

**Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Civilinės teisės ir civilinio proceso katedra**

Simonos Balčiūnaitės,
V kurso, komercinės teisės
studijų atšakos studentės

Magistro darbas

**Koncesijos sutarties samprata
Europos Sąjungos ir Lietuvos teisėje**

Vadovas: asist. Egidijus Vilkickas

Recenzentas: asist. Mindaugas Žolynas

Vilnius 2007

TURINYS

ĮVADAS	2
1. KONCESIJOS SUTARTIS – VIEŠOJO IR PRIVATAUS SEKTORIŲ PARTNERYSTĖS FORMA	5
1.1. Viešojo ir privataus sektorių partnerystės sąvoka.....	5
1.2. Viešojo ir privataus sektorių partnerystės požymiai.....	7
1.3. Viešojo ir privataus sektorių partnerystės formos	9
1.3.1. <i>Institucionalizuota VPSP</i>	10
1.3.2. <i>Išimtinai sutartinė VPSP</i>	11
1.4. Viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė: privalumai ir taikymo problemos	14
1.4.1. <i>VPSP privalumai</i>	14
1.4.2. <i>VPSP taikymo problemos</i>	16
2. KONCESIJOS SUTARTIES SAMPRATA EUROPOS SĄJUNGOS TEISĖJE ..	18
2.1. Koncesijos sutarties sąvoka.....	18
2.1.1. <i>Bendrieji koncesijos sutarties požymiai</i>	19
2.1.1.1. <i>Viešasis ir privatusis partneriai</i>	19
2.1.1.2. <i>Ypatingas koncesijos sutarties dalykas</i>	21
2.1.1.3. <i>Rizikų paskirstymas</i>	22
2.1.2. <i>Specialieji požymiai: atlyginimo koncesininkui pobūdis ir rizikos perkėlimas koncesininkui</i>	24
2.2. Koncesijos ir viešųjų pirkimų sutarčių santykis	27
2.3. Koncesijos sutarties reglamentavimas Europos Sąjungos teisės aktuose ir aiškinimas ETT praktikoje	28
2.3.1. <i>Viešųjų pirkimų direktyvų taikymas</i>	29
2.3.2. <i>EB Sutarties principų taikymas</i>	30
2.3.2.1. <i>Vienodo požiūrio principas</i>	31
2.3.2.2. <i>Skaidrumo principas</i>	32
2.3.2.3. <i>Proporcingumo principas</i>	32
2.3.2.4. <i>Abipusio pripažinimo principas</i>	33
2.3.3. <i>Darbų ar paslaugų koncesija? Mišriosios koncesijos</i>	34
2.3.4. <i>Teisinio aiškumo ieškojimai. Žalioji knyga ir naujas Komisijos komunikatas</i>	36
3. KONCESIJOS SUTARTIES SAMPRATA LIETUVOS TEISĖJE	38
3.1. Koncesijų įstatymas	38
3.2. Koncesijos sąvoka pagal Koncesijų įstatymą	40
3.2.1. <i>Viešasis ir privatusis partneriai</i>	41
3.2.1.1. <i>Suteikiančioji institucija</i>	42
3.2.1.2. <i>Koncesininkas</i>	48
3.2.2. <i>Koncesijos sutarties dalykas</i>	51
3.2.3. <i>Rizikų pasidalijimas</i>	55
3.2.4. <i>Veiklos rizikos perkėlimas koncesininkui</i>	55
3.2.5. <i>Atlyginimo koncesininkui pobūdis</i>	55
IŠVADOS	57
LITERATŪROS SĄRAŠAS	59
SANTRAUKA	65
SUMMARY	66

IVADAS

Temos aktualumas. Viešojo ir privataus sektorių partnerystė (toliau – VPSP) - lietuviškas angliško termino *Public Private Partnership (PPP)* atitikmuo, reiškiantis viešosios valdžios institucijų ir privačių subjektų bendradarbiavimą, susijusį su priemonėmis viešajai infrastruktūrai gerinti arba viešosiomis paslaugomis. Viena VPSP formų, koncesijos sutartis, – pastaraisiais metais populiarėjantis Europoje reiškinys, vis dažniau tampantis diskusijų tiek nacionaliniu, tiek Europos lygiu objektu. Priežastys, kodėl ši VPSP forma yra patraukli viešajam sektoriui, - koncesijos suteikiama galimybė perkelti projekto riziką privačiajam partneriui (koncesininkui) ir pasinaudoti privataus sektoriaus patirtimi bei ištekliais finansuojant projektus, tokiu būdu sprendžiant nepakankamų biudžetinių išteklių sąlygotas investicinių ir skolinimosi galimybių problemas.

Tačiau šiuo metu nėra bendro koncesijų reglamentavimo Europos Sąjungos lygiu: susiduriama su teisiniu koncesijos sutarties neapibrėžtumu. Koncesijos sutarties samprata ir ypač jos atskyrimas nuo viešųjų pirkimų sutarčių kelia nemažai praktinių problemų, kyla klausimų dėl taikytinos Europos Sąjungos teisės. Lietuvoje, kurioje neseniai sudarytos pirmosios koncesijos sutartys, labai maža koncesijas reglamentuojančių normų taikymo bei projektų vykdymo patirtis, todėl smarkiai padidėja projekto sėkmingumo rizika. Siekiant „geresnio teisinio reglamentavimo“, svarbu sekti Europos Sąjungos teisėje formuojama koncesijos sutarties koncepcija bei stebėti Komisijos inicijuotus koncesijų teisinės bazės tobulinimo procesus.

Darbo tikslai ir objektas. Šio darbo tyrimu siekiama atskleisti koncesijos sutarties sampratą, formuojamą Europos Sąjungos teisės bei Europos Teisingumo Teismo (toliau – ETT) praktikos ir koncesijos sutarties sampratą pagal Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymą (toliau – Koncesijų įstatymas) bei nustatyti, ar Europos Sąjungos ir Lietuvos koncesijos sutarties koncepcijos sutampa. Siekiant minėtų tikslų, darbui keliami šie uždaviniai: išanalizuoti VPSP sampratą aptariant koncesijos sutarties vietą VPSP formų sistemoje; išanalizuoti koncesijos sutarties sampratą išskiriant koncesijos požymius bei aptariant taikytiną Europos Sąjungos teisinę bazę; išanalizuoti koncesijos sutarties sampratą Lietuvoje pagal Koncesijų įstatyme įtvirtintus koncesijos sutarties požymius bei nustatyti, ar šie požymiai atitinka Europos Sąjungoje formuojamą koncesijos sutarties koncepciją. Siekiant minėtų tyrimo tikslų, pirmojoje darbo dalyje analizuojama VPSP sąvoka Europos Sąjungoje bei išskiriami bendrieji VPSP bruožai, būdingi visoms VPSP

