

GENERALINIO ADVOKATO

L. A. GEELHOED IŠVADA,
pateikta 2006 m. rugsėjo 28 d.¹

I — Įžanga

1. Ši byla susijusi su tuo, ar Bendrijos teisė, o ypač Bendrijos direktyvas dėl viešojo pirkimo sutarčių sudarymo², EB 12, 43, 46 straipsnius ir EB 86 straipsnio 1 dalį atitinka nacionaliniuose įstatymuose nustatytas režimas, taikomas valstybės įmonei, kuri buvo įsteigta pagal privatinę teisę ir kuri pagal šį režimą yra viešųjų valdžios institucijų „instrumentas“ arba vykdomoji tarnyba, tačiau kuri lygiai taip pat gali atlikti darbus

kitoms viešosioms institucijoms nei tos, kurių vykdomoji tarnyba ji yra, taip pat privačioms įmonėms ir organizacijoms. Be to, kompetentingos viešosios valdžios institucijos gali paprašyti, kad šis juridinis asmuo suteiktų kitas paslaugas nei tos, kurios susijusios su šiam asmeniui įstatymu suteikta kompetencija.

1 — Originalo kalba: olandų.

2 — Antrajame klausime prašymą priimti prejudicinį sprendimą patekęs nacionalinis teismas nurodo tik 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvą 93/36/EEB dėl viešojo prekių pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 199, p. 1) ir 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvą 93/37/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 199, p. 54), kurias vėliau pakeitė ir kodifikavo 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, p. 114). Vis dėlto TRAGSA veiklos apibūdinimas atitinkamuose Ispanijos teisės aktuose leidžia manyti, kad ši veikla gali būti susijusi su paslaugų teikimu ir vandens tiekimu. Taigi išlieka tikimybė, kad pagrindinės bylos faktinėms aplinkybėms gali būti taikoma 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyva 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 209, p. 1) ir 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyva 93/38/EEB dėl subjektų, vykdančių savo veiklą vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo (OL L 199, p. 84), kurias dabar pakeitė 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/17/EB dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo (OL L 134, p. 1). Glaustumo dėlei toliau šioje išvadoje kalbėsiu apie „viešųjų pirkimų direktyvas“ apskritai.

2. Šie klausimai buvo iškelti nagrinėjant *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (toliau – ASEMFO) ieškinį prieš *Empresa de Transformación Agraria SA* (toliau – TRAGSA), kuriame ASEMFO kaltina TRAGSA, kad ši, nesilaikydama Ispanijos teisės aktuose įtvirtintos viešųjų pirkimų tvarkos, pažeidžia Ispanijos konkurencijos teisę ir taip piktnaudžiauja dominuojančia padėtimi miškininkystės darbų, paslaugų ir projektų rinkoje. Nagrinėdamas ASEMFO apeliacinį skundą dėl *Audienca Nacional* (Nacionalinio aukštojo teismo) *Sala de lo Contencioso-Administrativo* (administracinių bylų kolegijos) sprendimo, Ispanijos *Tribunal Supremo*

(Aukščiausiasis teismas) galiausiai nusprendė pateikti klausimus Teisingumo Teismui, kad šis priimtų prejudicinį sprendimą.

II — Teisinis pagrindas

A — Nacionalinės teisės aktai

3. Kad geriau suprastume Teisingumo Teismui pateiktų klausimų praktinę ir teisinę reikšmę, labiau nei įprastai būtina išsami TRAGSA taikytinų plačių ir sudėtingų nacionalinės teisės aktų santrauka.

4. TRAGSA buvo įsteigta 1977 m. gegužės 24 d.³ pagal 1977 m. sausio 21 d. Karaliaus dekretą Nr. 379/1977, leidusį ją įsteigti kaip

valstybės įmonę. Jos teisinį statusą iš dalies reglamentuoja bendrosios taisyklės, taikomos privatinės teisės reguliuojamoms įmonėms, o iš dalies – bendrosios taisyklės, taikomos valstybės įmonėms. Iš pradžių jos, kaip bendrovės, tikslai buvo išdėstyti Karaliaus dekreto Nr. 379/1977 2 straipsnyje. Vėliau šie tikslai papildyti 1984 m. vasario 8 d. Karaliaus dekretu Nr. 424/1984 ir 1985 m. liepos 17 d. Karaliaus dekretu Nr. 1422/1985. Šiandien jos pagrindinė veikla apima įvairių darbų, instaliacijų ir studijų vykdymą, paslaugų teikimą ir planų bei projektų rengimą žemės ūkio ir miškininkystės srityje; fizinės aplinkos, žuvininkystės ūkių, pačios žuvininkystės ir gamtos apsaugą bei būklės gerinimą.

3 — Rašytinių pastabų 3 išnašoje Komisija pažymi, kad ankstesnis 1973 m. Įstatymas dėl žemės reformos ir vystymo konkrečiai numatė žemės reformai vykdyti įsteigti įmonę, kuri būtų valstybės instrumentas žemės vystymo srityje. TRAGSA įsteigimas yra susijęs su siekiu suteikti *Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario* (Nacionalinis žemės ūkio reformos ir vystymo institutas, toliau – *IRYDA*) juridinio asmens statusą. Tai akivaizdu iš Karaliaus dekreto Nr. 379/1977 preambulės, kurioje paaiškinta, kad „pasitelkiant įmonę, kuri turėtų juridinio asmens statusą pagal privatinę teisę“ siekiama vykdyti „<...> darbus, šiuo metu patikėtus instituto *Parque de Maquinaria*, t. y. darbus, kurių negalima pavesti privačioms įmonėms dėl to, kad jie reikalauja specializacijos tam tikroje srityje, taip pat didelių erdvių ir laiko sąnaudų, dėl to, kad būtina laikytis tokių įvykdymo terminų, kurių jokių būdu negalima atidėti, ir kad šie darbai yra beveik arba netgi visiškai nepelningi, kai, pavyzdžiui, vyriausybė uraganų arba panašių stichinių nelaimių atveju nurodo institutui imtis skubių priemonių padėti stichinių nelaimių aukoms <...>“

5. Remiantis Ispanijos 1997 m. gruodžio 30 d. Įstatymo Nr. 66/97 dėl mokestinių, administracinių ir socialinių priemonių 88 straipsniu, TRAGSA yra valstybės įmonė Bendrojo biudžeto įstatymo 6 straipsnio

3 dalies a punkto prasme, teikianti paslaugas daugiausia kaimo vietovių vystymo ir aplinkos išsaugojimo srityje. Ji yra „administracijos instrumentas ir vykdomoji tarnyba“, kuri privalo pati arba per dukterines įmones atlikti visus darbus, kuriuos jai paveda centrinė viešoji administracija, autonominės sritys arba joms pavaldžios viešosios valdžios institucijos.

6. Galiausiai TRAGSA teisinis statusas nustatytas 1999 m. gegužės 5 d. Karaliaus dekretu Nr. 371/1999, detalizuojančiame „žemės reformų akcinei bendrovei“ (TRAGSA) taikomą režimą.

7. Reikalaujama, kad TRAGSA vykdytų administracijos pavestus darbus ir veiklą. Šis reikalavimas konkrečiai apima tuos darbus, kurie jai priskiriami kaip „administracijos instrumentui ir vykdomajai tarnybai“ jos, kaip bendrovės, tikslų apibrėžtose srityse (Karaliaus dekretu Nr. 371/1999 3 straipsnio 2 dalis). Be to, reikalaujama, kad TRAGSA pirmenybę teiktų skubiems ir neįprastiems darbams, reikalingiems įvykus stichinėms nelaimėms arba panašiams įvykiams (Karaliaus dekretu Nr. 371/1999 3 straipsnio 3 dalis). Ji negali atsisakyti jai pavesto darbo arba derėtis dėl įvykdymo termino, be to, priskirtus darbus privalo vykdyti laikydamosi pateiktų instrukcijų (Karaliaus dekretu Nr. 371/1999 5 straipsnio 3 dalis).

8. Karaliaus dekretu TRAGSA santykiai su centrine ir decentralizuotomis viešosiomis administracijomis apibūdinami kaip instrumentinio, o ne sutartinio pobūdžio, todėl visais atžvilgiais tai yra vidaus, priklausomybės ir (TRAGSA atžvilgiu) pavaldumo santykiai (Dekreto 3 straipsnio 6 dalis).

9. Pagal TRAGSA atžvilgiu taikomą finansinę sistemą jai pavestas darbas apmokamas taikant Karaliaus dekretu Nr. 371/1999 4 straipsnyje numatytą įkainių sistemą. Dėl įkainių sprendžia jungtinis ministerijų atstovų komitetas, iš dalies remdamasis TRAGSA pateikta informacija apie išlaidas.

10. TRAGSA savo veikloje gali pasitelkti privačias įmones (Karaliaus dekretu Nr. 371/1999 5 straipsnis). Vis dėlto tokiam bendradarbiavimui su privačiais rangovais taikoma nemažai apribojimų: darbai gali būti susiję tik su kilnojamųjų daiktų apdirbimu arba gamyba, ribojama sudaromų kontraktų vertė, o atrenkant privačius partnerius turi būti laikomasi viešiesiems konkursams taikomų principų (paskelbimo ir konkurencijos).

11. Čia taip pat reikėtų pažymėti, kad TRAGSA gali veikti ir kaip privati įmonė, netgi administracijos atžvilgiu, ir šiuo atveju nėra reikalaujama, kad ji išlaikytų savo, kaip

„administracijos instrumento arba vykdomosios tarnybos“, statusą. Pagal Karaliaus dekreto Nr. 371/1999 1 straipsnį tokiais atvejais jos veiklą reglamentuoja bendrosios komercinėms įmonėms taikomos taisyklės.

12. XX a. 9 dešimtmetyje, įsigaliojus 1978 m. Ispanijos Konstitucijai, kuri kompetenciją žemės ūkio ir aplinkos apsaugos srityje iš centrinės viešosios administracijos perdavė autonominėms sritims ir regionams (toliau – autonominės sritys), reikšmingai pasikeitė administracinis kontekstas, kuriame veikia TRAGSA. Administracinės kompetencijos perleidimas neišvengiamai susijęs su išteklių ir instrumentų, reikalingų šiai kompetencijai realizuoti, perleidimu. Dėl šios priežasties dar prieš EB sutarties įsigaliojimą Ispanijoje TRAGSA buvo perleista autonominėms sritims, kad pastarosios galėtų vykdyti savo kompetenciją.

13. Centrinė viešoji administracija viešąją kompetenciją, kurią ji vykdė TRAGSA atžvilgiu, autonominėms sritims perleido viešosios teisės susitarimais, kuriuos kiekviena iš sričių sudarė su TRAGSA ir kuriuose buvo įtvirtintos taisyklės, pagal kurias TRAGSA pasitelkiama kaip atitinkamos autonominės srities „instrumentas“. Tokius susitarimus su TRAGSA sudarė didžioji dauguma autonominių sričių, tačiau tik keturios iš jų tapo šios bendrovės akcininkėmis.

14. Tačiau pagal galiojančius Ispanijos įstatymus ir kitus teisės aktus autonominė sritis neprivalo tapti TRAGSA akcininke, kad galėtų naudotis jos paslaugomis: TRAGSA veikia kaip autonominių sričių „instrumentas“, todėl paprastai nėra jokio skirtumo, ar ši sritis turi TRAGSA akcijų, ar ne. Ši aplinkybė kyla iš Įstatymo Nr. 66/97, kuriame nustatyta, kad regionai gali, tačiau neprivalo būti TRAGSA akcininkais.

