

VIDAUS PIRKIMAI KAIP VIEŠOJO PIRKIMO SUTARTIES IŠIMTIS

Deividas Soloveičikas, LL.M

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Civilinės teisės ir civilinio proceso katedros lektorius
socialinių mokslų daktaras
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius
Tel. (+370 5) 236 61 70
El. paštas: d.soloveicikas@sma.lt

Ši publikacija skiriama pozityviosios viešųjų pirkimų teisės nereguliuojamai temai – vidaus sandorių išimčiai. Straipsnyje siekiama pateikti vidaus sandorių išimties koncepcijos analizę, Europos Teisingumo Teismo jurisprudenciją šioje srityje, taip pat ištirti, kokios yra praktinės vidaus sandorių sudarymo Lietuvoje ir Europos Sąjungoje galimybės ir prielaidos.

This article is dedicated to the analysis of the subject that is not regulated by the substantive law – in-house procurement. The author seeks to examine the whole concept of the in-house procurement as well as the case-law of the European Court of Justice related to the mentioned field. Besides, it is the aim of this publication to investigate the pragmatic possibilities of the in-house procurement in Lithuanian jurisdiction as well as within the European Community dimension.

Įvadas

Vienas iš pagrindinių vidaus sandorių vykdančių viešuosius pirkimus akcentų, bent jau dabar, yra tas, kad šis institutas arba, tiksliau tariant, bendrosios taisyklės išimtis, sudaranti sąlygas perkančiosioms organizacijoms netaikyti viešųjų pirkimų teisės normų ir procedūrų sudarant sutartį su tiekėju, neregamentuojamas nei ES viešųjų pirkimų teisėje, nei Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo (toliau – VPI) [1]. Nepaisant to, Europos Teisingumo Teismas (toliau – ETT), aiškindamas ES teisės aktus, suformulavo taisykles, kuriomis yra grindžiama vidaus sandorių koncepcija ir jos realaus įgyvendinimo reikalavimai. Būtent tai suponuoja temos problematiką

ir šios publikacijos aktualumą. Kitaip tariant, šiuo straipsniu siekiama išanalizuoti ETT jurisprudenciją dėl vidaus sandorių vykdančių viešuosius pirkimus, detalizuoti šiuos sandorius identifikuojančius kriterijus ir sąlygas. Be to, siekiama išsiaiškinti, ar vidaus sandoriai galimi Lietuvoje ir, jeigu taip, kaip tada vietos perkančiosios organizacijos galėtų pasinaudoti šia galimybe.

Pagal nurodytus publikacijos tikslus atitinkamai formuojama ir straipsnio struktūra. Pirmoje dalyje pateikiama bendroji vidaus sandorių vykdančių viešuosius pirkimus samprata. Antroje ir trečioje darbo dalyse analizuojami ETT suformuluoti kriterijai (sąlygos), kurie yra fundamentalusis vi-

daus sandorių pagrindas ir teisinis pradas. Ketvirtoje straipsnio dalyje analizuojamas Lietuvos teisės potencialias ir vidaus sandorių sudarymo galimybės Lietuvoje. Publikacijos pabaigoje pateikiamos remiantis atlikta analize padarytos išvados.

Rengiant publikaciją daugiausia dėmesio skirta ETT praktikai ir užsienio autorių moksliniams darbams, susijusiems su tiriamą tema.

1. Bendroji vidaus sandorių vykdant viešuosius pirkimus samprata

Perkančiosios organizacijos negali objektyviai funkcionuoti be intelektualinių, socialinių arba materialinių išteklių, kurie yra reikalingi tokios organizacijos veiklai, jos funkcijoms ir uždaviniams įgyvendinti. Šis nulemtas objektyvus poreikis dažniausiai sąlygoja dvi alternatyvas, iš kurių perkančioji organizacija privalo rinktis. Pirma, perkančioji organizacija gali numatyti tokius savo vidaus organizacinės struktūros padalinius, kurie aprūpintų reikiama ištekliais ir užtikrintų jos poreikius. Pavyzdžiui, perkančioji organizacija gali numatyti įsteigti finansų departamentą, kuriame dirbtų atitinkamos kvalifikacijos specialistai ir jai nebūtų poreikio pirkti tokių paslaugų (nebent pavieniais atvejais) iš rinkoje veikiančių finansų (mokesčių) konsultantų. Antra, perkančioji organizacija savo poreikių užtikrinimą gali organizuoti sudarydama sutartis su atitinkamose srityse veikiančiais prekių, paslaugų arba darbų tiekėjais. Daugeliu atvejų tokios sutartys atitinka VPĮ 2 straipsnio 31 dalyje numatytus viešojo pirkimo sutarties požymius, t. y. tokios sutartys yra atlygintinės,

jomis siekiama įgyti prekių, paslaugų arba darbų, todėl joms sudaryti taikomos privalomos VPĮ numatytos procedūros. ETT *La Scala* [2], *ASEMFO* [3] ir kitose bylose yra nurodęs, kad jeigu sutartis yra atlygintinė, ja siekiama įgyti prekių, paslaugų arba darbų bei ji sudaroma su rinkoje veikiančiu tiekėju, t.y. su perkančiąja organizacija nesusijusiu asmeniu, tokioms sutartims sudaryti turi būti taikoma speciali viešųjų pirkimų procedūra. Tokiu būdu yra išigyjama žymi dalis prekių, paslaugų ir darbų, kurie yra reikalingi perkančiosioms organizacijoms. Kitaip tariant, daugelis perkančiųjų organizacijų dalyvauja viešųjų pirkimų rinkoje, nes nėra įmanoma, kad visus minėtus išteklius perkančioji organizacija pasigamintų arba sukurtų pati. Be minėtų perkančiosios organizacijos pasirinkimo galimybių, yra ir trečioji alternatyva, kuria perkančioji organizacija gali pasinaudoti. Tai – galimybė *netaikant* viešuosius pirkimus reglamentuojančių taisyklių sudaryti atlygintinę sutartį su *kitu* juridiniu asmeniu, kurio veiklai perkančioji organizacija gali daryti lemiamą įtaką ir gali jį efektyviai kontroliuoti. Šios teisinės situacijos ypatumas yra tas, kad tokiais atvejais yra sudaroma atlygintinė sutartis dėl viešojo pirkimo sutarčiai būdingo dalyko pirkimo su savarankišką teisinį subjektiškumą turinčiu juridiniu asmeniu, tačiau tokios sutarties sudarymo procesui netaikomos imperatyvios viešųjų pirkimų procedūros. Teisės požiūriu dėl toliau šioje publikacijoje analizuojamos išimties taikymo tokia sutartis yra nelaikoma *viešojo pirkimo sutartimi*, nepaisant to, kad civiliniu teisiniu požiūriu toks sandoris yra sutartis. Tokia teisinės padėties dichotomija sudarė vi-

daus sandorių vykdant viešuosius pirkimus koncepcijos kaitos prielaidas. Generalinė advokate Kokkot *Parking Brixen* byloje [4] nurodė, kad vidaus sandoriai gali būti suvokiami siauruoju požiūriu (lot. *stricto sensu*) ir plačiuoju požiūriu (lot. *largo sensu*), o generalinis advokatas Stix-Hackl *Stadt Halle* byloje [5] tokius sandorius klasifikavo į vidaus sandorius (angl. *in-house agreements*) ir kvazividaus sandorius (angl. *quasi-in-house agreements*). K. Weltzein šią klasifikaciją papildė vidaus sandorių (angl. *in-house agreements*) ir išplėstinių vidaus sandorių (angl. *expanded in-house agreements*) sąvokomis [6]. Bendruoju požiūriu vis dėlto būtų galima laikyti, kad generalinės advokatės Kokkot pasiūlyta vidaus sandorių vykdant viešuosius pirkimus klasifikacija yra praktiškiausia¹. Laikoma, kad siauruoju požiūriu vidaus pirkimai yra įgyvendinami tada, kai perkančioji organizacija iš savo vidaus išteklių įgyja prekių, paslaugų arba darbų (pavyzdžiui, tam tikrų prekių pagamina organizacijos darbuotojai arba jie konsultuoja perkančiąją organizaciją (darbdavį) specifiniais klausimais ir pan.). Viešųjų pirkimų teisės normos nedaro įtakos vidaus pirkimų *stricto sensu*, nes tokiais atvejais susiklosto perkančiosios organizacijos ir jos darbuotojų darbo teisiniai santykiai. Tačiau vidaus sandorių *largo sensu* problematika yra gaji dėl jau minėtų priežasčių: tokios sutartys objektyviai atitinka viešojo pirkimo sutarties požymius (yra atlygintinės, sudaromos su savarankišką teisinį subjek-

tiškumą turinčiu juridiniu asmeniu ir jomis įsigyjamos prekės, paslaugos arba darbai), tačiau, teisingai pažymėjo Peter Trepte, tokiomis sutartimis nėra sukuriami „tradiciniai“ sutartiniai teisiniai santykiai, o tai lemia viešojo pirkimo proceso taikymo išimtį [7, P. 196]. Taigi, analizuojant vidaus sandorių, kaip viešųjų pirkimų sutarties išimties, problematiką, aktuali yra tik vidaus sutarčių (sandorių) *largo sensu* analizė, ji ir pateikiama toliau šiame straipsnyje.

