

# NEĮPRASTAI MAŽOS PASIŪLYTOS KAINOS KONCEPCIJOS TAIKymo YPATUMAI PAGAL EUROPOS SĄJUNGOS IR LIETUVOS VIEŠŲJŲ PIRKIMŲ TEISĘ

**Deividas Soloveičikas, LL.M**

Mykolo Romerio universiteto

Teisės fakulteto

Europos Sąjungos teisės katedros lektorius

socialinių mokslų daktaras

Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius

Tel. (+370 5) 271 46 70

El. paštas: d.soloveicikas@sma.lt

*Viešųjų pirkimų teisės taikymo praktika Lietuvoje vis dar formuojasi, nors šios srities teisinis reguliavimas nacionaliniu lygiu egzistuoja daugiau nei dešimtmetį. Pavieniai viešųjų pirkimų teisės institutai, įskaitant ir neįprastai mažos pasiūlytos kainos koncepciją, yra nauji ir praktinis jų įgyvendinimas yra susijęs su daugeliu klausimų, į kuriuos atsakymų stanga tiek teisės doktrinoje, tiek teismų praktikoje. Todėl ši publikacija yra aktualė. Be to, jos aktualumą lemia ir teoriniu lygiu netirta tema – neįprastai maža pasiūlyta kaina atliekant viešąjį pirkimą. Šis straipsnis skiriamas nurodytos temos analizei, jos tyrimui ES viešųjų pirkimų ir nacionalinės teisės požiūriu ir pateikti su tuo susijusias praktines išvadas.*

*The legal practice of public procurement law is still at the stage of evolution albeit the regulation of this field exists for more than ten years. The separate concepts, including the one of abnormally low offer, are quite new and their practical implementation is related to many unsolved questions. The answers though are absent in both legal theory and case-law. Therefore, this article is relevant if evaluated in the light of existing public procurement legal experience in Lithuania. Thus, this publication analyses the concept of abnormally low offer in public purchase as well as it encapsulates this topic from the perspectives of EC and Lithuanian public procurement law.*

## Įvadas

Dažnai perkančiosios organizacijos, vertindamos viešojo pirkimo dalyvių (tiektėjų) pateiktus pasiūlymus, privalo spręsti neįprastai mažos pasiūlytos kainos klausimą. Šis klausimas tapo dar aktualesnis po to, kai 2005 m. gruodžio 22 d. buvo priimtas Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo (toliau – VPI) pakeitimo įstatymas, kuriuo reglamentuojama nauja VPI

redakcija [1]. Įsigaliojus naujoms VPI nuostatoms, taikyti šio įstatymo 40 straipsnio normas, reglamentuojančias neįprastai mažos pasiūlytos kainos institutą, tapo dar sudėtingiau, nes šios normos nebeįtvirtina ankstesnėje VPI redakcijoje galiojusios taisyklės, kad neįprastai maža kaina turi būti laikoma pasiūlyta prekių, paslaugų ar darbų kaina, kuri daugiau kaip 15 procentų yra mažesnė už visų tiekėjų (dviejų ar daugiau), kurių pasiūlymai neatmesti dėl

kitų priežasčių, pasiūlytų kainų aritmetinį vidurkį. Kitaip tariant, VPĮ 40 straipsnyje nėra pateikiamas Lietuvos įstatymų leidėjo autentiškas ir oficialus VPĮ normų, reglamentuojančių neįprastai mažos kainos kriterijus, aiškinimas. Tai reiškia, kad, viena vertus, perkančiosioms organizacijoms suteikiama plati diskrecija vertinti, ar konkretaus tiekėjo pasiūlyta kaina yra neįprastai maža, t. y. nurodytais atvejais vertinimo procesas tampa labiau analitinis nei mechaninis. Kita vertus, nacionaliniams teismams taip pat dažnai tenka vertinti, ar perkančioji organizacija tinkamai taikė VPĮ 40 straipsnio normas ir nepažeidė viešojo pirkimo dalyvių teisių ir teisėtų interesų. Taigi, vertinant neįprastai mažos pasiūlytos kainos institutą vien nacionalinio teisinio reglamentavimo požiūriu, galima teigti, kad jo mokslinė-teisinė analizė yra aktuali, nes, kaip minėta, dėl naujai reglamentuojamų aptariamo teisinio instituto esminių pakeitimų kyla daug probleminių klausimų, kuriuos tenka spręsti ir perkančiosioms organizacijoms, ir teismams.

Neįprastai mažos pasiūlytos kainos instituto mokslinis tyrimas yra ypač aktualus ir dėl to, kad jį sudarančių teisės normų aiškinimas ir taikymas yra tiesiogiai susijęs su vadinamųjų Europos Sąjungos (toliau – ES) viešųjų pirkimų direktyvų nuostatų aiškinimu ir taikymu<sup>1</sup>. Tai reiškia, kad, įgyvendinant netiesioginio ES

direktyvų veikimo ir taikymo koncepciją Lietuvos teisės taikymo praktikoje, vargiai galima tikėtis tinkamo VPĮ 40 straipsnio normų aiškinimo ir taikymo, jeigu šis procesas būtų įgyvendinamas izoliuotai nuo ES viešųjų pirkimų teisės, neatsižvelgiant į tai, kaip Europos Teisingumo Teismas (toliau – ETT) aiškina ir taiko atitinkamas ES viešųjų pirkimų direktyvų normas. Todėl neįprastai mažos pasiūlytos kainos instituto mokslinis tyrimas yra svarbus ES viešųjų pirkimų teisės atžvilgiu, nes būtent ja remiantis yra galima tinkamai ir teisingai aiškinti ir taikyti nacionalinės teisės normas, įtvirtintas VPĮ 40 straipsnyje.

Šią publikaciją sudaro trys dalys. Pirmoje dalyje glaustai analizuojama ES direktyvų tiesioginio (angl. *direct effect*) ir netiesioginio galiojimo (angl. *indirect effect*) doktrina, nes ją taikyti yra aktualu, kad būtų tinkamai įgyvendinamos nacionalinio VPĮ normos. Pažymėtina, kad šio straipsnio pirmoje dalyje aptariant bendruosius šios koncepcijos taikymo principus *inter alia* vertinama, kaip jie galėtų būti taikomi užtikrinant ES viešųjų pirkimų teisės, t. y. atitinkamų ES direktyvų taikymą Lietuvos teisės ir teismų praktikoje. Antroje straipsnio dalyje analizuojamos atitinkamos ES viešųjų pirkimų direktyvos normos, kurios reglamentuoja neįprastai mažos pasiūlytos kainos institutą. Galiausiai trečia šios publikacijos dalis skiriama VPĮ 40 straipsnio nuostatų analizei ir joms vertinti. Pastarojoje dalyje autorius tiria VPĮ 40 straipsnio normų atitiktį ES viešųjų pirkimų atitinkamos direktyvos normoms ir pasiūlo su tuo susijusius VPĮ pakeitimus bei papildymus. Publikacijos pabaigoje pateikiamos išvados ir pasiūlymai.

<sup>1</sup> 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl Viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (toliau – Viešojo sektoriaus direktyva) [2] bei 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/17/EB dėl Subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo (toliau – Komunalinio sektoriaus direktyva) [3].

Bendras šio straipsnio tikslas yra ne tik moksliniu-teoriniu atžvilgiu išanalizuoti neįprastai mažos pasiūlytos kainos koncepciją, bet ir pragmatinius aptariamo teisinio instituto taikymo aspektus, pateikti siūlymų, kurie padėtų praktikams sklandžiai taikyti VPĮ 40 straipsnio normas.

### **1. ES viešųjų pirkimų direktyvų tiesioginis ir netiesioginis galiojimas nacionalinėje teisėje**

Tam, kad ES direktyvų nuostatos taptų tiesiogiai taikomos ir galiojančios, jos turi atitikti ETT *Van Gend en Loos* byloje [4] suformuotas precedentes sąlygas:

1. direktyvos nuostata turi būti aiški ir tiksli;
2. besąlyginė;
3. nuostatos galiojimas turi būti nepriklausomas nuo tolesnių ES arba valstybės narės institucijų veiksmų ar priimamų teisės aktų<sup>2</sup>.