formoms, taip pat ir koncesijai. Aptariamos VPSP formos bei koncesijos sutartis kaip VPSP forma neanalizuojant praktikoje taikomų projektų schemų. Antrojoje darbo dalyje atskleidžiama koncesijos sutarties sąvoka per koncesijos sutarties požymius: bendruosius, būdingus visoms VPSP formoms, bei specialiuosius, atskiriančius koncesijos sutartį nuo kitų VPSP formų; aptariami koncesijų ir viešųjų pirkimų skirtumai pagal požymius. Taip pat šioje dalyje analizuojama koncesijos sutartims taikytina Europos Sąjungos teisė bei teisinio koncesijų neapibrėžtumo problemos. Koncesijos sutarties samprata šioje dalyje analizuojama per požymius, suformuotus Europos Sąjungos teisės aktuose (ir privalomo pobūdžio, ir Europos Komisijos (toliau – Komisija) iniciatyvose), todėl nėra nagrinėjamos koncesijų suteikimo procedūrinės taisyklės bei ekonominiai ar finansavimo aspektai. Trečioji šio darbo dalis skirta Lietuvos Respublikos koncesijų įstatyme įtvirtintų koncesijos sutarties požymių detaliai analizei atitiktimo antroje darbo dalyje išskirtų koncesijos požymių pagal Europos Sąjungos teisę aspektu neliečiant procedūrinių bei ekonominių koncesijos suteikimo klausimų.

Tyrimo metodai. Darbe daugiausiai taikomas sisteminės analizės tyrimo metodas, kuriuo remiantis išskiriami ir sistemiškai analizuojami bendrieji ir specialieji koncesijos sutarties požymiai, suformuoti tiek Europos Sąjungos viešųjų pirkimų direktyvose, tiek ETT sprendimuose bei Komisijos iniciatyvose, taip pat koncesijos sutartims taikomos Europos Sąjungos teisės klausimai. Remiantis lyginamuoju tyrimo metodu vertinama Lietuvoje formuojamos koncesijos sutarties sampratos atitiktis Europos Sąjungos koncesijos sutarties koncepcijai. Teleologinis tyrimo metodas darbe panaudotas atskleidžiant teisės aktų, ypač Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymo, normų turinį remiantis *travaux préparatoires*. Loginis tyrimo metodas taikomas naudotų šaltinių apibendrinimui bei išvadų pateikimui.

Darbo originalumas ir naujumas. Kai kurie šiame darbe nagrinėjamų klausimų aspektai yra analizuoti teisinėje užsienio mokslinėje literatūroje, tačiau dažniausiai ekonominiu bei finansiniu aspektais aptariant galimas praktines koncesijų projektų schemas bei finansavimo galimybes. Koncesijos sutarties požymiams dėmesio yra skyrusi Komisija savo iniciatyvose, tačiau daugiausia yra analizuojamos atskyrimo nuo viešųjų pirkimų bei reglamentavimo problemos. Lietuvos teisės moksle galima rasti tik bendro pobūdžio pastebėjimų apie koncesiją kaip viešojo ir privataus sektorių bendradarbiavimo galimybę (pavyzdžiui, D. Gudelio ir V. Rozenbergaitės straipsnyje “Viešojo ir privataus sektorių partnerystės galimybės“¹), tačiau koncesijos sutarties samprata ir jos požymiai bei Lietuvos koncesijos sutarties sampratos atitiktis Europos Sąjungos teisėje

¹ Viešojo politika ir administravimas, 2004, Nr. 8, p. 58-73.

formuojamai koncepcijai analizuota nebuvo. Reikia pažymėti, kad per pastaruosius dvejus metus rašytas vienas magistrinis darbas koncesijų reglamentavimo tema, bet Europos Sąjungos teisės aktai ir Europos Sąjungos koncesijos sutarties koncepcija nebuvo šio darbo tyrimo objektas.

Naudoti šaltiniai. Atsižvelgiant į tai, kad darbe analizuojamais klausimais literatūros lietuvių kalba beveik nėra, tyrimo tikslais naudota teisinė literatūra anglų kalba. Pagrindiniai analizuojami Europos Sąjungos teisės aktai - Europos Sąjungos viešųjų pirkimų direktyvos. Darbe taip pat remiamasi Komisijos iniciatyvomis dėl koncesijų ir viešosios bei privačiosios partnerystės, šias Komisijos iniciatyvas analizuojančiais moksliniais straipsniais užsienio teisinėje periodikoje bei pastaruosiu metu vykusių konferencijų VPSP klausimais medžiaga. ETT praktika taip pat yra svarbus tyrimo šaltinis. Kadangi Lietuvoje koncesijos sutarčiai mokslinėje literatūroje nebuvo skirta dėmesio, o negausi Lietuvos teismų praktika dėl koncesijų susijusi su procedūriniais pažeidimais, koncesijos sutarties samprata pagal Lietuvos teisę vertinama remiantis Lietuvos norminių teisės aktų analize.

1. KONCESIJOS SUTARTIS – VIEŠOJO IR PRIVATAUS SEKTORIŲ PARTNERYSTĖS FORMA

1.1. Viešojo ir privataus sektorių partnerystės sąvoka

Viešojo ir privataus sektorių bendradarbiavimo reikšmė vystant infrastruktūrą bei teikiant viešąsias paslaugas kito istoriškai. Tokios viešosios paslaugos kaip gatvių apšvietimas, energijos paskirstymas, telegrafas ir telefonas buvo pradėtos teikti jau XIX amžiuje ir daugumoje šalių jas teikė privačios kompanijos Vyriausybės suteiktos licencijos ar koncesijos pagrindu. Taip pat šiuo laikotarpiu buvo įgyvendinta daug privačiai finansuojamų kelių bei kanalų statybos projektų, sparčiai vystėsi tarptautinis projektų finansavimas. Tačiau XX amžiuje infrastruktūros valdytojai dažnai būdavo nacionalizuojami, o konkurenciją mažino įmonių susijungimai bei įsigijimai. Infrastruktūrą privataus sektoriaus subjektai valdė tik palyginti nedaugelyje šalių, dažnai esant labai mažai konkurencijai ar iš viso be konkurencijos². Padėtis ėmė keistis ir privačių subjektų dalyvavimas infrastruktūros bei viešųjų paslaugų sektoriuose intensyvėjo nuo 1980 metų. Pagrindinėmis viešojo ir privataus sektorių bendradarbiavimo priežastimis laikomos padidėjusios technologinės investicijos, dideli viešojo sektoriaus išskolinimai ir griežti biudžeto apribojimai, stabdantys viešojo sektoriaus galimybes patenkinti augantį infrastruktūros poreikį, tarptautinės ir vietinės rinkos augimas bei sėkminga tarptautinė patirtis šioje srityje. Daugelyje šalių buvo priimti teisės aktai, ne tik reglamentuojantys tokių sandorių sudarymą, bet ir keičiantys infrastruktūros bei viešųjų paslaugų rinkos struktūrą ir konkurencijos taisykles³.

Europos Sąjungoje VPSP projektai pastaraisiais metais vis labiau populiarėja, tačiau VPSP formos Europos Sąjungos valstybėse narėse labai skiriasi pagal projektų dydį, rizikos paskirstymą tarp šalių, finansavimo schemas, priklausomai nuo teisinės sistemos ir sektorių, kuriuose VPSP taikoma. Bendros VPSP sąvokos Europos Sąjungos teisėje šiuo metu nėra.