15. Norint įvertinti klausimus, dėl kurių Teisingumo Teismui pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, taip pat reikėtų pacituoti dar kelias su viešaisiais pirkimais susijusių Ispanijos teisės aktų nuostatas, lemiančias teisinį pagrindą, kuriame veikia ir iki šiol veikia TRAGSA, remdamasi savo, kaip valstybės įmonės, teisiniu statusu.

Viešųjų pirkimų įstatymo, patvirtinto 1965 m. balandžio 8 d. Karaliaus dekreto Nr. 923/1965, 60 straipsnis numato:

„Pati Administracija gali tiesiogiai vykdyti darbus tik šiomis aplinkybėmis:

1. Administracijai priklauso numatomiems darbams atlikti tinkami fabrikai, įranga,

dirbtuvės arba techninės ar pramonės tarnybos; tokiu atveju paprastai turi būti naudojamosi šia darbų vykdymo sistema.“

„Administracija gali vykdyti darbus per savo tarnybas, panaudodama turimus žmogiškuosius ar materialinius išteklius arba bendradarbiaudama su privačiais rangovais, su sąlyga, kad šiuo atveju darbų vertė yra mažesnė nei 5 923 624 eurai, ir tai prilysta 5 000 000 specialių balsavimo teises suteikiančių akcijų, jeigu yra viena iš šių aplinkybių:

1995 m. gegužės 18 d. Viešųjų pirkimų įstatymo Nr. 13/1995 153 straipsnis nustato:

„1. Administracija gali vykdyti darbus per savo tarnybas, panaudodama turimus žmogiškuosius ar materialinius išteklius arba bendradarbiaudama su privačiais rangovais, su sąlyga, kad šiuo atveju darbų finansinė vertė yra mažesnė nei 681 655 208 ESP, neįskaitant PVM, jeigu yra viena iš šių aplinkybių:

a) Administracijai priklauso numatomiems darbams atlikti tinkami fabrikai, įranga, dirbtuvės arba techninės ar pramonės tarnybos; tokiu atveju paprastai turi būti naudojamosi šia darbų vykdymo sistema.“

a) Administracijai priklauso numatomiems darbams atlikti tinkami fabrikai, įranga, dirbtuvės arba techninės ar pramonės tarnybos; tokiu atveju paprastai turi būti naudojamosi šia darbų vykdymo sistema.“

Viešųjų pirkimų įstatymo 194 straipsnyje nustatyta:

Viešųjų pirkimų įstatymo redakcijos, patvirtintos 2000 m. sausio 16 d. Karaliaus dekretu Nr. 2/2000, 152 straipsnyje nurodyta:

„Administracija gali gaminti kilnojamuosius daiktus, per savo tarnybas panaudodama turimus žmogiškuosius ar materialinius išteklius arba bendradarbiaudama su privačiais

rangovais, su sąlyga, kad šiuo atveju darbų vertė yra mažesnė nei nurodyta 177 straipsnio 2 dalyje, jeigu yra viena iš šių aplinkybių:

- a) Administracijai priklauso numatomiems darbams atlikti tinkami fabrikai, įranga, dirbtuvės arba techninės ar pramonės tarnybos; tokiu atveju paprastai turi būti naudojamosi šia darbų vykdymo sistema.“

taikomas, jeigu paslaugoms vykdyti TRAGSA pasitelkia privačius rangovus. Tokiu atveju tai būtų atitinkamos administracijos galimybė, bet ne pareiga.

17. Galiausiai norėčiau pažymėti, kad pati TRAGSA yra perkančioji organizacija. Tai akivaizdu iš Įstatymo Nr. 66/97, iš dalies pakeisto Įstatymu Nr. 53/2002, 88 straipsnio 7 dalies.

B — Kita informacija apie TRAGSA struktūrą ir veiklą

16. Kaip aiškina prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs nacionalinis teismas, pirmesniuose punktuose cituojamos teisės normos apibendrina įvairias sąlygas, kurioms esant administracijai leidžiama vykdyti darbus pačiai, įskaitant sąlygą dėl išteklių turėjimo, kaip yra TRAGSA ir jos veiklos atveju. Ši sąlyga nesiejama su jokių kitų detalesniu reikalavimu arba aplinkybe, pavyzdžiui, skubos arba viešojo intereso priežastimis. Pastarosioms taikoma atskira nuostata: „vykdant darbus, kurie pagal šio Įstatymo nuostatas laikomi skubiais“⁴. Todėl vienintelis reikalavimas, kad administracija galėtų tokioms savo tarnyboms kaip TRAGSA ir jos dukterinės įmonės patikėti bet kokius darbus, yra tokių tarnybų turėjimas, o vienintelis apribojimas – kiekybinis ir jis

18. Savo rašytinėse pastabose Komisija pateikė nemažai informacijos apie TRAGSA struktūrą ir veiklą. Ši informacija daug ką paaiškina apie pirmiau aprašytus teisinius ir administracinius pagrindus ir gali būti svarbi, vertinant Teisingumo Teismui pateiktus klausimus ir į juos atsakant.

19. Šiuo metu didžioji dauguma TRAGSA akcijų (daugiau nei 99%) tiesiogiai arba netiesiogiai priklauso Ispanijos valstybei. Keturių autonominių sričių turima akcijų dalis yra simbolinė – kartu paėmus ji

⁴ — Šiuo metu galiojančios 2000 m. redakcijos 152 straipsnio 1 dalies d punktas.

prilygsta mažiau nei 1 % TRAGSA akcinio kapitalo.

20. Ilgainiui TRAGSA veikla pasidarė labai įvairi. Šalia tradicinės veiklos, pavyzdžiui, infrastruktūros projektavimo ir statybos, taip pat kitų darbų žemės ūkio gamybai ir galvijininkystei modernizuoti, vis svarbesnės tampa tausojantį vandens naudojimą skatinančios technologijos, veikla, susijusi su fizinės aplinkos ir gamtos, taip pat kaimo vietovių istorinio ir kultūrinio paveldo apsauga. Be to, skatinama miškininkystė, saugomi žuvų ištekliai ir žuvininkystės ūkiai.

21. TRAGSA finansuojama iš mokėjimų, gaunamų už darbus. 2004 m. finansiniais metais jos apyvarta siekė 674 milijonus eurų, o pelnas, atskaičius pelno mokestį, – 22,24 milijono eurų.

22. Daugiau nei pusę TRAGSA ir jos dukterinių įmonių⁵ apyvartos sudaro paja-

mos už darbus autonominėms sritims. Tai visiškai suprantama, nes autonominės sritys vykdo didžiąją dalį viešosios valdžios įgaliojimų tose srityse, kuriose veikia ši įmonė. Apie 30 % apyvartos sudaro pajamos iš Ispanijos centrinės viešosios administracijos, apie 5 % – iš kitų viešosios valdžios institucijų, įskaitant vietos valdžios institucijas, o 2–3,5 % – iš privačių įmonių.

23. Komisija tvirtina, kad turimi skaičiai neleidžia nustatyti, kokią bendros apyvartos dalį sudaro pajamos iš TRAGSA veiklos, vykdomos realizuojant TRAGSA, kaip administracijos „instrumento arba vykdomosios tarnybos“, kompetenciją.

24. Manychiau, kad prieš pereinant prie išsamaus *Tribunal Supremo* pateiktų klausimų vertinimo, būtų naudinga, remiantis pirmiau išdėstytais pastebėjimais, pateikti šiuos apibendrinimus:

Būdama (pirmiausia) autonominių sričių instrumentas, TRAGSA, kaip juridinis asmuo, beveik visiškai priklauso Ispanijos valstybei, valdančiai daugiau nei 99 % jos akcinio kapitalo.

5 — Komisija taip pat teigia, kad TRAGSA turi kelias užsienio dukterines įmones. Tačiau posėdyje TRAGSA nurodė, kad šiuo metu šios įmonės yra arba likviduotos, arba kitaip visiškai ar beveik nutraukusios veiklą.

Pagal savo statusą būdama visiškai autonomiška vykdančioji organizacija, TRAGSA, teikdama paslaugas centrinei viešajai administracijai ir autonominiams sritims, visiškai laikosi įsakymų ir instrukcijų, šių administracijų pateiktų vykdant viešuosius įgaliojimus: reikalaujama, kad TRAGSA priimtų jai pavestus darbus ir vykdytų juos, laikydamasi pateiktų specifikacijų, įvykdymo terminų ir teisės aktuose nustatytų įkainių.

cijos ir autonominių sričių instrumentas. Vis dėlto, remiantis turima informacija, tokios veiklos apimtį negalima tiksliai nustatyti, nes dalį savo veiklos TRAGSA vykdo per dukterines įmones.

III — Faktinės aplinkybės, procedūra ir klausimai, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą

Pagal Ispanijos teisės aktus viešųjų pirkimų srityje įmanomos situacijos, kai TRAGSA gautų tokius centrinės viešosios administracijos ir autonominių sričių užsakymus, kurie neturi nieko bendra su viešųjų įgaliojimų ar pareigų vykdymu, kurie pavedami TRAGSA tik todėl, kad ji yra vykdomoji tarnyba, ir kuriuos lygiai taip pat vykdo privatus ūkio subjektai įprastomis rinkos sąlygomis⁶.

25. 1996 m. vasario 23 d. ASEMFO pateikė skundą Ispanijos konkurencijos tarnybai, kuriame kaltino TRAGSA, kad ši piktnaudžiauja dominuojančia padėtimi Ispanijos miškininkystės (darbų, paslaugų ir projektų) rinkoje, nes jos viešieji klientai nesilaiko 15 punkte nurodytame 1995 m. gegužės 18 d. *Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Publicas* (Viešųjų pirkimų įstatyme Nr. 13/1995) numatytos viešojo prikimo sutarčių sudarymo tvarkos.

Įstatyminių ir administracinių taisyklių sistema, pagal kurią veikia TRAGSA, tiesiogiai ir numanomai leidžia kitą veiklą nei ta, kurią ji vykdo kaip centrinės viešosios administra-

ASEMFO nuomone, TRAGSA operacijoms taikomas specifinis režimas leidžia šiai bendrovei vykdyti daug darbų tiesioginiu centrinių ar decentralizuotų valdžios institucijų užsakymu, nerengiant jokio konkurso. Dėl šios priežasties Ispanijoje nėra jokios konkurencijos paslaugų ir darbų rinkoje žemės ūkio ir miškininkystės srityse.

⁶ — TRAGSA ir Ispanijos vyriausybė pažymėjo, kad įstatymai neleidžia TRAGSA dalyvauti viešųjų pirkimų procedūrose, kai jas organizuoja centrinė viešoji administracija arba autonominės sritys. TRAGSA gali dalyvauti tik tose viešųjų pirkimų procedūrose, kurias organizuoja kitos viešosios valdžios institucijos, išskyrus centrinę viešąją administraciją ir autonomines sritys.

26. 1997 m. spalio 16 d. Konkurencijos tarnybos sprendimu šis skundas buvo atmetas. Tarnyba nusprendė, kad šiuo konkrečiu atveju TRAGSA buvo administracijos „instrumentas“ arba vykdomoji tarnyba, neturinti savarankiškos teisės priimti sprendimų ir privalanti vykdyti jai nurodytus darbus. Taigi šis atvejis yra susijęs su perkančiosios organizacijos ir rangovo santykiais pačios viešosios administracijos viduje, o TRAGSA operacijos neturi nieko bendra su rinka arba konkurencijos teise, taikoma privatioms ir viešosioms įmonėms.