ES teisės norma gali būti laikoma *aiškia ir tikslia*, jeigu nacionalinis teismas, nagrinėdamas konkrečią bylą, ar bet kuris kitas subjektas, taikantis ES teisės normas, gali ES teisės normą pritaikyti konkrečioms bylos arba tam tikros teisinės situacijos faktinėms aplinkybėms ir taip pat patenkinti vienos iš ginčo šalių arba suinteresuoto asmens reikalavimus. Sprendžiant, ar ES teisės norma yra *besąlyginė*, būtina įvertinti, ar kompetentinga valstybės narės ar ES institucija turi diskrecijos teisę arba prerogatyvą patvirtinti arba nustatyti priemones, kuriomis būtų įgyvendinamos ES

teisės nuostatos nacionalinėje teisėje. ES teisės norma bus laikoma sąlygine, jeigu jai įgyvendinti (taikyti) yra nustatytas terminas arba jos taikymas yra susijęs su tam tikrų sąlygų, kurias nustatyti priklauso nuo valstybės narės arba ES kompetentingos institucijos diskrecijos, egzistavimu. Institucijų diskrecija yra šių institucijų teisėta galimybė pasirinkti vieną ar kelias galimas veikimo formas, priimant ir įgyvendinant atitinkamus sprendimus, susijusius su ES teisės taikymu. ETT *Verholen* byloje [5] nurodė, kad ES teisės norma, kuri gali būti tiesiogiai taikoma ir galiojanti, bet kuris asmuo, nesusijęs su byla, turi teisę remtis ir ginti pažeistą subjektinę teisę nacionaliniame teisme.

Daugelis ES viešųjų pirkimų teisės direktyvų nuostatų atitinka nurodytus ES teisės tiesioginio galiojimo ir taikymo kriterijus. Pavyzdžiui, Viešojo sektoriaus direktyvos 2 straipsnio ir 3 straipsnio normos, kuriomis reglamentuojami viešųjų pirkimų principai, daugelis 9 straipsnio nuostatų, reglamentuojančių pirkimo vertės skaičiavimo taisykles, 35 straipsnio normų, nustatančių skelbimų paskelbimo tvarką, taip pat 55 straipsnio normos, reglamentuojančios neįprastai mažos pasiūlytos kainos institutą ir kitos direktyvos nuostatos yra aiškos, tikslios, besąlyginės ir nepriklauso nuo ES ar valstybių narių institucijų tolesnių veiksmų, neminint valstybių narių pareigos perkelti ES direktyvos nuostatas į nacionalinę teisę. Tai patvirtina ir ETT formuojama praktika, nes Liuksemburgo teismas tokiose bylose kaip *Beentjes* [6], *Fratelli Constanzo SpA* [7], *Metalmecanica Fracasso* [8], *Togel* [9]

<sup>2</sup> Daugiau apie ES teisės tiesioginio veikimo ir taikymo nacionalinėje teisėje doktriną žr. Soloveičikas D. Europos Sąjungos teisės tiesioginis veikimas ir jos taikymas – dvi skirtingos tapačios doktrinos dalys? // Jurisprudencija. 2007, t. 4(94).

nurodė, kad dauguma ES viešųjų pirkimų direktyvų normų yra tiesiogiai galiojančios ir atitinka *Van Gend en Loos* sprendime nustatytas sąlygas. Christopheris Bovis teisingai pažymėjo, kad Viešojo ir Komunalinio sektoriaus direktyvų normos, kurios gali būti taikomos ir galioti tiesiogiai, sudaro ir iš esmės padidina suinteresuotų asmenų galimybes ginti savo pažeistas teises nacionaliniame teisme, jeigu viešasis pirkimas buvo įgyvendinamas pažeidžiant ES viešųjų pirkimų teisės nustatytus reikalavimus [10, p. 162]. Neabejojant šio autoriaus nuomonės teisingumu ir jai antrinant būtų galima teigti, kad tiesioginio daugelio ES viešųjų pirkimų direktyvų teisės normų galiojimo ir taikymo galimybė užtikrina universalus ES teisės *effet utile* principo praktinio įgyvendinimo prielaidas. Kitaip tariant, tai, kad daugelis nurodytų ES direktyvų normų gali būti tiesiogiai galiojančios ir taikomos, reiškia, jog ES viešųjų pirkimų teisė gali ir turi būti taikoma efektyviai nacionalinėse jurisdikcijose, garantuojant tiekėjams ir kitiems viešųjų pirkimų proceso dalyviams tas teises, kurios yra numatytos ES direktyvose. Be to, aptariamoms ES viešųjų pirkimų teisės direktyvų normų savybės sudaro galimybes realiai įgyvendinti tuos tikslus, kurių buvo siekiama ES lygiu reglamentuojant viešųjų pirkimų teisinius santykius, t. y. sudaryti maksimalias bendrosios rinkos, suprantant šią koncepciją *largo sensu*, egzistavimo prielaidas. Europos Komisija yra pripažinusi, kad nereglamentuojant viešųjų pirkimų įgyvendinimo sąlygų ES teisės lygiu, valstybėms narėms būtų paliekamos realios galimybės taikyti nefiskalinius (netarifinius) ribojimus, kuriais būtų ribojamas laisvas

prekių ir paslaugų judėjimas<sup>3</sup>. Todėl, jeigu Viešojo ir Komunalinio sektoriaus direktyvų daugelis normų negalėtų būti taikomos ir galioti tiesiogiai, bendros rinkos vizija būtų deklaratyvi. Būtina pažymėti, kad tos ES viešųjų pirkimų direktyvų normos, kurios atitinka minėtas ES teisės tiesioginio galiojimo ir taikymo sąlygas, gali būti taikomos tik vertikalčiai, bet ne horizontalčiai, t. y. jos taikomos tik prieš valstybę, bet ne prieš privačius asmenis. Atsižvelgiant į tai, kad perkančioji organizacija kiekvienu atveju ES viešųjų pirkimų teisės atžvilgiu bus laikoma valstybe, tiesiogiai galiojančios ir taikomos ES viešųjų pirkimų direktyvų normos gali būti taikomos tiekėjui (viešųjų pirkimų dalyviui) prieš perkančiąsias organizacijas, jiems ginant jų pažeistas teises<sup>4</sup>. Taigi galimybė taikyti ES viešųjų pirkimų direktyvų normas tiesiogiai vertikalčiai reiškia, kad kiekvienu atveju, kai nacionalinis teisės aktas, kuriuo būtų perkeliama ES viešųjų pirkimų direktyvų normos į nacionalinę teisę, būtų neišsamus, netikslus arba juo tiekėjams (viešųjų pirkimų dalyviams) nebūtų garantuojamas toks viešųjų pirkimų teisinių santykių teisinis reguliavimas, kuris yra įtvirtintas minėtose ES direktyvose, šie asmenys turėtų teisę veiksmingai ginti savo teisėtus interesus tiesiogiai remdamie-

<sup>3</sup> European Commission White Paper for the Completion of the Internal Market, COM (85) 310 final. Šiame dokumente ES Komisija konstatavo, kad yra daug sričių, kuriose valstybės narės gali taikyti kiekybinius ribojimus ir jiems lygiavėrio poveikio priemones. ES viešųjų pirkimų teisės direktyvos yra vienos iš daugelio ES.

<sup>4</sup> ES viešųjų pirkimų teisėje yra taikomas vadinamasis *Foster* principas, kuris reiškia, kad valstybės sąvoka turi būti aiškinama plečiamai, todėl ES viešųjų pirkimų teisės atžvilgiu kiekviena perkančioji organizacija turi būti laikoma valstybės dalimi, kad būtų galima taikyti ES direktyvų normas vertikalčiai; žr. ETT bylą C-188/89, *Foster v. British Gas*, [1990] ECR I-3313.

si ES viešųjų pirkimų direktyvų normomis. Tą patį būtų galima teigti analizuojant VPI teisinio reguliavimo ribas ir turinį. Kitaip tariant, jeigu VPI normos prieštarautų ES viešųjų pirkimų direktyvoms, nebūtų VPI reglamentuojamos tam tikrų asmenų teisės, kurias nustato minėtos ES direktyvos arba tokių teisių turinys būtų siauresnis nei tas, kuris įtvirtintas ES viešųjų pirkimų direktyvose, tada tiekėjai (viešųjų pirkimų dalyviai) turėtų teisę remtis nurodytų ES direktyvų normomis prieš perkančiąsias organizacijas Lietuvos teismuose, o šie privaltų jas taikyti.

Be tiesioginio ES teisės ir direktyvų galiojimo bei taikymo, svarbi yra netiesioginio ES teisės taikymo ir galiojimo koncepcija, išplėtotą ETT jurisprudencijoje ir ES teisės taikymo bei aiškinimo praktika. Netiesiogiai ES teisės nuostatos taikomos, kai nacionalinės teisės nuostatos aiškinamos ir taikomos atsižvelgiant į direktyvos normas ir jai keliamus tikslus. ETT *Von Colson* byloje nurodė, kad „nacionalinio teismo pareiga aiškinti ir taikyti valstybės narės teisę, kuria įgyvendinamos direktyvos normos, taip, kad būtų užtikrinti ir garantuoti ES teisės ir direktyvos tikslai“ [11]. Tokia pareiga kyla iš EB steigimo sutarties 10 straipsnio, numatančio valstybėms narėms pareigą imtis visų atitinkamų bendrų ar specialių priemonių, kad būtų užtikrintas EB Sutarties ir Bendrijos institucijų nustatytų pareigų vykdymas, taip pat pareigą padėti atlikti Bendrijos uždavinius bei nesiimti jokių priemonių, kurios galėtų trukdyti siekti EB sutarties tikslų. Šis reikalavimas taikomas nuo direktyvos (ar kito teisės akto) paskelbimo, todėl ir netiesioginio taikymo pareiga atsiranda paskelbus direktyvą.