2004 m. balandžio 30 d. Komisijos išleistoje Žaliojoje knygoje dėl viešosios ir privačiosios partnerystės ir Bendrijos teisės, taikytinos viešosioms sutartims ir koncesijoms (toliau – Žalioji knyga), VPSP apibrėžiama kaip *privataus sektoriaus ir viešosios valdžios institucijų bendradarbiavimo forma, kurios tikslas - užtikrinti*

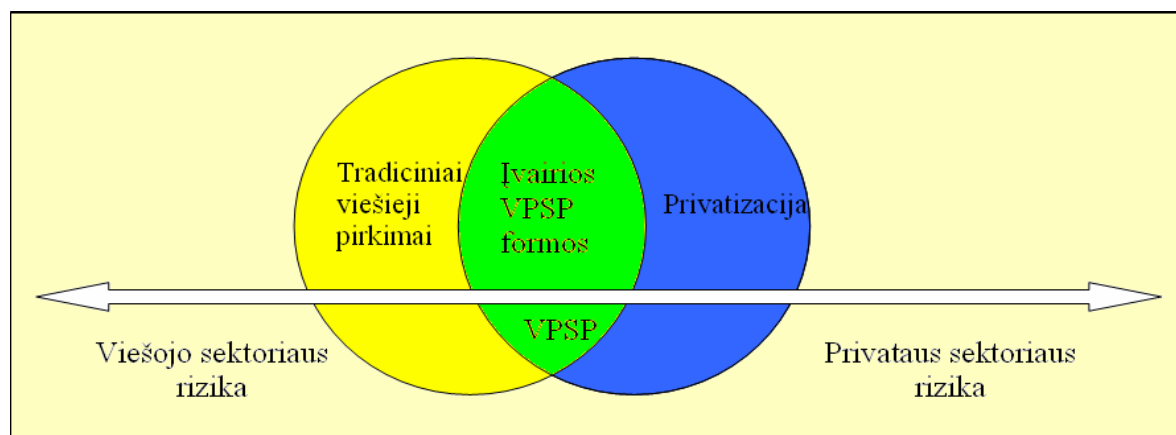
² UNCITRAL. Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects [interaktyvus]. New York, 2001 [žiūrėta 2007-03-16]. Prieiga per internetą: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts>.

³ Ibid.

*infrastruktūros finansavimą, statybą, atnaujinimą, valdymą ir priežiūrą bei paslaugų teikimą*⁴.

Pačia bendriausia prasme VPSP gali būti suprantama kaip bet kokie viešojo ir privataus sektoriaus susitarimai, susiję su priemonėmis viešajai infrastruktūrai gerinti arba viešosiomis paslaugomis: partnerystė kaip privataus sektoriaus nuosavybė valstybės ar savivaldybių įmonių turte, viešieji pirkimai, koncesijos, privatizacija, valstybinio turto nuoma ir pan.

VPSP gali būti suprantama ir siaurai, kaip atskira nuo viešųjų pirkimų, privatizacijos kategorija: tai ilgalaikės sutartys tarp viešojo ir privataus partnerių, pagal kurias pasidalijama veiklos rizika, privačiam partneriui deleguojami tam tikri viešosios infrastruktūros kūrimo ir/ar paslaugų teikimo išpareigojimai, o privatusis partneris pajamas gauna iš viešojo sektoriaus ir/ar trečiųjų asmenų mokesčių už šias paslaugas⁵. Žemiau pavaizduotas siaurąją VPSP sampratą atspindintis „tradicinių viešųjų pirkimų, VPSP ir privatizacijos kontinuumas“⁶:



Tačiau tiek Komisijos bei kitų Europos Sąjungos institucijų išleistuose dokumentuose, tiek teisinėje literatūroje bei įvairiose diskusijose Europos Sąjungos ar nacionaliniu lygiu VPSP sąvoka paprastai vartojama analizuojant vadinamąsias „problemiškos“ VPSP formas: viešuosius pirkimus (ypač jų atskyrimą nuo koncesijų), koncesijas, institucionalizuotą VPSP.

2005 m. vyko Komisijos inicijuotos konsultacijos dėl Žaliosios knygos. Vienas iš Komisijos klausimų, pateiktų konsultacijų dalyviams – ar reikalinga horizontali iniciatyva dėl VPSP Bendrijos lygiu. Konsultacijų dalyvių daugumos (tačiau nedidele persvara)

⁴ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327 final.

⁵ Viešojo ir privataus sektorių partnerystė ir Europos Sąjungos struktūrinių fondų naudojimas. Elektroninis leidinys [interaktyvus]. [Žiūrėta 2006-12-20]. Prieiga per internetą: <<http://www.vpvi.lt/edit/uploads/LT.pdf>>.

⁶ Ibid.

nuomone, horizontali Komisijos iniciatyva dėl VPSP Bendrijos lygiu yra nereikalinga. Beje, nemaža dalis dalyvavusiųjų konsultacijose pageidautų horizontalios iniciatyvos VPSP klausimu įpareigojančia ar neįpareigojančia forma, kuri turėtų apimti bendrai taikomas procedūrinės taisykles, aiškų VPSP apibrėžimą, bendrus principus ir privalomą išankstinį paskelbimą apie pasiūlymą⁷.

Vis dėlto, matyt, bendra iniciatyva dėl VPSP būtų neįmanoma ar bent jau sunkiai būtų galima rasti kompromisą (tai lemtų tokios iniciatyvos neefektyvumą), turint omenyje VPSP formų įvairovę ir skirtingą nacionalinį reglamentavimą, taip pat spartų VPSP vystymąsi. Turbūt tokia iniciatyva netgi nėra reikalinga. VPSP galima suprasti kaip bet kokius viešojo ir privataus sektoriaus susitarimus, susijusius su priemonėmis viešajai infrastruktūrai gerinti arba viešosiomis paslaugomis. Svarbesnis yra atskirų, vadinamųjų „problemiškų“, VPSP formų (ypač viešųjų pirkimų, koncesijų, institucionalizuotų VPSP) vienodinimas ir aiškinimas Europos Sąjungos lygiu.

1.2. Viešojo ir privataus sektorių partnerystės požymiai

Kadangi, kaip jau buvo pastebėta, VPSP reglamentavimas Europos Sąjungos valstybėse narėse yra labai skirtingas, egzistuoja daug įvairių VPSP formų ir nėra vieningos sąvokos, nėra paprasta išskirti bendrus VPSP požymius. Tačiau, nepriklausomai, ar VPSP suprantama plačiai, ar siauriai, manytina, kad VPSP visada sudaro tokie elementai:

- 1) tai viešojo ir privataus sektoriaus partnerių susitarimas;
- 2) ypatingas sutarties dalykas - susitarimas susijęs su viešosios infrastruktūros vystymu (paprastai kūrimu ar inovacijomis) ir/ar viešųjų paslaugų teikimu;
- 3) būdingas rizikų paskirstymas.