27. ASEMFO apskundė šį sprendimą *Tribunal de Defensa de la Competencia* (Konkurencijos teismui). 1998 m. kovo 30 d. Sprendimu šis teismas atmetė ieškinį, remdamasis tais pačiais pagrindais, kaip ir Konkurencijos tarnyba. Jis pabrėžė, kad veikla, kurią TRAGSA vykdo atitinkamų valdžios institucijų naudai, turi būti vertinama kaip pačių šių institucijų atliekama veikla. Klausimą dėl konkurencijos teisės pažeidimo galima būtų kelti tik tada, jeigu TRAGSA veiktų savarankiškai kaip valstybės įmonė.

28. Tuomet ASEMFO apskundė šį sprendimą apeliacine tvarka *Audienca Nacional* administracinių bylų kolegijai, kuri 2001 m. rugsėjo 26 d. Sprendimu patvirtino Konkurencijos teismo sprendimą.

29. Galiausia ASEMFO apskundė šį sprendimą kasacine tvarka *Tribunal Supremo*

(Aukščiausiam teismui), teigdama, kad TRAGSA yra valstybės įmonė, todėl ji negali būti laikoma administracijos „instrumentu“ arba vykdomąja tarnyba, kuriai netaikomos Bendrijos viešųjų pirkimų taisyklės, ir kad toks TRAGSA teisinis statusas, koks apibrėžtas Įstatymo Nr. 66/1997 88 straipsnyje, yra nesuderinamas su Bendrijos teise.

30. Aukščiausiam teismui iškilo nemažai abejonių dėl TRAGSA taikytino teisinio režimo atitikties Bendrijos teisei.

31. Todėl jis nusprendė, kad prejudiciniam sprendimui priimti Teisingumo Teismui reikėtų pateikti šiuos klausimus:

1. Ar pagal EB 86 straipsnio 1 dalį Europos Sąjungos valstybė narė gali ex lege suteikti valstybės įmonei teisinį statusą, leidžiantį jai vykdyti darbus išvengiant bendrosios viešojo pirkimo sutarčių sudarymo konkurso būdu tvarkos taikymo, jei nėra jokių ypatingų su skuba

arba viešuoju interesu susijusių aplinkybių, nepaisant to, viršijama ar neviršijama Europos direktyvose šiuo atžvilgiu nustatyta finansinės vertės riba?

Procedūra Teisingumo Teisme

32. Rašytines pastabas pateikė ASEMFO, TRAGSA, Ispanijos vyriausybė, Lietuvos vyriausybė ir Komisija. 2006 m. birželio 15 d. posėdyje TRAGSA, Ispanijos vyriausybė ir Komisija pateikė papildomos informacijos savo pozicijai pagrįsti.

2. Ar toks teisinis statusas yra suderinamas su 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvomis 93/36/EEB ir 93/37/EEB, 1997 m. spalio 13 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 97/52/EB ir 2001 m. rugsėjo 13 d. Komisijos direktyva 2001/78/EB, iš dalies keičiančia tris pirmąsias direktyvas, t. y. teisės aktais, kurie neseniai buvo nauja redakcija išdėstyti 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvoje 2004/18/EB?

IV — Vertinimas

A — Išankstinės pastabos

33. TRAGSA, Ispanijos vyriausybė ir Komisija iš dalies užginčijo klausimų, dėl kurių Teisingumo Teismui pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, priimtinumą.

3. Bet kuriuo atveju ar Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2003 m. gegužės 8 d. Sprendimo C-349/97, Ispanijos Karalystė prieš Komisiją motyvai yra taikytini TRAGSA ir jos dukterinėms įmonėms, atsižvelgiant į Teisingumo Teismo praktiką viešojo pirkimo sutarčių sudarymo srityje ir į tai, kad administracija paveda TRAGSA daug į laisvos konkurencijos sritį nepatenkančių darbų ir kad tokia situacija gali reikšmingai iškraipyti atitinkamą rinką?

34. Mano nuomone, turint omenyje faktinių ir teisinių aplinkybių Ispanijoje sudėtingumą, pagal Teisingumo Teismo praktiką neišnagrinėjus klausimų, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, esmės neįmanoma tinkamai įvertinti pateiktų abejonių dėl šių klausimų svarbos ir jų reikalingumo sprendimui pagrindinėje byloje priimti.

35. Dėl šios priežasties klausimų, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, priimtinumą nagrinėsiu tik šios išvados pabaigoje.

atlygi tiekti prekes ir (arba) teikti paslaugas turėjo subjektai, kuriuos šios perkančiosios organizacijos daugiau ar mažiau kontroliavo ir kurie didžiąją dalį savo veiklos vykdė šių perkančiųjų organizacijų naudai.

36. Visose rašytinėse pastabose, taip pat posėdyje daug dėmesio buvo skirta Teisingumo Teismo sprendimams dėl Bendrijos teisės taikymo viešojo prekių, paslaugų ir darbų pirkimo sutarčių sudarymui⁷ ir administracijos suteikiamoms koncesijoms⁸, kai valdžios institucija, kuri yra perkančioji organizacija, kontroliuoja atskirą nagrinėjamą įmonę taip, kaip savo tarnybas, ir kai tokia įmonė didžiąją savo veiklos dalį vykdo kontroliuojančiosios valdžios institucijos ar institucijų naudai⁹.

38. Vis dėlto nagrinėjamoje byloje klausimų, dėl kurių buvo pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, faktinės ir teisinės aplinkybės skiriasi nuo 7 išnašoje nurodytų sprendimų aplinkybių šiais dviem aspektais:

37. Kaip teisingai posėdyje pažymėjo Komisija, šie sprendimai buvo priimti nagrinėjant tokias situacijas, kai perkančiosios organizacijos sudarė sutartis, pagal kurias už piniginių

Ispanijos centrinė viešoji administracija ir autonominės sritys yra TRAGSA perkančiosios organizacijos griežtai hierarchine prasme, nes TRAGSA negali atsisakyti vykdyti darbų, kuriuos jai paveda atitinkamos valdžios institucijos; ji privalo be jokių išimčių laikytis atitinkamų institucijų duotų instrukcijų ir specifikacijų, be to, jos gaunamas užmokestis už darbus apskaičiuojamas remiantis teisės aktų nuostatomis. Trumpai tariant, nepaisant to, kad TRAGSA teisinį statusą iš dalies apibrėžia privatinė, o iš dalies – viešoji teisė, šią įmonę reikėtų apibūdinti kaip Ispanijos centrinės viešosios administracijos ir autonominių sričių vykdomąją tarnybą. Taigi šiuo atveju tarp perkančiosios organizacijos ir rangovo nėra jokių

7 — Ypač 1999 m. lapkričio 18 d. Sprendimui *Teckal* (C-107/98, Rink. p. I-8121); 2005 m. sausio 11 d. Sprendimui *Stadt Halle* (C-26/03, Rink. p. I-1); 2005 m. lapkričio 10 d. Sprendimui *Komisija prieš Austriją* (C-29/04, Rink. p. I-9705) ir 2006 m. gegužės 11 d. Sprendimui *Carbotermo* (C-340/04, Rink. p. I-4137).

8 — Šiuo atžvilgiu atitinkami sprendimai – tai, *inter alia*, 2005 m. liepos 21 d. Sprendimas *Coname* (C-231/03, Rink. p. I-7287); 2005 m. spalio 13 d. Sprendimas *Parking Brixen* (C-458/03, Rink. p. I-8612) ir 2006 m. balandžio 6 d. Sprendimas *ANAV* (C-410/04, Rink. p. I-3303).

9 — 7 išnašoje minėto sprendimo *Stadt Halle* 48 punkte Teisingumo Teismas aiškiai patvirtino, kad nėra jokio reikalo Bendrijos taisyklių viešųjų pirkimų srityje taikyti darbams, kurie yra atliekami, panaudojant pačios viešosios valdžios institucijos administracines, technines arba kitas priemones.

sutartinių santykių, o tai buvo būdinga visiems atvejams, dėl kurių Teisingumo Teismas priėmė pirmiau minėtus sprendimus¹⁰.

Šiuo metu didžiąją dalį savo veiklos TRAGSA vykdo autonominių sričių naudai, tačiau sakyti, kad šie teritoriniai subjektai ją kontroliuoja, būtų mažų mažiausiai problemiška. Kaip akivaizdu iš pirmiau pateiktos santraukos¹¹, jos teisinę padėtį pagal viešąją teisę – visiškai arba beveik visiškai – nustato Ispanijos valstybės teisės aktų leidėjas, be to, TRAGSA akcijų turi tik keturios iš 17 autonominių sričių, o turima akcijų dalis yra simbolinė – kartu paėmus ji prilygsta mažiau nei 1% bendro akcinio kapitalo. Visa tai leidžia teigti, kad TRAGSA yra paslaugas autonominėms sritims teikianti vykdomoji tarnyba, tačiau tai visiškai nereiškia, kad šios autonominės sritys ją kontroliuoja.

39. Šie skirtumai rodo, kad į klausimus, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, negalima automatiškai atsakyti, remiantis pirmiau minėtais Teisingumo Teismo sprendimais. Kita vertus, šie sprendimai, be jokios abejonės, gali būti reikšmingi, atitinkamas taisyklės aiškinant pagal analogiją.

40. Toliau pirmiausia bendrai apžvelgsiu, kokių su Bendrijos teise susijusių klausimų gali iškilti tokiaame teisiniame ir organizaciniame kontekste kaip pagrindinėje byloje.

41. Po to, kiek įmanoma naudodamasis 7 ir 8 išnašose nurodytais Teisingumo Teismo sprendimais, vertinsiu, kaip būtų galima atsakyti į klausimus, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą.

42. Taip pat atskirai nagrinėsiu, kokią reikšmę šiems dviem klausimams turi EB 86 straipsnio 1 dalis.

43. Galiausiai trumpai įvertinsiu priimtino-
mo klausimą.

B — *Teisinis ir organizacinis kontekstas*

44. Kaip jau nurodžiau pirmiau, 38 punkte, TRAGSA turėtų būti pripažįstama Ispanijos

10 — Žr. pirmesnę išnašą.

11 — Žr. ypač šios išvados 4–9 ir 13 punktus.

centrinės viešosios administracijos ir galbūt autonominių sričių „instrumentu“ arba vykdomąją tarnybą, taip pat, atsižvelgiant į jos teisinę padėtį ir savininkus (kai per 99% TRAGSA akcijų tiesiogiai arba netiesiogiai priklauso Ispanijos centrinei viešajai administracijai), – subjektu, kurį visiškai kontroliuoja Ispanijos centrinė viešoji administracija.

45. Kaip akivaizdu, atsižvelgiant į įstatymu TRAGSA suteiktą kompetenciją, didžioji dauguma jos veiklos – tai darbai, susiję su Ispanijos žemės ūkio ir miškininkystės, taip pat žuvininkystės ir žuvų ūkių struktūriniais pokyčiais. Laikui bėgant šie darbai buvo papildyti aplinkos apsauga ir darbais, skirtais išsaugoti kaimo vietovių gamtos ir kultūrinį paveldą.

