



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
YVES BOT IŠVADA,
pateikta 2014 m. balandžio 10 d.¹

Byla C-19/13

**Ministero dell'Interno
prieš
Fastweb SpA**

(Consiglio di Stato (Italija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Viešieji pirkimai — Direktyva 89/665/EEB — Peržiūros procedūra sudarant viešojo pirkimo sutartis — Nustatytų sąlygų netenkinimas siekiant taikyti derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą procedūrą — Už peržiūros procedūrą atsakingos institucijos įgaliojimai pripažinti sudarytą sutartį negaliojančia — Direktyvos 89/655 2d straipsnio 4 punkte, kuriuo remdamasi ši institucija privalo palikti galioti sutartį, numatytos išimties taikymo sritis — Vienodo požiūrio principas — Teisė į veiksmingą teisinę gynybą“

1. Šiuo prašymu priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismo prašoma detaliau išaiškinti, kokia yra Direktyvos 89/665/EEB² 2d straipsnyje nacionaliniam teismui suteiktų įgaliojimų panaikinti ir skirti sankcijas apimtis, kai šis teismas konstatuoja, kad viešojo pirkimo sutartis buvo sudaryta pažeidžiant Direktyvoje 2004/18/EB³ reikalaujamas skelbimo ir konkurso organizavimo taisykles.

2. Direktyvos 89/665 tikslas – užtikrinti veiksmingą viešojo pirkimo sutarčių sudarymo taisyklių taikymą, kad visose valstybėse narėse būtų taikomos veiksmingos ir neatidėliotinos peržiūros procedūros⁴. Direktyva 2007/66 padarytu pakeitimu Sąjungos teisės aktų leidėjas siekė pagerinti šių procedūrų veiksmingumą ir sustiprinti skaidrumo ir nediskriminavimo garantijas. Šiuo tikslu Direktyvos 89/665 2d straipsnyje buvo numatytos veiksmingos ir atgrasančios sankcijos⁵, kad būtų užtikrinta nukentėjusių potencialių konkurso dalyvių ir ūkio subjektų veiksminga teisminė apsauga ir kovojama su sunkiausiais viešųjų pirkimų teisės pažeidimais, t. y. neteisėtu tiesioginių sutarčių sudarymu.

3. Taigi pagal Direktyvos 89/665 2d straipsnio 1 dalies a punktą valstybės narės turi užtikrinti, kad nuo perkančiosios organizacijos nepriklausoma peržiūros institucija pripažintų sutartį negaliojančia, jei perkančioji organizacija sutartį sudarė iš anksto nepaskelbusi apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje*, kai tai nėra leidžiama pagal Direktyvą 2004/18.

1 — Originalo kalba: prancūzų.

2 — 1989 m. gruodžio 21 d. Tarybos direktyva dėl įstatymų ir kitų teisės aktų, susijusių su peržiūros procedūrų taikymu sudarant viešojo prekių pirkimo ir viešojo darbų pirkimo sutartis, derinimo (OL L 395, p. 33; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 1 t., p. 246), iš dalies pakeista 2007 m. gruodžio 11 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2007/66/EB (OL L 335, p. 31, toliau – Direktyva 89/665).

3 — 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 132).

4 — Žr. Direktyvos 89/665 trečią konstatuojamąją dalį ir 1 straipsnio 1 dalies trečią pastraipą. Taip pat žr. Sprendimą *Komisija / Vokietija* (C-503/04, EU:C:2007:432, 35 punktas ir jame nurodyta teismų praktika).

5 — Žr. Direktyvos 2007/66 27 ir 28 konstatuojamąsias dalis.

4. Tačiau Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalyje nustatyta šio principo išimtis, kurios taikymo sritį reikia išnagrinėti.

5. Ši nuostata suformuluota taip:

„Valstybės narės turi numatyti, kad šio straipsnio 1 dalies a punktas netaikomas, kai:

- perkančioji organizacija laiko [mano], kad suteikti sutartį iš anksto nepaskelbus apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* leidžiama pagal Direktyvą 2004/18 <...>,
- perkančioji organizacija *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* paskelbė pranešimą [apie ketinimą sudaryti viešojo pirkimo sutartį], kaip nurodyta šios direktyvos 3a straipsnyje, ir
- sutartis nebuvo sudaryta prieš pasibaigiant bent 10 kalendorinių dienų laikotarpiui, skaičiuojant nuo kitos dienos po to, kai buvo paskelbtas šis pranešimas.“

6. Remiantis Direktyvos 89/665 3a straipsniu, pranešime apie ketinimą sudaryti viešojo pirkimo sutartį perkančioji organizacija privalo nurodyti savo pavadinimą ir kontaktinius duomenis. Ji taip pat privalo aprašyti sutarties objektą ir pagrįsti sprendimą sudaryti sutartį iš anksto nepaskelbus apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje*. Be to, ji privalo nurodyti ūkio subjekto, kurio naudai buvo priimtas sprendimas sudaryti sutartį, pavadinimą, kontaktinius duomenis ir prireikus pridėti kitą informaciją, kuri, perkančiosios organizacijos nuomone, yra naudinga.

7. Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalimi siekiama palengvinti peržiūrą prieš sudarant sutartį, nes paskelbus pranešimą apie ketinimą sudaryti viešojo pirkimo sutartį⁶ ir sustabdžius sutarties pasirašymą minimaliam dešimties dienų laikotarpiui teismas gali laiku ištaisyti viešojo pirkimo sutarčių sudarymo taisyklių pažeidimus⁷.

8. Prašyme priimti prejudicinį sprendimą *Consiglio di Stato* (Italija) Teisingumo Teismo klausia dėl šios nuostatos išaiškinimo ir jos galiojimo atsižvelgiant į vienodo požiūrio principą, teismų praktikoje įtvirtintą kaip pagrindinį Sąjungos teisės principą, ir teisę į veiksmingą teisinę gynybą, įtvirtintą Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos (toliau – Chartija) 47 straipsnyje.

9. Šis prašymas pateiktas nagrinėjant *Ministero dell'Interno* (Vidaus reikalų ministerija) ir *Fastweb SpA*. (toliau – *Fastweb*) ginčą. Šio ginčo objektas – viešojo pirkimo sutarties dėl 521 500 000 eurų vertės elektroninės komunikacijos paslaugų teikimo septynerių metų laikotarpiui sudarymas su *Telecom Italia SpA* (toliau – *Telecom Italia*).

10. Šioje byloje akivaizdu, kad *Ministero dell'Interno* nesilaikė viešojo pirkimo sutarčių sudarymo taisyklių ir šią sutartį sudarė taikydama derybų nepaskelbiant apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* procedūrą.

11. 2013 m. sausio 8 d. sprendimu *Consiglio di Stato* šią sutartį paskelbė neteisėta ir ją panaikino.

12. Tačiau *Consiglio di Stato* konstatavo, kad *Ministero dell'Interno* paskelbė *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* pranešimą apie ketinimą sudaryti sutartį su *Telecom Italia*, kaip to reikalaujama pagal Direktyvos 89/665 3a straipsnį. Ji taip pat pripažino, kad ši ministerija paisė minimalaus dešimties dienų sustabdymo nuo sprendimo sudaryti sutartį priėmimo iki sutarties pasirašymo termino. Taigi, taikant šios direktyvos 2d straipsnio 4 dalį, nacionalinis teismas turėjo palikti galioti šią sutartį, nepaisant to, kad ji neteisėta.

6 — Šis pranešimas taip pat vadinamas „pranešimu dėl savanoriško *ex ante* skaidrumo“.

7 — Žr. Direktyvos 2007/66 28 konstatuojamąją dalį.

13. Būtent tokiomis aplinkybėmis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui kilo abejonių dėl nacionaliniam teismui suteiktų įgaliojimų panaikinti ir skirti sankcijas apimties.