Vidaus pirkimų, arba vidaus sandorių, samprata, šių sutarčių sudarymo ypatumai ir sąlygos nėra reglamentuojamos nei ES, nei Lietuvos viešųjų pirkimų pozityviojoje teisėje. Perkančiųjų organizacijų galimybė sudaryti vidaus sandorius ir ši išimtis, kuri sudaro prielaidas netaikyti viešųjų pirkimų procedūrų, pirmą kartą kaip teisės taisyklė buvo suformuluota ETT nagrinėtoje *Teckal* [8] byloje. Teismo faktinių aplinkybių analizės objektas buvo Italijos Viano savivaldos institucijos sudaryta sutartis dėl prekių pirkimo (tiekimo) su juridiniu asmeniu, kuris buvo įsteigtas Viano ir kitų regionų savivaldybių. Vertindamas šiuos faktus, ETT analizavo, ar Viano savivaldos sudaryta sutartis galėjo būti vertinama kaip viešoji prekių pirkimo–pardavimo sutartis. Atkreiptinas dėmesys į tai, kad *Teckal* išimtis suformuluota aiškinant ES direktyvos 92/50/EEB [9] ir ES direktyvos 93/36/EEB [10] nuostatas. Svarbu paminėti, kad šiuos antrinius ES teisės aktus keitė ES direktyva 2004/17/EB [11] ir ES direktyva 2004/18/EB [12] (toliau – ES viešųjų pirkimų direktyvos). Tačiau, autoriaus nuomone, ETT *Teckal* byloje pateiktas ES teisės normų aiškinimas yra aktualus ir juo turėtų būti vadovujamasi ir dabar, aiškinant ES

¹ Papildomai paminėtina, kad teisės doktrinoje ir ETT jurisprudencijoje sąvokos „vidaus sandoriai“ (angl. *in-house agreements*) arba „vidaus pirkimai“ (angl. *in-house purchase*) yra vartojamos kaip sinonimai.

viešųjų pirkimų direktyvų (ir VPI) normas, nes, pirma, minėtame ETT sprendime aiškinamos viešojo prekių pirkimo sutarties bei perkančiosios organizacijos sąvokos, kurios išliko tapačios ES viešųjų pirkimų direktyvose, t. y. ES teisinis reguliavimas iš esmės nekito, ir, antra, ETT *post-Teckal* byloje (šios bylos analizuojamos kitose straipsnio dalyse), kuriose Liuksemburgo teismas jau aiškino atitinkamas ES viešųjų pirkimų direktyvų normas, taikė *Teckal* byloje suformuotas teisės aiškinimo ir taikymo taisykles. Todėl galima teigti, kad pirminis vidaus sandorių vykdančių viešuosius pirkimus teisės šaltinis yra *Teckal* bylos *ratio*, kur ETT pakartojo, jog kiekviena sutartis, sudaryta perkančiosios organizacijos su kitu juridiniu asmeniu, savaime yra viešojo pirkimo sutartis, išskyrus, kai:

„[...] perkančioji organizacija kontroliuoja šį juridinį asmenį panašiai kaip savo struktūrinius padalinius ir kartu šis juridinis asmuo esminę savo veiklos dalį vykdo kartu su perkančiąja organizacija ar organizacijomis“ [8].

Taigi Liuksemburgo teismas suformulavo du privalomus *Teckal* kriterijus (sąlygas), taikomus atliekant vidaus pirkimų teisinį kvalifikavimą:

- ***pirmasis Teckal kriterijus (sąlyga)*** – perkančioji organizacija kontroliuoja juridinį asmenį (kitą sandorio šalį) panašiai kaip savo struktūrinius padalinius, tarnybas ar vienetus ir
- ***antrasis Teckal kriterijus (sąlyga)*** – juridinis asmuo (kita sandorio šalis) esminę savo veiklos dalį vykdo kartu su perkančiąja organizacija ar organizacijomis arba jų naudai.

Prieš analizuojant šių kriterijų (sąlygų) turinį, būtina aptarti reikalavimo, susijusio su kitos sandorio šalies teisine forma ir rūšimi, esmę. Šiame straipsnyje pateikiant *Teckal* kriterijų (sąlygų) vertimą iš anglų kalbos, nurodoma, kad vidaus pirkimų atveju kita sandorio šalis yra juridinis asmuo, nors ETT bylos angliškame sprendimo variante yra vartojama sąvoka „asmuo“ (angl. *a person*); tai suponuoja prielaidą, kad kita perkančiosios organizacijos sudaryto sandorio šalimi gali būti ne tik juridiniai, bet ir fiziniai asmenys. Tačiau, autorius nuomone, vertinant analizuojamų kriterijų (sąlygų) adaptacijos Lietuvos teisės sistemoje galimybes, vargiai būtų galima vartoti sąvoką „asmuo“, nes fiziniam asmeniui perkančioji organizacija objektyviai negali daryti tokios lemiamos įtakos ar įgyvendinti tokios kontrolės, kuri yra įgyvendinama tais atvejais, kai juridinio asmens dalyvis yra perkančioji organizacija. Didesnė kontrolė fizinio asmens atžvilgiu gali būti įgyvendinama tais atvejais, kai toks asmuo yra perkančiosios organizacijos darbuotojas. Minėta, kad tokie atvejai yra *stricto sensu* vidaus pirkimai, kuriems *Teckal* kriterijai (sąlygos) netaikomos. O fizinio asmens, sudariusio atlygintinę sutartį su perkančiąja organizacija, kontrolė yra ribota. Pavyzdžiui, perkančioji organizacija fizinio asmens atžvilgiu negali imtis priemonių ir riboti jo veiklos, nes toks asmuo neveikia steigimo dokumentų, kuriuos turėtų teisę priimti, keisti, panaikinti perkančioji organizacija, pagrindu. Be to, tokiais atvejais perkančiąją organizaciją ir fizinį asmenį, su kuriuo sudaryta sutartis, sieja tik civiliniai teisiniai santykiai, kitaip nei tais atvejais, kai sutartis sudaryta su ju-

ridiniu asmeniu, kurio dalyvis (savininkas) yra perkančioji organizacija ir kuri įgyvendina įmonių (bendrovių) teisės laiduojamas dalyvio (savininko) teises kontroliuojamo juridinio asmens atžvilgiu. Kitaip tariant, autoriaus nuomone, nėra galimybių įgyvendinti fizinio asmens – kontrahento kontrolės panašiai kaip savo struktūrinio padalinio priežiūros remiantis tik civiline sutartimi, nes ribojimai verstis kita veikla, draudimas sudaryti pirkimo–pardavimo, atlygintinų paslaugų teikimo ir (arba) rangos sutartis su kitais asmenimis ne tik ribotų tokių fizinių asmenų veiksnumą (CK 2.5 str.), bet gal net prieštarautų ir konkurencijos teisei. Todėl turėtų būti laikoma, kad ETT *Teckal* kriterijai (sąlygos) gali būti taikomi, kai perkančioji organizacija sudaro sutartį su bet kokios rūšies ir teisinės formos juridiniais asmenimis, įskaitant kvazijuridinius asmenis ir įmonės, neturinčias juridinio asmens teisių, kurios veikia kitose ES valstybėse narėse. Antraip ETT *Teckal* testo formuluotės keltų pagrįstų abejonių ir Liuksemburgo teismas turėtų įvertinti jų tikslinimo galimybę.