46. Be šios „tradicinės“ veiklos, TRAGSA taip pat yra visada pasirengusi imtis veiksmų tokiomis išimtinėmis aplinkybėmis, kaip potvynis ar kitos panašios stichinės nelaimės. Kaip akivaizdu iš 2003 m. gegužės 8 d. Teisingumo Teismo sprendimo *Ispanijos Karalystė prieš Komisiją, C-349/97*¹², kartais TRAGSA taip pat dalyvauja įgyvendinant tam tikras Bendrijos žemės ūkio politikos dalis.

47. Didžioji šios veiklos dalis turėtų būti vertinama kaip praktinis darbas, atliekamas vykdant viešuosius įpareigojimus žemės ūkio struktūrinio vystymo srityje plačiąja prasme, taip pat kaimo aplinkos kokybės srityje.

48. Tokios veiklos pobūdis ir siekiami viešojo intereso tikslai reiškia, kad ją gali vykdyti tiek pačios administracijos tarnybos, tiek tam tikru mastu nepriklausomi, bet vis dėlto viešosios valdžios kontroliuojami subjektai, tiek kompetentingų valdžios institucijų pasamdyti privatūs subjektai.

49. Iš esmės valstybės narės gali laisvai pasirinkti, kaip organizuoti veiklą, už kurios vykdymą jos yra atsakingos. Vis dėlto Teisingumo Teismas pirmiau minėtuose sprendimuose yra nustatęs, kad valdžios institucijos gali be konkurso procedūros sudaryti viešojo pirkimo sutartis ar suteikti koncesijas savo pačių „instrumentams“ tik laikydamosi griežtų sąlygų.

50. Kaip akivaizdu iš sprendimo *Stadt Halle* 48 punkto, Teisingumo Teismas laikosi nuomonės, kad jeigu valdžios institucija, kuri

12 — Rink. p. I-3851.

yra perkančioji organizacija, gali įgyvendinti jai patikėtas užduotis savo pačios administracinėmis, techninėmis ir kitomis priemonėmis, neprivalėdama kreiptis į išorinius subjektus, kurie nepriklauso jos pačios tarnyboms, Bendrijos taisyklės, reglamentuojančios viešuosius pirkimus, netaikomos. Tokiais atvejais negali būti nė kalbos apie atlygintinę sutartį, sudarytą su nuo perkančiosios organizacijos teisiškai atskiru subjektu.

51. Atrodo, kad būtent tokia situacija susidarė ir santykiuose tarp Ispanijos centrinės viešosios administracijos ir TRAGSA. Ar tą patį galima pasakyti apie TRAGSA ir autonominių sričių santykius (ką, atrodo, Ispanijos vyriausybė ir TRAGSA laiko savaime suprantamu dalyku), yra vienas iš klausimų, mažų mažiausiai reikalaujančių tolimesnės analizės. Ar galima TRAGSA automatiškai laikyti „pačių“ autonominių sričių techniniu ar administraciniu instrumentu, ypač turint omenyje tai, kad pagal nacionalinės teisės aktus šios autonominės sritys neturi jokių šio „instrumento“ kontrolės įgaliojimų ir tokių įgaliojimų negali įgyti dėl turimų TRAGSA akcijų¹³?

52. Kad ir koks būtų atsakymas į šį klausimą, taip pat reikia įvertinti atitiktį pirminei

Bendrijos teisei ir ypač EB 12, EB 43 ir EB 49 straipsniams. Mano nuomone, būtent tą reiškia visai neseniai priimti Teisingumo Teismo sprendimai *Coname* ir *Parking Brixen*¹⁴.

53. Vis dėlto prieš pradėdamas nagrinėti klausimą, ar turėdamos teisę duoti nurodymus TRAGSA Ispanijos autonominės sritys faktiškai vykdo šio subjekto kontrolę, pirmiausia turiu išnagrinėti, kokią reikšmę atsakymas į šį klausimą galėtų turėti, atsižvelgiant į EB 12, EB 43, EB 49 straipsnius ir, jei reikia, EB 86 straipsnį.

54. Iš to, ką pasakiau 47 punkte, akivaizdu, jog didžioji dalis faktinės veiklos, kurią TRAGSA vykdo Ispanijos centrinės viešosios administracijos naudai, neapima veiklos, atliekamos realizuojant Ispanijos valstybės viešąją valdžią. TRAGSA vykdoma veikla siekiama su viešąja politika ir viešaisiais įpareigojimais susijusių tikslų, tačiau iš esmės ši aplinkybė neleidžia atskirti tokios veiklos nuo minėtos administracijos pasamdytų privačių įmonių veiklos, kaip antai infrastruktūros statybos darbai.

13 — Posėdyje Komisija šį klausimą aptarė išsamiau, įskaitant vertinimą, atsižvelgiant į neseniai priimtus Teisingumo Teismo sprendimus *Parking Brixen* (minėtas 8 išnašoje) ir *Carbotermo* (minėtas 7 išnašoje).

14 — Šie sprendimai buvo susiję su viešųjų valdžios institucijų suteiktomis koncesijomis, o to Bendrijos antrinė teisė nereglamentuoja. Vis dėlto nagrinėjamoje byloje taikytinas šiuose sprendimuose įtvirtintas principas, kad jeigu teisinių santykių nereglamentuoja antrinė Bendrijos teisė, visada galima vertinti jų atitiktį Bendrijos pirminei teisei.

55. Todėl darytina išvada, kad EB 45 straipsnio pirmasis sakinyis ir EB 55 straipsnis nėra taikytini¹⁵. Taigi jei TRAGSA operacijoms nėra taikytina antrinė Bendrijos teisė dėl viešojo pirkimo sutarčių, reikia įvertinti jų atitiktį EB 43, EB 49 straipsniams ir, jei reikia, EB 86 straipsniui¹⁶.

56. Taigi ar tai, kad Ispanijos autonominės sritys gali plačiąja šio žodžio prasme „patikėti“ didelę dalį darbų, susijusių su žemės ūkio struktūriniais pokyčiais, Ispanijos centrinės viešosios administracijos vykdomajai tarnybai, turi realių arba potencialių pasekmių įsisteigimo laisvei ir laisvam paslaugų judėjimui Bendrijoje¹⁷?

57. Akivaizdu, kad atsakymas į šį klausimą turėtų būti teigiamas, nes tokios autonomi-

nių sričių galimybės pasekmė – didelės atitinkamos veiklos dalies rezervavimas TRAGSA, t. y. centrinės viešosios administracijos vykdomajai tarnybai, nors lygiai taip pat ji galėtų būti paskirta privatiems ūkio subjektams. Atitinkamai tokiu būdu apribojama rinka galimiems privatiems kandidatams iš kitų valstybių narių.

58. Nagrinėjamas paslaugas viena valdžios institucija (autonominė sritis) patiki kitos valdžios institucijos (Ispanijos centrinės viešosios administracijos) vykdomajai tarnybai (TRAGSA), ir šiuo atveju nėra nė vieno atlygintinės sutarties sudarymo elemento. Tačiau tai nekeičia aplinkybės, kad ši administracinė sistema ekonomine prasme turi tokį patį poveikį, kaip ir sistema, kai viena valdžios institucija pagal atlygintines sutartis patiki paslaugų teikimą subjektui, kurį kontroliuoja kita valdžios institucija.

59. Pagal abi sistemas viešajam prekių, paslaugų ir darbų pirkimo sutarčių sudarymui netaikomi konkurencijos principai, o tai turi realių ir potencialių pasekmių laisvam prekių ir paslaugų judėjimui bei įsisteigimo laisvei Bendrijos rinkoje. Todėl jos abi, kiek įmanoma, turi būti vertinamos, taikant tuos pačius kriterijus.

15 — Teisingumo Teismas visada siaurai aiškino šią nukrypti leidžiančią nuostatą kaip taikomą tik tokiais veiklais ir interesais, kurie yra susiję su viešosios valdžios realizavimu. Žr. 1974 m. birželio 21 d. Sprendimą *Reyners* (2/74, Rink. p. 631), kuris vėliau buvo ne kartą patvirtintas, taip pat ir 2001 m. gegužės 31 d. Sprendime *Komisija prieš Italiją* (C-283/99, Rink. p. I-4363, 20 punktas).

16 — Žr. šiuo atžvilgiu 8 išnašoje minėtus sprendimus *Coname, Parking Brixen* ir *ANAV*.

17 — Remiantis pirmiau pateikta atitinkamų Ispanijos teisės aktų apžvalga, galima manyti, kad autonominės sritys turi teisę pasirinkti, ar pasitelkti TRAGSA kaip „savo“ vykdomąją tarnybą. Jeigu tai tiesa, TRAGSA priskyrimas autonominių sričių „instrumentui“ tampa dar problemiškesnis, nes laisvė pasirinkti, ar pasitelkti kito viešojo subjekto vykdomąją tarnybą, ar organizuoti viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūrą, prieštarauja Bendrijos teisės normoms viešųjų pirkimų srityje. Būtent nacionalinis teismas turi nuspręsti, ar jos turi tokį pasirinkimą.

60. Tas pat taikytina ir kalbant apie reikalingumą, kad perkančioji organizacija turi kontroliuoti subjektą ar tarnybą, kuriai atlygintine sutartimi arba kitokiu būdu patiki darbus.

61. Savo rašytinėse pastabose, taip pat posėdyje TRAGSA ir Ispanijos vyriausybė pirmiausia pabrėžė, kad TRAGSA yra „instrumentas“, tarnaujantis Ispanijos valstybei ir autonominėms sritims. Tačiau tai nekeičia aplinkybės, kad TRAGSA yra daugiau nei vien Ispanijos valstybės ir autonominių sričių vykdomoji tarnyba. Ji taip pat veikia kaip vietinių valdžios institucijų, kitų viešosios valdžios institucijų ir privačių šalių rangovė. Šia prasme ji konkuruoja su kitais ūkio subjektais dėl sutarčių sudarymo.

62. Šioms sutartims priskirtinos bendros apyvartos dalis skiriasi. Komisijos rašytinių pastabų 34 punkte teigiama, kad ši dalis svyruoja nuo 7 iki 8,5 %. TRAGSA rašytinių pastabų 96 punkte pateikti šiek tiek kitokie duomenys nei Komisijos, nes informacija, susijusi su dviem dukterinėmis įmonėmis, nurodyta atskirai. Bet kuriuo atveju Komisijos ir TRAGSA pateikti skaičiai, imant juos apytiksliai, per daug nesiskiria.

63. Abejotina, ar remiantis šiais duomenimis galima automatiškai spręsti, kad TRAGSA didžiąją dalį savo veiklos vykdo viešosios valdžios institucijos, kuri ją kontroliuoja (kaip teigia Ispanijos vyriausybė ir pati TRAGSA), naudai.

64. Visų pirma negalima, remiantis vien tik riboto metų skaičiaus kiekybiniais duomenimis, teigti, kad darbų, atliekamų konkurenciniais pagrindais, t. y. ne Ispanijos centrinei viešajai administracijai ir autonominėms sritims, o kitoms viešosios valdžios institucijoms ir privatioms šalims, dalis išliks mažesnė nei 10 % bendros apyvartos. Bet kuriuo atveju TRAGSA taikomas teisinis ir administracinis režimas nenustato jokių apribojimų dėl tokių kitoms viešosioms organizacijoms ir privatioms šalims atliekamų darbų apimties.