14. Todėl *Consiglio di Stato* sustabdė bylos nagrinėjimą ir pateikė Teisingumo Teismui šiuos prejudicinius klausimus:

- „1. Ar Direktyvos [89/665] 2d straipsnio 4 dalį reikia aiškinti taip, kad kai perkančioji organizacija prieš sudarydama sutartį tiesiogiai su konkrečiu ūkio subjektu, pasirinktu neskelbiant pranešimo apie pirkimą, *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* paskelbia pranešimą dėl savanoriško *ex-ante* skaidrumo ir pasirašo sutartį tik praėjus bent dešimčiai dienų nuo šio paskelbimo, nacionaliniam teismui automatiškai visais atvejais draudžiama pripažinti sutartį negaliojančia, net jeigu jis nustato, kad buvo pažeistos nuostatos, pagal kurias tam tikrais atvejais leidžiama sudaryti sutartį nerengiant viešojo pirkimo procedūros?
2. Papildomai: ar Direktyvos [89/665] 2d straipsnio 4 dalis, aiškinama taip, jog pagal ją neleidžiama, kad remiantis nacionaline teise (Administracinio proceso kodekso 122 straipsniu) sutartis būtų pripažinta negaliojančia, nepaisant to, kad teismas nustatė, jog buvo pažeistos nuostatos, pagal kurias tam tikrais atvejais leidžiama sudaryti sutartį nerengiant viešojo pirkimo procedūros, atitinka šalių lygybės, nediskriminavimo ir konkurencijos apsaugos principus ir ar ja užtikrinama <...> Chartijos 47 straipsnyje įtvirtinta teisė į veiksmingą teisinę gynybą?“

15. Pagrindinės bylos šalys, Italijos, Austrijos ir Lenkijos vyriausybės bei Europos Parlamentas, Europos Sąjungos Taryba ir Europos Komisija pateikė pastabas.

16. Šioje išvadoje darysiu prielaidą, kad nei Direktyvos 89/665 tikslui, nei jos 2d straipsnio nuostatomis neprieštarauja tai, kad valstybė narė už peržiūros procedūrą atsakingai institucijai suteiktų laisvę vertinti, koku atveju sudaryta sutartis, kai *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* iš anksto nepaskelbiama apie pirkimą, turi būti pripažinta negaliojančia, kai ši institucija nustato, kad, nepaisant to, jog apie ketinimą sudaryti viešojo pirkimo sutartį paskelbta *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* ir laikytasi minimalaus dešimties dienų sustabdymo nuo sprendimo sudaryti šią sutartį iki jos pasirašymo termino, perkančioji organizacija tyčia ir sąmoningai pažeidė Direktyva 2004/18 reikalaujamas skelbimo ir konkurso organizavimo taisykles.

I – Pagrindinės bylos aplinkybės

17. *Ministero dell'Interno* Visuomenės saugumo departamentas 2003 m. sudarė sutartį su *Telecom Italia* dėl telekomunikacijos paslaugų reguliavimo ir plėtros; jos galiojimas turėjo baigtis 2011 m. gruodžio 31 d.

18. Kadangi artėjo šios sutarties galiojimo pabaiga, 2011 m. gruodžio 15 d. sprendimu *Ministero dell'Interno* vėl paskyrė *Telecom Italia* šių paslaugų tiekėja ir jų reguliavimo bei plėtros technologine partnere.

19. *Ministero dell'Interno* manė, kad sudarydama viešojo pirkimo sutartį ji gali taikyti derybų neskelbiant apie pirkimą procedūrą, kaip numatyta 2006 m. balandžio 12 d. Įstatyminio dekreto Nr. 163, nustatančio darbų, paslaugų ir prekių viešųjų pirkimų kodeksą ir įgyvendinančio direktyvas 2004/17/EB ir 2004/18/EB (*decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi*

*a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*⁸, kuriuo į Italijos teisės sistemą perkeltas Direktyvos 2009/81/EB⁹ 28 straipsnio 1 dalies e punktas, 57 straipsnio 2 dalies b punkte.

20. Remiantis pastarąja nuostata, perkančioji organizacija gali sudaryti sutartį taikydama derybų neskelbiant apie pirkimą procedūrą, „jei dėl techninių priežasčių arba dėl priežasčių, susijusių su išskirtinių teisių apsauga, sutartis gali būti sudaroma tik su konkrečiu ūkio subjektu“.

21. Nagrinėjamu atveju *Ministero dell'Interno* nusprendė, kad *Telecom Italia* dėl techninių priežasčių ir priežasčių, susijusių su (tam tikrų) išskirtinių teisių apsauga, buvo vienintelis ūkio subjektas, galintis vykdyti paslaugų teikimo sutartį.

22. Šis sprendimas buvo pateiktas *Avvocatura Generale dello Stato* (Valstybės generalinei advokatūrai), kad ši įvertintų numatytos procedūros teisėtumą; ji 2011 m. gruodžio 20 d. išreiškė savo pritarimą.

23. Tą pačią dieną *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* *Ministero dell'Interno* paskelbė pranešimą apie ketinimą sudaryti viešojo pirkimo sutartį su *Telecom Italia* dėl „elektroninės komunikacijos paslaugų (balso telefonijos, judriojo ryšio telefonijos ir duomenų perdavimo) teikimo Visuomenės saugumo departamentui ir Karabinierių korpusui, laikantis visų informacijos slaptumo ir saugumo reikalavimų dėl su valstybės saugumu susijusių priežasčių“.

24. 2011 m. gruodžio 22 d. *Ministero dell'Interno* priėmė sprendimą pakviesti *Telecom Italia* dalyvauti 2011 m. gruodžio 23 d. numatytose derybose.

25. 2011 m. gruodžio 31 d., t. y. praėjus dešimties dienų terminui nuo pranešimo paskelbimo *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* dienos, šalys pasirašė pagrindinę 521 500 000 eurų vertės sutartį septyneriems metams.

26. 2012 m. vasario 16 d. *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* paskelbtas pranešimas apie viešojo pirkimo sutarties sudarymą.

27. *Fastweb* pareiškė ieškinį dėl panaikinimo *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio*, kuris yra atsakingas už peržiūros procedūras sudarant viešojo pirkimo sutartis Italijoje. *Fastweb*, remdamasi tuo, kad Direktyvos 2009/81 28 straipsnio 1 dalies e punkte nustatytos sąlygos taikyti derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą procedūrą nebuvo įvykdytos, paprašė šią viešojo pirkimo sutartį pripažinti niekine ir negaliojančia.

28. *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* šį ieškinį patenkino. Jis nusprendė, kad *Ministero dell'Interno* nurodyta informacija ir aplinkybės yra ne „techninės priežastys“, kaip jos suprantamos pagal Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 57 straipsnio 2 dalies b punktą, bet buvo pagrįstos motyvais, susijusiais su praktiniais sumetimais ir sunkumais, kurie galėtų kilti sudarius paslaugų pirkimo sutartį su kitu ūkio subjektu. Panaikinęs sprendimą sudaryti sutartį, *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* nurodė, kad negali pripažinti sutarties negaliojančia, nes *Ministero dell'Interno* įvykdė skaidrumo pareigą ir laikėsi minimalaus sustabdymo laikotarpio, reikalaujamo pagal Administracinio proceso kodekso 121 straipsnio 5 dalį, kuria Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalis perkelta į Italijos teisės sistemą.

8 — 2006 m. gegužės 2 d. GURI, Nr. 100, paprastasis priedas. Dekretas, iš dalies pakeistas 2008 m. rugsėjo 11 d. Įstatyminiu dekretu Nr. 152 (2008 m. spalio 2 d. GURI, Nr. 231, paprastasis priedas, toliau – Įstatyminis dekretas Nr. 163/2006).

9 — 2009 m. liepos 13 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl darbų, prekių ir paslaugų pirkimo tam tikrų sutarčių, kurias sudaro perkančiosios organizacijos ar subjektai gynybos ir saugumo srityse, sudarymo tvarkos derinimo ir iš dalies keičianti direktyvas 2004/17/EB ir 2004/18/EB (OL L 216, p. 76), iš dalies pakeista 2011 m. lapkričio 30 d. Komisijos reglamentu (ES) Nr. 1251/2011 (OL L 319, p. 43, toliau – Direktyva 2009/81). Direktyvos 2009/81 28 straipsnio 1 dalies e punktas iš esmės suformuluotas taip pat, kaip Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 dalies b punktas.

29. Tačiau *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* nusprendė, kad šiomis nuostatomis jam nedraudžiama sutartį pripažinti negaliojančia nuo 2013 m. gruodžio 31 d. remiantis Administracinio proceso kodekso 122 straipsniu.

30. *Ministero dell'Interno* ir *Telecom Italia* dėl šio sprendimo pateikė apeliacinius skundus *Consiglio di Stato*.