Dėl to netiesioginis taikymas nesiejamas su direktyvos įgyvendinimu – direktyvos nuostatos privalo būti netiesiogiai taikomos neatsižvelgiant į tai, ar direktyva įgyvendinta tinkamai, netinkamai ar apskritai yra neįgyvendinta. *Marleasing SA* byloje ETT pažymėjo, kad valstybių narių pareiga, kylanti iš direktyvos, garantuoti direktyvoje numatytą rezultatą, ir ši jų pareiga imtis visų bendrų arba konkrečių tinkamų priemonių, kad būtų įgyvendinta ši pareiga, įpareigoja ir visas nacionalines institucijas, įskaitant teismus. Todėl, taikydami nacionalinę teisę, nesvarbu, nacionalinės teisės normos buvo priimtos prieš įsigaliojant direktyvai ar po to, nacionaliniai teismai privalo aiškinti ir taikyti teisės normas taip, kad maksimaliai, kiek įmanoma, toks aiškinimas atitiktų direktyvos gramatinį tekstą ir ja siekiamą tikslą, jog būtų garantuotas ja siekiamas rezultatas [12]. Dar konkrečiau dėl netiesioginio direktyvų galiojimo ir jų netiesioginio taikymo nacionalinėje teisėje savo poziciją ETT pateikė *Pfeifer* byloje, kur nurodė, kad „[...] reikalavimas aiškinti nacionalinę teisę ES teisės tikslais yra įkūnytas Sutartyje, todėl jis suteikia prerogatyvą nacionaliam teismui, jo jurisdikcijos ribose, garantuoti ES teisės efektyvumą [...]. Nors principas, kad nacionalinė teisė privalo būti aiškinama atsižvelgiant į ES teisę iš esmės yra susijęs su nacionaline teise, skirta ES teisės įgyvendinimui, šis principas neturi būti taikomas išimtinai aiškinant nurodytas nacionalinės teisės normas; šis principas įpareigoja nacionalinę teisę vertinti sistemiskai, kad ją būtų galima taikyti taip, jog nebūtų pasiektas priešingas nei ES direktyva siekiamas tikslas [...]“ [13]. Be to, galioja bendras draudimas direktyvos normas aiškinti taip,

kad iš jos kiltų pareiga privačiam subjektui. Taigi, remiantis šia ETT išplėtotą doktrina, teismai ir visi kiti suinteresuoti asmenys, įskaitant ir perkančiąsias organizacijas, privalo nacionalinės teisės akto nuostatą, kuria į valstybės narės teisės sistemą perkeliama ES teisės nuostatos, aiškinti ir taikyti taip, kad jos kuo labiau atitiktų ES direktyvos normas ir jų reglamentavimu siekiamus tikslus. Tai reiškia ir būtinumą vadovautis ETT išaiškinimais bei praktika, nes ETT yra vienintelė institucija, turinti teisę oficialiai aiškinti ES teisę.

Pareigą vadovautis ETT sprendimais ir preliminariais nutarimais, pateikiančiais oficialų ES teisės nuostatų aiškinimą, suponuoja ir 2004 m. liepos 13 d. konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ 2 straipsnis, kuriame nurodoma, kad ES teisės normos yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis. Jeigu tai kyla iš sutarčių, kuriomis grindžiama ES, ES teisės normos taikomos tiesiogiai, o teisės normų kolizijos atveju jos turi viršenybę Lietuvos Respublikos įstatymams ir kitiems teisės aktams [14]. Atkreiptinas dėmesys į tai, kad pirmiausia netiesioginio ES teisės taikymo pareiga tenka nacionaliniams teismams, nes jiems yra suteikiama prerogatyva taikyti teisės normas taip, kad jų taikymas sukurtų atitinkamiems asmenims teises ir / arba pareigas. Tačiau nekyla abejonių, kad netiesiogiai ES teisės normas turi taikyti ir visi asmenys, įskaitant perkančiąsias organizacijas, nes jų skundžiamus veiksmus teismai vertins *inter alia* būtent netiesiogiai taikydami ES teisės normas. Vertėtų pažymėti ir tai, kad ES direktyvų netiesioginio taikymo ir galiojimo doktrina yra pagrindinė

teisinė priemonė, kuri sukuria prielaidas *efektyviai ir tinkamai* įgyvendinti ne tik ES viešųjų pirkimų direktyvų nuostatas nacionalinėje teisėje, bet ir apskritai tinkamai ir teisėtai taikyti VPI normas Lietuvos teismų ir perkančiųjų organizacijų praktikoje. Minėta, kad Viešojo sektoriaus direktyva yra beveik *verbatim* perkelta į VPI, kaip ir Komunalinio sektoriaus direktyva, kurios nuostatos yra įtrauktos į trečiąją VPI skyrių. Taigi, autoriaus nuomone, nacionalinio VPI normos negali būti aiškinamos ir taikomos teisingai, taip pat nėra galimybių nustatyti tikrąjį šio įstatymo teisės normų, teisės subjektų teisių ir pareigų turinį, jeigu VPI būtų aiškinamas ir taikomas izoliuotai nuo ES viešųjų pirkimų direktyvų ir, maža to, neatsižvelgiant į ETT praktiką. Tais atvejais, kai VPI nuostatos gramatinis tekstas sutampa su atitinkamos ES viešųjų pirkimų teisės direktyvos nuostatos gramatiniu tekstu, galima teigti, kad tam tikros VPI normos turinys bus toks pats kaip ir yra ES viešųjų pirkimų direktyvos normos. Be to, VPI norma turėtų būti aiškinama ir taikoma taip, kaip yra aiškinama ir taikoma atitinkama tam tikros ES viešųjų pirkimų teisės direktyvos norma. Taigi ES direktyvų netiesioginio galiojimo doktrina dažniausiai supaprastina VPI, kuriuo yra perkeliama ES viešųjų pirkimų direktyvų normos į nacionalinę teisę, nuostatų aiškinimo ir taikymo procesą, nes tokiais atvejais prieš pradedant aiškintis, koks yra VPI normos turinys, pirmiausia būtina įvertinti atitinkamos ES viešųjų pirkimų direktyvos normos turinį vadovaujantis teisės aktų aiškinimo taisyklėmis ir ETT praktika. Pavyzdžiui, VPI 3 straipsnio nuostatos, kuriomis įtvirtinami



viešųjų pirkimų principai, turi būti aiškinamos atsižvelgiant į tai, kaip ETT aiškina Viešojo sektoriaus direktyvos 2 straipsnio ir Komunalinio sektoriaus direktyvos 10 straipsnio normas. Analizuojant, pavyzdžiui, tokias ETT bylas *Telaustria* [15], *European Communities v. Italian Republic* [16], *Commission v. Denmark* [17], *SIAC Construction Ltd* [18] nesunku pastebėti, kad net ir universalūs lygiateisiškumo, nediskriminavimo, skaidrumo principai pasižymi savitumu ir jų adaptacija būtent viešųjų pirkimų procesui. Todėl, aiškinant VPĮ 3 straipsnio normas, nepakanka remtis vien ta minėtų principų samprata, kuri yra visuotinai žinoma konstitucinėje justicijoje. Siekiant tinkamai įgyvendinti viešųjų pirkimų procesą, būtina atsižvelgti į šių principų turinį, kuris yra skirtas būtent teisėtam viešajam pirkimui užtikrinti. O VPĮ 3 straipsnyje numatyto abipusio pripažinimo principo turinys apskritai nebus aiškus tol, kol nebus išanalizuotas vadinamasis antrasis *Cassis* principas, kuris ETT buvo išplėtotas precedentinėje *Cassis de Dijon* byloje, siekiant užtikrinti laisvą prekių judėjimą ES [19]. Taigi šis principas yra tiesiogiai perimtas iš ES teisės ir jo turinio nacionaliniai teismai arba perkančiosios organizacijos neatskleis be minėtų ES teisės normų netiesioginio taikymo, aiškinant ir taikant VPĮ nuostatas.