2. Pirmasis *Teckal* kriterijus (sąlyga)

Minėta, kad pirmasis *Teckal* kriterijus (sąlyga) nustato reikalavimą, kad perkančioji organizacija, sudarydama sutartį su kitu juridiniu asmeniu, kontroliuotų jį (kitą sandorio šalį) panašiai kaip savo struktūrinius padalinius, tarnybas ar vienetus. Taigi pirmiausia analizuojama sąlyga siejama su perkančiosios organizacijos *kontrolė* ir jos įgyvendinimu kitos sandorio šalies atžvilgiu. Teisės doktrinoje laikomasi nuomonės, kad vidaus sandorių vykdant

viešuosius pirkimus išimties požiūriu kontrolė pirmiausia reiškia ne bet kokią, bet perkančiosios organizacijos aktyvią ir lemiamą kitos sandorio šalies kontrolę [13, p. 247]. Analizuojama sąlyga pirmiausia siejama su perkančiosios organizacijos realia galimybe daryti įtaką kontroliuojamam subjektui (kitai sandorio šaliai) primant strateginius ir to subjekto veiklai esminius sprendimus, todėl tik formalus juridinio asmens dalyvio statuso įgijimas, suteikiantis, pavyzdžiui, akcininkų (dalininkų ir pan.) mažumos teises, nesudaro prielaidų remtis pirmuoju *Teckal* kriterijumi (sąlyga). Šiai nuomonei antrina generalinis advokatas Leger, kuris nurodė, kad analizuojama kontrolė būtų įgyvendinta tuo atveju, jei užduotys, kurias perkančioji organizacija paveda nepriklausomam ūkio subjektui, būtų įgyvendinamos vienodai, kaip jos yra įgyvendinamos delegavus jas perkančiosios organizacijos vidaus tarnyboms (padaliniams) [14]. Be to, tokią pat išvadą dėl kontrolės turinio padarė ir ETT *Parking Brixen* ir *Carbotermo* [15] byloje, nurodydamas, kad perkančiosios organizacijos kontrolė pagal *Teckal* kriterijų (sąlygą) reiškia „galimybę daryti lemiamą įtaką strateginiams tikslams bei svarbiems sprendimams“ [15]. Taigi, vertinant kontrolės, kaip pirmojo *Teckal* kriterijaus (sąlygos) privalomojo elemento, turinį, būtina analizuoti kelis susijusius aspektus. Pirma, kiekvienu atveju yra svarbūs teisiniai pagrindai, kuriais remiantis tokia kontrolė yra įgyvendinama, kartu įvertinant, kokias teises galimybes perkančioji organizacija turi *konkrečiu* atveju. Todėl turi būti įvertinama, ar perkančioji organizacija kitos sandorio šalies kontrolę gali įgyvendinti

tik civilinių – teisinių priemonių (sutarties ir pan.) pagrindu, ar tokios kontrolės prielaida kartu yra ir įmonių (bendrovių) teisės normos. Pavyzdžiui, nėra abejonių, kad tais atvejais, kai perkančioji organizacija yra kitos sandorio šalies vienintelis akcininkas, yra teisinės galimybės įgyvendinti efektyvią ir realią tokio juridinio asmens kontrolę, nes perkančioji organizacija gali paskirti ir atšaukti tokio juridinio asmens organus, valdymo organus, steigimo dokumentuose nustatyti tam tikras įmonės veiklos sąlygas ir pan. Antra, pirmasis *Teckal* kriterijus (sąlyga) gali būti taikomas tik tada, kai perkančiosios organizacijos kontrolė yra įgyvendinama ne tik *de jure*, bet ir *de facto*. Tai reiškia, kad tais atvejais, kai juridinio asmens steigimo dokumentai numatys tam tikras perkančiosios organizacijos turimos kontrolės prielaidas ir teisinį jos įgyvendinimo mechanizmą, bet faktinė situacija neatitiks teisinio reguliavimo, nebus galima laikyti, kad yra įgyvendintas analizuojamas vidaus sandorių išimties kriterijus. Pažymėtina, kad ši taisyklė taikytina ne tik vertinant, ar yra pirmasis, bet ir antrasis *Teckal* kriterijus (sąlyga).

Taip pat svarbu pažymėti, kad pagal suformuotą ETT praktiką tokiose bylose kaip *Parking Brixen, ANAV* [16], *Commission v. Austria* [17], perkančiosios organizacijos kontrolė juridiniam asmeniui (kitai sandorio šaliai) gali būti ne identiška, bet *panaši* į įgyvendinamą savo vidaus tarnybų ir struktūrinių vienetų kontrolę. Sudėtinga atskirti identišką kontrolę nuo panašiosios. Vertinant objektyviai, kito juridinio asmens kontrolė visada bus silpnesnė nei visiškai integruoto organizacijos padalinio kontrolė, nes pastaruojų atveju tam tikros

vidaus struktūros darbuotojai, atlikdami savo darbo funkciją, privalo vykdyti teisėtus darbdavio, t. y. perkančiosios organizacijos nurodymus, o perkančiosios organizacijos dukterinės bendrovės darbuotojai vis dėlto nėra tiesiogiai pavaldūs perkančiajai organizacijai. Todėl pagrįstai galima teigti, kad vidaus sandorių atvejais perkančiosios organizacijos įgyvendinama kitos sandorio šalies kontrolė dažniausiai yra panašesnė į įgyvendinamą jos struktūrinių vienetų kontrolę nei identiška jai.

Analizuojant perkančiosios organizacijos įgyvendinamos kontrolės klausimą, svarbu atsakyti, ar *Teckal* pirmasis kriterijus (sąlyga) gali būti laikomas įgyvendintas, jeigu kontroliuojamo juridinio asmens dalyviu bus viena arba kelios perkančiosios organizacijos, taip pat kaip kistų teisinė padėtis, jeigu perkančioji organizacija kartu su privataus kapitalo asmeniu kontroliuotų kitą sandorio šalį. Praktiškai galima išskirti tris toliau aptariamus galimus atvejus.

Juridinis asmuo, kurio vienintelis dalyvis yra perkančioji organizacija. Teisės doktrinoje laikomasi nuomonės, kad tais atvejais, kai perkančioji organizacija įsteigia (arba įsigyja) juridinį asmenį ir yra vienintelis tokio juridinio asmens dalyvis, vidaus sandorių vykdant viešuosius pirkimus požiūriu tai yra labiausiai kontrolės reikalavimą atitinkantis pavyzdys [18]. Tokia nuomonė yra pagrįsta ir logiška, nes, kaip minėta, vienintelis juridinio asmens dalyvis turi plačią diskrecijos teisę keisti ir pildyti juridinio asmens steigimo dokumentus, kurie reglamentuoja tokio asmens veiklos teisinę prielaidas ir tikslus, formuoti įmonės arba organizacijos organus,

valdymo organus, paskirti ir atšaukti jų narius, nustatyti jiems įpareigojimus ir pan. Tačiau *Carbotermo* byloje Liuksemburgo teismas nurodė, jog „aplinkybė, kad perkančiajai organizacijai, vienai ar kartu su kitomis viešosios valdžios institucijomis, priklauso visas bendrovės, su kuria sudaryta sutartis, kapitalas, parodo *tikimybę* (pastaba – paryškinta autoriaus), tačiau *ne-užtikrina* (pastaba – paryškinta autoriaus), kad ši perkančioji organizacija kontroliuoja šią bendrovę analogiškai kaip savo tarnybas minėto sprendimo *Teckal 50* punkto prasme“ [15]. Tokia teismo nuostata stebina, nes kyla klausimas, kokiomis dar teisinėmis priemonėmis gali būti užtikrinama intensyvesnė kito juridinio asmens kontrolė nei būti vieninteliam tokio asmens dalyviui. Analizuojant šį ETT teiginį galima daryti išvadą, kad vienintelio dalyvio statusas yra tik indikacija, kad pirmasis *Teckal* kriterijus (sąlyga) konkrečiu atveju gali būti įgyvendintas. Tačiau, kaip teisingai pažymi Toni Kaarresalo, vienintelio juridinio asmens dalyvio statusas turėtų būti vertinamas kaip labai stiprus argumentas, kad perkančiosios organizacijos kontrahentas yra jos kontroliuojamas, jeigu perkančioji organizacija yra vienintelis tokio juridinio asmens dalyvis [13, p. 248].