31. *Consiglio di Stato* patvirtino, kad aptariamas sprendimas sudaryti sutartį turi būti panaikintas. Ji taip pat nusprendė, kad perkančioji organizacija nepakankamai įrodė, jog įvykdytos reikiamos sąlygos siekiant taikyti derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą procedūrą. Šiuo klausimu ji nusprendė, kad iš visų pateiktų argumentų ir dokumentų, įskaitant techninės analizės ataskaitą, nematyti, kad objektyviai nebuvo galima sudaryti šių paslaugų teikimo sutarties su kitais ūkio subjektais; veikiau aišku, kad tokį sprendimą lėmė praktiniai sumetimai daugiausia dėl to, jog, *Ministero dell'Interno* manymu, tai pareikalautų pakeitimų, išlaidų ir laiko prisiderinti.

32. Tačiau *Consiglio di Stato* siekė išsiaiškinti tokio panaikinimo pasekmes aptariamoms sutarties galiojimui, atsižvelgiant į Sąjungos teisės aktų leidėjo Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalyje nustatytus principus.

II – Italijos teisė

33. Direktyva 89/665 buvo perkelta į Italijos teisės sistemą 2010 m. kovo 20 d. Įstatyminiu dekretu Nr. 53, jo turinys vėliau įtrauktas į Administracinio proceso kodekso 120 ir paskesnius straipsnius.

34. Direktyvos 89/665 2d straipsnio 1 dalis į Italijos teisės sistemą perkelta Administracinio proceso kodekso 121 straipsnio 1 dalimi. Joje nustatyta, kad teismas, kuris panaikina galutinį sprendimą sudaryti sutartį, paskelbia ją negaliojančia ir, remdamasis šalių reikalavimais bei perkančiosios organizacijos veiksmų sunkumo ir faktinės padėties analize, nurodo, ar sutartis negalioja tik paslaugoms, kurias dar reikia suteikti sprendimo paskelbimo dieną, ir ar turi atgalinį poveikį šiais atvejais:

- jeigu galutinis sprendimas sudaryti pirkimo sutartį priimtas prieš tai nepaskelbus apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* arba *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, nors Įstatyminiu dekretu Nr. 163/2006 reikalaujama paskelbti,
- jeigu galutinis sprendimas sudaryti pirkimo sutartį priimtas taikant derybų neskelbiant apie pirkimą procedūrą arba sudarius sutartį „in house“, kai tai neleidžiama ir dėl to apie pirkimą nepaskelbiama *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* arba *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, nors Įstatyminiu dekretu Nr. 163/2006 reikalaujama paskelbti.

35. Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalis buvo perkelta į Administracinio proceso kodekso 121 straipsnio 5 dalį, kurioje numatyta, kad pirkimo sutarties negaliojimas, numatytas šio 121 straipsnio 1 dalies a ir b punktuose, netaikomas, kai perkančioji organizacija:

- prieš pradėdama viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūrą motyvuotu aktu pranešė, kad procedūra iš anksto nepaskelbus apie pirkimą Oficialiajame leidinyje arba *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* leidžiama pagal Įstatyminį dekretą Nr. 163/2006,
- paskelbė pranešimą apie Bendrijos masto ir mažesnius už nustatytą ribą pirkimus atitinkamai *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* ir *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* dėl savanoriško *ex-ante* skaidrumo pagal Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 79a straipsnį ir jame pareiškė apie ketinimą sudaryti viešojo pirkimo sutartį, ir

— sudarė sutartį ne anksčiau kaip praėjus 10 kalendorinių dienų nuo pranešimo paskelbimo, numatyto minėtame b punkte.

36. Administracinio proceso kodekso 122 straipsnyje taip pat numatyta, kad, išskyrus šio kodekso 121 straipsnio 1 dalyje nustatytus atvejus, teismas, panaikinęs galutinį sprendimą sudaryti sutartį, nustato, ar paskelbti pirkimo sutartį negaliojančia, ir nuo kurios dienos; tai jis daro atsižvelgdamas konkrečiai į šalių interesus, į realią ieškovo galimybę, kad su juo būtų sudaryta sutartis paisant nustatytą trūkumą, į sutarties vykdymo stadiją ir galimybę ją perimti tais atvejais, kai dėl trūkumo, kuriuo pažeidžiama sutarties sudarymo procedūra, nereikalaujama procedūros pakartoti ir kai pateiktas prašymas perimti sutartį.

37. Direktyvos 89/665 3a straipsnis, kuriame aptariamas pranešimo turinys ir forma savanoriško *ex-ante* skaidrumo atveju, perkeltas į Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 79a straipsnį.

III – Mano analizė

38. Nusprendžiau *Consiglio di Stato* pateiktus abu klausimus nagrinėti kartu.

39. Šiais klausimais *Consiglio di Stato* Teisingumo Teismo iš esmės teiraujasi, ar pagal Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalį, aiškinamą atsižvelgiant į vienodo požiūrio principą ir į teisę į veiksmingą teisinę gynybą, nacionalinis teismas privalo bet kokiomis aplinkybėmis palikti galioti pirkimo sutartį, sudarytą iš anksto nepaskelbus pranešimo apie pirkimą, kai perkančioji organizacija paskelbė pranešimą apie ketinimą sudaryti sutartį *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* ir paisė minėtoje nuostatoje numatyto minimalaus dešimties dienų sustabdymo nuo sprendimo sudaryti pirkimo sutartį iki šios sutarties pasirašymo termino.

40. Aš taip nemanau. Iš tiesų manau, kad Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalimi negalima nustatyti tokio automatiškumo, kuris galėtų sukelti pavojų Sąjungos teisės aktų leidėjo Direktyvoje 2007/66 įtvirtintų nuostatų veiksmingumui ir pažeisti tam tikrus pagrindinius principus, kuriuos šis teisės aktų leidėjas pripažįsta nukentėjusio ūkio subjekto naudai.

41. Direktyvos 2004/18 2 straipsnyje „Sutarčių sudarymo principai“ perkančioji organizacija įpareigota ūkio subjektams taikyti vienodas sąlygas, jų nediskriminuoti ir veikti skaidriai.

42. Šiomis aplinkybėmis Teisingumo Teismas nusprendė, kad vienodo požiūrio į konkurso dalyvius ar kandidatus principas yra pagrindinis Sąjungos teisės principas viešųjų pirkimų srityje¹⁰. Šio principo laikymasis turi užtikrinti laisvą paslaugų judėjimą Europos Sąjungoje ir skatinti sveiką ir veiksmingą suinteresuotų ūkio subjektų konkurenciją visose valstybėse narėse¹¹. Kaip priminė Teisingumo Teismas, dėl tos priežasties šiuo principu draudžiamos bet kokios perkančiosios organizacijos ir konkurso dalyvio derybos vykstant viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūrai. Vienodo požiūrio principo laikymasis reiškia ne tik nediskriminavimą dėl nacionalinės priklausomybės, bet ir viešųjų pirkimų sutarčių sudarymo procedūros skaidrumo pareigą¹². Šio skaidrumo tikslas iš esmės užtikrinti

10 — Žr. argumentus dėl šio principo mano išvados, pateiktos byloje *Wall* (C-91/08, EU:C:2009:659), 34 ir paskesniuose punktuose.

11 — Žr., be kita ko, Sprendimą *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, 28 punktą). Taip pat žr. Sprendimą *Wall* (EU:C:2010:182), kuriame Teisingumo Teismas nurodė, kad „[EB 43 ir EB 49 straipsniais] ir vienodo požiūrio bei nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principais ir iš jų kylančia skaidrumo pareiga siekiama tų pačių tikslų kaip ir <...> [1992 m. birželio 18 d. Tarybos] direktyva [92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 209, p. 1, 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 1 t., p. 322), iš dalies pakeista 2001 m. rugsėjo 13 d. Komisijos direktyva 2001/78/EB (OL L 285, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 4 t., p. 94)] – visų pirma laisvo paslaugų judėjimo ir atviros neiškraipytos konkurencijos valstybėse narėse“ (48 punktą).

12 — Žr. Sprendimą *Komisija / CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, 109 punktą ir jame nurodyta teismų praktika) ir Sprendimą *Parking Brixen* (C-458/03, EU:C:2005:605, 49 punktą ir jame nurodyta teismų praktika).

kiekvienam galimam konkurso dalyviui pakankamą viešojo pirkimo procedūros viešumo laipsnį, leidžiantį atverti šią procedūrą konkurencijai bei kontroliuoti jos nešališkumą¹³. Taigi juo siekiama išvengti perkančiosios organizacijos favoritizmo ir savivalės rizikos, kad konkurso dalyviai turėtų vienodas galimybes rengdami savo pasiūlymus¹⁴.