Teisinėje literatūroje laikoma aksioma, kad viešuosiuose-privachuosiuose susitarimuose būtina turi dalyvauti viešasis subjektas (viešasis partneris)⁸. Viešasis partneris gali būti suprantamas įvairiai. Pirmiausia kalbama apie vyriausybinius subjektus nacionaliniu ar federaliniu lygiu. Jų įgaliojimai aiškūs ir kompetencija esminių klausimų nekelia. Tačiau daug projektų įgyvendinama ir vietiniu ar regioniniu lygiu. Vietinės ar regioninės valdžios įgaliojimai gali būti labiau apriboti, šiuo atveju reikia suprasti, kaip šie subjektai yra finansuojami ir kam jie atskaitingi. Dauguma socialiai reikšmingų projektų atsiranda vietinės valdžios lygiu, pavyzdžiui, Jungtinėje Karalystėje mokyklų,

⁷ Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public-Private partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, SEC (2005) 629.

⁸ AVERY, A., et al. *Public-Private Partnerships: A Practical Analysis*. London: Globe Business Publishing Ltd, 2006, p. 6.

priklausančių valstybiniam sektoriui, priežiūra yra priskirta vietinei valdžiai. Taip pat egzistuoja vadinamieji kvazi-viešieji subjektai. Pavyzdžiui, vėlgi kalbant apie Jungtinę Karalystę, daug valstybinių sveikatos priežiūros paslaugų yra teikiamos per specialius statutinius juridinius asmenis, nepriklausomus techniškai, bet visiškai priklausomus nuo centrinės Vyriausybės finansavimo bei finansinės priežiūros. Šalys, norinčios sudaryti sandorius su šia subjektų grupe, turi skirti daug dėmesio jų įgaliojimų riboms, laisvei sudaryti sutartis ir galimam vyriausybės įsikišimui finansinės nesėkmės atveju⁹. Privačiaisiais partneriais paprastai gali būti bet kokie teisėtai įsteigti ir teisėtai veikiantys juridiniai asmenys. Populiarus jų dalyvavimo VPSP modelis – specialios paskirties bendrovės (angl. – *special purpose vehicle (SPV)*) įsteigimas.

Kitas visoms VPSP formoms būdingas požymis – ypatingas VPSP dalykas: viešojo ir privataus partnerių susitarimai yra sudaromi dėl tradiciškai viešajam sektoriui priskiriamų paslaugų (viešųjų paslaugų) teikimo bei viešosios infrastruktūros vystymo. VPSP projektai įgyvendinami tiesiant kelius, statant tiltus, kitus visuomenei reikšmingus statinius, reikalaujančius didelių investicijų. Naudojantis viešojo ir privataus sektorių partneryste, statomos ir remontuojamos ligoninės, mokyklos, oro uostai, autobusų ir geležinkelio stotys, elektrinės, kalėjimai, valdžios institucijų pastatai, pertvarkomi vandens ir šilumos ūkiai, teikiamos sveikatos priežiūros paslaugos ir kt.

Tai pat VPSP yra būdingas rizikų paskirstymas – konkrečios pagal koncesijos sutartį vykdomos veiklos rizikos priskyrimas viešajam ar privačiajam partneriui. Tai elementas, kuriam sudarant VPSP susitarimus paprastai skiriama ypač daug dėmesio. Nuo rizikų paskirstymo priklauso VPSP formos, viešojo ir privačiojo partnerių teisės ir pareigos bei atsakomybė, teisingas rizikų įvertinimas bei realus paskirstymas lemia VPSP projekto sėkmę. Rizikų rūšių yra labai daug, jos identifikuojamos kiekvienam konkrečiam projektui. Ypatingas dėmesys dažniausiai skiriamas politinei, pajamų, statybos, paklausos, tinkamumo, valdymo, archeologinei rizikoms. Siekiant optimalaus rizikų paskirstymo, reikia kiekvieną riziką protingai įvertinti ir tinkamai derinti įvairias jų kategorijas.

Kadangi, kaip jau buvo minėta, egzistuoja daug VPSP formų, kiti VPSP požymiai labai priklauso nuo to, kokia VPSP forma yra pasirenkama ir kokia yra konkretaus projekto schema. Teisinėje literatūroje bei įvairiose diskusijose Europos Sąjungos lygiu dažniausiai analizuojami tokie kiti VPSP būdingi požymiai (ypač „problemiškoms“ VPSP formoms): sudaroma paprastai ilgalaikė sutartis, apimanti daugelį etapų (projektavimo, statybos, finansavimo, priežiūros ir pan.), privatus (išankstinis) finansavimas, viešojo

⁹ Ibid.

sektorius partneris perka paslaugą vietoj galutinio rezultato, strateginę nuosavybę išsaugo viešasis partneris, riziką perdavimas privačiajam partneriui (ypač koncesijų atveju), mokėjimai privatačiojo sektoriaus partneriui iš viešojo sektoriaus lėšų ir/arba trečiųjų asmenų (vartotojų) ir kt.

1.3. Viešojo ir privataus sektorių partnerystės formos

Nors VPSP ir pasižymi formų įvairove, yra galimos tam tikros klasifikacijos. Pavyzdžiui, *pagal kontrolės išlaikymo laipsnį* VPSP formas galima skirstyti taip:

- 1) privatizavimas: yra perleidžiama nuosavybė, mažiausiai galimybių užtikrinti veiklos tęstinumą;
- 2) koncesijos: suteikiama teisė eksploatuoti koncesijos objektą ir gauti atlyginimą iš trečiųjų asmenų; veiklos rizika visiškai ar iš dalies perkeliama koncesininkui, viešasis sektorius išlaiko kontrolę visai ar iš dalies jos nefinansuodamas;
- 3) viešieji pirkimai: viešasis sektorius lieka atsakingas už tam tikrą funkciją, tik jos įgyvendinimas perduodamas tiekėjui; koncesininkui yra atlyginama pinigais, priklausomai nuo darbų ar prekių vertės, t. y. nepriklausomai nuo naudojimosi objektu.

VPSP projektai gali būti skirstomi ir *pagal viešųjų paslaugų teikimo ar infrastruktūros vystymo finansavimo būdą*¹⁰ (mokėjimo šaltinį):

- 1) teikiamų paslaugų/infrastruktūros vystymo sąnaudas gali padengti viešojo sektoriaus institucijos, t. y. valstybinės institucijos, savivaldybės (pavyzdžiui, viešasis prekių ar paslaugų pirkimo sutartys) arba
- 2) tretieji asmenys – vartotojai (pavyzdžiui, koncesija) arba
- 3) privatūs asmenys (pavyzdžiui, nuoma).

Toks skirstymas yra sąlyginis, kadangi galimi įvairūs mišrūs variantai, pavyzdžiui, vienas projektas gali būti finansuojamas ir privatačiojo partnerio (surenkant mokesčius iš vartotojų), ir viešojo partnerio (tiesioginiai mokėjimai privačiajam partneriui).