## **2. Neįprastai mažos kainos instituto reglamentavimas ES viešųjų pirkimų direktyvose**

ETT daugelyje nagrinėtų bylų (*University of Cambridge* [20], *Commission v. France* [21] ir kt.) yra pažymėjęs, kad viešųjų pirkimų reguliavimo ES lygmeniu tikslas yra

apsaugoti dalyvio, įsteigto valstybėje narėje ir siekiančio prekes, darbus ar paslaugas teikti perkančiajai organizacijai, įsteigta kitoje valstybėje narėje, interesus, kartu taip išvengti rizikos, kad pirmenybė bus teikiama nacionaliniam dalyviui. Tai lemia svarbiausią perkančiosios organizacijos pareigą visus dalyvius vertinti vienodai, laikantis lygiateisiškumo principo (angl. *equality*). Lygiateisiškumo ir kartu skaidrumo principo įgyvendinimo prielaida yra neįprastai mažos kainos instituto įtvirtinimas ES viešųjų pirkimų direktyvose, taip pat VPĮ. Analizuojamas viešųjų pirkimų teisės institutas yra tiesiogiai susijęs su nurodytų principų įgyvendinimu, nes tiekėjai, siūlydami neįprastai mažą kainą, gali piktnaudžiauti teise, taip nepagrįstai ribodami konkurenciją. Be to, viešasis pirkimas negali būti laikomas teisėtu ir teisingu, jeigu perkančioji organizacija nebūtų įpareigota tiekėjo pasiūlytą neįprastai mažą kainą tikrinti, siekiant sudaryti tinkamas prielaidas efektyviai vykdyti viešojo pirkimo sutartį bei tiekėjo galimų viešojo pirkimo sutarties pažeidimų prevencijai įgyvendinti.

Viešojo ir Komunalinio sektoriaus direktyvos reglamentuoja neįprastai mažos kainos institutą (Viešojo sektoriaus direktyvos 55 str. ir Komunalinio sektoriaus direktyvos 57 str.)<sup>5</sup>. Šių direktyvų normos analizuojamu klausimu yra iš esmės tapačios, todėl šioje publikacijoje toliau

<sup>5</sup> ES viešųjų pirkimų teisės direktyvose vartojamos skirtingos sąvokos, nes Viešojo sektoriaus direktyvoje vartojamas pasiūlymų su „labai maža kaina“ terminas, o Komunalinio sektoriaus direktyvoje vartojamas neįprastai mažos kainos terminas, tačiau neabejojama, kad šie terminai yra tapatūs ir reglamentuoja analizuojamą neįprastai mažos pasiūlytos kainos institutą.

nagrinėjamos Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnio nuostatos preziumuojant, kad aptartas Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnio normų aiškinimas ir taikymas *mutatis mutandis* turi būti taikomas ir aiškinant Komunalinio sektoriaus direktyvos 57 straipsnio normas. Taigi Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnyje numatyta:

„Pasiūlymai, kuriuose siūloma labai maža kaina

1. Jei kokiai nors sutarčiai pasiūlymuose nurodytos prekių, darbų ar paslaugų kainos yra neįprastai mažos, perkančioji organizacija, prieš atmesdama tokius pasiūlymus, paprašo raštu pateikti informaciją apie pasiūlymo sudedamuosius elementus, kuri, jos nuomone, yra svarbi.

Ši informacija gali būti susijusi visų pirma su:

- a) gamybos proceso, teikiamų paslaugų ar statybos metodo ekonomišku;
  - b) pasirinktais techniniais sprendimais ir (arba) kokiomis nors ypač palankiomis sąlygomis, kurios yra prieinamos dalyviui atliekant darbą, tiekiant prekes ar teikiant paslaugas;
  - c) dalyvio siūlomų prekių, paslaugų ar darbų originalumu;
  - d) nuostatų dėl darbo saugos ir darbo sąlygų, galiojančių darbo atlikimo, paslaugų teikimo ar prekių tiekimo vietoje, laikymusi;
  - e) dalyvio galimybe gauti valstybės pagalbą.
2. Perkančioji organizacija patikrina tuos sudedamuosius elementus, tardamasi su dalyviu ir atsižvelgdama į pateiktus įrodymus.

3. Kai perkančioji organizacija nustato, kad pasiūlymo kaina yra neįprastai maža, nes dalyvis gavo valstybės pagalbą, pasiūlymas gali būti atmetas vien šiuo pagrindu tik pasitarus su dalyviu, ir jei per perkančiosios organizacijos nustatyto pakankamo termino jis negali įrodyti, kad pagalba buvo suteikta teisėtai, perkančioji organizacija, tokiomis aplinkybėmis atmetusi pasiūlymą, apie tai praneša Komisijai“.

Visų pirma būtina paminėti, kad Viešojo sektoriaus direktyvoje neįtvirtinama aiškios ir konkrečios neįprastai mažos pasiūlytos kainos samprata. Sue Arrowsmith teisingai nurodo, kad analizuojamas institutas taikomas tais atvejais, kai dėl pernelyg palankių tiekėjo pasiūlytų perkančiajai organizacijai finansinių sąlygų kyla objektyviai pagrįstas įtarimas, jog tiekėjas arba nesugebės tinkamai ir visiškai įvykdyti viešojo pirkimo sutarties, arba / ir pareikalaus papildomo atlyginimo, kurio nebuvo nurodęs pasiūlyme [22, p. 532]. Objektyviai vargu ar įmanoma nustatyti konkrečius kriterijus, kuriais remiantis būtų galima identifikuoti tiekėjo pasiūlytą kainą kaip labai mažą. Atsižvelgdami į galimą viešųjų pirkimų proceso dinamiką ir šių pirkimų įvairiapusiškumą, ES teisės aktų leidėjai įtvirtino abstrakčias nuostatas, reglamentuojančias neįprastai mažos kainos nustatymo taisykles, kurios turi būti ir yra aiškinamos ETT.

Minėta, kad, užuot ES viešųjų pirkimų direktyvose būtų nustatoma, kas yra neįprastai arba labai maža pasiūlyta kaina, analizuojami ES teisės aktai, viena vertus, suteikia teisę perkančiosioms organizacijoms įvertinti ir nuspręsti, ar tiekėjo



pasiūlyme nurodyta kaina kelia pagrįstų abejonių, įskaitant abejones dėl galimybės tinkamai įvykdyti viešojo pirkimo sutartį, tačiau, kita vertus, numato perkančiųjų organizacijų pareigą aktyviai veikti ir teirautis tiekėjų dėl nurodytos įtartinai mažos pasiūlymo kainos. Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnio 1 dalies nuostatos tiesiogiai nenustato, dėl kokių pasiūlymuose nurodytų kainų turi būti prašoma pateikti paaiškinimus. Bendroji perkančiųjų organizacijų prievolė yra prašyti paaiškinti tas pasiūlymo sudedamąsias dalis, kurios kelia įtarimą, kad dalyvis nesugebės įgyvendinti pirkimo sutarties sąlygų. Pirmosios instancijos teismas (toliau – PIT) *Renco SpA* [23] byloje pažymėjo, kad nereikalaujama tikrinti kiekviename pasiūlyme nurodytos kainos. Perkančioji organizacija privalo tikrinti tikrumą ir pagrįstumą tik tų pasiūlymų, kurie kelia bendrą įtarimą, kad pirkimo sutartis galėtų būti neįvykdyta ir / arba įvykdyta netinkamai. Vadinas, ES viešųjų pirkimų teisės aktų nuostatos suteikia perkančiajai organizacijai diskreciją nuspręsti, ką laikyti neįprastai maža kaina, tačiau perkančioji organizacija rinkdamasi, kurio dalyvio pasiūlymą vertinti, visada privalo vadovautis objektyvumo ir nediskriminavimo principais [24].

Atkreiptinas dėmesys į tai, kad Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnio 1 dalies nuostatos draudžia automatiškai pašalinti dalyvį (tiekėją) iš tolesnės viešojo pirkimo procedūros remiantis vien aplinkybe, kad jo pateiktame pasiūlyme nurodyta kaina yra neįprastai maža. Kitaip tariant, minėtos normos pašalina bet kokią perkančiosios organizacijos teisę atmesti pasiūlymą vien tuo motyvu, kad tiekėjo pasiūlyta kai-

na, perkančiosios organizacijos nuomone, yra pernelyg maža. Liuksemburgo teismas *Fratelli Costanzo SpA* [7] ir *SA Transporoute* [25] bylose pažymėjo, kad nėra jokių išimčių, dėl kurių perkančioji organizacija galėtų atmesti pasiūlymą prieš tai nepareikalavusi iš tiekėjo pateikti paaiškinimų dėl jo pasiūlytos neįprastai mažos kainos. Tokio reikalavimo tikslas yra apsaugoti dalyvį nuo perkančiosios organizacijos savivalės sprendžiant, verta prašyti pagrįsti neįprastai mažą kainą ar iš karto atmesti tokį pasiūlymą. Be to, *SA Transporoute* byloje ETT atmetė vienos šalies argumentą, kad nėra reikalo prašyti paaiškinti kainų, kurios yra tokios mažos, kad iš esmės neatitinka rinkos kainų. Šioje byloje ETT dar kartą pabrėžė, kad perkančioji organizacija neturi teisės nuspręsti, ar verta prašyti paaiškinimų, o privalo tai daryti visada, kai tik nustatoma, kad pasiūlyme nurodyta kaina yra neįprastai maža.