43. Tokios pareigos ūkio subjektams sukuria teises, kurioms turi būti užtikrinama veiksminga nacionalinių teismų teisminė apsauga. Taigi teismai turi turėti galimybę užtikrinti visišką jų sprendimų vykdymą ir taikyti veiksmingas, proporcingas bei atgrasančias sankcijas, siekdami užtikrinti visapusišką viešųjų pirkimų sutarčių sudarymo taisyklių veiksmingumą.

44. Kad būtų užtikrintas veiksmingas šių principų ir suinteresuotųjų konkurso dalyvių veiksmingos teisinės apsaugos nuo perkančiosios organizacijos favoritizmo ir savivalės rizikos taikymas, Sąjungos įstatymų leidėjas nusprendė Direktyvoje 2007/66 sustiprinti asmenų, suinteresuotų, kad su jais būtų sudarytos konkrečios sutartys ir kuriems dėl tariamo pažeidimo buvo padaryta žala, pradėtų peržiūros procedūrų valstybėse narėse veiksmingumą¹⁵.

45. Iš esmės Direktyvoje 89/665 nurodytos tik minimalios sąlygos, kurias turi atitikti nacionalinėse teisės sistemose nustatytos peržiūros procedūros¹⁶, ir pagal Direktyvos 2007/66 20 konstatuojamąją dalį neužkertamas kelias taikyti griežtesnes sankcijas pagal nacionalinės teisės aktus, šitaip laikantis, kaip numatyta šios direktyvos 34 konstatuojamojoje dalyje, valstybių narių procesinės autonomijos principo.

46. Taigi Direktyvos 89/665 1 straipsnio 1 dalyje reikalaujama, kad valstybės narės užtikrintų bet kuriam nukentėjusiam ūkio subjektui veiksmingą ir kuo greitesnę sprendimų peržiūrą dėl neteisėtų perkančiosios organizacijos sprendimų pagal šios direktyvos 2–2f straipsniuose išdėstytas sąlygas¹⁷.

47. Šiuo tikslu ir pagal minėtos direktyvos 2 straipsnio 1 dalį valstybės narės turi suteikti institucijai, atsakingai už peržiūros procedūras, šiuos įgaliojimus:

- įgaliojimą taikyti laikinąsias priemones, kuriomis siekiama atitaisyti konkrečių interesų pažeidimą arba užkirsti kelią tolesniam jų pažeidimui,
- įgaliojimą panaikinti neteisėtus sprendimus ir
- įgaliojimą priteisti atlyginti nuostolius žalą dėl pažeidimo patyrusiems asmenims.

48. Direktyvos 89/665 2 straipsnio 7 dalyje Sąjungos teisės aktų leidėjas suteikia galimybę valstybės narėms savo nacionalinėje teisėje laisvai nustatyti šių įgaliojimų vykdymo pasekmes tolesnio aptariamų sutarties vykdymo atveju.

49. Tačiau Sąjungos teisės aktų leidėjas tokios galimybės nesuteikia šios direktyvos 2d–2f straipsniuose numatytais atvejais ir ypač tada, kai nacionalinis teismas panaikina sutartį dėl Direktyvoje 2004/18 nustatytų skelbimo ir konkurso organizavimo taisyklių pažeidimo. Tokiems atvejams jis nusprendė apibrėžti institucijos, atsakingos už peržiūros procedūrą, įgaliojimus ir aiškiai nustatė tokios sutarties panaikinimo pasekmes.

13 — Žr. Sprendimą *Wall* (EU:C:2010:182, 36 punktas ir jame nurodyta teismų praktika).

14 — Žr. Sprendimą *Komisija / Belgija* (C-87/94, EU:C:1996:161, 54–56 punktai).

15 — Žr., be kita ko, šios direktyvos 3 ir 4 konstatuojamąsias dalis. Taip pat žr. Sprendimą *Komisija / Austrija* (C-212/02, EU:C:2004:386, 20–22 punktai).

16 — Žr. Sprendimą *Strabag ir kt.* (C-314/09, EU:C:2010:567, 33 punktas ir jame nurodyta teismų praktika).

17 — Taip pat žr. Sprendimą *GAT* (C-315/01, EU:C:2003:360, 44 punktas ir jame nurodyta teismų praktika).

50. Kitaip, nei reikalaujama pagal Direktyvą 2004/18, Direktyvos 89/665 2d straipsnyje „Negaliojimas“ 1 dalies a punkte reikalaujama, kad institucija, atsakinga už peržiūros procedūrą, paskelbtų sutartį negaliojančia, jeigu perkančioji organizacija sudarė pirkimo sutartį iš anksto nepaskelbusi pranešimo apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje*. Formuluo­­tė yra aiški, o valstybėms narėms suteikta diskrecija iš esmės neegzistuoja.

51. Direktyvos 2007/66 13 konstatuojamojoje dalyje Sąjungos teisės aktų leidėjas pateisina šį apibrėžimą motyvuodamas tuo, kad, kaip matyti iš Teisingumo Teismo praktikos, neteisėtas tiesioginių sutarčių sudarymas yra didžiausias Sąjungos teisės pažeidimas viešojo pirkimo sutarčių sudarymo srityje¹⁸. Jis mano, kad dėl to reikia numatyti veiksmingą, proporcingą ir atgrasančią sankciją, o tai reiškia, kad būtina paskelbti tokią sutartį negaliojančia.

52. Tokiomis aplinkybėmis institucija, atsakinga už peržiūros procedūrą, konstatavusi, kad sprendimas sudaryti viešojo pirkimo sutartį taikant derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą procedūrą yra neteisėtas, privalo panaikinti pirkimo sutartį ir paskelbti ją negaliojančia, šitaip atkurdamą konkurenciją ir sukurdamą nukentėjusiam ūkio subjektui naujas komercijos perspektyvas¹⁹.

53. Vis dėlto šis griežtas principas sušvelninamas Direktyvos 89/665 2d straipsnio 2 dalimi, nes Sąjungos teisės aktų leidėjas suteikia valstybėms narėms galimybę laisvai nustatyti pasekmes, kurių turi kilti paskelbus pirkimo sutartį negaliojančia.

54. Be to, šios direktyvos 2d straipsnio 4 dalyje numatyta šio principo išimtis, kurios formuluotė ir taikymo sritį turiu išaiškinti.

55. Primenu, kad, kaip nurodyta šioje nuostatoje, „valstybės narės turi numatyti, kad šios direktyvos 1 dalies a punktas netaikomas, kai“:

- perkančioji organizacija mano, kad sudaryti sutartį iš anksto apie ją nepaskelbus leidžiama pagal Direktyvą 2004/18,
- perkančioji organizacija įvykdė skaidrumo pareigą iki sutarties pasirašymo ir paskelbė pranešimą dėl savanoriško *ex ante* skaidrumo *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* ir
- perkančioji organizacija paisė minimalaus dešimties dienų sustabdymo nuo pranešimo apie ketinimą sudaryti viešojo pirkimo sutartį paskelbimo *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* iki šios sutarties sudarymo termino.

56. Parlamentas ir Komisija per teismo posėdį patvirtino, kad šios sąlygos tikrai yra kumuliacinės.

57. Iš Direktyvos 2007/66 13, 14 ir 26 konstatuojamųjų dalių aiškiai matyti, kad įtraukdamas šią taisyklės išimtį Sąjungos teisės aktų leidėjas siekė suderinti skirtingus interesus, t. y. nukentėjusios įmonės interesus, kurių patenkinimas apima galimybę pateikti prašymą dėl laikinųjų apsaugos priemonių taikymo iki sutarties sudarymo ir panaikinti neteisėtai sudarytą sutartį, ir perkančiosios organizacijos bei pasirinktos įmonės interesus išvengti teisinio nesaugumo, galinčio kilti sutartį paskelbus negaliojančia.

58. Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalyje Sąjungos teisės aktų leidėjas vartoja imperatyvias formuluotes, o kadangi dokumente jokios kitos nuorodos nėra, šia nuostata reikalaujama, kad institucija, atsakinga už peržiūros procedūrą, paliktą galioti sutartį, kurią buvo nuspręsta panaikinti, kai visos trys sąlygos įvykdytos, siekiant išsaugoti siekiamą skirtingų suinteresuotųjų šalių pusiausvyrą.

18 — Žr. Sprendimą *Stadt Halle ir RPL Lochau* (C-26/03, EU:C:2005:5, 37 punktas).

19 — Direktyvos 2007/66 14 konstatuojamoji dalis.