Žaliojoje knygoje VPSP formos skiriamos į dvi grupes¹¹ :

- 1) Institucionalizuota VPSP (angl. - *institutionalised PPP*), kuri reiškia viešojo ir privataus sektorių bendradarbiavimą per atskirą juridinį asmenį;
- 2) Išimtinai sutartinė VPSP (angl. - *purely contractual PPP*), pagal kurią viešasis ir privatus sektorius bendradarbiauja sutarties pagrindu.

¹⁰ GUDELIS, D.; ROZENBERGAITĖ V. *Viešojo ir privataus sektorių partnerystės galimybės*. Viešojo politika ir administravimas, 2004, Nr. 8., p. 58-73.

¹¹ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327 final.

Komisijos pasirinktas VPSP skirstymas į institucionalizuotą VPSP ir išimtinai sutartnę VPSP, manytina, yra reikšmingas VPSP taikomo reglamentavimo prasme ir atspindi Europos Sąjungos teisėje besiformuojančią VPSP formų sistemą.

1.3.1. Institucionalizuota VPSP

Institucionalizuota VPSP Žaliojoje knygoje yra vadinamas bendras privačiojo ir viešojo sektoriaus subjektas (bendroji įmonė). Tokio subjekto užduotis - užtikrinti sąlygas teikti paslaugą arba ją teikti dažniausiai bendro intereso paslaugų srityje. Institucionalizuotos VPSP gali atsirasti *naujai įsteigus mišraus kapitalo įmonę*, taip pat tuo atveju, kai *privatusis subjektas perima buvusios viešosios įmonės kontrolę*¹². Taip pat Žaliojoje knygoje svarstoma vadinamoji vidaus (angl. - *in-house*) sandorių problema. Pabrėžta, kad paprastai ES teisės aktai dėl viešųjų pirkimų ir koncesijų taikomi tada, kai perkančioji institucija nusprendžia patikėti užduotį trečiajai šaliai, t. y. teisiškai nepriklausomam subjektui. Remiantis 1999 lapkričio 18 d. ETT sprendimu *Teckal* byloje¹³, išimtis gali būti taikoma tik tais atvejais, kai (1) vietos valdžios institucija kontroliuoja susijusį subjektą panašiai kaip savo skyrius ir tai daroma tuo pačiu metu; (2) didžiąją dalį savo veiklos subjektas atlieka bendradarbiaudamas su kontroliuojančia vietos valdžios institucija arba institucijomis. ETT 2005 m. sausio 11 d. *Stadt Halle* byloje¹⁴ šias suformuluotas „vidaus sandorių“ sąlygas dar papildė konstatuodamas, kad viešųjų pirkimų direktyvų nustatyta viešųjų sutarčių sudarymo tvarką privaloma taikyti visada, kai perkančioji institucija ketina sudaryti atlygintinę sutartį su teisiškai nepriklausoma įmone, kurios kapitalą institucija valdo kartu su bent viena privačia įmone.

Institucionalizuotos VPSP sąvoka, steigimo tvarka, viešųjų pirkimų taisyklių taikymas, kai steigiamos bendrosios įmonės, ir kiti susiję klausimai tebėra diskutuojami lygiagrečiai su koncesijos suteikimo problemomis. 2005 m. lapkričio 15 d. Komisijos komunikate Europos Parlamentui, Tarybai, Europos ekonomikos ir socialinių reikalų komitetui ir regionų komitetui „Dėl valstybinio viešojo ir privačiojo sektoriaus partnersčių ir Bendrijos teisės aktų, susijusių su viešuoju pirkimu ir koncesijomis“¹⁵, Komisija numatė 2006 m. parengti aiškinamąjį dokumentą dėl institucionalizuotos VPSP, kuriame būtų sprendžiami konsultacijų dėl Žaliosios knygos metu iškelti ir aukščiau

¹² Ibid.

¹³ ETT 1999 lapkričio 18 d. sprendimas byloje C-107/98, *Teckal Srl v. Comune di Viano, AGAC* (1999), ECR I-08121.

¹⁴ ETT 2005 m. sausio 11 d. sprendimas byloje C-26/03, *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (2005), ECR I-00001.

¹⁵ COM (2005) 569 final.

minėtame Komisijos komunikate apibendrinti su institucionalizuota VPSP susiję klausimai. Deja, kol kas toks dokumentas nėra paskelbtas.

1.3.2. Išimtinai sutartinė VPSP

Išimtinai sutartinė VPSP yra apibūdinama kaip partnerystė tarp viešojo ir privataus sektoriaus, sudaryta sutarties pagrindu. Tokia sutartis apima įvairius modelius, pagal kuriuos didesni ar mažesni įsipareigojimai yra perleidžiami privačiam partneriui ir kurie gali apimti projektavimą, finansavimą, vykdymą, renovaciją, naudojimąsi darbais ar paslaugomis¹⁶. Nei Žaliojoje knygoje, nei kuriame nors kitame privalomo ar rekomendacinio pobūdžio Europos Sąjungos dokumente nėra galimų sutartinės VPSP formų sąrašo.

Žaliojoje knygoje minimi populiarūs „koncesiniai modeliai“, pagal kuriuos privatusis partneris, kontroliuojamas viešojo partnerio, teikia paslaugas visuomenei „vietoj“ viešojo partnerio ir jam atlyginama surenkant iš paslaugu naudotojų mokestį, kuris gali būti papildomas ir viešojo partnerio mokėjimais. Pagal kitus modelius privatus partneris gali atlikti statybos darbus bei administruoti sukurta infrastruktūrą (pavyzdžiui, mokyklą, ligoninę, pataisos namus, transporto infrastruktūrą). Tipinis pavyzdys tokiu atveju yra PFI modelis. PFI reiškia privataus finansavimo iniciatyvą (angl. - *Private Finance Initiative*), tai Jungtinės Karalystės Vyriausybės programa, leidžianti viešosios infrastruktūros modernizavimą privataus finansavimo pagrindu¹⁷.

Jungtinėje Karalystėje viešojo ir privataus sektorių partnerystė yra gana intensyviai taikoma jau apie dešimtmetį ir centrinės, ir vietinės valdžios lygmenyse ir turi išvystytą VPSP formų sistemą. 1992 metais Jungtinės Karalystės Vyriausybė parengė Privataus finansavimo iniciatyvą (PFI). Privataus finansavimo iniciatyva ir viešojo, ir privataus sektorių partnerystės projektai Jungtinėje Karalystėje įgyvendinami švietimo, ligoninių statybos, kalėjimų valdymo, Londono metro pertvarkymo procesuose, Gynybos ministerijos projektuose, vykdant naujas Vyriausybės IT programas, numatant vandens kelius, kuriant kelių schemas. Remiantis ekspertų skaičiavimais, per dešimtmetį, kai buvo pradėtas taikyti viešojo ir privataus sektorių partnerystės metodas, jau pasirašyta apie 600 viešojo ir privataus sektorių partnerystės projektų, pritraukta apie 200 mlrd. svarų sterlingų privataus kapitalo investicijų į viešosios infrastruktūros ir paslaugų plėtrą¹⁸. Toks pats modelis, dažnai įvairios jo variacijos yra taikomos ir kitose valstybėse narėse.