Pažymėtina, kad pareiga prašyti paaiškinti tam tikras pasiūlymų sudedamąsias dalis atsiranda iškart, kai yra atplėšiami vokai ir perkančioji organizacija susipažįsta su dalyvių pateiktais pasiūlymais. ETT pažymėjo, kad vertinimo procedūra, be kita ko, turi būti atliekama kaskart, kai perkančioji organizacija pradeda svarstyti dalyvio pašalinimą iš tolesnės pirkimo procedūros dėl neįprastai mažos kainos. Tai sudaro prielaidas dalyviui būti tikram, kad jis nebus pašalintas iš pirkimo procedūros prieš tai neįgijęs teisės pateikti paaiškinimų dėl pasiūlymo pagrįstumo (*ETT ratio Impresa Lombardini* ir *Fratelli Costanzo SpA* bylose). Be to, tose pačiose bylose ETT pažymėjo, kad direktyvos nuostatos nedraudžia perkančiajai organi-

zacijai iš anksto pirkimo dokumentuose numatyti reikalavimą pagrįsti kainas, taip išvengiant reikalavimo pateikti paaiškinimus ir jų vertinimo procedūrų viešojo pirkimo metu. Būtina paminėti, kad *SA Transporoute* byloje ETT suabsoliutino perkančiųjų organizacijų pareigą kreiptis dėl neiprastai mažos kainos paaiškinimo į tiekėjus, nurodydamas, kad esant neiprastai mažai pasiūlytai kainai perkančiosios organizacijos neturi teisės spręsti, ar kreiptis į tiekėją, bet visada privalo tai daryti. Kitaip tariant, Liuksemburgo teismas konstatavo, kad perkančiajai organizacijai priklauso diskrecijos teisė, kartu ir pareiga identifikuoti, ar pasiūlyta tiekėjo kaina yra neiprastai maža. Tačiau esant teigiamam atsakymui dėl tokios kainos, perkančioji organizacija privalo kreiptis jos paaiškinimo į viešojo pirkimo dalyvį.

Atkreiptinas dėmesys į tai, kad reikalavimas pateikti paaiškinimus būtinai turi būti pareiškiamas raštu. Taip yra užtikrinama, kad perkančioji organizacija įvertins visas dalyvio nurodytas aplinkybes, pagrindžiančias neiprastai mažą kainą. Antra vertus, tokiu būdu perkančioji organizacija, kilus ginčui dėl pasiūlymo atmetimo teisėtumo, turės objektyvių įrodymų, patvirtinančių, kad dalyvis nepagrindė arba nepakankamai pagrindė siūlomą kainą. Be to, nors Viešojo sektoriaus direktyvoje tiesiogiai nėra numatyta, tačiau raštu pateiktame reikalavime pagrįsti siūlomą kainą turi būti nurodomas protingas terminas tai padaryti. Koks terminas yra protingas, taip pat sprendžia perkančioji organizacija laikydamosi protingumo, sąžiningumo ir teisingumo principų.

Analizuojant Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnio 1 dalies nuostatas ir ver-

tinant neiprastai mažos pasiūlytos kainos institutą būtina aptarti kriterijus, kuriais remdamasi perkančioji organizacija turėtų nuspręsti dėl tiekėjo pateikto pasiūlymo atmetimo argumentuodama neiprastai maža pasiūlyta kaina. *Impresa Lombardini* byloje ETT nurodė, kad valstybės narės turi teisę savarankiškai nustatyti kriterijus, kuriais remiantis būtų galima identifikuoti neiprastai mažą pasiūlytą kainą. Ši ETT išvada yra svarbi ne tik dėl to, kad valstybės narės pačios gali nuspręsti, kaip vidaus teisės aktais reglamentuoti neiprastai mažos pasiūlytos kainos institutą, kokie turi būti jį apibūdinantys kriterijai ir pan. Nurodyta Liuksemburgo teismo išvada aktuali ir tuo, kad sudaro galimybes perkančiosioms organizacijoms pačioms reglamentuoti neiprastai mažos pasiūlytos kainos kriterijus pirkimo dokumentuose, jeigu nacionaliniuose teisės aktuose tokie kriterijai nėra įtvirtinti. Kitaip tariant, perkančioji organizacija pirkimo dokumentuose turi teisę nustatyti *sui generis* kriterijus, kuriais remiantis bus identifikuojami tie viešojo pirkimo dalyvių pasiūlymai, kuriuose nurodyta pardavimo kaina bus neiprastai maža. *Impresa Lombardini* byloje ETT pažymėjo, kad įgyvendinant valstybių narių diskreciją nacionalinės viešųjų pirkimų teisėkūros atžvilgiu arba perkančiųjų organizacijų teisę pasirinkti neiprastai mažos pasiūlytos kainos identifikavimo kriterijus, įtvirtinant juos pirkimo dokumentuose, visada prioritetas turėtų būti teikiamas objektyviai išreikštiems kriterijams, pavyzdžiui, formulėms, kuriomis remiantis būtų galima nesudėtingai konstatuoti, kuriuose pasiūlymuose pateikta kaina yra neiprastai maža. Kad ir kaip būtų, paminėti-

na, jog perkančioji organizacija visada yra tas subjektas, kuris turi teisę, kartu pareigą konstatuoti, kad viešojo pirkimo dalyvio pateiktame pasiūlyme nurodyta kaina yra neįprastai maža.

Be tų kriterijų, kurie įtvirtinti nacionaliniuose viešųjų pirkimų teisės aktuose arba kurie būtų nustatomi perkančiosios organizacijos parengtuose pirkimo dokumentuose, ES viešųjų pirkimų teisės požiūriu yra svarbus kitas kriterijus, kuris gali būti laikomas universaliu ir turi būti taikomas kiekvienu konkrečiu atveju. Tai – įvertinimas, ar dėl dalyvio pasiūlytos prekės, paslaugos ar darbų kainos dydžio, kuris gali būti laikomas neatitinkančiu rinkos kainų, dalyvis negalės tinkamai ir visiškai įvykdyti viešojo pirkimo sutarties. Galima sutikti su Sue Arrowsmith, kuri nurodo, kad norint sutartį tinkamai ir visiškai įvykdyti turi būti skiriama daug dėmesio vertinant, ar nurodyta pasiūlymo kaina yra neįprastai maža. Jeigu ši kaina ir faktiškai yra itin maža, gerokai mažesnė nei vidutinė rinkos kaina, tai *de iure* ji neturėtų būti laikoma neįprastai maža viešųjų pirkimų teisės požiūriu, jeigu perkančioji organizacija būtų tikra, kad nekyla abejonių dėl sutarties įvykdymo tinkamumo [22, p. 535].

Remiantis Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnio 2 dalimi perkančioji organizacija, vertindama kainos pagrindimą, *inter alia* atsižvelgia į:

- 1) gamybos proceso, teikiamų paslaugų ar statybos metodo ekonomiškumą;
- 2) pasirinktus techninius sprendimus ir (arba) kokias nors ypač palankias sąlygas, kurios yra prieinamos dalyviui atliekant darbą, tiekiant prekes ar teikiant paslaugas;

3) dalyvio siūlomų prekių, paslaugų ar darbų originalumą;

4) nuostatas dėl darbo saugos ir darbo sąlygų, galiojančių darbo atlikimo, paslaugų teikimo ar prekių tiekimo vietoje, laikymąsi;

5) dalyvio galimybę gauti valstybės pagalbą.

Šie objektyvūs kriterijai leidžia perkančiajai organizacijai įvertinti dalyvio pajėgumą vykdyti viešojo pirkimo sutartį. Tačiau pažymėtina, kad tai nėra išsamus sąrašas, ir perkančioji organizacija privalo vertinti visus dalyvio pateiktus paaiškinimus, teisėtais būdais pagrindžiančius jo pasiūlytą kainą. Be to, kaip ETT nurodė *Impresa Lombardini* byloje, draudžiama nustatyti tam tikrus kriterijus, kurie savaime būtų laikomi tinkamai pagrindžiantys siūlomą neįprastai mažą kainą. Pažymėtina, kad Viešojo sektoriaus direktyvoje nėra tiesiogiai nustatyto reikalavimo, kad, jeigu dalyvis pateikia perkančiajai organizacijai siūlomos kainos paaiškinimus, ji būtinai privalo jam leisti toliau dalyvauti pirkimo procedūroje. Perkančioji organizacija neabejotinai privalo prašyti dalyvio pateikti paaiškinimus ir vadovaudamasi objektyviais kriterijais juos įvertinti, tačiau priimtas sprendimas priklauso nuo pateiktų paaiškinimų turinio. Būtina pažymėti, kad, kai kurių mokslininkų nuomone, perkančioji organizacija turi ne teisę, bet pareigą, dalyviui pateikus paaiškinimus, leisti jam toliau dalyvauti pirkimo procedūroje, argumentuojama tuo, kad pašalinti iš viešojo pirkimo procedūros galima tik dėl priežasčių, susijusių su pačios pirkimo sutarties vykdymu ir jokių kitų pašalinimo pagrindų nėra [22, p. 533]. Šia nuomone grindžiama tiekėjų (dalyvių) interesų vi-

siška apsauga ir siekis riboti perkančiosios organizacijos galimybes dirbtinai ir nepagrįstai atmesti tiekėjų pasiūlymus, remiantis pasiūlytos neįprastai mažos kainos institutu. Minėta, kad viešojo pirkimo sutarties tinkamo ir visiško įvykdymo prognozė yra vienas iš kelių neįprastai pasiūlytos mažos kainos vertinimo kriterijų, todėl ji absoliutinti būtų neracionalu.

Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnio 3 dalyje nustatyta specialioji neįprastai mažos kainos vertinimo procedūra, kai pasiūlyta kaina yra susijusi su valstybės pagalba. Šioje nuostatoje *expressis verbis* įtvirtinta, kad toks pasiūlymas gali būti atmestas tik jeigu dalyvis perkančiajai organizacijai neįrodo, jog valstybės pagalba gauta teisėtai. Čia svarbu paminėti, kad dalyvio pasiūlyta neįprastai maža kaina ir valstybės suteikta pagalba būtinai turi būti susijusios tiesioginiu ryšiu, t. y. mažai pasiūlyta kaina turi būti nulemta dalyviui suteiktos valstybės pagalbos. Pareiga įrodyti, kad dalyvis gavo valstybės pagalbą, tenka perkančiajai organizacijai, o dalyvis per protingą terminą privalo perkančiajai organizacijai įrodyti, kad valstybės pagalbą gavo teisėtai. Jeigu perkančioji organizacija nustato, kad valstybės pagalba gauta neteisėtai, arba pats dalyvis tinkamai to neįrodo, perkančioji organizacija įgyja pakankamą pagrindą atmesti tokio dalyvio pasiūlymą.

Remdamasis šiais nurodytais argumentais *Impresa Lombardini, Fratelli Costanzo SpA* ir kitose bylose ETT nurodė šias perkančiosios organizacijos pareigas vertinant dalyvio pasiūlytą kainą:

1) įvertinus visų dalyvių pateiktus pasiūlymus nustatyti, kuriuose pasiūlymuose nurodyta kaina yra neįprastai maža;

2) dalyviams, pasiūliusiems neįprastai mažą kainą, sudaryti galimybę pateikti paaiškinimus dėl abejones keliančių pasiūlymo elementų;

3) ištirti ir įvertinti dalyvių pateiktus paaiškinimus;

4) priimti sprendimą arba atmesti dalyvio, nepagrindusio pasiūlytos neįprastai mažos kainos, pasiūlymą, arba leisti dalyviui, jei jis pagrindžia nurodytą kainą, toliau dalyvauti viešojo pirkimo procedūroje.

Taigi, remiantis Viešojo sektoriaus direktyvos nuostatomis, galima pagrįstai teigti, kad perkančioji organizacija visada privalo pareikalauti dalyvio, pasiūlyme nurodžiusio neįprastai mažą kainą, paaiškinimų, pagrindžiančių tokį pasiūlymą. Jeigu dalyvis to nepadaro ar pateikia paaiškinimus, nepakankamai pagrindžiančius nurodytą kainą, tik tada perkančioji organizacija gali atmesti tokio dalyvio pasiūlymą. Be to, dalyvis, kurio pasiūlymas atmestas, turi teisę reikalauti, kad perkančioji organizacija pateiktų išsamias tokio sprendimo priežastis. Dalyvio, pasiūliusio neįprastai mažą kainą, pasiūlymo atmetimas nesudarant jam sąlygų pateikti paaiškinimus dėl pasiūlytos kainos turi būti laikomas *per se* neteisėtu ir pažeidžiančiu Viešojo sektoriaus direktyvos nuostatas bei viešojo pirkimo principus.

### **3. Viešųjų pirkimų įstatymo 40 straipsnio nuostatų aiškinimo ir taikymo ypatumai**

Kaip minėta, VPĮ iš esmės atkartoja ES viešųjų pirkimų direktyvų normas. VPĮ 40 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad jeigu pateiktame pasiūlyme nurodyta prekių, pas-

laugų ar darbų kaina yra neįprastai maža, perkančioji organizacija privalo pareikalauti dalyvio pagrįsti siūlomą kainą, o jeigu dalyvis nepateikia tinkamų kainos pagrįstumo įrodymų, pasiūlymą privalo atmesti. Antroje straipsnio dalyje įtvirtinama perkančiosios organizacijos pareiga raštu kreiptis į tokią kainą pasiūliusį dalyvį ir prašyti pateikti, jos manymu, reikalingas pasiūlymo detales, kainos sudedamąsias dalis ir skaičiavimus. Kaip matoma, ši nuostata iš esmės beveik atkartoja ES Viešojo sektoriaus direktyvos 55 straipsnyje įtvirtintas nuostatas.

Taigi, atsižvelgiant į minėtą netiesioginio ES teisės taikymo doktriną ir jos esmę, VPĮ 40 straipsnio normos turi būti aiškinamos remiantis ES Viešojo sektoriaus direktyvos nuostatomis bei atsižvelgiant į direktyva keliamus tikslus. Kadangi, kaip minėta, ETT yra vienintelė institucija, turinti teisę oficialiai aiškinti ES teisės normas, teismai ir perkančiosios organizacijos, taikydami VPĮ 40 straipsnio normas, privalo vadovautis minėtais ETT teisiniais precedентаis. Vadinasi, VPĮ 40 straipsnio normos privalo būti aiškinamos taip, kaip analogiškos ir tapačios ES viešųjų pirkimų direktyvų normos.

Būtina paminėti, kad 2006 m. sausio 1 d. įsigaliojus naujai VPĮ redakcijai, iš esmės pasikeitė dauguma VPĮ buvusių nuostatų, tarp jų ir reglamentuojančios neįprastai mažos kainos institutą. Dėl šios priežasties dar nėra susiformavusios teismų praktikos, kuri pateiktų esminius šio instituto aiškinimo ir taikymo principus. Atsižvelgiant į tai, čia būtina vadovautis ETT suformuotais teisiniais precedентаis.

Taigi, aiškinant VPĮ 40 straipsnio nuostatas, visų pirma turi būti atsižvelgiama į

ES viešųjų pirkimų direktyvų tikslą apsaugoti dalyvius, pasiūliusius neįprastai mažą kainą, nuo vienašališko perkančiosios organizacijos sprendimo pašalinti juos iš tolesnės pirkimo procedūros nesuteikiant galimybės pagrįsti siūlomą kainą. Nacionalinis teismas, vertindamas, ar perkančioji organizacija tinkamai įgyvendino VPĮ 40 straipsnyje jai nustatytas pareigas, turi nustatyti, ar perkančioji organizacija įgyvendino minėtas ETT *Impresa Lombardini, Fratelli Costanzo SpA* ir kitose bylose suformuluotas pareigas:

1) įvertinus visų dalyvių pateiktus pasiūlymus nustatyti, kuriuose iš jų nurodytos kainos yra neįprastai mažos. Kaip minėta, perkančioji organizacija turi diskrecijos teisę įvertinti, ar dalyvio pasiūlyta kaina yra neįprastai maža. Nuo jos sprendimo priklauso tolesnė viešojo pirkimo procedūros vykdymo eiga. Tačiau yra galimybė, kad perkančioji organizacija gali vengti pripažinti dalyvio pasiūlytą kainą neįprastai maža, taip sukeldama grėsmę, kad neįprastai mažą kainą pasiūlęs dalyvis, pripažintas viešojo pirkimo laimėtoju, nesugebės tinkamai vykdyti pirkimo sutarties. Be to, būtų pažeisti kitų pirkimo dalyvių nediskriminavimo, lygiateisiškumo, skaidrumo principai ir teisėti interesai. Siekiant to išvengti, kilus ginčui, nacionalinis teismas, atsižvelgdamas į visas faktines aplinkybes, privalo įvertinti, ar perkančioji organizacija turėjo realų pagrindą įtarti, kad dalyvio pasiūlyta kaina yra neįprastai maža. Tam tikslui teismas turėtų nustatyti, ar mažiausią kainą pasiūliusio dalyvio nurodyta kaina atitinka jo siūlomos prekės, paslaugos ar darbų rinkos kainas ir galėtų būti faktiškai pagrįsta. Atkreiptinas dėmesys į tai, kad

nors, kaip minėta, pakeista VPI redakcija iš esmės visiškai skirtingai reglamentuoja neįprastai mažos kainos institutą, nebesieja jo su konkrečiais matematiniais kriterijais, tačiau vertinant, ar pasiūlyta kaina yra neįprastai maža, galėtų būti atsižvelgiama į tai, ar ji gerokai mažesnė už kitų pirkimo procedūroje dalyvaujančių dalyvių pasiūlytas kainas (pvz., dvigubai ar trigubai, nors, kaip minėta, vien konkrečiai matematiniais kriterijais remtis negalima), nes gerokai nuo kitų rinkoje veikiančių dalyvių pasiūlytos kainos besiskirianti kaina galėtų suponuoti prielaidą, kad ji neatitinka tikrosios padėties ir yra nepagrįsta bei nurodyta siekiant konkrečių tikslų, pavyzdžiui, tik laimėti konkursą.