59. Manau, kad į pradinę Direktyvos 89/665 redakciją įtraukdamas atskirą ir tokią konkrečią nuostatą, kaip antai 2d straipsnio 4 dalį, Sąjungos teisės aktų leidėjas siekė suformuluoti visoms valstybėms narėms bendrą ir privalomą taisyklę. Skirtingai nei kitose nuostatose, kuriose valstybėms narėms aiškiai suteikiama galimybė įgyvendinant savo procesinę autonomiją pačioms spręsti dėl sutarties panaikinimo ir paskelbimo negaliojančia²⁰ pasekmių, Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalimi, atrodo, valstybėms narėms nesuteikiama teisė taikyti Direktyvos 2007/66 20 konstatuojamojoje dalyje numatytų griežtesnių sankcijų ir paskelbti sutartį negaliojančia.

60. Tačiau, kaip akivaizdžiai klausia prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, ar tai reiškia, kad „automatiškai visais atvejais draudžiama“ institucijai, atsakingai už peržiūros procedūrą, paskelbti sutartį negaliojančia?

61. Manau, kad šios institucijos diskrecija siejama su teismine kontrole, kurią ji privalo atlikti, kad išsiaiškintų, ar įvykdytos Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalyje nurodytos sąlygos, ypač pirmoji sąlyga.

62. Iš tiesų, jeigu minėta institucija nustato, kad šioje nuostatoje nurodytos sąlygos įvykdytos, ji turi palikti galioti sutartį, kaip matyti iš šios nuostatos formuluotės ir struktūros. Tačiau jeigu institucija, atsakinga už peržiūros procedūrą, atlikusi teisminę kontrolę konstatuoja, kad šios sąlygos neįvykdytos, pagal Direktyvos 89/665 2d straipsnio 1 dalies a punkte nurodytą taisyklę ji privalo paskelbti sutartį negaliojančia, ir šiuo tikslu turi diskreciją, kuri jai suteikta šios direktyvos 2d straipsnio 2 dalyje.

63. Taigi institucijos, atsakingos už peržiūros procedūrą, turima diskrecija priklauso nuo jos atliktos teisminės kontrolės rezultato.

64. Šios teisminės kontrolės apimtį būtina išsamiau aptarti dėl dviejų priežasčių.

65. Pirmoji priežastis susijusi su tikslų, kurių Sąjungos teisės aktų leidėjas numato siekti Direktyvos 89/665 1 straipsnio 1 dalyje, įgyvendinimu, ypač su veiksmingų teisinės gynybos priemonių dėl perkančiosios organizacijos pažeidžiant viešųjų pirkimų teisę priimtų sprendimų sukūrimu.

66. Teisminė kontrolė reikalinga siekiant užtikrinti vienodo požiūrio principo laikymąsi ir iš jo kylančios skaidrumo pareigos vykdymą ir priimti, kai reikia, veiksmingas ir atgrasančias sankcijas.

67. Ši kontrolė taip pat taikoma, kai pagal Chartijos 47 straipsnį siekiama užtikrinti nukentėjusios įmonės pateikto ieškinio veiksmingumą. Primenu, kad pagal Direktyvos 2007/66 36 konstatuojamąją dalį Sąjungos teisės aktų leidėjas išipareigoja, kad šioje „direktyvoje [būtų] laikomasi pagrindinių teisių ir principų, visų pirma pripažintų <...> Chartijoje“, ir kad šia direktyva būtų užtikrintas visapusiškas teisės į veiksmingą teisinę gynybą paisymas, kaip nustatyta Chartijos 47 straipsnyje. Taigi tam, kad būtų užtikrinta teisė į veiksmingą teisinę gynybą, būtina, kad nacionalinis teismas galėtų laisvai įvertinti, ar buvo laikomasi taikytinos teisės, o nagrinėjamu atveju – Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalyje nurodytų sąlygų.

68. Antroji priežastis susijusi su formuluotėmis, kurias Sąjungos teisės aktų leidėjas vartoja šios direktyvos 2d straipsnio 4 dalies pirmoje įtraukoje išdėstydamas pirmąją sąlygą.

20 — Žr., be kita ko, Direktyvos 89/665 2d straipsnio 3 dalį, kurioje akcentuojamas šio straipsnio 1 dalyje nurodytas principas ir pabrėžta, kad „valstybės narės gali numatyti, kad <...> peržiūros institucija gali nepripažinti sutarties negaliojančia, net jeigu ji buvo suteikta neteisėtai, <...>, jeigu peržiūros institucija <...> nustato, kad dėl svarbių bendro intereso priežasčių reikėtų išsaugoti sutarties pasekmes“. Šios nuostatos formuluotė yra aiški, nes Sąjungos teisės aktų leidėjas akivaizdžiai suteikia nacionaliniam teismui įgaliojimus spręsti, kokią tinkamiausią sankciją nustatyti, kai egzistuoja svarbios bendro intereso priežastys.

69. Primenu, kad pagal šią nuostatą nacionalinis teismas turi palikti galioti neteisėtai sudarytą sutartį, jeigu „perkančioji organizacija *laiko*, kad suteikti [sudaryti] sutartį iš anksto nepaskelbus apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* leidžiama pagal Direktyvos 2004/18 nuostatas“²¹.

70. Taigi man atrodo ypač sunku siekti minėtų tikslų paliekant perkančiajai organizacijai tokią didelę diskreciją, kokią ji turi pagal minėtą nuostatą, kuriai jokia teisminė kontrolė netaikoma.

71. Iš tiesų tokiomis aplinkybėmis, ši sąlyga visiškai priklauso nuo šalių valios, o nukentėjusio ūkio subjekto teisinė apsauga yra pažeista²².

72. Pirma, neatsižvelgiant į Direktyvos 89/665 nuostatų formuluotes, kontekstą ir tikslus, šia sąlyga perkančiajai organizacijai suteikiama laisvė nuspręsti skelbti konkursą arba jo neskelbti ir šitaip paisyti arba nepaisyti Direktyvos 2004/18 2 straipsnyje įtvirtintų skaidrumo ir nediskriminavimo principų, taip pat užtikrinama, kad sutartis, sudaryta pažeidžiant skelbimo taisykles, liks galioti, jeigu perkančioji organizacija vis dėlto paskelbė pranešimą apie ketinimą sudaryti sutartį *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* ir laikėsi minimalaus dešimties dienų sustabdymo termino. Iš konkurso pašalintas ūkio subjektas iš esmės turės tik galimybę pareikšti ieškinį dėl žalos atlyginimo, kuriuo nebus suteikta teisė skelbti naują konkursą dėl neteisėtai sudarytos pirkimo sutarties.

73. Tai akivaizdus paradoksas.

74. Primenu, kad Direktyva 89/665 aiškiai siekiama daugiau skaidrumo ir nediskriminavimo garantijų vykdant viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūras, kad nukentėjusiam ūkio subjektui būtų užtikrinta visapusiška teisinė apsauga²³. Be to, taip pat primenu, kad Sąjungos teisės aktų leidėjas nusprendė Direktyva 2007/66 sustiprinti peržiūros procedūrų veiksmingumą siekdamas kovoti su neteisėtu tiesioginiu pirkimo sutarčių sudarymu ir apsaugoti potencialius konkurso dalyvius nuo perkančiosios organizacijos savivalės²⁴.

75. Antra, šiomis aplinkybėmis, nepaisant Direktyvoje 2004/18 nurodytų reikalavimų, minėta sąlyga leidžiama perkančiajai organizacijai tiesiogiai sudaryti viešojo pirkimo sutartį atliekant minimalius formalumus ir tikėtis minimalios sankcijos, o tai jai leistų piktnaudžiauti jai suteiktomis teisėmis.

76. Kaip *FastwEB* pažymi savo pastabose, šitaip patogiau sudaryti viešojo pirkimo sutartį su pasirinkta įmone, nei skelbti įprastą konkursą laikantis Direktyvoje 2004/18 reikalaujamų skelbimo ir konkurso organizavimo taisyklių.

77. Pirmiausia faktiškai išvengiama konkurso grafiko ir viešojo pirkimo sutartis gali būti sudaryta greičiau. Ši byla tai puikiai parodo, nes aptariamo septynerių metų trukmės ir 521 500 000 eurų vertės pirkimo sutarties sudarymo procedūra buvo pradėta 2011 m. gruodžio 15 d. ir baigta 2011 m. gruodžio 31 d., t. y. po penkiolikos dienų.