65. Antra, be jokios abejonės, ir toliau išlieka klausimas, kuri institucija kontroliuoja TRAGSA. Jeigu tai būtų vien tik Ispanijos centrinė viešoji administracija, kuriai atliekami darbai sudaro apie 30 % TRAGSA apyvartos, būtų sudėtinga įrodyti, kad pagrindinę savo veiklos dalį ji vykdo kontroliuojančiosios institucijos naudai.

66. Tačiau yra dar viena teisiškai svarbi problema, susijusi su TRAGSA teisinio statuso hibridiniu pobūdžiu.

67. Jeigu juridinis asmuo vykdo didžiąją dalį savo veiklos kaip „pačios“ vienos arba kelių viešosios valdžios institucijų vykdomoji tarnyba, o mažesnę dalį – konkurenciniais pagrindais kitoms viešosios valdžios institucijoms ir privatiems klientams, kyla klausimas, kokių pagrindu ji teikia pastarąsias paslaugas.

68. Ar šios mažesniosios dalies atžvilgiu TRAGSA galima vertinti kaip juridinį asmenį, kuriam taikomas specialus režimas, tačiau kuris vienodomis sąlygomis konkuruoja su kitais privačiais kandidatais dėl sutarčių su „kitomis“ viešosios valdžios institucijomis ir privačiomis šalimis sudarymo?

69. Ar vis dėlto TRAGSA išlieka viešųjų valdžios institucijų, kurių naudai atlieka didžiąją dalį savo veiklos, vykdomąją tarnybą, kuri savo papildomus pajėgumus siūlo rinkai ir taip prisiima likusius rinkoje esančius darbus žemės ūkio infrastruktūros ir gamtos apsaugos srityje?

70. Šis klausimas yra ypač svarbus todėl, kad panašu, jog TRAGSA taikomas įstatyminis režimas nereikalauja aiškiai teisiškai ir apskaitos tikslais atskirti šių dviejų kompetencijos sričių, kuriose ji gali veikti, arba mažų mažiausiai šis režimas nenumato jokių vienareikšmių garantijų prieš konkurencijos iškraipymą, kuris galėtų atsirasti likusioje rinkoje dėl TRAGSA hibridinio pobūdžio.

71. Taigi gali susidaryti situacija, kad privatūs kandidatai, kurie siekia sudaryti tokio pobūdžio sutartis, kokios yra TRAGSA sudaromos sutartys, ir kurie jau ir taip negali dalyvauti procedūroje, pagal kurią TRAGSA atlieka darbus Ispanijos centrinei viešajai administracijai ir autonominėms sritims, praranda ir likusią subrinką (darbų vykdymas kitoms viešosios valdžios institucijoms ir privačioms šalims), nes, būdama jeigu ne vienintele, tai bent jau privilegijuota kandidate pakankamai didelėje uždaroje centrinės viešosios administracijos ir autonominių sričių sudaromų sutarčių rinkoje, TRAGSA startuoja iš palankių konkurencinių pozicijų.

72. Todėl, norint užkirsti kelią realioms arba potencialioms laisvo prekių ir paslaugų judėjimo ir įsisteigimo laisvės kliūtims arba išvengti galimų konkurencijos iškraipymų, vien tik antrojo *Teckal* kriterijaus, kad atitinkamas subjektas, koncesioninkas arba

nepriklausoma vykdomoji tarnyba turi vykdyti didžiąją dalį savo veiklos kontroliuojančios viešosios valdžios institucijos naudai, nepakanka. Prie šio klausimo sugrįšiu vėliau.

73. Galiausiai kyla dar vienas klausimas, susijęs su naujosios Viešųjų pirkimų įstatymo redakcijos 152 ir 194 straipsniais¹⁸.

74. Pagal šias nuostatas administracija gali vykdyti darbus arba gaminti prekes per savo tarnybas ir panaudodama turimus žmogiškuosius ar materialinius išteklius. Jeigu administracija turi reikiamų žmogiškųjų ar materialinių išteklių, paprastai reikalaujama, kad ji šiais ištekliais ir pasinaudotų. Jeigu pasirinktas šis vykdymo metodas, tai, netai- kant jokios viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūros, galima pasitelkti privačias įmones su sąlyga, kad šiuo atveju atitinkamų darbų vertė yra mažesnė nei 5 923 624 eurai.

75. Šios nuostatos nenumato jokios sąlygos, kad atitinkami darbai turi būti vykdomi arba atitinkamos prekės turi būti gaminamos dalyvaujančioms vykdomosioms organizacijoms ir tarnyboms įstatymu suteiktos kompetencijos ribose.

76. Savaime suprantama, šiuos nacionalinės teisės aktus turi aiškinti ir taikyti kompetentingas nacionalinis teismas. Vis dėlto tai nekeičia aplinkybės, kad, atrodo, nagrinėjami teisės aktai Ispanijos valdžios institucijoms sukuria Bendrijos teisei galinčius prieštarauti įgaliojimus ir pareigas¹⁹.

77. Atrodo, kad nagrinėjamos Ispanijos teisės aktų nuostatos reiškia tai, jog įvairios administracinės valdžios institucijos Ispanijoje visiškai laisvai gali arba netgi privalo²⁰ naudotis savo vykdomosiomis tarnybomis darbams vykdyti arba paslaugoms teikti, siekdamos tikslių, nesusijusių su įstatymuose nustatytomis šių tarnybų pareigomis.

78. Jeigu atitinkamų darbų vykdymo, paslaugų teikimo arba prekių gamybos kaina yra mažesnė nei įstatyme nustatyta riba, atitinkamos tarnybos gali pasitelkti ir privačias įmones.

19 — Prašymo priimti prejudicinį sprendimą 12 ir 13 puslapiuose *Tribunal Supremo* aiškiai išdėsto savo abejones šiuo atžvilgiu: „Atrodo, kad atitiktis bendriesiems Bendrijos teisės principams problemų taip pat kelia tikimybė, jog tiesiogiai dalyvaudama ir naudodamasi vėlesniu viešųjų pirkimų įstatymų nuostatose įtvirtintu teisiniu leidimu administracija per valstybės įmonę, kuriai suteiktas pačios administracijos „instrumento“ teisinis statusas, gali prisiimti tiek sutarčių, kad būtų reikšmingai paveikta atitinkama rinka“.

20 — Remiantis Ispanijos Viešųjų pirkimų įstatymo 152 ir 194 straipsniais, galima manyti, kad nacionalinės teisės aktų leidėjas mažų mažiausiai spėja, jog perkanciosios organizacijos pasinaudos likusiais savo vykdomųjų tarnybų pajėgumais: „<...> tokiu atveju paprastai turi būti naudojamos šia darbų vykdymo sistema“. Savaime suprantama, kad išsamiau tą turėtų išaiškinti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs nacionalinis teismas.

18 — Cituoti šios išvados 15 punkte.

79. Netgi nesant būtinybės atitinkamų nacionalinės teisės aktų aiškinti dar atidžiau, galima spręsti, kad jie leidžia gerai apsaugoti arba netgi visai užverti viešųjų pirkimų sutarčių subrinką. Tokios apsaugos mastas priklauso nuo atitinkamų vykdomųjų tarnybų turimų pajėgumų. Didinant pajėgumus, gerinant įrangą ir žmoniškuosius išteklius labai lengva pakankamai didelę viešųjų sutarčių subrinką paversti išimtinę atitinkamų valdžios institucijų vykdomųjų tarnybų sritimi.

80. Tokį pavojų dar labiau padidina tai, jog netaikant jokios viešųjų pirkimų sutarčių sudarymo procedūros tokioms sutartims vykdyti gali būti pasitelktos privačios bendrovės su sąlyga, kad minėtų sutarčių vertė neviršija tam tikros ribos.

81. Pagal Įstatymo Nr. 66/97 88 straipsnio 5 dalį TRAGSA draudžiama dalyvauti viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūrose, kurias organizuoja Ispanijos centrinė viešojo administracija ir autonominės sritys, tačiau tai jokių būdu neleidžia pašalinti pavojų, kylančių taikant Viešųjų pirkimų įstatymo 152 ir 194 straipsnius, nes šių nuostatų tikslas būtent ir yra užtikrinti, kad įprastai viešojo pirkimo sutartys nebūtų sudaromos taikant viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūras, jeigu tokias sutartis gali vykdyti pačios administracijos departamentai.

82. Trumpai tariant, šioje byloje nagrinėjami Ispanijos teisės aktai, kuriais administracija yra skatinama netaikyti viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūrų, net jeigu tai nėra pateisinama viešojo intereso reikalavimais, kelia rimtų abejonių dėl atitikties Bendrijos viešųjų pirkimų direktyvoms. Be to, jie suteikia privilegijuotą statusą pačios administracijos vykdomosioms tarnyboms, į kurias turi būti atsižvelgta sudarant viešojo pirkimo sutartis, neturinčias jokios sąsajos su šių tarnybų teisinėmis arba įstatymuose nustatytomis pareigomis. *De jure* būdamos administracijos instrumentais, *de facto* jos atsiduria privilegijuotų rinkos dalyvių padėtyje. Todėl iškyla primygtinis klausimas, ar tokia sistema atitinka EB 86 straipsnio 1 dalyje įtvirtintą principą, draudžiantį tokias nevienodo požiūrio formas²¹.

83. Galiausiai tiesiogiai turint omenyje teisinę ir faktinę situaciją, privertusią iškelti klausimus, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, taip pat reikia išnagrinėti, ar pati galimybė, jog pagal Ispanijos viešųjų pirkimų įstatymo 152 straipsnį TRAGSA gali būti patikėta atlikti darbus ir teikti paslaugas, kurios nepatenka į jos kompetencijos sritį, turi reikšmės tam, ar ši valstybės įmonė vis dar gali atitikti antrąjį *Teckal* kriterijų, pagal kurį ji turi vykdyti didžiąją dalį savo veiklos ją

21 — Žr. išsamiau 117–122 punktus.

kontroliuojančios viešosios valdžios institucijos naudai.

turi galimybę įgyvendinti su viešuoju interesu susijusias užduotis administracinėmis, techninėmis bei kitomis priemonėmis ir neprivalo kreiptis į išorinius subjektus, kurie nepriklauso jos pačios tarnyboms. Tokiu atveju tai nėra atlygintinė sutartis su teisiškai atskiru nuo perkančiosios organizacijos subjektu. Todėl nėra jokio reikalo taikyti Bendrijos taisyklių viešųjų pirkimų srityje.

C — Atsakymai į klausimus

1 ir 2 klausimai

84. Kaip jau nurodžiau pirmiau, šios išvados 38 ir 44 punktuose, teisinė ir faktinė situacija pagrindinėje byloje skiriasi nuo situacijos, kai viešoji perkančioji organizacija sudaro atlygintinę sutartį su nepriklausomu subjektu, kurį ji kontroliuoja „taip, kaip savo tarnybas“. Nagrinėjamoje byloje TRAGSA, nors ir yra atskiras juridinis asmuo, turi būti vertinama kaip perkančiosios organizacijos „tarnyba“. Tokia vienareikšmė išvada darytina, nagrinėjant atitinkamus Ispanijos teisės aktus.