2) Dalyviams, pasiūliusiems neįprastai mažą kainą, sudaryti galimybę pateikti paaiškinimus dėl abejones keliančių pasiūlymo elementų (dalių). Jeigu būtų nustatyta, kad dalyvio pasiūlyta kaina, palyginti su rinkoje vyraujančiomis kainomis, turėtų būti vertinama kaip neįprastai maža, teismas turėtų išsiaiškinti, ar perkančioji organizacija, tinkamai vykdydama VPI 40 straipsnyje nustatytas pareigas, pareikalavo dalyvio, pasiūliusio neįprastai mažą kainą, pagrįsti abejones keliančias pasiūlymo detales, kainos sudedamąsias dalis ar skaičiavimus. Minėta, kad pareiga reikalauti pagrįsti kainą atsiranda iš karto, kai tik perkančioji organizacija nustato, jog dalyvio pasiūlyta kaina yra neįprastai maža, palyginti su rinkos kainomis, ir dėl to kyla grėsmė, kad pirkimo sutartis gali būti neįvykdyta ar įvykdyta netinkamai. Remiantis ETT išaiškinimu *Impresa Lombardini ir Fratelli Costanzo SpA* byloje, reikalavimo pareiga kyla po vokų at-

plėšimo procedūros, reglamentuotos VPI 31 straipsnyje. Jeigu iš dalyvio pateiktų duomenų akivaizdžiai matoma, kad pasiūlyta kaina yra neįprastai maža, perkančioji organizacija gali iš karto iš vokų atplėšimo procedūroje dalyvaujančių tiekėjų reikalauti pateikti paaiškinimus dėl pasiūlytos kainos. Tačiau tai, kad pasiūlyta kaina yra neįprastai maža, gali būti nustatoma ir tolesnių pasiūlymų nagrinėjimo, vertinimo ir lyginimo procedūrų metu. Tokiu atveju pareiga reikalauti pateikti paaiškinimus kyla nuo šio fakto nustatymo. Kaip minėta, perkančiosios organizacijos turėtų raštu reikalauti dalyvių pateikti paaiškinimus. Be to, labai svarbu įvertinti, ar perkančioji organizacija tinkamai įgyvendino jai numatytą pareigą nustatyti protingą terminą dalyviui pateikti paaiškinimus. Tokia pareiga kyla remiantis VPI 3 straipsnyje įtvirtintu proporcingumo principu, taip pat universaliais teisės principais, įtvirtintais CK 1.5 straipsnyje. Protingas terminas yra vertinamoji sąvoka, jis turi būti nustatomas kaskart atsižvelgiant į objektyvias aplinkybes, tačiau minėti principai negali būti pažeidžiami. Kad ir kaip būtų, terminas pateikti paaiškinimus negali būti toks, kad apsunkintų dalyvių pasiūlymų nagrinėjimo, vertinimo ir lyginimo procedūrų vykdymą. Dalyvis paaiškinimus privalo pateikti nepažeisdamas perkančiosios organizacijos nustatyto termino ir nepiktnaudžiaudamas savo teisėmis. Išimties galimos tik dėl svarbių priežasčių ir tinkamai informavus apie tai perkančiąją organizaciją.

Taigi teismas, vertindamas, ar perkančioji organizacija tinkamai įgyvendino VPI 40 straipsnyje numatytas pareigas, turi ištirti, ar (1) perkančioji organizacija



laiku pateikė rašytinį reikalavimą dalyviui pagrįsti siūlomą kainą; (2) ar šiame reikalavime nurodė protingą terminą paaiškinimams pateikti. Dalyvio pareigos šio proceso metu yra (1) pateikti siūlomą kainą pagrindžiančius paaiškinimus; (2) nurodytus paaiškinimus pateikti laikantis perkančiosios organizacijos nustatyto termino ir (3) tinkamai pagrįsti savo reikalavimus.

3) Ištirti ir įvertinti paaiškinimus. Vertinant pateiktus paaiškinimus, svarbu dar kartą pabrėžti, kad dalyvis neprivalo grįsti viso savo pasiūlymo, o tik tas pasiūlymo detales, kainos sudedamąsias dalis ir skaičiavimus, kurie perkančiajai organizacijai pasirodo įtartini bei keliantys grėsmę, kad pirkimo sutartis gali būti neįvykdyta ar įvykdyta netinkamai. Kaip minėta, ETT *Impresa Lombardini* byloje pabrėžė, kad draudžiama nurodyti tam tikrus kriterijus, kurie savaime būtų laikomi pagrindžiantys neįprastai mažą kainą, antraip perkančioji organizacija dėl tam tikrų priežasčių galėtų konkrečioms dalyviams, pasiūliusiems mažiausią kainą, tačiau negalintiems jos pagrįsti, sudaryti sąlygas laimėti konkursą ir sukelti grėsmę, kad pirkimo sutartis bus neįvykdyta. Dėl to pirkimo dokumentuose nurodyti konkretūs kriterijai, *per se* pagrindžiantys siūlomą kainą, teismo turėtų būti vertinami tik kaip papildomi kriterijai, pagrindžiantys dalyvio siūlomą kainą ir turintys panašią galią kaip ir VPI 40 straipsnio 2 dalyje išvardyti objektyvūs kriterijai, į kuriuos perkančioji organizacija turi atsižvelgti vertindama kainos pagrindimą.

Vertindama dalyvio pateiktus įrodymus, perkančioji organizacija turi plačią diskreciją, tačiau bet koks piktnaudžiavimas ja pažeistų bendruosius viešojo pirkimo

principus kuo racionaliau naudoti perkančiosios organizacijos lėšas ir vienodai vertinti visus dalyvius. Dėl to dalyvio paaiškinimai turi būti vertinami objektyviai ir laikantis skaidrumo, proporcingumo bei kitų viešojo pirkimo principų.

4) Priimti sprendimą (1) arba dalyvio, nepagrindusio pasiūlytos neįprastai mažos kainos, pasiūlymą atmesti, (2) arba, jeigu dalyvis nurodytą kainą pagrindžia, leisti jam toliau dalyvauti viešojo pirkimo procedūroje. Kadangi perkančioji organizacija, veikdama specifinėje srityje, kurioje vykdo viešąjį pirkimą, turi geriausias galimybes įvertinti, kaip turėtų būti vykdoma pirkimo sutartis ir teikiamos paslaugos, atliekami darbai ar parduodamos prekės, jai pačiai ir yra suteikta diskrecija, įvertinus dalyvio pateiktus paaiškinimus, nuspręsti, ar jis sugebės tinkamai įvykdyti sutartį. Priimdama vieną iš nurodytų sprendimų perkančioji organizacija privalo užtikrinti, kad nebūtų pažeisti bendrieji viešojo pirkimo principai bei teisėti dalyvių interesai, be to, sprendimas turi būti teisėtas ir pagrįstas, nes sukelia esminių padarinių tiek neįprastą kainą pasiūliusiam dalyviui, tiek kitiems pirkimo dalyviams.

Dėl šios priežasties perkančioji organizacija neturėtų piktnaudžiauti šia savo diskrecija ir be pagrindo nepašalinti dalyvio, kuris nepateikė pakankamai įrodymų, tačiau turi galimybę juos pateikti. Perkančioji organizacija gali atmesti pasiūlymą tik jeigu dalyvis nepateikė įtikinamų paaiškinimų, kad galės tinkamai įvykdyti sutartį už nurodytą kainą. Siekdama, kad būtų pasiektas pirkimo principas įsigyti prekių, paslaugų ar darbų, racionaliai naudojant tam skirtas lėšas, prireikus ji,

atsižvelgdama į dalyvio jau pateiktus įrodymus, turėtų kreiptis į dalyvį ir prašyti pateikti papildomų paaiškinimų, kuriuos jis galėtų pateikti.

Perkančioji organizacija, nusprendusi, kad dalyvis netinkamai pagrindė siūlomą kainą, privalo tokio dalyvio pasiūlymą atmesti, nes neįprastai maža kaina, kurios dalyvis negali pagrįsti, dažniausiai kelia grėsmę, kad pirkimo sutartis gali būti tinkamai neįvykdyta.

Jeigu perkančioji organizacija nesilaikė VPI įtvirtintų reikalavimų, t. y. atmetė mažiausią kainą pasiūliusio dalyvio pasiūlymą, nepareikalavusi jo pagrįsti nurodytos kainos, arba nereikalavo neįprastai mažą kainą pasiūliusio dalyvio pagrįsti siūlomą kainą ir leido jam dalyvauti tolesnėse pirkimo procedūrose, pažeisdama teisėtus kitų dalyvių interesus, tai turėtų būti laikoma imperatyvių VPI nuostatų pažeidimu. Atsižvelgiant į tai, iš pirkimo pašalintas dalyvis arba kiti, pavyzdžiui, konkurso nelaimėję dalyviai, turėtų teisėtą pagrindą ginti savo pažeistas teises VPI 120 straipsnyje nustatytais būdais ir tvarka.