78. Be to, skelbimo tvarka kitokia. Vykdydama įprastą konkurso procedūrą perkančioji organizacija turi paskelbti pranešimą apie pirkimą ir kiekvienam konkurso dalyviui pranešti apie priimtus sprendimus. Taigi apie konkursą iš anksto skelbiama ir jis vykdomas formaliai. Vykdant derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą procedūrą perkančioji organizacija tik turi apie ją paskelbti *Europos Sąjungos*

21 — Išskirta mano. Šią sąvoką randame pasiūlymo dėl Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos, kuria iš dalies keičiamos Tarybos direktyvos 89/665/EEB ir 92/13/EEB, dėl peržiūros procedūrų veiksmingumo gerinimo viešųjų pirkimų sutarčių sudarymo srityje [COM(2006) 195 galutinis] 2e straipsnio 2 dalyje ir panašią sąvoką šio pasiūlymo aiškinamojo memorandumo 3 punkte, kuriame nustatyta, kad „jeigu perkančioji organizacija *mano*, kad ji turi teisę sudaryti sutartį tiesioginę sutartį <...>, ji turės <...> mažiausiai 10 dienų sustabdyti sutarties sudarymą, apie tai tinkamai paskelbusi supaprastintame pranešime apie laimėtą sutartį (išskirta mano).“

22 — Sąlyga „priklauso nuo šalių valios“, kai pareigos atsiradimas ar jos vykdymas priklauso tik nuo vienos iš susitariančiųjų šalių valios.

23 — Žr. šios direktyvos trečią konstatuojamąją dalį.

24 — Sprendimas *Komisija / Austrija* (EU:C:2004:386, 20–22 punktai).

oficialiajame leidinyje, o suinteresuotoji įmonė iki sutarties pasirašymo tada turi dešimt dienų ieškiniui pateikti. Akivaizdu, kad toks paskelbimas nėra suinteresuotojo asmens informavimas, kokį gali užtikrinti skelbimas apie konkursą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* arba individualus pranešimas apie perkančiosios organizacijos priimtus sprendimus, todėl apriboja peržiūros procedūras.

79. Galiausiai, jeigu sprendimas sudaryti pirkimo sutartį yra neteisėtas būtent dėl konkurso procedūros pažeidimo, sutartis gali būti paskelbta negaliojančia. Tačiau pagal Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalyje nurodytą procedūrą institucija, atsakinga už peržiūros procedūrą, turi palikti galioti sutartį, sudarytą pažeidžiant skelbimo ir konkurso organizavimo taisykles, jeigu perkančioji organizacija paskelbė pranešimą dėl savanoriško *ex ante* skaidrumo ir paisė minimalaus dešimties dienų sustabdymo nuo šio paskelbimo iki sutarties sudarymo termino. Žinoma, ji gali priteisti iš perkančiosios organizacijos žalos atlyginimą. Tačiau priteista atlygintina žala nesuteikia galimybės iš naujo paskelbti konkursą dėl neteisėtai sudarytos pirkimo sutarties.

80. Todėl man atrodo būtina, kad už peržiūros procedūrą atsakinga institucija, vykdydama Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalyje išdėstytą sąlygų teisminę kontrolę, įvertintų perkančiosios organizacijos elgesį. Manau, kad pirmiausia ji privalo išnagrinėti, ar perkančioji organizacija sudarydama sutartį veikė sąžiningai ir pakankamai rūpestingai ir ar jos pateikti motyvai, kodėl nuspręsta sudaryti pirkimo sutartį taikant derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* procedūrą, yra ar buvo teisėti.

81. Tokią pačią nuomonę savo pastabose taip pat išsakė Italijos ir Lenkijos vyriausybės bei Taryba ir Komisija²⁵.

82. Iš tiesų nereikėtų pamiršti, kad Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalyje nurodytas tolesnis sutarties galiojimas pagrįstas perkančiosios organizacijos sąžiningumu ir juo siekiama užtikrinti sutartį sudarančiųjų šalių teisinį saugumą. Sąjungos teisės aktų leidėjas tai akivaizdžiai pripažįsta Direktyvos 2007/66 26 konstatuojamojoje dalyje ir pabrėžia būtinybę „išvengti teisinio netikrumo, galinčio atsirasti dėl sutarties negaliojimo“. Beje, Teisingumo Teismas tai akivaizdžiai patvirtino Sprendime *Komisija / Vokietija*²⁶.

83. Taigi negali būti nei teisinio saugumo, nei teisėtų lūkesčių, jeigu perkančioji organizacija veikė nesąžiningai taikydama teisės normą ir sąmoningai bei tyčia pažeidė viešųjų pirkimų sutarčių sudarymo taisykles.

84. Per teismo posėdį *Telecom Italia* teigė, kad pagal Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalies pirmą įtrauką perkančioji organizacija visiškai neįpareigojama elgtis sąžiningai ir rūpestingai, ir nurodė, kad vienintelė pastarajai tenkanti pareiga yra pareiga motyvuoti. Su tokiu aiškinimu griežtai nesutinku, nes administracijos sąžiningumas yra esminis jai vykdamas savo funkcijas ir juo pagrįsti su jos veikla susiję administruojamų asmenų teisiniai lūkesčiai. Taigi tai yra vienas pagrindinių jos kasdienės veiklos principų. Todėl man atrodo akivaizdu, jog taikant šios direktyvos 2d straipsnio 4 dalies pirmą įtrauką reikalaujama, kad perkančioji organizacija elgtųsi sąžiningai.

85. Todėl nacionalinis teismas būtinai turi išnagrinėti priežastis, dėl kurių perkančioji organizacija galėjo logiškai ir sąžiningai nuspręsti, kad sudarydama pirkimo sutartį pagal derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą procedūrą ji veikė teisėtai, ir nustatyti, ar klaida padaryta netyčia, ar tyčia nesilaikant viešojo pirkimo sutarčių sudarymo taisyklių.

25 — Žr. Italijos vyriausybės pateiktų pastabų 22 ir 27 punktus, Lenkijos vyriausybės pateiktų pastabų 12 punktą, Tarybos pateiktų pastabų 33 punktą ir Komisijos pateiktų pastabų 48 punktą.

26 — EU:C:2007:432, 33 punktas ir jame nurodyta teismų praktika. Pagal analogiją taip pat žr. Sprendimą *Strabag ir kt.* (EU:C:2010:567), kuriame Teisingumo Teismas aiškiai nurodė, kad terminai reikalingi „siekiant išvengti, kad kandidatai ir konkurso dalyviai galėtų bet kuriuo sutarties sudarymo metu nurodyti [viešųjų pirkimų] teisės aktų pažeidimus ir taip perkančiąją organizaciją įpareigotų iš naujo pakartoti visą procedūrą ir pašalinti šiuos pažeidimus“ (37 punktas ir jame nurodyta teismų praktika).

86. Taigi galimi du atvejai.

87. Pirmuoju atveju nacionalinis teismas gali konstatuoti, jog perkančiosios organizacijos padaryta teisės klaida yra atleistina, nes ji veikė sąžiningai. Tokiomis aplinkybėmis jis turi palikti sutartį galioti pagal Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalies nuostatas, kad būtų išsaugota siekiama skirtingų šalių interesų pusiausvyra.

88. Šiuo atžvilgiu niekas neparodo, kad už peržiūros procedūrą atsakinga institucija dėl to gali taikyti alternatyvias sankcijas, kaip antai numatytas šios direktyvos 2e straipsnio 2 dalyje.

89. Pirma, už peržiūros procedūrą atsakinga institucija gali taikyti alternatyvią sankciją tik jeigu tokia sankcija egzistuoja. Kitaip tariant, tam, kad tokia institucija galėtų skirti sankciją, turi egzistuoti teisinis pagrindas. Tačiau, kaip jau nurodžiau, tuo atveju, jeigu tenkinamos visos minėtos direktyvos 2d straipsnio 4 dalyje nurodytos sąlygos, Sąjungos teisės aktų leidėjas reikalauja, kad ši institucija paliktų galioti sutartį; taigi iš pastarosios atimama galimybė nubausti perkančiąją organizaciją pripažįstant sutartį negaliojančia. Todėl „sankcija“, kaip ji suprantama pagal Direktyvą 89/665, neegzistuoja.

