visų šių atsakymų galima susidaryti nuomonę, kad minima išimtis gali būti taikoma šiuo pagrindinėje byloje nagrinėjamu atveju.

65. Remdamasis atsakymais į pirmuosius penkis prejudicinius klausimus manau, kad jeigu Teisingumo Teismas pritartų mano požiūriui, tai į šį klausimą galėtų neatsakyti. Juk iš šių atsakymų, ypač iš atsakymų į pirmąjį ir penktąjį prejudicinius klausimus, matyti, kad atvejui, nagrinėjamam prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teisme, čia minima išimtis pagal šiuo metu galiojančią teisę<sup>40</sup> negali būti taikoma, neatsižvelgiant net ir į tai, kokia nuomonė susidarytų vertinant visus minėtus atsakymus kartu. Todėl siūlau Teisingumo Teismui į šį prejudicinį klausimą neatsakyti.

## V – Išvada

66. Atsižvelgdamas į šiuos samprotavimus, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į *Supremo Tribunal Administrativo* pateiktus prejudicinius klausimus:

Viešojo pirkimo sutartis reglamentuojančiuose Europos Sąjungos teisės aktuose „in house“ sandoriams numatyta išimtis negali būti taikoma, jei subjektas, su kuriuo perkančioji organizacija ketina pasirašyti sutartį tiesiogiai, neskelbdama viešojo pirkimo konkurso, yra privatinės teisės reglamentuojamas subjektas, kurio narių dalį, nors ir mažą, sudaro privačių interesų turintys subjektai. Tokiu atveju subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, įstatuose įrašytos nuostatos, pagal kurias ypatingi kontrolės ar priežiūros įgaliojimai suteikiami likusiems viešajam sektoriui priklausantiems jo nariams arba atsakingam vyriausybės nariui, neleidžia teigti, kad esama analogiškos tokio subjekto kontrolės, pateisinančios „in house“ sandoriams numatytos išimties taikymą.

Organizacijos dydis ir struktūros sudėtingumas gali būti netiesioginiai elementai, kurie atliekant kompleksinį visų konkretaus atvejo aplinkybių vertinimą gali padėti priėti prie išvados, jog šios organizacijos savarankiškumo laipsnis yra toks, kad analogiškos kontrolės buvimo galimybę tenka atmesti.

„In house“ išimtis negali būti taikoma tada, kai subjekto, su kuriuo ketinama pasirašyti sutartį, įstatuose yra numatyta, kad jis gali konkurencijos sąlygomis teikti paslaugas tretiesiems asmenims, ir ši jo veikla sudaro bent 20 % jo bendros metinės apyvartos, užfiksuotos ankstesniais finansiniais metais.

40 — Žr. 24 ir 38 išnašas.