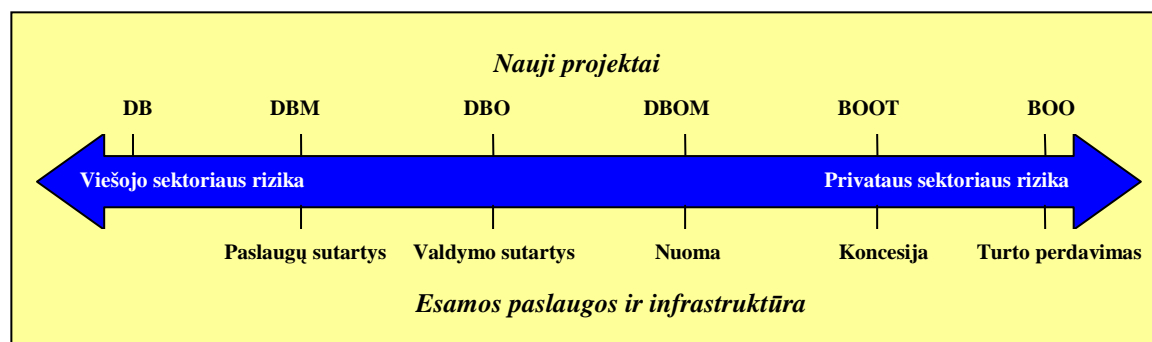
¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Gudelis D., Rozenbergaitė V. Viešojo ir Privataus sektoriaus partnerystės galimybės. Viešoji politika ir administravimas, 2004, Nr. 8.

Pavyzdžiui, PFI skatino panašaus modelio, vadinamo „*Betreibermodel*“, vystymąsi Vokietijoje¹⁹.

Pagal projektų schemas PFI variacijos bei kitos panašios formos kartais apibūdinamos vienu terminu – „hibridiniai projektai“ arba „hibridiniai modeliai“²⁰. Žemiau pateiktoje schemoje populiarūs hibridiniai modeliai išdėstyti pagal rizikos pasidalijimą tarp viešojo ir privataus sektoriaus²¹:



Populiarūs VPSP modeliai	
<p>BO (<i>Design-Build</i>) – Projektavimas-statymas: viešasis partneris sudaro sutartį su privačiuoju dėl infrastruktūros projektavimo bei statybos pagal viešojo partnerio nurodymus. Po darbų užbaigimo viešasis partneris prisiima objekto valdymo bei išlaikymo riziką. Šis metodas taip pat vadinamas BT (<i>Build-Transfer</i>) – Statymu-Perdavimu.</p> <p>DBM (<i>Design-Build-Maintain</i>) – Projektavimas-statymas-priežiūra: toks pats modelis kaip ir BO atveju, tik šiuo atveju privatusis partneris atsakingas ir už objekto priežiūrą. Viešasis sektorius išlaiko valdymo riziką.</p> <p>DBO (<i>Design-Build-Operate</i>) – Projektavimas-statymas-valdymas: privatus sektorius projektuoja ir stato objektą. Kai tik objektas yra pabaigtas, jis perduodamas viešajam sektoriui, o privatus sektorius valdo objektą nustatytą laikotarpį. Šis modelis taip pat yra vadinamas BTO (<i>Build-Transfer-Operate</i>) – Statymu- perdavimu-valdymu.</p> <p>DBOM (<i>Design-Build-Operate-Maintain</i>) – Projektavimas-statymas-valdymas-priežiūra: šis modelis apima privataus sektoriaus atsakomybę už projektavimą ir statymą bei valdymą ir priežiūrą nustatytą laikotarpį. To laikotarpio pabaigoje objekto valdymas yra vėl perduodamas viešajam sektoriui. Šis modelis taip pat vadinamas BOT (<i>Build-Operate-Transfer</i>) – Statymu-valdymu-perdavimu.</p> <p>BOOT (<i>Build-Own-Operate-Transfer</i>) – Statymas-įgijimas-valdymas-perdavimas: viešasis partneris suteikia frančizę privačiam partneriui finansuoti, projektuoti, statyti ir valdyti objektą tam tikrą laikotarpį. Pasibaigus šiam laikotarpiui nuosavybė į objektą grąžinama viešajam sektoriui.</p>	<p>BOO (<i>Build-Own-Operate</i>) – Statymas-įgijimas-valdymas: viešasis partneris suteikia teisę finansuoti, projektuoti, statyti, valdyti ir prižiūrėti objektą privačiam partneriui, kuris išlaiko nuosavybės teisę. Nėra reikalaujama grąžinti objektą viešajam partneriui.</p> <p>DBFO, DBFM arba DBFO/M (<i>Design-Build-Finance-Operate/Maintain</i>) – Projektavimas-statymas, finansavimas, valdymas/priežiūra: privatus sektorius projektuoja, finansuoja, valdo ir/ar prižiūri naują objektą pagal ilgalaikės nuomos sutartį. Nuomos termino pabaigoje objektas yra perduodamas viešajam sektoriui. Kai kuriose šalyse DBFO/M apima BOO ir BOOT.</p> <p>Paslaugų sutartis (<i>Service Contract</i>): viešasis sektorius sudaro paslaugų, kurias anksčiau teikė viešasis sektorius, teikimo sutartį.</p> <p>Valdymo sutartis (<i>Management Contract</i>): valdymo sutartis skiriasi nuo paslaugų sutarties tuo, kad privatus partneris yra visais atžvilgiais atsakingas už objekto pagal sutartį valdymą bei priežiūrą.</p> <p>Nuoma (<i>Lease</i>): viešasis partneris suteikia privačiam turto nuomos teisę. Privatusis partneris valdo bei prižiūri turtą pagal nuomos sutartyje nustatytas sąlygas.</p> <p>Turto perdavimas (<i>Divestiture</i>): viešasis sektorius perduoda turtą ar jo dalį privačiam sektoriui. Paprastai yra įtraukiamos tam tikros sąlygos dėl atitinkamo turto pardavimo tam, kad būtų užtikrinami pagerinimai ir būtų aptarnaujami gyventojai.</p>

¹⁹ Green Paper on Public-Private partnerships and Community law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327 final.

²⁰ LEVY, D. A. *BOT and Public Procurement: A Conceptual Framework*. In Indiana International & Comparative Law Review [interaktyvus], 1996, 7, [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.

²¹ Deloitte. *Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public Private Partnerships*, A Deloitte Research Study, 2006, p. 5.