90. Antra, kalbant apie šios direktyvos 2e straipsnio 2 dalyje nurodytas alternatyvias sankcijas, reikia pažymėti, kad Sąjungos teisės aktų leidėjas aiškiai nurodo atvejus, kada už peržiūros procedūrą atsakinga institucija, užuot pripažinusi sutartį negaliojančia, gali skirti piniginę baudą arba sutrumpinti jos terminą, ir visiškai neužsimenama apie šios direktyvos 2d straipsnio 4 dalyje aptariamą situaciją²⁷.

91. Tokiomis aplinkybėmis iš tiesų galima kelti klausimą, ar reikia išplėsti šios direktyvos 2e straipsnio dalykinę taikymo sritį. Taip nemanau, nes tokiu aiškinimu būtų nepaisoma šios direktyvos 2 straipsnio 7 dalies formuluotės ir Sąjungos teisės aktų leidėjo siekio. Iš tikrųjų pastarojoje nuostatoje teisės aktų leidėjas Direktyvos 89/665 2f straipsnyje numatytų atvejų akivaizdžiai nesusiejo su valstybėms narėms suteikta laisve nustatyti jų įgaliojimų skirti sankcijas vykdymo poveikį.

92. Antruoju atveju nacionalinis teismas gali nuspręsti, kad teisės klaida neatleistina, kad perkančioji organizacija sąmoningai ir apgalvotai nesilaikė išankstinio skelbimo ir konkurso organizavimo taisyklių. Tokiu atveju už tokį pažeidimą, žinoma, turi būti skiriama sankcija. Iš tiesų nėra jokio teisėto motyvo, kuriuo būtų pateisinamas tolesnis sutarties, kurios sudarymas pagal Teisingumo Teismo praktiką yra didžiausias viešųjų pirkimų teisės pažeidimas, galiojimas.

93. Šiomis aplinkybėmis institucija, atsakinga už peržiūros procedūrą, remdamasi Direktyvos 89/665 2d straipsnio 1 dalies a punkte nustatytu principu turi paskelbti sutartį negaliojančia ir atkurti dėl šio pažeidimo nukentėjusio ūkio subjekto teises.

94. Tokiu atveju iš valstybių narių negali būti atimta galimybė paskelbti sutartį negaliojančia, nes priešingu atveju perkančioji organizacija galėtų laisvai nesilaikyti pagal įstatymą privalomų skelbimo ir konkurso organizavimo taisyklių su sąlyga, kad privalėtų, kai reikia, atlyginti žalą nukentėjusiam ūkio subjektui. Taigi toks aiškinimas tikrai prieštarautų tikslams, kurių Sąjungos teisės aktų leidėjas ketino siekti priimdamas Direktyvą 2007/66²⁸.

27 — Tie atvejai yra tokie. Pirmasis atvejis, nurodytas Direktyvos 89/665 1 straipsnio 5 dalyje, yra tas, kai sutartis sudaroma, net jei nukentėjęs subjektas perkančiajai organizacijai pateikė prašymą dėl peržiūros. Antrasis atvejis, nurodytas šios direktyvos 2 straipsnio 3 dalyje, yra toks, kai perkančioji organizacija sudaro sutartį, kol teismas dar nepriėmė sprendimo dėl prašymo taikyti laikinąsias priemones ar dėl peržiūros. Trečiasis atvejis, nurodytas šios direktyvos 2a straipsnio 2 dalyje, yra toks, kai sutartis sudaryta nepasibaigus minimaliam dešimties dienų terminui, skaičiuojamam nuo pranešimo atitinkamiems konkurso dalyviams ir kandidatams apie sprendimą sudaryti sutartį dienos. Galiausiai ketvirtasis atvejis yra toks, kai sutartis pripažinta negaliojančia dėl Direktyvos 89/665 2d straipsnio 1 dalyje nurodytų priežasčių.

28 — Iš nusistovėjusios teismų praktikos matyti, jog tam, kad būtų užtikrintas nuostatos, kurios redakcija viena Sąjungos kalba skiriasi nuo redakcijų kitomis kalbomis, vienodas aiškinimas ir taikymas, ją reikia aiškinti atsižvelgiant ne tik į bendrą dokumento, kuriame ji išdėstyta, sandarą, bet ir į Sąjungos teisės aktų leidėjo siekiamus tikslus (žr., be kita ko, Sprendimą *Endendijk* (C-187/07, EU:C:2008:197, 22 ir paskesni punktai)).

95. Primenu, kad tikslas yra užtikrinti sankcijos veiksmingumą. Tačiau tuo atveju, kai perkančioji organizacija veikė akivaizdžiai ketindama apeiti taikytinas taisykles, tik sutarties paskelbimas negaliojančia leidžia užtikrinti atgrasančią ir veiksmingą sankciją.

96. Taip pat primenu, kad Direktyvos 89/665 tikslas yra užtikrinti, kad būtų laikomasi vienodo požiūrio principo. Taigi tik neteisėtai sudarytos sutarties panaikinimas ir jos paskelbimas negaliojančia sudaro galimybę atkurti konkurenciją rinkoje ir sukurti naujas komercines perspektyvas ūkio subjektui, kuriam buvo neteisėtai užkirstas kelias dalyvauti pirkimo sutarties sudarymo procedūroje.

97. Tai įvertinęs, dabar turiu paaiškinti, kad institucija, atsakinga už peržiūros procedūrą, gali laisvai įvertinti, kiek sutartis turi būti pripažinta negaliojančia, kaip tai numatyta Direktyvos 89/665 2d straipsnio 2 dalyje.

98. Iš tiesų, kaip nurodžiau, šia nuostata valstybėms narėms suteikiama galimybė nacionalinėje teisėje laisvai nustatyti pasekmes, kurių turi kilti dėl sutarties pripažinimo negaliojančia. Pasak Sąjungos teisės aktų leidėjo, valstybės narės gali šitaip suteikti institucijai, atsakingai už peržiūros procedūrą, įgaliojimus atgaline data panaikinti visas sutartines pareigas arba sutartį panaikinti tik tiek, kiek tai susiję su pareigomis, kurios dar turi būti įvykdytos. Tačiau šiuo atveju Sąjungos teisės aktų leidėjas siekia suteikti didelę diskreciją institucijai, atsakingai už peržiūros procedūrą. Jis aiškiai nurodo Direktyvos 89/665 2e straipsnio 2 dalį. Pagal šią nuostatą valstybės narės gali suteikti šiai institucijai didelę diskreciją vertinti perkančiosios organizacijos elgesį, atsižvelgiant į visus reikšmingus veiksnus, įskaitant pažeidimo sunkumą, ir šios direktyvos 2d straipsnio 2 dalyje nurodytais atvejais – kiek sutartis dar turi galioti, kad prireikus galėtų nustatyti, ar būtina sutrumpinti pirkimo sutarties galiojimo trukmę, ar skirti piniginę baudą.

99. Būtent iš kartu taikomų Direktyvos 89/665 2d straipsnio 2 dalies ir 2e straipsnio 2 dalies galima išvesti institucijos, atsakingos už peržiūros procedūrą, diskreciją, kuria ji gali pasinaudoti, kai neteisėtai sudarytą sutartį turi paskelbti negaliojančia.

100. Remdamasis tuo, kas išdėstyta, manau, kad atsižvelgiant į Direktyvos 89/665 tikslą ir jos 2d straipsnio nuostatas nedraudžiama, kad valstybė narė suteiktų galimybę šiai institucijai laisvai vertinti, kiek sutartis, sudaryta iš anksto neskelbiant pranešimo apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje*, turi būti paskelbta negaliojančia, kai ji konstatuoja, kad, nepaisant to, jog *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* buvo paskelbtas pranešimas apie ketinimą sudaryti sutartį ir laikytasi minimalaus dešimties dienų sustabdymo nuo sprendimo sudaryti šią sutartį priėmimo iki jos pasirašymo termino, perkančioji organizacija tyčia ir sąmoningai pažeidė Direktyvoje 2004/18 nustatytas skelbimo ir konkurso organizavimo taisykles.

101. Atvirkščiai, manau, kad reikia aiškinti būtent šitaip tam, kad būtų užtikrintas Direktyvos 89/665 veiksmingumas ir ūkio subjektui, neteisėtai praradusiam galimybę dalyvauti pirkimo sutarties sudarymo procedūroje, suteiktų pagrindinių teisių apsauga.

102. Atsižvelgdamas į pagrindinės bylos aplinkybes manau, kad kompetentingas nacionalinis teismas privalės įvertinti motyvų, kuriais rėmėsi *Ministero dell'Interno* priimdama sprendimą aptariamą pirkimo sutartį sudaryti taikant derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* procedūrą, teisėtumą.