Vertinant galiojančią VPI 40 straipsnio 1 dalies redakciją būtų galima konstatuoti, kad esamas neįprastai mažos pasiūlytos kainos identifikavimo reglamentavimas turėtų būti keičiamas, nes minėtos normos neįtvirtina jokių objektyvių kriterijų, kuriais remiantis būtų galima konstatuoti, kad tiekėjo pasiūlyta kaina kelia abejonių. Kol nėra baigta Lietuvos viešųjų pirkimų sistemos reforma, taip pat atsižvelgiant į tai, kad teisinei kompetencijai ugdyti viešųjų pirkimų srityje nėra skiriama pakankamai dėmesio, tokios nuostatos, kuriomis įtvirtinamos pakankamai plačios perkančiosios

organizacijos diskrecijos ir subjektiškumo galimybės yra negalimos, nes yra pernelyg didelė tiekėjų teisių pažeidimo rizika. Todėl rekomenduotina keisti VPI 40 straipsnio 1 dalies nuostatas taip, kad būtų reglamentuojami objektyvūs kriterijai, kuriais remiantis būtų preziumuojama, jog tiekėjo pasiūlyta kaina yra neįprastai maža, tačiau kurią jis turėtų teisę pagrįsti.

Atkreiptinas dėmesys į tai, kad VPI 40 straipsnio 2 dalyje įtvirtintas tiekėjų pasiūlytos prekių, paslaugų ar darbų pardavimo kainos kriterijų sąrašas nėra baigtinis, todėl viešojo pirkimo dalyvis kiekvienu atveju turi teisę nuspręsti, kuo būtų galima grįsti pateiktą kainą, o perkančioji organizacija turi teisę vertinti pagrindimo racionalumą ir tinkamumą. Atsižvelgiant į tai, kad ETT praktikoje nurodytas kriterijų sąrašas yra laikomas negalutiniu, rekomenduotina keisti VPI 40 straipsnio 2 dalies nuostatas numatant, kad galimi ir kiti kriterijai, kuriais būtų vertinamas tiekėjo pasiūlytos kainos pagrįstumas ir realumas.

## Išvados

Apibendrinant galima teigti, kad:

- 1) atsižvelgiant į tai, kad ES teisės aktai galioja tiek tiesiogiai, tiek netiesiogiai, visos VPI nuostatos turi būti aiškinamos ir taikomos pagal ES viešųjų pirkimų direktyvų tikslus ir nepažeidžiant bendrųjų viešojo pirkimo principų.
- 2) ES viešųjų pirkimų direktyvų nuostatos užtikrina dalyviui, kurio pasiūlyme nurodoma neįprastai maža kaina, kad jis nebus pašalintas iš tolesnės pirkimo procedūros prieš tai nesuteikus galimybės pagrįsti siūlomą kainą.

- 3) Perkančioji organizacija, įvertinusi dalyvių pasiūlymus, privalo nustatyti, kuriuose iš jų nurodytos kainos, palyginti su rinkos kainomis, turėtų būti laikomos neįprastai mažomis. Tai nustačiusi ji privalo tokią kainą pasiūliusio dalyvio raštu pareikalauti per protingą terminą pateikti pasiūlytos kainos pagrindimą.
- 4) Perkančioji organizacija turi diskreciją nuspręsti, ar dalyvio pateikti paaiškinimai pakankamai pagrindžia kainos dydį ir, remdamasi šiuo vertinimu, nuspręsti, arba dalyvio pasiūlymą atmesti, arba leisti jam toliau dalyvauti viešojo pirkimo procedūroje.
- 5) Jeigu perkančioji organizacija nesilaiko šių reikalavimų, dėl jos veiksmų ar priimtų sprendimų nukentėjęs dalyvis gali ginti savo pažeistas teises VPĮ 120 straipsnyje nustatytais būdais ir tvarka.
- 6) Rekomenduotina keisti VPĮ 40 straipsnio 1 dalies nuostatas taip, kad būtų reglamentuojami objektyvūs kriterijai, kuriais remiantis būtų preziumuojama, kad tiekėjo pasiūlyta kaina yra neįprastai maža, tačiau jis turėtų teisę ją pagrįsti.
- 7) Rekomenduotina keisti VPĮ 40 straipsnio 2 dalies nuostatas numatant, kad galimi ir kiti kriterijai, kuriais būtų vertinamas tiekėjo pasiūlytos kainos pagrįstumas ir realumas. Padarius šiuos pakeitimus nacionalinio VPĮ nuostatos labiau atitiktų ES viešųjų pirkimų teisę.

## LITERATŪRA

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo pakeitimo 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. 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl Viešojo Darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo // OJ, 2004, L 134, p. 114–240.
3. 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/17/EB dėl Subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo // OJ, 2004, L 134, p. 1–113.
4. ETT byla C-26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR I.
5. ETT byla C-87-89/90, *Verholen*, [1991] ECR I-3757.
6. ETT byla C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV v. State of the Netherlands*, [1988] ECR 4635.
7. ETT byla C-103/88, *Fratelli Constanzo SpA v. Comune di Milano*, [1989] ECR 1839.
8. ETT byla C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso*, [1999] ECR I-5697.
9. ETT byla C-76/97, *Walter Togel v. Niederoesterreichische Gebietskrankenkasse*, [1998] ECR I-5357.
10. Bovis Ch. EC Public Procurement: Case Law and Regulation. Oxford University Press, 2006.
11. ETT byla C-14/83, *Von Colson*, [1984] ECR 1891.
12. ETT byla C-106/89, *Marleasing SA*, [1990] ECR I-4135.
13. ETT byla C-397-403/01, *Pfeifer*, [2004] ECR I-8835.
14. Lietuvos Respublikos Konstitucijos papildymo konstituciniu aktu „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ ir Lietuvos Respublikos Konstitucijos 150 straipsnio papildymo įstatymas // Valstybės žinios. 2004, Nr. 111-4123.
15. ETT byla C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v. Telekom Austria and Herald Business Data AG*, [2000] ECR I-10745.
16. ETT byla C-3/88, *European Communities v. Italian Republic*, [1989] ECR I-04035.
17. ETT byla C-243/89, *Commission v. Denmark*, [1993] ECR I-3353.
18. ETT byla C-19/00, *SIAC Construction Ltd v. County Council of the County of Mayo*, [2001] ECR I-07725.
19. ETT byla C-120/78, *Rewe – Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] ECR 649.

20. ETT byla C-380/98, *University of Cambridge*, [2000] ECR I-8035.

21. ETT byla ETT byla C-237/99, *Commission v. France*, [2001] ECR I-939.

22. Arrowsmith S. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet & Maxwell, 2005.

23. PIT byla T-4/01, *Renco SpA v. Council*, [2003] ECR II-171.

24. PIT byla C-285/99 ir C-286/99, *Impresa Lombardini SpA v. Anas*, [2001] ECR I-9233.

25. PIT byla C-76/81, *SA Transporoute*, [1982] ECR 417.

## THE PECULIARITIES OF APPLICATION OF THE CONCEPT OF ABNORMALLY LOW OFFER ACCORDING TO THE LAW OF PUBLIC PROCUREMENT OF EUROPEAN COMMUNITY AND LITHUANIA

**Deividas Soloveičikas, LL.M**

S u m m a r y

Although the Law on Public Procurement exists for more than ten years one would be right if said that the legal practice of its application is still at the beginning. That is because the law has been amended on numerous times and the last edition of it is valid since 1<sup>st</sup> January 2006. Thus, the Lithuanian case law of public procurement is still evolving.

The concept of abnormally low offer is also included into Lithuanian law as well as in EC public procurement directives. The norms regulating the subject have been amended for several times in that way mixing up the ways and possibilities of their application. Having had the objective criteria of identification the bid to be presented with abnormally low offer Lithuanian contracting authorities now have the discretion to decide whether the price given by

the supplier is abnormally low and if yes, then to proceed with the way the Law on Public Procurement envisages. The boundaries of discretion are blur, especially knowing that Lithuanian practitioners do not have enough knowledge on public procurement law overall not to mention the concept of abnormally low offer. Therefore, this article is needed, since the author seeks to examine the EC public procurement law, the case law of ECJ regarding this as well as tries to suggest the models of application of concept of abnormally low offer in Lithuanian practice. This article gives the full outline of the EC public procurement directives, makes the evaluation of the case law of ECJ as well as Lithuanian legal regulations. At the end of it the conclusions and recommendations are given.

*Įteikta 2007 m. spalio 2 d.*

*Priimta publikuoti 2008 m. kovo 7 d.*