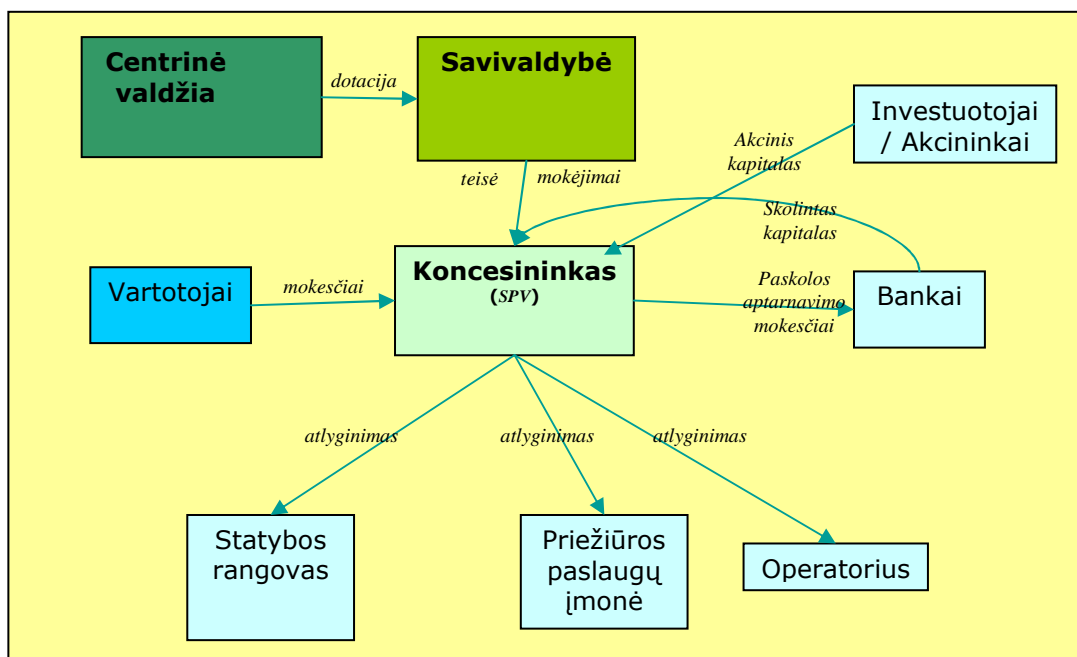
Žaliojoje knygoje²² išimtinai sutartinė VPSP skiriama į dvi grupes pagal teisinį reglamentavimą:

1. Viešosios sutartys (angl. - *public contracts*);
2. Koncesijos (angl. - *concessions*).

Viešosios sutartys - Žaliojoje knygoje „prioritetinėmis“ vadinamos viešųjų darbų ir viešųjų paslaugų pirkimo sutartys. Jos yra sureguliuotos Europos Sąjungos viešųjų pirkimų direktyvomis (t. y. 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl darbų pirkimų sutarčių, viešųjų prekių pirkimo sutarčių ir viešųjų paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo procedūrų koordinavimo²³ bei 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/17/EB, koordinuojanti subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, pirkimų procedūras²⁴).

Koncesijos sutartims vieningo reglamentavimo nėra. Direktyva 2004/18/EB taikoma tik viešųjų darbų koncesijoms. Koncesijos laikomos sutartimis tarp viešojo partnerio (suteikiančiosios institucijos) ir privačiojo partnerio (koncesininko), tai paprastai ilgalaikės sutartys, pagal kurias koncesininkui suteikiama teisė vykdyti veiklą, susijusią su infrastruktūros vystymu ir/ar viešosiomis paslaugomis, pasižyminčios atlyginimo koncesininkui ir rizikos pasidalijimo ypatumais.

Žemiau pavaizduota „klasikinė“ koncesijos projekto schema:



²² COM (2004) 327 final.

²³ OJ, 2004 L 134, p. 1-113.

²⁴ OJ, 2004 L 134, p. 114-240.





Kaip jau buvo minėta, sutarties pagrindu gali būti sudaromi įvairių schemų VPSP projektai, kurie tarptautinėje praktikoje ar nacionalinėje teisėje turi įvairių pavadinimų. Teisinio reguliavimo prasme prie vienos ar kitos šių Komisijos nurodytų sutartinės VPSP formų (viešųjų sutarčių ar koncesijų) gali būti priskiriami kitaip vadinami VPSP projektai. Kai kurie autoriai koncesijos sutartį vadina BOT projektu „stuburu“²⁵. Tarptautinėje praktikoje gerai žinomas BOT projektas bei įvairios jo variacijos (BTO, BOOT, DBO ir kt.), jeigu atitinka koncesijos požymius, bus koncesijos sutartis Europos Sąjungos reglamentavimo prasme. Koncesijos sutarties sąvoka, požymiai, reglamentavimo klausimai bus detalai aptariami toliau šiame darbe.

1.4. Viešojo ir privataus sektoriaus partnerystė: privalumai ir taikymo problemos

1.4.1. VPSP privalumai

VPSP - vis dažniau pastaraisiais metais Europoje pasirenkamas būdas teikti viešąsias paslaugas bei kurti ar atnaujinti viešąją infrastruktūrą. VPSP projektai dažniausiai įgyvendinami statant tiltus, tiesiant kelius ir kitus visuomenei reikšmingus statinius. Taip pat viešojo sektoriaus išteklių panaudojami statant ir renovuojant švietimo įstaigas, ligonines, kalėjimus, valdžios institucijų pastatus, kitus projektus, reikalaujančius didelių investicijų. Žemiau esančioje lentelėje pateikti DEPFA BANK plc (Airija) duomenys²⁶ atspindi VPSP patirtį kai kuriose Europos šalyse (2006 m.):

	<i>Transportas</i>	<i>Mokyklos</i>	<i>Ligoninės</i>	<i>Kalėjimai</i>	<i>Aplinka</i>
JK					
Airija					
Portugalija					
Ispanija					
Italija					
Skandinavija					
Olandija					
Prancūzija					
Vokietija					
Vengrija					
Lenkija					

	Ilgalaikiai projektai		Projektai konkurso ar parengiamajame etape
	Pirmieji projektai pasibaigę		Patirties nėra

²⁵ DELMON, J. *BOT Projects and Risk*. Kluwer Law International, 2005, p. 165.

²⁶ International Conference: Public Private Partnership in the Baltics and Europe: Alternative Means of Financing Public Energy and Infrastructure Projects, 2006 (*konferencijos medžiaga*).

Taikant VPSP, sukuriama vadinamoji „vertė už pinigus“ (angl. - *value for money*). „Vertė už pinigus“ pagrindžia VPSP esmę. Kitais žodžiais tariant, maksimizuojamas projektavimas, geriausi statybos metodai ir medžiagos kokybės kontrolė, kartu su naujausiomis šiuolaikinėmis valdymo ir priežiūros sistemomis, didesnis efektyvumas, žemesni kaštai, kokybiškesnės viešosios paslaugos lyginant su viešojo sektoriaus teikiamomis paslaugomis. Pabrėžtina, kad „vertės už pinigus“ sąvoka nėra sinonimiška sąvokai „pigėsnis“, nors taip gali būti tam tikrais atvejais. „Vertė už pinigus“ gali būti pasiekama ir tada, kai išleidžiama šiek tiek daugiau nei perkant tradiciniu būdu, tačiau pasiekiamas geresnis rezultatas²⁷.