Juridinis asmuo, kurio dalyviai yra (arba jį kontroliuoja) kelios perkančiosios organizacijos. Laikantis nuostatos, kad vidaus sandoris perkančiosios organizacijos gali būti sudaromas netaikant viešųjų pirkimų procedūrų tik tuo atveju, jeigu kita sandorio šalis yra efektyviai kontroliuojama, logiška kvestionuoti pirmąjį *Teckal* kriterijų (sąlyga) esant įgyvendintą, kai kitos sandorio šalies dalyviai

yra kelios perkančiosios organizacijos. Tokia abejonė tampa natūrali, žinant, kad esant keliems juridinio asmens dalyviams, priklausomai nuo jų turimų nuosavybės teise akcijų, dalių ir pan. skaičiaus, nė vienas dalyvis gali nekontroliuoti tiekėjo. Nors, kaip minėta, ETT, aiškindamas antrąjį *Teckal* kriterijų, nurodė, kad viešųjų pirkimų teisės normos nebus taikomos tada, kai tiekėjas esminę savo veiklos dalį vykdo kartu su perkančiąja organizacija ar *organizacijomis*. Tai reiškia, kad teismas, formuluodamas vidaus sandorių vykdant viešuosius pirkimus išimtį, laikėsi nuomonės, jog kontroliuojančia tiekėją gali būti ne tik viena, bet ir kelios perkančiosios organizacijos, o *Carbotermo* byloje ETT šią poziciją patvirtino, nurodydamas, kad vienintelio juridinio asmens dalyvio statusas – dar ne garantija, jog tiekėjo kontrolė yra efektyvi. Liuksemburgo teismo praktikoje nėra papildomų nuorodų į tai, kaip turi būti vertinama tokia situacija, kai tarpusavyje bendradarbiaudamos kelios perkančiosios organizacijos siekia taikyti vidaus sandorio išimties taisyklę. Būtų teisinga laikytis nuostatos, kad tokiais atvejais pagal bendruosius pirmojo *Teckal* kriterijaus (sąlygos) reikalavimus turėtų būti vertinama tiek teisinė, tiek faktinė situacija. Pažymėtina, kad juridinio asmens dalyvio kapitalo dalies dydis (t. y. kiek ir kuri perkančioji organizacija turi akcijų, dalių ir pan.) nėra lemiamas rodiklis vertinant, kuri iš kelių perkančiųjų organizacijų įgyvendina kontrolę pagal *Teckal* pirmąjį kriterijų (sąlyga). Pavyzdžiui, ETT *ASEMFO* byloje buvo tos nuomonės, kad Ispanijos valstybė, kuriai priklausė 99 proc. tiekėjo kapitalo, ir kitos perkančiosios organi-

zacijos, kurioms priklausė 1 proc. tiekėjo kapitalo, atitiko pirmąjį *Teckal* kriterijų (sąlygą). Tapačios nuomonės teismas buvo ir *Teckal* byloje, nors generalinis advokatas Cosmas teigė, kad Viano savivaldybė, kuriai priklausė tik 0,9 proc. balsų valdant kontroliuojamą tiekėją ir skirstant jo finansinį rezultatą, greičiausiai neįgyvendina reikalaujamos kontrolės. Tai reiškia, kad tais atvejais, kai vidaus sandorio išimties taisyklę siekiama pritaikyti sudarant sutartį su kelių perkančiųjų organizacijų kontroliuojamu tiekėju, būtina vertinti ne tik kontrolės įgyvendinimą įmonių (bendrovių) teisės priemonėmis, bet ir bet kokias teises priemones, kurios užtikrina realią kontrolę (pavyzdžiui, akcininkų, bendros jungtinės veiklos sutartis ir pan.). Be to, įgyvendinama kontrolė turi būti vertinama bendrai, kaip visuma, o ne išimtinai vieno ar kito juridinio asmens dalyvio (partnerio) atžvilgiu.

Juridinis asmuo, kurio dalyviai yra (arba jį kontroliuoja) perkančiosios (-oji) organizacijos (-a) kartu su privačiu (-iais) asmeniu (-imis). Teigiant, kad juridinio asmens dalyvio statusas arba turimo kapitalo (dalių, balsų ir pan.) dydis (kiekis) nėra esminė arba vienintelė sąlyga vertinant kontrolės lygį, kyla klausimas, ar perkančiosios organizacijos kartu su privačiu asmeniu kontroliuojamas tiekėjas gali būti tas asmuo, su kuriuo būtų sudaroma pirkimo sutartis netaikant viešųjų pirkimų procedūrų ir jas reglamentuojančių teisės normų. Pirminis tokios teisinės situacijos vertinimas leistų daryti teigiamą išvadą, nes, kaip minėta, Liuksemburgo teismo vertinimu, svarbus yra teisinės ir faktinės kontrolės įgyvendinimo klausimas. Grei-

čiausiai todėl generalinis advokatas Leger *ARGE* [19] byloje laikėsi gana radikalios nuomonės teigdamas, kad *Teckal* išimtį galima taikyti ir tokioms pirkimo sutartims, kai perkančioji organizacija valdo tik 50,5 proc. tiekėjo kapitalo. Tačiau vertindamas privataus kapitalo indėlį į tiekėjo veiklą, ETT išliko labiau rezervuotas ir laikėsi nuostatos, kad svarbu ne tik *kaip* yra kontroliuojamas tiekėjas, bet ir *kas* jį kontroliuoja. Todėl ETT suformuotos ES viešųjų pirkimų teisės aiškinimo ir taikymo taisyklės minėtose *Stadt Halle*, *ANAV* arba *Coname* [20] bylose yra aiškios ir vienodos, nurodant, kad tuo atveju, jeigu privačiai įmonei priklauso nors ir nedidelė bendrovės, kurios dalį kapitalo valdo perkančioji organizacija, kapitalo dalis, yra akivaizdu, kad perkančioji organizacija negali kontroliuoti tokios bendrovės taip, kaip ir savo tarnybų arba struktūrinių padalinių. Pats privataus asmens kaip partnerio buvimo faktas, nors ir jam turint mažumą įmonės kapitalo arba valdymą suteikiančių teisių, neleidžia perkančiajai organizacijai vykdyti kontrolės, panašios į savo pačios tarnybų arba struktūrinių padalinių kontrolę. Tokia išvada logiška, nes kooperacijai su privačiu asmeniu visada reikia, kad valstybės institucija bent jau minimaliai atsižvelgtų į jo ekonominius interesus ir tik tada privatus asmuo perkančiajai organizacijai suteiks savo *know-how* arba finansinius išteklius. ETT minėtose bylose taip pat pasisakė, kad perkančiosios organizacijos ir jos tarnybų, struktūrinių padalinių santykį reguliuoja taisyklės ir reikalavimai, būdingi viešojo intereso tikslų siekimui. Tačiau bet kokia privataus kapitalo investicija į įmonę (tiekėją) verčia vadovautis

privataus intereso taisyklėmis ir siekti kitokių tikslų, todėl *Teckal* išimtis negalima. Be to, *ANAV* byloje ETT nurodė, kad tais atvejais, kai yra tikėtina ir (arba) galima situacija, kad sudarytos sutarties, kuriai ketinama taikyti *Teckal* išimtį, termino metu tiekėjo dalyviu (arba perkančiosios organizacijos veiklos partneriu) gali tapti privatus asmuo, tokia sutartis negali būti sudaroma kitaip, kaip taikant viešojo pirkimo procedūras. Kitaip tariant, jeigu sutarties sudarymo metu yra bent minimali galimybė, kad dalis tiekėjo kontrolės atiteks privačiam asmeniui, tokiai sutarčiai sudaryti nėra galima *Teckal* išimtis. Laikantis teismo suformuotos praktikos būtų galima daryti išvadą, kad sutartys, kurios sudarytos taikant vidaus sandorių išimtį, turėtų būti nutraukiamos arba netekti galios, jeigu sutarties galiojimo metu privatus asmuo įgytų tiekėjo kontrolės teisių. Tiesiogiai tokio reikalavimo formuojamos praktikos pagrindu ETT nenurodė, tačiau, vertinant pragmatines perkančiosios organizacijos galimybes, vargiai būtų galima vėliau tinkamai pagrįsti, kad informacija apie privataus kapitalo indėlį nebuvo žinoma sutarties sudarymo metu, dėl ko gali būti laikoma, jog sudaryta sutartis neatitinka nei *Teckal*, nei *ANAV* bylose suformuotų teisinių reikalavimų. Remiantis analizuojama ETT jurisprudencija, *Teckal* išimtis negalėtų būti taikoma viešojo ir privataus kapitalo partnerystės (angl. *public and private partnership (PPP)*) atvejais. Europos Komisija yra išskyrusi paprastą viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės (toliau – VPP) modelį, kai (dažniausiai) perkančioji organizacija bendros jungtinės veiklos sutarties ar koncesijos pagrindu