85. Sprendime *Stadt Halle*²² Teisingumo Teismas konkrečiai nusprendė, kad valdžios institucija, kuri yra perkančioji organizacija,

86. Mano nuomone, atsižvelgiant į TRAGSA taikytiną įstatyminių režimą, akivaizdu, kad bet kuriuo atveju ji turi būti vertinama kaip Ispanijos centrinės viešosios administracijos „instrumentas“ arba vykdomoji tarnyba. Tiek, kiek TRAGSA kaip dalį įstatymu jai suteiktos kompetencijos srities vykdo Ispanijos centrinės viešosios administracijos jai patikėtas sutartis, Bendrijos taisyklės viešųjų pirkimų srityje jai nėra taikytinos.

87. Remdamasis Teisingumo Teismo sprendimais *Coname*²³ ir *Parking Brixen*²⁴, manau, kad jeigu viešosios perkančiosios organizacijos ir vykdomosios tarnybos ar subjek-

22 — Minėtas 7 išnašoje, 48 punktas.

23 — Minėtas 8 išnašoje, 16 punktas.

24 — Minėtas 8 išnašoje, 61 ir 62 punktai.

to santykiams netaikytinos Bendrijos taisyklės viešųjų pirkimų srityje, ir toliau išlieka taikytinos bendrosios Sutarties nuostatos, ypač dėl laisvo judėjimo ir konkurencijos.

atžvilgiu galima pasiremti *Teckal* kriterijais. Į šį klausimą turės atsakyti nacionalinis teismas, privalėsiantis įvertinti TRAGSA taikytiną teisinę ir faktinę situaciją. Teisingumo Teismas gali tik pateikti nacionaliniam teismui reikiamos informacijos, kuri galėtų padėti sprendžiant ginčą pagrindinėje byloje.

88. Bendrijos taisyklės viešųjų pirkimų srityje netaikomos, jeigu viešasis subjektas įgyvendina su viešuoju interesu susijusias užduotis per administracines, vykdomąsias ir kitas tarnybas nesikreipdamas į išorinius subjektus, jeigu šis viešasis subjektas kontroliuoja tokias tarnybas taip, kaip savo vidaus tarnybas, ir jeigu nagrinėjamos tarnybos didžiąją dalį savo veiklos vykdo kontroliuojančiojo viešojo subjekto naudai. Vis dėlto šie du kriterijai (vadinamieji *Teckal* kriterijai) yra išimtis. Todėl jie turi būti aiškinami siaurai, o norintis jomis pasiremti asmuo turi įrodyti, jog yra išimtinės aplinkybės, leidžiančios nukrypti nuo galiojančių taisyklių²⁵.

90. Žvelgiant atidžiau, nekyla jokių abejonių, kad, iš vienos pusės, Ispanijos centrinės viešosios administracijos ir autonominių sričių ir, iš kitos pusės, TRAGSA santykiai atitinka pirmąjį *Teckal* kriterijų:

visos TRAGSA akcijos tiesiogiai arba netiesiogiai priklauso Ispanijos centrinei viešajai administracijai ir autonominėms sritims nepaisant to, kad tik keturios sritys turi simbolinę TRAGSA akcijų dalį;

89. Remiantis šiais šiek tiek perfrazuotais sprendimo *Parking Brixen* teiginiais, akivaizdu, jog reikia išnagrinėti, ar TRAGSA

be to, atrodo, kad teisinis pagrindas, kuris taikomas TRAGSA, kaip Ispanijos centrinės viešosios administracijos ir autonominių sričių vykdomajai tarnybai žemės ūkio struktūrinės politikos srityje plačiąja prasme, įtikinamai rodo, jog šią kompetenciją TRAGSA realizuoja kaip atitinkamų viešųjų valdžios institucijų „instrumentas“. Šiuo at-

25 — Be kitų, 7 išnašoje minėto sprendimo *Stadt Halle* 46 punktą ir 8 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 63 ir 65 punktai.

žvilgiu ypač turiu omenyje teisinio pagrindo apibūdinimą, pateiktą šios išvados 4–9 punktuose.

91. Visai neseniai priimtuose sprendimuose Teisingumo Teismas pirmąjį *Teckal* kriterijų apibrėžė kur kas detaliau, t. y. tam, kad būtų pripažįstama kontroliuojanti bendrovė „taip, kaip savo tarnybas“, viešoji valdžios institucija turi „turėti lemiamą įtaką šios bendrovės strateginiams tikslams ir svarbiausiems sprendimams“²⁶.

92. Šis detalesnis kriterijus taikomas ne tik vienos valdžios institucijos ir jos „pačios“ vykdomosios tarnybos tarpusavio santykiams, bet ir tada, kai skirtingos viešosios valdžios institucijos, veikdamos kartu ar atskirai, turi vieną bendrą vykdomąją tarnybą²⁷.

93. Nėra nieko keista, jeigu kelios viešosios valdžios institucijos tam tikroms viešosioms užduotims vykdyti, pavyzdžiui, nuotėkoms valyti, sudaro partnerystę, kad kartu būtų atsakingos už pasidalijamos vykdomosios tarnybos valdymą. Jeigu tokia pasidalijama vykdomoji tarnyba įsteigiama atskiros bendrovės forma, atitinkamos valdžios institucijos gali „turėti lemiamą įtaką šios bendrovės strateginiams tikslams ir svarbiausiems sprendimams“ kaip akcininkės arba kaip bendrovės valdymo narės²⁸.

94. Jeigu vykdomoji organizacija įsteigiama kaip partnerystę sudariusių viešosios valdžios institucijų „instrumentas“, tai pagal analogiją su reikalavimais, taikomais „pasidalijamojo“ nepriklausomo subjekto, skirto viešosioms užduotims vykdyti, kontrolei, šių partnerystę sudariusių institucijų kontrolė turi būti tokia, kad užtikrintų, kad visos dalyvaujančios viešosios valdžios institucijos turėtų „įtaką“ šio subjekto „strateginiams tikslams ir svarbiausiems sprendimams“.

26 — Žr. 8 išnašoje minėto sprendimo *Parking Brixen* 96 punktą ir 7 išnašoje minėto sprendimo *Carbotermo* 36 punktą.

27 — Toks kelioms valdžios institucijoms priklausantis subjektas (*Padania*) buvo nagrinėjamas 8 išnašoje minėtame sprendime *Coname* bei 7 išnašoje minėtame sprendime *Carbotermo*. Tai, kad tokiu atveju turi būti taikomi ir kiekybiniai, ir kokybiniai kriterijai, akivaizdu ir iš sprendimo *Coname* (ten pat), kuriame 0,97% akcijų dalis buvo pripažinta nepakankama kaip objektyvus pateisinimas, ir iš sprendimo *Carbotermo*, kuriame kontroliuojančiųjų viešųjų valdžios institucijų turima bendrovės valdymo organo kontrolė nebuvo pripažinta „lemiamą įtaką šios bendrovės strateginiams tikslams ir svarbiausiems sprendimams“.

95. Faktiškai jeigu dalyvaujančios valdžios institucijos negali daryti įtakos savo pačių

28 — Lemiamos įtakos turėjimas TRAGSA atžvilgiu neišplaukia šios išvados 13 punkte nurodytų viešosios teisės susitarimų, kuriuos su TRAGSA sudarė autonominės sritys ir kurių tekstus Komisija kaip priedą pridėjo prie savo rašytinių pastabų. Vis dėlto galutinį išaiškinimą čia turėtų pateikti nacionalinis teismas.

bendros tarnybos strategijai ir valdymui, iš jų taip pat negali būti reikalaujama atsiskaityti už tos tarnybos veiksmus. Tas pat taikytina ir šių institucijų atsakomybei dėl atitikties Bendrijos teisei.

šios tarnybos strateginiams tikslams ir svarbiausiems sprendimams. Teisės aktai taip pat turi nurodyti, dėl kurių konkrečiai viešųjų įpareigojimų vykdymo nagrinėjamos viešosios valdžios institucijos gali sudaryti sutartis su pasidalijamąja vykdomąja tarnyba, kaip „instrumentu“.

96. Komisija taip pat yra teisi teigdama, kad sistema, pagal kurią nemažam skaičiui viešosios valdžios institucijų leidžiama naudotis vykdomąja tarnyba, kuri, kalbant apie galimybę daryti šiai tarnybai įtaką, yra įsteigta tik kaip vienos iš šių institucijų „instrumentas“, yra visiškai neapsaugota nuo piktnaudžiavimų. Tokia sistema gali reikšti, kad viešosios valdžios institucijos pasitelkia (arba jos yra kviečiamos pasitelkti) veikiančią kitos viešosios valdžios institucijos vykdomąją tarnybą vykdyti darbus ir teikti paslaugas, dėl kurių kitu atveju turėtų būti rengiama viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūra. Kaip jau pirmiau nurodžiau 57–59 punktuose, dėl šios priežasties nemažos apimties subrinka gali išvengti viešuosius pirkimus reglamentuojančios pirminės ir antrinės Bendrijos teisės taikymo.

97. Visa tai man leidžia bent jau laikinai spręsti, kad jeigu vykdomoji tarnyba yra kelių įvairių viešosios valdžios institucijų „instrumentas“, tai jai taikomas įstatyminis režimas turi užtikrinti, kad visos viešosios perkančiosios organizacijos turėtų veiksmingą įtaką

Taip siekiama kuo labiau apriboti pirmesniame punkte nurodyto piktnaudžiavimo riziką²⁹.

98. Remiantis 4–9 punktuose aprašytu TRAGSA taikomu įstatyminiu režimu, atrodo, kad šią įmonę visiškai arba beveik visiškai reglamentuoja Ispanijos centrinės viešosios administracijos priimami įstatymai ir kiti teisės aktai. Įkainių už darbus, kuriuos TRAGSA atlieka centrinei viešajai administracijai ir autonominėms sritims, nustatymas ir atsakomybė taip pat tenka šiai administracijai. Autonominės sritys, atrodo, neturi jokios tiesioginės įtakos. Teisybė, kad, kaip pabrėžė TRAGSA ir Ispanijos vyriausybė, autonominės sritys gali primesti savo įtaką per sudaromas sutartis, tačiau tokia kontrolė atskirų darbų bei projektų vykdymui ir

29 — Bendros vykdomosios organizacijos užduočių ir įgaliojimų tikslaus apibrėžimo poreikis yra aktualus ir antrajam *Teckal* kriterijui. Žr. 112–116 ir 117–121 punktus.

projektavimui (būdinga bet kuriai sutarčiai, kurią viešojo valdžios institucija sudaro su viena iš savo tarnybų arba su išoriniu subjektu) – tai ne ta kontrolė, apie kurią kalba Teisingumo Teismas, nurodydamas, mano aptariamam atveju, autonominių sričių „lemiamą įtaką“ savo „pačių“ vykdomosios tarnybos „strateginiams tikslams ir svarbiausiems sprendimams“.

aktai dėl viešojo pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos). Kokią piktnaudžiavimo riziką kelia tokia atvira sistema, jau esu nurodęs pirmiau.

99. Išsamumo dėlei taip pat atkreipčiau dėmesį į tai, kad įtakos, kurią autonominės sritys turi pagal TRAGSA įstatyminių režimą ir pačiam šiam TRAGSA režimui, trūkumo jokių būdu neatsveria jų, kaip įmonės akcininkių, galima įtaka, juolab kad tikrai nedidelė autonominių sričių dalis valdo simbolinę TRAGSA akcijų dalį.

101. Todėl manau, kad veikdama pagal tokį įstatyminių režimą kaip galiojantis TRAGSA negali būti pripažinta autonominių sričių „instrumentu“, nes šios sritys negali vykdyti jokios TRAGSA strateginių ir kitų svarbių sprendimų kontrolės.