103. Dėl šio klausimo norėčiau pateikti tokias pastabas.

104. Primenu, kad šioje byloje *Ministero dell'Interno* nusprendė, jog gali pasinaudoti šia procedūra, remdamasi Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 57 straipsnio 2 dalies b punktu, kuriuo į Italijos teisę perkeltas Direktyvos 2009/81 28 straipsnio 1 dalies e punktas.

105. Primenu, kad pagal šią nuostatą minėta procedūra galima, „jei dėl techninių priežasčių arba dėl priežasčių, susijusių su išskirtinių teisių apsauga, sutartis gali būti sudaroma tik su konkrečiu ūkio subjektu“.

106. Nagrinėjamu atveju *Ministero dell'Interno* nusprendė, kad *Telecom Italia* dėl techninių priežasčių ir priežasčių, susijusių su (tam tikrų) išskirtinių teisių apsauga, buvo vienintelis ūkio subjektas, galintis vykdyti paslaugų teikimo sutartį.

107. *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* nusprendė, kad *Ministero dell'Interno* nurodyta informacija ir aplinkybės yra ne „techninės priežastys“, kaip jos suprantamos pagal Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 57 straipsnio 2 dalies b punktą, bet buvo pagrįstos motyvais, susijusiais su praktiniais sumetimais ir sunkumais, kurių galėtų kilti sudarius paslaugų pirkimo sutartį su kitu ūkio subjektu.

108. *Consiglio di Stato* taip pat nusprendė, kad perkančioji organizacija nepakankamai įrodė, jog įvykdytos derybų neskelbiant pranešimo apie pirkimą procedūros taikymo sąlygos. Šiuo požiūriu ji nusprendė, kad iš visų pateiktų argumentų ir dokumentų, įskaitant techninės analizės ataskaitą, nematyti, kad objektyviai nebuvo galima sudaryti šių paslaugų teikimo sutarties su kitais ūkio subjektais; veikiau aišku, kad tokį sprendimą lėmė praktiniai sumetimai daugiausia dėl to, jog, *Ministero dell'Interno* manymu, tai pareikalautų pakeitimų, išlaidų ir laiko prisiderinti.

109. Tiesa, remiantis mano turima informacija, *Ministero dell'Interno*, nenurodė konkrečių techninių priežasčių ir net reikalavimų, keliamų dėl aptariamų įrengimų specifikos ar ypatingos rinkos.

110. Suprantu, kad saugumo ar gynybos srityje tam tikros viešųjų pirkimų teisės nuostatos gali būti teisėtai netaikomos, nes tam tikros viešojo pirkimo sutartys yra tokios slaptos, kad nederėtų apie jas iš anksto skelbti ir rengti konkursą ūkio subjektams. Tai galima pasakyti apie, pavyzdžiui, saugumo tarnybų sudarytas pirkimo sutartis arba su kontržvalgybos veikla susijusias pirkimo sutartis. Tą patį galima pasakyti apie ypač slaptus pirkimus, kai reikalaujama ypač griežto konfidencialumo, pavyzdžiui, pirkimus, susijusius su kova su terorizmu, arba konkrečiai slapta teisėsaugos ir saugumo pajėgų vykdomai veiklai skirtus pirkimus.

111. Tačiau šioje byloje *Ministero dell'Interno*, atrodo, nepaminėjo šių aplinkybių. Tiesa, ji nurodė, kad pirkimo sutartis susijusi su „elektroninės komunikacijos paslaugų (balso telefonijos, judriojo ryšio telefonijos ir duomenų perdavimo) teikimu Visuomenės saugumo departamentui ir Karabinierių korpusui, laikantis visų informacijos slaptumo ir saugumo reikalavimų dėl su valstybės saugumu susijusių priežasčių“²⁹. Vis dėlto, remiantis *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* ir *Consiglio di Stato* išvadomis, atrodo, kad *Ministero dell'Interno* nepagrindė aptariamo pirkimo sutarties ir įrengimų slaptumo ir net nepaminėjo konkrečių reikalavimų, susijusių, pavyzdžiui, su informacijos saugumu arba konfidencialios ir slaptos informacijos apsauga, dėl kurių nacionalinio saugumo sumetimais iš tiesų būtų reikalinga speciali apsauga ir ypatinga kandidato atranka.

112. Be to, stebina faktinių aplinkybių chronologija, ypač skubėjimas kuo greičiau sudaryti pirkimo sutartį. Šiuo klausimu pritariu Komisijos per teismo posėdį išsakytai pozicijai. Iš tiesų iš bylos dokumentų matyti, kad *Ministero dell'Interno* nusprendė pratęsti 2003 m. su *Telecom Italia* sudarytą sutartį dėl telefonijos likus tik penkiolikai dienų iki ankstesnės sutarties galiojimo pabaigos, t. y. 2001 m. gruodžio 15 d. Be to, iš bylos dokumentų taip pat matyti, kad sutartis buvo pasirašyta 2011 m. gruodžio 31 d., t. y. po penkiolikos dienų. Atsižvelgiant į šios sutarties svarbą ir administracijos veiklos tikslus, į minėtos sutarties trukmę (septyneri metai) ir jos sumą (521 500 000 eurų), toks požiūris stebina, nebent *Ministero dell'Interno* ir *Telecom Italia* buvo susitarusios, kad sutartis bus pratęsta.

29 — Išskirta mano.

113. Galiausiai manau, jog akivaizdu, kad reikia atsižvelgti į tai, kad *Ministero dell'Interno* yra viešosios valdžios institucija, turinti pakankamai įžvalgius teisininkus, kad nepadarytų klaidos vertindama sąlygas, kuriomis viešojo pirkimo sutartis gali būti sudaroma apie ją iš anksto neskelbiant ir neorganizuojant dėl jos konkurso.

114. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, būtent kompetentingas nacionalinis teismas, atsižvelgdamas į visą turimą informaciją, turės nustatyti, ar tokia klaida yra atleistina, ar ji padaryta sąmoningai ir tyčia nesilaikant viešojo pirkimo sutarčių sudarymo taisyklių.

115. Todėl, atsižvelgdamas į visus šiuos argumentus, manau, kad Direktyvos 89/665 2d straipsnio 4 dalis, siejama su vienodo požiūrio principu ir teise į veiksmingą teisinę gynybą, turi būti aiškinama taip, kad ja nedraudžiama, kad valstybė narė suteiktų galimybę institucijai, atsakingai už peržiūros procedūrą, laisvai vertinti, kiek sutartis, sudaryta iš anksto neskelbiant pranešimo apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje*, turi būti paskelbta negaliojančia, kai ši institucija konstatuoja, kad, nepaisant to, jog *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* buvo paskelbtas pranešimas apie ketinimą sudaryti sutartį ir paisyta minimalaus dešimties dienų sustabdymo nuo sprendimo sudaryti šią sutartį priėmimo iki jos pasirašymo termino, perkančioji organizacija sąmoningai ir tyčia pažeidė Direktyvoje 2004/18 nustatytas skelbimo ir konkurso organizavimo taisykles.

IV – Išvada

116. Atsižvelgdamas į išdėstytus samprotavimus, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į *Consiglio di Stato* pateiktą prejudicinį klausimą:

1989 m. gruodžio 21 d. Tarybos direktyvos 89/665/EEB dėl įstatymų ir kitų teisės aktų, susijusių su peržiūros procedūrų taikymu sudarant viešojo prekių pirkimo ir viešojo darbų pirkimo sutartis, derinimo, iš dalies pakeistos 2007 m. gruodžio 11 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2007/66/EB, 2d straipsnio 4 dalis, siejama su vienodo požiūrio principu ir teise į veiksmingą teisinę gynybą, turi būti aiškinama taip, kad ja nedraudžiama, kad valstybė narė suteiktų galimybę institucijai, atsakingai už peržiūros procedūrą, laisvai vertinti, kiek sutartis, sudaryta iš anksto neskelbiant pranešimo apie pirkimą *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje*, turi būti paskelbta negaliojančia, kai ši institucija konstatuoja, kad, nepaisant to, jog *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* buvo paskelbtas pranešimas apie ketinimą sudaryti sutartį ir laikytasi minimalaus dešimties dienų sustabdymo nuo sprendimo sudaryti šią sutartį priėmimo iki jos pasirašymo termino, perkančioji organizacija sąmoningai ir tyčia pažeidė 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvoje 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo nustatytas skelbimo ir konkurso organizavimo taisykles.