su bendradarbiauja su privačiu partneriu [21] ir oficialiai patvirtintos viešojo ir privačiojo sektoriaus partnerystės modelį (angl. *institutionalised public and private partnership*), kai viešas ir privatus sektorius kartu įsteigia juridinį asmenį bendros jungtinės veiklos tikslams įgyvendinti arba kai privatus partneris pradeda kontroliuoti bent dalį viešojo partnerio įsteigto tiekėjo ar jo veiklos [22]. Taigi, tiek ekonominiu, tiek teisiniu požiūriu yra palankios viešojo ir privataus kapitalo bendros veiklos formos. Tačiau, kaip minėta, vidaus sandorių išimtis tokiais atvejais negalima, nes nebus laikoma, kad yra užtikrinta pakankama tiekėjo, veikiančio VPP pagrindu, kontrolė [23, P. NA20 – NA21].

Galiausiai būtina paminėti, kad analizuojamas *Teckal* kriterijus (sąlyga) dėl kontrolės turi būti aiškinamas siauriamai ir kiekvienu atveju būtent perkančiajai organizacijai tenka pareiga įrodyti, kad ši sąlyga galėjo būti taikoma konkrečiu atveju.

3. Antrasis *Teckal* kriterijus (sąlyga)

Minėta, kad antrasis *Teckal* kriterijus (sąlyga) yra *conditio sine qua non* tam, kad būtų galima sudaryti vidaus sandorį. Viešojo pirkimo taisyklės gali būti netaikomos tik tada, kai juridinis asmuo (tiekėjas) esminę savo veiklos dalį vykdo kartu su perkančiąja organizacija ar organizacijomis arba jų naudai. Lemiamą reikšmę analizuojamai sąlygai taikyti turi du klausimai. Pirma, svarbu atsakyti į klausimą, kaip suprantama sąvoka „veikla“, ir antra, ką reiškia ETT vartojamos terminijos požiūriu „esminė veiklos dalis“.

Atsakant į pirmą klausimą, būtų galima paminėti, kad pirmiausia šiuo atveju yra

minima tiekėjo faktinė, t. y. analizuojamu konkrečiu metu egzistuojanti finansinė apyvarta, kurią toks tiekėjas (kita sandorio šalis) gauna tiekdamas prekes, teikdamas paslaugas ar atlikdamas darbus jį kontroliuojančiai perkančiajai organizacijai. *Carbotermo* byloje teismas patvirtino šią nuomonę, nurodydamas, jog „reikia pripažinti, kad lemiamą reikšmę turi ta aptariamąs įmonės apyvartos dalis, kuri gaunama vykdant valdančios institucijos priimtus sprendimus sudaryti sutartį, įskaitant ir vykdant tokius sprendimus gautą apyvartą iš veiklos vartotojų atžvilgiu“ [15]. Taigi ši ETT išvada *inter alia* reiškia, kad, skaičiuojant tiekėjo gaunamos finansinės apyvartos dalį, turi būti įskaičiuojami ir tie finansiniai srautai, kurie yra gaunami iš tiesioginių vartotojų, kurių interesais privalo pasirūpinti perkančioji organizacija teisės aktų nustatyta tvarka ir atvejais (pavyzdžiui, savivaldybė, užtikrindama atliekų šalinimą ir utilizavimą, kai tiekėjas – atliekų tvarkytojas už paslaugas atlyginimą surenka tiesiogiai iš miesto gyventojų ir pan.). Toni Kaarresalo, sutapatindamas tiekėjo finansinę apyvartą su jo vykdomos veiklos reikalavimu, laikosi nuomonės, kad tai yra *kiekybinis* kriterijus, nes jis pirmiausia išreikštas per tiekėjo finansinės apyvartos rodiklį [13, p. 252]. Tačiau galima teigti, kad ne tik tiekėjo finansinio rezultato išraiška gali būti tapatinama su terminu „veikla“, kuri yra ETT vartojama *Teckal* byloje. Generalinis advokatas Stix-Hackl *Stadt Halle* byloje konstatavo, kad tinkamas kriterijus vertinant tiekėjo veiklos, kurią jis vykdo perkančiosios organizacijos naudai, egzistavimą yra paties tiekėjo padėtis rinkoje, taip pat tai, kaip jis

yra veikiamas kitų asmenų konkurencijos, kokio lygio yra ta konkurencija ir pan. Šią Stix-Hackl nuomonę palaikė ir generalinė advokatė Kokott, kuri *Parking Brixen* byloje teigė, kad tiekėjo gaunamos apyvartos iš kontroliuojančios perkančiosios organizacijos dalis yra pirminis indikatorius vertinant veiklos sampratą, tačiau, kai tiekėjas verčiasi daugiau nei vieno pobūdžio veikla, turi būti įvertinama, kiek konkrečiai tiekėjo veikla yra skirta jį kontroliuojančios perkančiosios organizacijos poreikiams užtikrinti. Tokia pozicija, kuri buvo ETT akceptuota *Carbotermo* byloje, rodo *kokybinį* veiklos sampratos vertinimą.

ETT nesuformavo vienodos praktikos arba atsakymo į klausimą nurodant, kas yra laikoma esmine veiklos dalimi. Šiuo klausimu yra kelios nuomonės, nurodant, kad tai gali reikšti daugiau kaip 50 proc. tiekėjo apyvartos, esminė jo apyvartos dalis, daugiausia, pagrindinė apyvartos dalis ir pan. [24]. *Carbotermo* byloje Liuksemburgo teismas paminėjo, kad tiekėjo didžiausia (esminė) veiklos dalis kontroliuojančios perkančiosios organizacijos atžvilgiu galima tik tuo atveju, jei šios įmonės veikla iš esmės yra skirta tenkinti perkančiosios organizacijos poreikius, o bet kokia kita veikla yra šalutinio pobūdžio. Be to, teismas paminėjo, kad *Teckal* išimtis gali būti taikoma kartu ir tais atvejais, kai tiekėją valdo kelios institucijos bendrai.

Iš to, kas nurodyta, galima daryti išvadą, kad vis dėlto *Teckal* antrasis kriterijus (sąlyga) arba *Teckal* išimtis apskritai reikalauja, jog kiekvienu konkrečiu atveju egzistotų pakankamai glaudus perkančiosios organizacijos ir jos tiekėjo, šio tiekėjo veiklos ryšys. Todėl, autoriaus nuomone, tiekėjo

veiklos dalis perkančiosios organizacijos atžvilgiu galėtų būti laikoma esmine tais atvejais, kai tiekėjo veikla, orientuota į perkančiosios organizacijos poreikių tenkinimą, įskaitant ir pajamas, gautas iš tokios veiklos, sudaro gerokai daugiau nei 50 proc. (pavyzdžiui, 70 proc. ir daugiau). Be to, kitas svarbus aspektas, ETT pateiktas *Carbotermo* byloje, yra tas, kad abu *Teckal* kriterijai (sąlygos) gali būti taikomi kolektyviai, t. y. juos gali atitikti visos perkančiosios organizacijos, kurios kontroliuoja tiekėją arba vieną iš jų. Todėl, kaip teisingai nurodyta teisės literatūroje, galima laikyti, kad yra pakankamai apibrėžta ETT jurisprudencija dėl abiejų *Teckal* kriterijų (sąlygų) taikymo ir Liuksemburgo teismas nuo jos kol kas nenukrypsta [25].