102. Kadangi TRAGSA negali būti pripažįstama autonominių sričių instrumentu, visiškai akivaizdu, jog nėra gerai, kad autonominių sričių su TRAGSA pasirašomoms sutartims netaikomos viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūros.

100. TRAGSA negali būti pripažįstama pasidalijamąja vykdomąja tarnyba tam tikriems darbams ir paslaugoms viešojo intereso labui vykdyti dar ir todėl, kad šios įmonės veiklai taikomas įstatyminis režimas nepateikia pakankamai aiškaus sričių, kuriose autonominės sritys gali pavesti darbus TRAGSA, apibrėžimo (šiuo atžvilgiu taikomi pirmiau, t. y. 73–83 punktuose, aptarti bendrieji teisės

103. Iš esmės situacija skiriasi, kai užduotis TRAGSA patiki Ispanijos centrinė viešojo administracija, kurios instrumentu ji iš tiesų gali būti pripažįstama.

104. Vertinant TRAGSA taikytiną teisinį režimą, apibūdintą šios išvados 61–65 punk-

tuose, paaiškėja, kad šis teisinis režimas neatitinka ir antrojo *Teckal* kriterijaus.

jeigu šios įmonės veikla iš esmės skirta minėtos institucijos naudai, o bet kokia kita veikla yra tik atsitiktinė.

105. Sprendime *Carbotermo*³⁰ Teisingumo Teismas nusprendė, kad reikalavimu, pagal kurį vietos valdžios institucija turi kontroliuoti aptariamą asmenį taip, kaip savo tarnybas, o šio asmens pagrindinę veiklos dalį turi sudaryti veikla, vykdoma kontroliuojančios institucijos ar šių naudai, būtent ir siekiama išvengti konkurencijos iškreipimo.

108. 61–65 punktuose jau nustatė, kad TRAGSA veikla, vykdoma kitoms viešosioms institucijoms nei Ispanijos centrinė viešoji administracija ir autonominės sritys bei privačioms bendrovėms, sudaro 7–8,5 % jos bendros apyvartos per pastaruosius trejus metus ir kad TRAGSA taikomas teisinis režimas nenustato jokių apribojimų dėl tokios veiklos apimties.

106. Tik tada, kai kontroliuojamo asmens pagrindinę veiklos dalį sudaro veikla, vykdoma kontroliuojančios institucijos ar kontroliuojančių institucijų naudai, galima pateisinti viešųjų pirkimų direktyvų apribojimų netaikymą šiai įmonei, nes šie apribojimai yra nustatyti siekiant apsaugoti konkurenciją, o nagrinėjamu atveju jokios konkurencijos nėra.

109. Be to, jeigu Teisingumo Teismas priimtų mano argumentui, kad autonominės sritys negali būti pripažįstamos TRAGSA kontroliuojančiomis institucijomis, reikės pripažinti ir tai, jog netenkinamas pagrindinės veiklos dalies vykdymo kontroliuojančiosios institucijos naudai reikalavimas, nes autonominių sričių naudai vykdoma veikla sudaro daugiau nei 50 % bendros TRAGSA apyvartos.

107. Tai reiškia, kad pagal *Teckal* kriterijų atitinkamas asmuo gali būti vertinamas kaip vykdomas pagrindinę dalį savo veiklos kontroliuojančios institucijos naudai tik tada,

110. Kaip visai neseniai Teisingumo Teismas pabrėžė sprendime *Carbotermo*³¹, sąlyga, kad pagrindinę veiklos dalį turi sudaryti

30 — Minėtas 7 išnašoje, 58–63 punktai.

31 — Minėtas 7 išnašoje.

veikla, vykdoma kontroliuojančiosios institucijos naudai, yra būtinas reikalavimas, norint išvengti konkurencijos iškraipymo. Vis dėlto ši sąlyga nėra pakankama.

nis pobūdis reikalauja išsamesnio atitikties EB 86 straipsnio 1 daliai vertinimo.

111. Netgi jeigu TRAGSA didžiąją dalį savo veiklos vykdytų ją kontroliuojančios institucijos ar institucijų naudai, vis dar išliktų tikimybė, kad konkurenciją subrinkoje galėtų rimtai iškraipyti likusi TRAGSA veikla. Kaip jau pažymėjau 66–72 punktuose, tol, kol tokia šios vykdomosios tarnybos veikla finansų ir apskaitos tikslais, taip pat žmoniškųjų ir materialinių išteklių prasme nėra visiškai atskirta nuo veiklos, kurią ji vykdo kaip vienos arba kelių viešosios valdžios institucijų vykdomoji tarnyba, konkurencinėje kovoje su kitais ūkio subjektais vis dar atvirose kitose subrinkose TRAGSA gali pasinaudoti viešojo subjekto statuso jai teikiamais privalumais.

112. Būtent TRAGSA, kuri iš dalies veikia kaip vidaus vykdomoji tarnyba ir atlieka darbus savo kontroliuojančiai institucijai arba kontroliuojančioms institucijoms, ir iš dalies – kaip subjektas, konkuruojantis dėl kitų viešųjų valdžios institucijų (kaip antai vietos valdžios institucijos) arba privačių šalių ir bendrovių užsakomų darbų, hibridi-

113. Pagal šią nuostatą valstybės įmonėms valstybės narės nepriima naujų teisės aktų ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyje nurodytoms taisyklėms, ypač toms, kurios yra nustatytos EB 12 ir 81–89 straipsniuose.

114. Taigi konkretūs EB 86 straipsnio 1 dalies reikalavimai neįvykdomi, jeigu viešosios valdžios institucijos vidaus vykdomoji tarnyba siekia vykdyti darbus atviroje subrinkoje ir nesiimama jokių tinkamų bei skaidrių priemonių, kurios neleistų šiai tarnybai konkuruojant tokioje subrinkoje pasinaudoti visais galimais finansiniais privalumais, atsirandančiais dėl to, jog pagrindinę jos veiklos dalį sudaro veikla, kurią ji vykdo kaip viešosios valdžios institucijos vykdomoji tarnyba.

115. Toks priemonių nesiėmimas ypač prieštarauja EB 43 ir 49 straipsniams, nes dėl tokių atvirose nacionalinėse rinkose veikiančių viešųjų valdžios institucijų vykdomųjų tarnybų potencialiems kandidatams iš

kitų valstybių narių gali būti kur kas sudėtingiau patekti į šias rinkas³².

viešųjų pirkimų įstatymo 152 ir 194 straipsniai taikymas gali kelti sklandžiam Bendrijos teisės viešųjų pirkimų srityje veikimui, judėjimo laisvės ir konkurencijai Bendrijos rinkoje.

116. Rizika, kuri, atsižvelgiant į valstybės pagalbos draudimą, iškyla dėl valstybės arba kitų viešosios valdžios institucijų ir valstybės įmonių ar bendrovių tarpusavio finansinių ar apskaitos santykių skaidrumo trūkumų, buvo priežastis, dėl kurios Komisija, remdamasi EB 86 straipsnio 3 dalimi, priėmė taisykles³³.

Pagrindinės bylos esmę sudarančioje teisinėje ir faktinėje situacijoje šie pavojai yra mažų mažiausiai lygiai tokie pat dideli. Todėl EB 86 straipsnio 1 daliai, aiškinamai kartu su EB 87 ir 88 straipsniais, prieštarauja tai, kad TRAGSA taikomas teisinis režimas nenumato jokių konkrečių garantijų prieš tiesiogines ir netiesiogines šios įmonės, kaip administracijos vykdomosios tarnybos ir kaip atvirose subrinkose veikiančio ūkio subjekto, veiklos kryžminio finansavimo formas.

117. 78–83 punktuose išsamiai išnagrinėjau riziką, kurią tokių nuostatų kaip Ispanijos

118. Ši rizika susijusi su tuo, kad gali būti rimtai pakenkta Bendrijos direktyvų viešųjų pirkimų srityje teigiamam poveikiui arba, kai šios direktyvos netaikomos, gali atsirasti rimtų laisvo prekių ir paslaugų tarp valstybių narių judėjimo ir įsisteigimo laisvės kliūčių, o konkurencija tarp vykdomųjų tarnybų arba viešųjų institucijų kontroliuojamų subjektų ir privačių įmonių atitinkamose rinkose gali būti rimtai iškraipyta, jeigu vykdomosios tarnybos, būdamos „instrumentais“ arba visiškai perkančiųjų organizacijų kontroliuojamais atskirais subjektais, viršydamos savo kompetencijos arba darbų sritį, įtvirtintą joms taikomame teisiniame, administraciniame arba pagal privatinę teisę nustatyta režime, lygiai taip pat su už jas atsakinga administracija galėtų sudaryti kitas sutartis dėl paslaugų teikimo, darbų vykdymo arba prekių gamybos vien dėl to, kad yra nesunkiai pasiekiamos. Šiuo atveju yra tik viena išimtis, t. y. kai užduoties pavedimą tiesiogiai vykdomajai tarnybai pateisina įtikinami viešojo intereso reikalavimai, net jeigu tokia

32 — 8 išnašoje minėtame sprendime *Coname*, nors ir šiek tiek kitame kontekste, Teisingumo Teismas konstatavo, kad reikiamo skaidrumo nebuvimas gali būti laisvo paslaugų judėjimo ir įsisteigimo laisvės kliūtis.

33 — Žr. 1980 m. birželio 25 d. Komisijos direktyvą 80/723/EEB dėl finansinių santykių tarp valstybių narių ir valstybės įmonių skaidrumo (OL L 195, p. 35), kuri vėliau buvo kelis kartus papildyta ir iš dalies pakeista.

užduotis viršija šios tarnybos teisinės arba jos įstatuose nustatytos kompetencijos ribas. Šiuo atžvilgiu paminėtini pavyzdžiai, susiję su stichinėmis nelaimėmis ir panašiomis išskirtinėmis aplinkybėmis, kurios gali pareikalauti pasitelkti visas administracijos turimas priemones.

šojo pirkimo sutartis ir todėl prieštarauja EB 86 straipsnio 1 daliai.

3 klausimas

119. Būtent šių pasekmių Teisingumo Teismas ir siekė išvengti antruoju *Teckal* kriterijumi. Kad šis kriterijus būtų veiksmingas, jį reikia aiškinti kaip lygiai taip pat draudžiantį su savo „pačių“ vykdomosiomis tarnybomis arba viešai kontroliuojamais subjektais sudaryti viešojo pirkimo sutartis, kurios nepatenka į jų teisinės, administracinės arba įstatuose nustatytos kompetencijos sritį.

120. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs nacionalinis teismas, mano nuomone, visiškai teisingai suabejojo tokių nuostatų kaip dabartinio Ispanijos viešųjų pirkimų įstatymo 152 ir 194 straipsniai atitiktimi Bendrijos konkurencijos teisei.

121. Akivaizdu, kad tokios nuostatos vykdomąsias tarnybas arba viešai kontroliuojamus subjektus (už savo teisinės, administracinės arba nuostatuose nustatytos kompetencijos srities ribų veikiančius kaip rinkos dalyviai) pastato į privilegijuotą padėtį sudarant vie-

122. *Tribunal Supremo* trečiojo klausimo tikslas yra akivaizdus – nustatyti, ar Teisingumo Teismo 2003 m. gegužės 8 d. Sprendimas *Ispanija prieš Komisiją*³⁴ turi įtakos vertinant TRAGSA teisinę padėtį sudarant viešojo pirkimo sutartis.