4. *Teckal* išimties taikymo Lietuvoje teisinės prielaidos

Minėta, kad vidaus sandorių išimtis nėra reglamentuojama antrinėje ES viešųjų pirkimų teisėje. Kitaip tariant, ES viešųjų pirkimų direktyvos neįtvirtina analizuojamo instituto, o vidaus sandorių išimtis yra ETT jurisprudencijos rezultatas. Natūralus klausimas, kuris gali kilti, yra tas, ar galima vidaus sandorių išimtis Lietuvos viešųjų pirkimų praktikoje, t. y. ar perkančiosios organizacijos gali taikyti *Teckal* principus ir ar nacionaliniai teismai privalėtų juos pripažinti ir jais vadovautis. Taigi svarbu išsiaiškinti, ar vidaus sandoriai galimi Lietuvoje apskritai. Neabejotinai atsakymas į šį klausimą turėtų būti teigiamas dėl kelių priežasčių. Pirma, Lietuvos Respublikos konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“

(toliau – Konstitucinis aktas) 2 straipsnio nuostatos numato, kad „Europos Sąjungos teisės normos yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis. Jeigu tai kyla iš sutarčių, kuriomis grindžiama Europos Sąjunga, Europos Sąjungos teisės normos taikomos tiesiogiai“ [26]. Teisės literatūroje teisingai pažymima, kad Konstituciniu aktu Lietuvoje buvo „įteisinta“, inkorporuota į nacionalinę teisės sistemą ir dėl to yra pripažįstama ES *sui generis* teisės sistema [27]. Būtent ES kaip *sui generis* teisės sistemos neatsiejama dalis yra ETT sprendimai, kuriais formuojama ES teisės taikymo ir aiškinimo praktika. Antra, Konstitucinio akto 2 straipsnio normos, kuriomis teigiama, kad Lietuvos teisės sistemos sudedamoji dalis yra ES teisės normos, reiškia, kad, be pozityviosios ES teisės, Lietuvos teisės sistemos dalis kartu yra *acquis communautaire*, o tai reiškia, kad ETT sprendimai Lietuvoje taip pat turi būti laikomi teisės šaltiniu plačiuoju požiūriu². Trečia, ETT sprendimais privalo vadovautis nacionaliniai teismai,

² ETT sprendimų, kaip ES teisės kvazišaltinio, koncepcija yra išplėta daugelio Liuksemburgo teismo nagrinėtų bylų. Aptariant ETT funkciją paskirti, jo kompetenciją, šio teismo veiklos reikšmę ES teisės sistemos raidai nepakanka tik cituoti ES sutarties 220 straipsnio nuostatus. Po daugelio ETT veiklos dešimtmečių šandien neabejojant galima teigti, kad būtent teismas yra ta ES institucija, kurios formuojama ES teisės aiškinimo ir taikymo praktika yra užtikrinamas teisės viešpatavimas (angl. *the rule of law*) visoje ES geografinėje teritorijoje plačiaja šio termino reikšme. Daugelio teismo *ex officio* išplėtotų doktrinų ir pagrįstų koncepcijų, kurios nėra tiesiogiai reglamentuojamos ES sutartyje ar antriniuose ES teisės aktuose, dėka yra sudarytos teisinės prielaidos ES teisės subjektams efektyviai įgyvendinti fundamentaliausias ES teises ir laisves, užtikrinti bendrosios rinkos funkcionavimą, ES institucijų veiklos skaidrumą ir teisėtumą. Todėl neabejojant galima teigti, kad ETT *inter alia* yra centrinė ES teisminę kontrolę įgyvendinanti institucija, kurios sprendimais privalo vadovautis.

įgyvendindami lojalaus bendradarbiavimo principą (tokią pareigą įtvirtina, pavyzdžiui, CPK 3 straipsnio 5 dalis, taip pat ETT suformuota praktika *Marleasing SA* [28], *Pfeifer* [29] ir kitose bylose). Todėl galima pagrįstai konstatuoti, kad nors vidaus sandorių išimties taisyklės nėra reglamentuojamos ES ir (arba) Lietuvos pozityviosios teisės, *Teckal* bylos *ratio* ir ETT suformuota praktika analizuojamu klausimu gali ir turi būti taikoma nacionalinėje viešųjų pirkimų praktikoje, remiantis pirmiau minėtais pagrindais.

Atkreiptinas dėmesys į tai, kad vidaus sandorių taikymo Lietuvoje ribojimas negalėtų būti pateisinamas argumentu, jog *Teckal* išimtis nacionalinėje viešųjų pirkimų praktikoje negalima, nes to tiesiogiai nereguliuoja VPI. Siekiant sustiprinti pastarąjį argumentą kartais yra nurodoma, kad ES viešųjų pirkimų direktyvos paliko valstybėms narėms diskreciją spresti, analizuojama koncepcija gali būti įgyvendinama konkrečioje valstybėje ar ne. Kadangi VPI vidaus sandorių sudarymo teisinio mechanizmo nereglamentuoja, reikėtų laikyti, kad tokie sandoriai draudžiami. Šie argumentai vertinti kritiškai dėl kelių priežasčių. Pirma, nors tai nėra tiesioginis šio straipsnio tyrimo objektas, tačiau būtina paminėti, kad, autoriaus nuomone, viešųjų pirkimų teisiniu reguliavimui taip pat būdingas dispozityvumo principas, nepaisant ir daugelio VPI nuostatų, kurios yra imperatyvaus pobūdžio.³ Kitaip tariant,

³ Lietuvos teismų dažnai pabrėžiama, kad „[...] viešųjų pirkimų teisinis reglamentavimas yra susijęs su viešojo intereso apsauga, todėl šio specialaus įstatymo normų reikalavimai yra imperatyvaus pobūdžio [...]“, Lietuvos apeliacinio teismo CBS teisėjų kolegijos 2005 m. spalio 17 d. nutartis c.b. *UAB „Rubikon aps-*

tai, kas nėra tiesiogiai draudžiama VPI ir kas neprieštaruoja VPI 3 straipsnyje numatytiems principams, turi būti laikoma, kad yra leidžiama. Tokią išvadą suponuoja viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo pradai, kuris yra susijęs su konkurencijos skatinimu, laisvo prekių ir paslaugų judėjimo užtikrinimu [30], galiausiai su viešojo pirkimo sutarties, kurios prigimtis yra civilinė-teisinė, sudarymu, o ne su viešojo administravimo ir (arba) valstybės valdymo įgyvendinimu. Būtent šis teisinis pradai nepalieka vietos teiginiais, kad viešojo pirkimo teisinis reguliavimas yra administracinio-teisinio pobūdžio. Be to, taip teigti negalima ir dėl to, kad dispozityvumo principo taikymas galimas daugelyje viešojo pirkimo sričių. Pavyzdžiui, įgyvendinama proporcingumo principą (VPI 3 str.), pati perkančioji organizacija nustato, kokie kvalifikaciniai reikalavimai bus numatomi pirkimo dokumentuose (VPI 33–37 str.), taigi taip yra įgyvendinamas dispozityvumas, nes VPI nenustato, kokie kvalifikaciniai reikalavimai kiekvienu konkrečiu atveju turi būti taikomi tiekėjams⁴. VPI 63 straipsnyje reglamentuojama preliminarios sutarties institutas, nustatomi tam tikri reikalavimai, susiję su tokios sutarties sudarymu. Tačiau VPI nuostatos nedetalizuoja visų galimų tokios preliminarios sutarties turinio sąlygų, taip

kaitos sistemos“ v. Vilniaus miesto savivaldybės administracija, UAB „YIT Technika“, UAB „Valymo sistemos“ ir UAB „Aukšinis varnas“; Nr. 2A-336/2005. Ši nuostata kartojama daugelyje Lietuvos teismų priimtų procesinių sprendimų ir nutarčių.

⁴ Apie viešųjų pirkimų principus plačiau žr. Soloveičikas Deividas. Viešųjų pirkimų principai: jų taikymas remiantis Europos Teisingumo Teismo ir Lietuvos teismų praktika // *Justitia*. 2008, Nr. 3 (69).

sudaromos sąlygos įgyvendinti dispozityvumo principą. Teigiant priešingai išeitu, kad nėra aišku, kokios yra esminės preliminarios sutarties sąlygos, nes perkančioji organizacija negalėtų jų savarankiškai nustatyti rengdama pirkimo dokumentus, nes VPI 63 straipsnyje jos nedetalizuojamos. Taigi tai tik keli iš daugelio pavyzdžių, kurie akivaizdžiai pagrindžia nuostatą, jog teisinis viešųjų pirkimų subjektų savarankiškumas arba tam tikra jų diskrecija yra galima viešuosiuose pirkimuose, todėl *Teckal* išimties tiesioginio reguliavimo spraga negali būti pagrindas drausti taikyti šią koncepciją Lietuvoje.

Antra, realizuojant ES teisės efektyvaus įgyvendinimo principą (pranc. *effet utile*), taip užtikrinant netiesioginį ES viešųjų pirkimų direktyvų veikimą ir taikymą Lietuvoje, VPI normos turi būti aiškinamos taip, kad jos kuo labiau atitiktų šių ES teisės aktų, kurie yra perkeltami į nacionalinę teisę, reguliavimo tikslą ir paskirtį [31]. ETT, suformuodamas precedentines *Teckal* taisykles, aiškino būtent ES viešųjų pirkimų direktyvas. Todėl, laikantis nuomonės, kad VPI normos turi būti aiškinamos atsižvelgiant į tai, kaip yra interpretuojamos šių antrinių ES teisės šaltinių tapachios nuostatos, VPI normos negali būti suvokiamos kaip draudžiančios vidaus sandorių sudarymą, jeigu to nedraudžia ES viešųjų pirkimų direktyvos, kurios, kaip minėta, *expressis verbis* taip pat nereguliuoja vidaus sandorių išimties taisyklių.

Trečia, nors paprastai yra laikomasi nuomonės, kad *Teckal* išimtis neturi teisinio pagrindo pozityviosios teisės požiūriu, t. y. nėra reguliuojama ES ir nacionalinės viešųjų pirkimų teisės tiesiogiai, vis dėlto

ši tezė turi sąlyginę išimtį. Kitaip tariant, sąlygiškai galima teigti, kad vidaus sandorių išimtis yra reguliuojama ES viešųjų pirkimų direktyvų, kartu ir VPI, tačiau *netiesiogiai*, t. y. per viešojo pirkimo sutarties sampratą (VPI 2 str. 31 d.). *Teckal* kriterijai (sąlygos) buvo suformuoti aiškinant viešojo pirkimo–pardavimo sutarties sampratą pagal ES viešųjų pirkimų direktyvas, ETT atitinkamai nusprendžiant, kad tokioms sutartims, kurios atitinka *Teckal* kriterijus, negalima taikyti ES viešųjų pirkimų direktyvų normų, kurios apibrėžia viešojo pirkimo–pardavimo sutarties sampratą ir būtinuosius šios sutarties elementus. Tai reiškia, kad tapačiam ginčui kilus nacionaliniame teisme, teismas turėtų, įgyvendindamas minėtą netiesioginio ES direktyvos veikimo ir taikymo nacionalinėje teisėje doktriną, išaiškinti, kad VPI 2 straipsnio 31 dalies normos neapima tokių sutarčių, kurios atitinka *Teckal* kriterijus (sąlygas), o tai reiškia, kad joms sudaryti VPI netaikomas.

Ketvirta, autoriaus nuomone, neracionalu grįsti vidaus sandorių sudarymo Lietuvoje draudimą vien remiantis argumentu, kad analizuojamo instituto tiesiogiai nereguliuoja VPI, kai tokią perkančiųjų organizacijų teisę suponuoja ES viešųjų pirkimų direktyvos, įtvirtinančios iš esmės tapatų viešojo pirkimo sutarties elementų reguliavimą. Tokios praktikos laikosi ir kitų ES valstybių narių teismai. Pavyzdžiui, Anglijos teismai *Cumbria Professional Care Ltd. v. Cumbria CC* [32] ir *R v. Portsmouth City Council Ex p. Coles and Ex p. George Austin (Builders) Ltd.* [33] byloje nurodė, kad vidaus sandoriams netaikomos ES viešųjų pirkimų direktyvos, nes tokios sutartys

neatitinka viešojo pirkimo sutarties požymių. Galiausiai galimybė sudaryti vidaus sandorius perkančiosioms organizacijoms yra svarbi pasirenkant veiklos struktūrą ir joms priskirtų funkcijų įgyvendinimo modelį. Būtų iracionalu riboti perkančiosios organizacijos siekį atskirti konkretų jos padalinį įsteigiant atskirą juridinį vienetą, suteikiant jam dalinę autonomiją, perkeltiant į jį perkančiosios organizacijos tų pačių darbuotojų dalį, taip optimizuojant jos kaštus ir užtikrinant geresnę tokio vieneto vadybą remiantis tuo argumentu, kad, įgyvendinus tokią ekonominę vadybos reformą, naujasis darinys nebūtinai galės funkcionuoti stabiliai, nes galima situacija, kai jis nebus perkančiosios organizacijos vykdyto viešojo pirkimo nugalėtoju, nes sudarant tarpusavio sutartis negalima *Teckal* išimtis.

Tai, kad VPI nėra reglamentuojamas vidaus sandorių išimties institutas, vertintina kritiškai. Lietuvos Respublikos ūkio ministerija yra parengusi ir pateikusi Lietuvos Respublikos Vyriausybei derinti Lietuvos viešųjų pirkimų sistemos tobulinimo ir plėtros 2009–2013 m. strategijos projektą (toliau vadinama – Strategija), kuriame nurodyta, kad *Teckal* kriterijų samprata yra dinaminė, todėl, Strategijos rengėjų nuomone, dabar vidaus sandorių išimties reguliavimas Lietuvos teisėje būtų problemiškas [34]. Su tokia nuomone negalima sutikti. Pirma, tiek nacionalinė, o ypač ES teisė nėra ir negali būti statiška vien dėl to, kad ir visuomeniniai-socialiniai, ir teisiniai santykiai yra dinamiški bei nuolat kinta. Dėl ETT ir nacionalinių teismų plėtojamo teisės aiškinimo, taip pat dėl taikomų teisės aiškinimo metodų nei *Teckal* kriterijai (sąlygos), nei kitos pana-

šios teisinės kategorijos nebus statiškos. Todėl būtų nelogiška laukti statiško, kai jo apskritai negali būti. Antra, ETT jurisprudencijos ir su ja susijusios teisės doktrinos analizė patvirtina, kad *Teckal* kriterijai (sąlygos) yra pakankamai aiškūs, praktiškai pritaikomi, ETT praktika, kuria šie kriterijai yra plėtojami, yra nuosekli, todėl nacionalinis vidaus sandorių išimties teisinis reguliavimas yra galimas. Trečia, yra nepaneigiamas pragmatinis poreikis reguliuoti *Teckal* išimtį Lietuvos viešųjų pirkimų teisėje, nes daugelis perkančiųjų organizacijų netaiko šios išimties tik todėl, kad neturi pakankamai teorinių žinių ir praktinių įgūdžių tiesiogiai remtis ES teise, be to, vis dar laikomasi nuomonės, kad jeigu *Tackal* išimties nereguliuoja VPI, vadinasi, ji negalima. Pačioje Strategijoje yra nurodyta, kad net 43,5 proc. Strategijos rengėjo apklaustų respondentų tvirtina, jog *Teckal* išimties reglamentavimas VPI yra aktualus ir reikalingas. Galiausiai tai, kad vidaus sandorių išimtis gali būti reglamentuojama nacionalinėje teisėje, patvirtina kitų valstybių narių sėkminga praktika. Pavyzdžiui, Suomijos viešuosius pirkimus reglamentuojančiuose teisės aktuose numatyta, kad viešųjų pirkimų normos nebus taikomos toms viešojo pirkimo sutartims, kurios sudarytos perkančiosios organizacijos su bendrove, kuri formaliai yra atskira, ir tiek, kiek susiję su sprendimų priėmimu, yra savarankiška nuo perkančiosios organizacijos, su sąlyga, kad perkančioji organizacija tiesiogiai arba kartu su kitomis perkančiosiomis organizacijomis įgyvendina bendrovės kontrolę, kuri yra panaši į vidaus tarnybų kontrolę, o bendrovė pagrindinę dalį savo veiklos vykdo kartu su

perkančiomis organizacijomis [13, p. 245]. Šis pavyzdys rodo, kad į nūdienos nacionalinę teisę beveik *verbatim* perkeltiant *Teckal* kriterijus ir juos papildomai patikslinant pagal *Carbotermo* ir kitose ETT nagrinėtose bylose suformuluotas taisykles, yra galimybė garantuoti novatorišką ir tinkamą vidaus sandorių išimties instituto teisinį reguliavimą. Autoriaus nuomone, būtent tokia tendencija turėtų vadovautis ir Lietuvos įstatymų leidėjas.