123. Šiame sprendime Teisingumo Teismas nustatė, kad tokia organizacija kaip TRAGSA, kuriai, nepaisant jos finansinio ir apskaitos savarankiškumo, taikoma visiška Ispanijos valstybės kontrolė, turi būti pripažįstama vienu iš pačios nacionalinės administracijos tarnybinių skyrių Reglamento Nr. 154/75 3 straipsnio 5 dalies prasme.

124. Kaip teisingai pažymėjo Komisija, šis Teisingumo Teismo sprendimas yra susijęs su TRAGSA veikla, kurią ji vykdo Ispanijos

³⁴ — Minėtas 12 išnašoje.

valstybės naudai ir kuria siekiama sudaryti alyvuogių auginimo registrą.

125. Atsakydamas į Ispanijos vyriausybės tvirtinimus, kad privatinė sutartis dėl tokio registro sudarymo su TRAGSA, kaip savarankišku subjektu, buvo pasirašyta tam, kad būtų laikomasi konfidencialumo reikalavimų, kuriuos turi atitikti tokia veikla, Teisingumo Teismas nusprendė, jog TRAGSA turi būti pripažįstama pačios administracijos vykdomąja organizacija, kuriai iš esmės taikoma sprendimuose *Teckal*³⁵ ir *ARGE*³⁶ išplėtotą Teismo praktika. Teisingumo Teismas laikėsi nuomonės, kad tą patvirtina 1997 m. gruodžio 30 d. Įstatymo Nr. 66/97 88 straipsnio 4 dalis³⁷, kurioje nustatyta, jog TRAGSA, kaip administracijos instrumentas ir vykdomoji tarnyba, privalo pati arba per dukterines įmones, tačiau išskyrus trečiąsias šalis, atlikti visus darbus, kuriuos jai paveda centrinė viešoji administracija, autonominės sritys arba šioms sritims pavaldžios viešosios organizacijos³⁸.

126. Čia norėčiau pažymėti, kad sprendimas *Ispanija prieš Komisiją* buvo tiesiogiai susijęs su tuo, ar Ispanijos Karalystei leidžiama išvengiant viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūros pavesti TRAGSA sudaryti alyvuogių auginimo registrą.

127. Minėtoje byloje Teisingumo Teismo nebuvo prašoma atsakyti į tokius klausimus kaip nagrinėjamoje byloje. Dėl šios priežasties šio sprendimo negalima vertinti kaip reiškiančio, kad TRAGSA, kaip žemės ūkio struktūrinės politikos srities plačiąja prasme vykdomoji tarnyba, turėtų būti pripažįstama Ispanijos centrinės viešosios administracijos instrumentu. Tą patvirtina ir šios nuomonės 103 punkte padaryta išvada.

D — Priimtinumas

128. Pirmųjų dviejų klausimų, dėl kurių *Tribunal Supremo* pateikė prašymą priimti prejudicinį sprendimą, analizė parodė, kad teisinis režimas, pagal kurį TRAGSA veikia kaip, *inter alia*, autonominių sričių „instrumentas“, jos kompetencija atlikti darbus kitoms viešosios valdžios institucijoms nei centrinė viešoji administracija ir autonominės sritys, taip pat privačioms šalims ir bendrovėms, ir dabartinio Ispanijos įstatymo 152 ir 194 straipsnių nuostatos, yra kritikuotini kaip neatitinkantys kriterijų, kuriuos Teisingumo Teismas suformulavo sprendimo *Teckal* 50 punkte.

129. Tokia neatitiktis turi teisinių pasekmių, susijusių su Bendrijos direktyvų dėl viešojo prekių pirkimo, paslaugų teikimo ir darbų vykdymo taikymu. Dėl jos taip pat gali būti

35 — Minėtas pirmiau.

36 — 2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimas *ARGE* (C-94/99, Rink. p. I-11037, 40 punktas).

37 — Šios nuostatos turinys apibendrintas 5 punkte.

38 — Sprendimas *Komisija prieš Ispaniją* (minėtas 12 išnašoje, 204–206 punktai).

konstatuotas EB 43, 49 ir 86 straipsnių pažeidimas.

130. Pirmiau išdėstyta kritika netiesiogiai matyti ir iš prašyme priimti prejudicinį sprendimą pateiktų abejonių.

131. *Tribunal Supremo* abejonės ypač aiškios prašymo priimti prejudicinį sprendimą „Ketvirtoje“ dalyje.

132. Neabejoju, kad atsižvelgdamas į išreikštas abejones Teisingumo Teismas atsakys į klausimus, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, pateikdamas nacionaliniam teismui naudingas gaires sprendimui pagrindinėje byloje priimti.

133. Mano nuomone, TRAGSA ir Ispanijos vyriausybės pateikti argumentai, kad prašyme priimti prejudicinį sprendimą nacionalinio teismo iškelti teisiniai klausimai yra „nauji“, neaktualūs apeliaciniam bylos nagrinėjimui ir todėl hipotetiniai ir nepriimtini, visiškai neįtikina.

134. Visų pirma paprastai Teisingumo Teismas yra itin atsargus vertindamas klausimų, dėl kurių nacionaliniai teismai pateikia prašymus priimti prejudicinius sprendimus, tikslą ir reikšmę sprendimui pagrindinėje byloje priimti. Teismas pripažįsta tokius klausimus nepriimtinius tik tada, kai pagal savo pobūdį jie yra akivaizdžiai hipotetiniai³⁹.

135. Remiantis procedūros įvairiose administracinėse ir teisminėse institucijose Ispanijoje aprašymu, panašu, kad TRAGSA taikomas teisinis režimas visada buvo pripažįstamas atitinkančiu nacionalinės konkurencijos teisės principus. Žingsnis, kurį žengė *Tribunal Supremo*, nuspręsdamas atsižvelgti ir į Bendrijos principus viešųjų pirkimų ir konkurencijos teisės srityje, savaime niekaip nepadaro iš to kylančių klausimų hipotetinių.

136. Ar pagal Ispanijos teisę *Tribunal Supremo* buvo leidžiama žengti šį žingsnį jo nagrinėjamoje byloje – tai klausimas, į kurį, būdamas aptariamoje byloje aukščiausioji instancija, privalo ir gali atsakyti pats *Tribunal Supremo*⁴⁰.

39 — Žr., be kitų, 1981 m. gruodžio 18 d. Sprendimas *Foglio Novello* (244/80, Rink. p. 3045, 18 punktas); 1998 m. kovo 12 d. Sprendimas *Djabala* (C-314/96, Rink. p. I-1049, 18 punktas) ir 2003 m. rugsėjo 30 d. Sprendimas *Inspire Art* (C-167/01, Rink. p. I-10155, 44 ir 45 punktai).

40 — Klausimai, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, gali būti pripažinti nepriimtini, tik jeigu, vertinant pagrindinę bylą pagrindžiančias faktines aplinkybes ir atitinkamą nacionalinę teisę, Teisingumo Teismo sprendimas dėl šių klausimų akivaizdžiai negali padėti išspręsti ginčo. Žr., be kitų, 1982 m. rugsėjo 16 d. Sprendimą *Vlaemick* (C-132/81, Rink. p. 2966, 13 ir 14 punktai) ir visai neseniai priimtą 2004 m. kovo 18 d. Sprendimą *Siemens en ARGE Telecom* (C-314/01, Rink. p. I-2549, 37 punktas).

137. Taip pat negaliu sutikti su Komisijos nuomone, kad prašyme priimti prejudicinį sprendimą pateikta pernelyg mažai faktinės ir teisinės informacijos. Kaip jau parodžiau pirmiau, šiame prašyme nurodyta pakankamai informacijos, kad būtų galima atlikti

detalią klausimų, dėl kurių pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, analizę.

138. Todėl mano išvada būtų tokia, kad *Tribunal Supremo* klausimai yra priimtini.

V — Išvada

139. Remdamasis pirmiau išdėstytomis išvadomis, siūlau, kad Teisingumo Teismas į *Tribunal Supremo* pateiktus klausimus atsakyti taip:

- Bendrijos direktyvos dėl viešojo prekių pirkimo, paslaugų teikimo ir darbų atlikimo sutarčių iš esmės nėra taikomos tokiam privatinės teisės reguliuojamam juridiniam asmeniui kaip TRAGSA, kuris pagal savo teisinį režimą turi būti pripažįstamas administracijos „instrumentu“, įpareigotu atlikti atitinkamų viešosios valdžios institucijų pavestus darbus nesudarant atlygintinų sutarčių.

- Nacionalinės teisės normos šiuo klausimu privalo užtikrinti, kad atitinkamos nacionalinės valdžios institucijos kontroliuotų atitinkamą subjektą, t. y. turėtų

lemiamą įtaką tiek tokio subjekto strateginiams tikslams, tiek svarbiausiems sprendimams, ir kad tuo pačiu metu pagrindinę tokio subjekto veiklos dalį sudarytų veikla, vykdoma jį kontroliuojančių viešosios valdžios institucijų naudai, o bet kokia kita veikla sudarytų tik nedidelę dalį.

- Reikalavimas, kad atitinkamos viešosios valdžios institucijos turėtų lemiamą įtaką tiek tokio subjekto strateginiams tikslams, tiek svarbiausiems sprendimams, yra netenkinamas tuo atveju, kai viešosios valdžios institucijos, kurios naudojasi šiuo juridiniu asmeniu kaip vykdomąją tarnybą, neturi tiesioginės įtakos jam taikomo teisinio režimo turiniui arba įkainiams, kuriuos toks subjektas taiko savo paslaugoms, ir, būdamos tokio subjekto akcininkės, neturi lemiamos įtakos jo sprendimams.

- Reikalavimas, kad pagrindinę tokio subjekto veiklos dalį sudarytų veikla, vykdoma kontroliuojančių institucijų naudai, yra netenkinamas tais atvejais, kai teisinis režimas neapriboja kitos veiklos masto taip, kad ji sudarytų tik nedidelę visos veiklos dalį.

- Iš EB 86 straipsnio 1 dalies išplaukia, kad subjektas, kurio pagrindinę veiklos dalį sudaro veikla, vykdoma šiam subjektui veikiant kaip atitinkamų viešosios valdžios institucijų vykdomajai tarnybai, privalo skaidriai atskirti savo veiklą, atliekamą kitų viešosios valdžios institucijų ir privačių asmenų naudai, nuo paslaugų, teikiamų atitinkamoms viešosios valdžios institucijoms, atskiriant ją tiek organizacine, tiek finansų ir apskaitos prasme.

- Iš tos pačios Sutarties nuostatos išplaukia, kad nacionalinės administracijos negali patikėti juridiniam asmeniui, veikiančiam kaip jų pačių vykdomoji tarnyba, sutarčių dėl prekių tiekimo, paslaugų teikimo ar darbų atlikimo tais atvejais, kai tokios sutartys yra nesusijusios su tokių juridinių asmenų viešosiomis pareigomis arba kai tokių sutarčių vykdymas viršija įstatymu tokiems asmenims suteiktos kompetencijos ribas. Nuo šios taisyklės galima nukrypti, tik jei tokių darbų atlikimas yra objektyviai pateisinamas, pavyzdžiui, stichinių nelaimių ar panašių išskirtinių aplinkybių atveju.
- Nacionalinis teismas privalo išnagrinėti, ar pagrindinės bylos teisinės ir faktinės aplinkybės tenkina šias sąlygas.