Išvados

Apibendrinant šioje publikacijoje pateiktą vidaus sandorių išimties vykdant viešuosius pirkimus analizę, galimos tokios išvados:

- 1) vidaus sandorių išimties taisyklė nėra reguliuojama nei ES, nei Lietuvos pozityviosios viešųjų pirkimų teisės. Analizuojamo instituto teisinis pradas yra ETT suformuota viešojo pirkimo sutarties sampratos ir jos išimties taisyklė *Teckal* byloje, kurios *ratio* Liuksemburgo teismo buvo plėtojamas vėliau nagrinėjamosiose bylose.
- 2) Tam, kad būtų galima taikyti vidaus sandorio išimtį vykdant viešuosius pir-

kimus ir sudaryti sutartį tiesiogiai su tiekėju netaikant viešųjų pirkimų procedūrų, kiekvienu konkrečiu atveju turi egzistuoti abu *Teckal* kriterijai (sąlygos).

- 3) Nors Lietuvos viešųjų pirkimų teisėje *Teckal* išimtis nėra įtvirtinta, perkančiosios organizacijos turi teisę vadovautis šia išimtimi remdamosi tiesiogiai ES teise, kaip sudedamąja Lietuvos teisės sistemos dalimi, o nacionaliniai teismai tokią teisę turi pripažinti, atitinkamai aiškindami VPĮ normas, reglamentuojančias viešojo pirkimo sutarties sampratą (VPĮ 2 str. 31 d.), su sąlyga, kad yra įgyvendinami abu *Teckal* kriterijai (sąlygos).
- 4) Tai, kad VPĮ nėra reglamentuojama vidaus sandorių išimtis, laikytina šio įstatymo trūkumu. Šiandienė ETT jurisprudencija dėl *Teckal* išimties yra pakankamai nuosekli ir apibrėžta, kad būtų galima suformuluoti šią išimtį reglamentuojančias nacionalines viešųjų pirkimų teisės normas. Be to, kitų valstybių narių patirtis rodo sėkmingą praktiką bent jau teisinio šio instituto reguliavimo srityje.

LITERATŪRA

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas // Valstybės žinios. 1996, Nr. 84-2000; 2002, Nr. 118-5296; 2003, Nr. 57-2529, Nr. 123-5579; 2004, Nr. 7-130, Nr. 96-3520, Nr. 116-4321;
2. ETT byla C-399/98, *Ordine degli Architetti (Teatro alla Scala) v. Comune di Milano*, [2001], ECR I-5409.
3. ETT byla C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) v. Transformación Agraria SA, Administración del Estado*, [2007] ECR I-02999.
4. ETT byla C-458/03, *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen and Stadtwerke AG*, [2005], 1 C.M.L.R. 3.
5. ETT byla C-26/03, *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. TREA Leuna*, [2005], ECR I-1.
6. Weltzein K. Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-house Entity – Scope of the Procurement Directives in Classical Sector, (2005) 5 P.P.L.R., P. 237.
7. Trepte Peter. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide, Second Edition. Oxford University Press, 2007. P. 196.
8. ETT byla C-107/98, *Teckal Srl v. Comune di Viano and AGAC*, [1999], ECR I-8121.
9. 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyva 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių suda-

- rymo tvarkos koordinavimo // Oficialus leidinys L 076, 23/03/1992.
10. 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyva 93/36/EEB dėl viešojo prekių pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos koordinavimo // Oficialus leidinys L 199, 1993.
 11. Europos Parlamento ir Tarybos 2004 m. kovo 31 d. direktyva 2004/17/EB dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo // *OL*, 2004, L 134, p. 1–113.
 12. Europos Parlamento ir Tarybos 2004 m. kovo 31 d. direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo // *OL*, 2004, L 134, p. 114–240.
 13. Kaarresalo Toni. Procuring In-house: The Impact of the EC Procurement Regime, (2008) 17 P.P.L.R. 237, P. 247.
 14. Generalinio advokato Leger išvada ETT byloje C-94/99, *ARGE Gewässerschutz v. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, [2000], E.C.R. I-11037; [2002] 3 C.M.L.R. 39.
 15. ETT byla C-340/04, *Carbotermo SpA and Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio and AGESP SpA*, [2006], E.C.R. I-4137.
 16. ETT byla C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v. Comune di Bari and AMTAB Servizio SpA*, [2006], E.C.R. I-3303.
 17. ETT byla C-29/04, *Commission v. Austria*, [2006], E.C.R. I-9705.
 18. Arrowsmith, Sue. The Law of Public and Utilities Procurement, 2nd edition. Sweet & Maxwell, 2005. P. 392.
 19. ETT byla C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, [2000] ECR I-11037.
 20. ETT byla C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti*, [2005] ECR I7287.
 21. Europos Bendrijų Komisija, Žalioji knyga dėl viešųjų bei privačiųjų partnerystės ir Bendrijos teisė viešųjų bei privačiųjų partnerystės ir koncesijų srityje, COM (2004) 327, 2004 4 30.
 22. Europos Bendrijų Komisija, Komisijos aiškinamasis komunikatas dėl viešųjų pirkimų ir koncesijas reglamentuojančių Bendrijos teisės aktų taikymo oficialiai patvirtintai viešojo ir privačiojo sektoriaus partnerystei (OPVVP), C (2007)6661.
 23. Tvarno, Christina D., A Critique of the Commission's Interpretative Communication on Institutionalised Public-Private Partnerships, (2009) 18 P.P.L.R., P. NA 20-NA21.
 24. Generalinio advokato Stix-Hackl nuomonė byloje C-26/03, *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. TREA Leuna*, [2005], ECR I-1.
 25. Brown, Adrian, The ECJ Upholds an Italian Municipality's Reliance on the Teckal Exemption for In-House Contracts: A Note on Commission v. Italy (C-371/05), (2009) 18 P.P.L.R. Issue 1, P. NA7.
 26. Lietuvos Respublikos Konstitucijos papildymo konstituciniu aktu „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ ir Lietuvos Respublikos Konstitucijos 150 straipsnio papildymo įstatymas // Valstybė žinios, 2004. Nr. 111-4123.
 27. Jarukaitis, Irmantas, Adoption of the Third Constitutional Act and its Impact on National Constitutional System // Teisė. 2006, t. 60, p. 36.
 28. ETT byla C-106/89, *Marleasing SA*, [1990] ECR I-4135.
 29. ETT byla C-397-403/01, *Pfeifer*, [2004] ECR I-8835.
 30. Komisijos aiškinamasis komunikatas dėl Bendrijos teisės, taikomos sudarant sutartis, kurioms netaikomos arba tik iš dalies taikomos viešųjų pirkimų direktyvos, 2006, C 179, 02.
 31. Žr. ETT bylas C-14/83, *Von Colson*, [1984] ECR-1891, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz*, [1976] ECR 1989.
 32. *Cumbria Professional Care Ltd. v. Cumbria CC* [1996] EWHC 63.
 33. *R v Portsmouth City Council Ex p. Coles and Ex p. George Austin (Builders) Ltd.* (1997) 95 L.G.R 494 (CA).
 34. Lietuvos Respublikos ūkio ministerija, dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimo „Dėl Lietuvos viešųjų pirkimų sistemos tobulinimo ir plėtros 2009–2013 m. strategijos patvirtinimo“ projekto derinimo, žr. internete: <http://www.ukmin.lt/lt/dokumentai/aktai/doc2008/LRV-nutarimo-proj-VP_strategija.pdf>, prisijungta 2009 m. kovo 18 d., p. 6.

IN-HOUSE AGREEMENTS AS THE EXCEPTION OF THE PUBLIC CONTRACT

Deividas Soloveičikas

S u m m a r y

This article deals with the problem of in-house purchase in public procurement. Namely, the purpose of the publication is to reveal this legal category in the light of the EC public procurement as well as national law. Therefore, the main insight is given to the jurisprudence of the European Court of Justice, trying to figure out whether the case-law of the “supreme” European court is consistent in the field of in-house

purchase in public procurement. Having analysed the main criteria which every in-house purchase agreement must meet, the author of the publication further examines Lithuanian legal system peculiarities trying to explain the ways which would lead to the justified and lawful in-house purchase procedure under the Lithuanian public procurement law.

Įteikta 2009 m. kovo 20 d.

Priimta publikuoti 2009 m. balandžio 10 d.