Viena pagrindinių priežasčių, kodėl yra pasirenkama VPSP, – viešasis sektorius *neturi pakankamai lėšų infrastruktūros atnaujinimui*. Viešojo sektoriaus skolinimosi galimybės yra apribotos, o VPSP leidžia sumažinti pradines viešojo sektoriaus išlaidas, nukeliant su projekto įgyvendinimu susijusius mokėjimus ateinantiems laikotarpiams. Pavyzdžiui koncesijos projektas nereikalauja arba reikalauja mažiau pradinių viešojo sektoriaus investicijų, nes privatus partneris gali visiškai ar dalinai finansuoti tam tikros infrastruktūros sukūrimą ar modernizavimą. Taip pat dažnai yra atsižvelgiama, kad VPSP turtas gali būti *neapskaitomas viešojo sektoriaus balanse* ir tai leidžia išvengti biudžeto deficito ar valstybės skolos didėjimo plėtojant viešąją infrastruktūrą (tai ypač svarbu dėl narystės Europos pinigų sąjungoje)²⁸. Svarbu ir tai, kad viešojo sektoriaus dalyvavimas gali daryti teigiamą įtaką privatus sektoriaus *skolinimosi galimybėms*, kadangi viešasis sektorius tradiciškai laikomas turinčiu aukštą kreditingumą.

Dar vienas privalumas - galimybė optimaliai *paskirstyti riziką* tarp partnerystės sutarties dalyvių. Rizikos paskirstomos VPSP sutartimi. Galimi trys variantai:²⁹ 1) viešasis partneris prisiima riziką, 2) privatus partneris prisiima riziką, 3) rizika pasidalijama (pasidalijamos sąnaudos (%) arba nustatoma viršutinė sąnaudų riba). Riziką prisiima ta šalis, kuri gali geriausiai išvengti arba kontroliuoti tą riziką. Pavyzdžiui, viešojo pirkimo sutarties atžvilgiu projekto riziką prisiima viešasis partneris. Sudarant koncesijos sutartį, didžioji projekto rizikos dalis yra perkeliama koncesininkui – tai vienas iš argumentų, dėl kurių viešasis partneris gali pasirinkti koncesijos formos projekto schemą.

²⁷ HARRIS, S. *Public private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services*. Inter-American Development Bank, Washington, D. C., s. a.

²⁸ Viešojo ir privataus sektorių partnerystė ir Europos Sąjungos struktūrinių fondų naudojimas. Elektroninis leidinys [interaktyvus]. [Žiūrėta 2006-12-20]. Prieiga per internetą: <<http://www.vpvi.lt/edit/uploads/LT.pdf>>.

²⁹ Seminaras „Naujos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės galimybės Lietuvoje“, 2006 m. (*seminaro medžiaga*). Galvelė L. *Viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės apžvalga*.

Dažnai pabrėžiamas VPSP bruožas – *efektyvumas*. VPSP sudaro sąlygas efektyviau valdyti valdžios sektoriaus išlaidas ir skirti jas kitiems įsipareigojimams vykdyti. Taip pat siekiama privataus sektoriaus efektyvumo ir *know-how* tradicinėse viešojo sektoriaus srityse – VPSP užtikrina geresnę viešųjų paslaugų kokybę, teikimo efektyvumą, skatina geresnį turto valdymą³⁰. VPSP laikoma būdu skatinti inovacijas ir geros praktikos sklaidą kuriant viešąją infrastruktūrą ir teikiant viešąsias paslaugas³¹. Geresnės pagal sutartį atliekamų darbų ar paslaugų kokybės aspektas dažnai nurodomas kaip koncesijos sutarties privalumas lyginant su viešųjų pirkimų sutartimi: perkant paslaugas ar darbus viešųjų pirkimų būdu, pagal sutartį pinigai turi būti išmokami nepaisant to, ar prekės ir darbai jau pradėti vykdyti/tiekti, todėl nėra skiriamos toks dėmesys kokybei kaip veikiant pagal koncesijos sutartį, kai koncesininkas gauna pajamas iš trečiųjų asmenų (vartotojų) ir todėl yra svarbi galutinių vartotojų nuomonė.

1.4.2. VPSP taikymo problemos

Vis dėlto reikia turėti omenyje, jog kai kurios VPSP formos yra gana sudėtingas pirkimų būdas, jis netinka visiems viešosios infrastruktūros ar paslaugų klausimams spręsti (netgi Jungtinėje Karalystėje 85 proc. visos infrastruktūros kuriama tradiciniu būdu). Netinkamai naudojant, jis gali duoti neigiamų rezultatų. Be to, naudojant VPSP, sukurta viešoji infrastruktūra gali kainuoti brangiau, nors beveik visada ši infrastruktūra būna aukštesnės kokybės³².

Kai kurie VPSP kritikai pateikia argumentą, kad VPSP yra brangiau kainuojanti alternatyva nei tradicinis viešųjų paslaugų teikimas viešajame sektoriuje todėl, kad investuoti ketinančioms bendrovėms bankai suteikia paskolas už didesnes palūkanas nei tais atvejais, kai skolinasi viešojo sektoriaus institucijos³³.

Kiti argumentas – sudėtingas rizikų prognozavimo procesas. VPSP projektai daugiausiai yra ilgalaikiai ir per įgyvendinimo laikotarpį gali iš esmės pasikeisti sutartyje nustatytos sąlygos, todėl siekiama gauti teisę po tam tikro laiko nuo projekto pradžios sąlygas ir ypač kainą (ar jos sudėtinės dalis) peržiūrėti. Pavyzdžiui, koncesijos sutartyje turi būti susitariama dėl projekto rizikų paskirstymo, todėl reikalinga iš anksto numatyti, kokias rizikas prisiims viešasis partneris, o kokias privatusis.

³⁰ International Financial Services. *Public Private Partnerships. UK Expertise for International Markets*. London: 2003.

³¹ Cit. op. 28.

³² Viešojo ir privataus sektorių partnerystė ir Europos Sąjungos struktūrinių fondų naudojimas. Elektroninis leidinys [interaktyvus]. [Žiūrėta 2006-12-20]. Prieiga per internetą: <<http://www.vpvi.lt/edit/uploads/LT.pdf>>.

³³ GUDELIS, D.; ROZENBERGAITĖ, V. *Viešojo ir privataus sektorių partnerystės galimybės*. Viešoji politika ir administravimas, 2004, Nr. 8., p. 58-73.

Dažnai nurodomas lankstumo VPSP projektuose trūkumas, ypač kai projektai susiję su sritimis, jautriomis technologiniams ar demografiniams pokyčiams (švietimo sistemos ir sveikatos apsaugos projektai). Taip pat teigiama, jog tam, kad būtų galima pasinaudoti VPSP privalumais, sutarties vertė turi būti pakankamai didelė (investicija ne mažesnė nei 25 milijonai eurų)³⁴.

Svarbu pažymėti, kad valstybėse narėse, kuriose labai maža VPSP projektų vykdymo patirtis (prie tokių priskiriama ir Lietuva), smarkiai padidėja VPSP projekto sėkmingumo rizika, procesas tampa labiau komplikuoatas, užima daugiau laiko, padidėja sandorio sąnaudos (reikalingos kvalifikuotų konsultantų, teisininkų paslaugos). Todėl viešasis sektorius turi rimtai apsvarstyti VPSP reikalingumą konkrečiai veiklai vykdyti, įvertinti alternatyvius būdus bei atidžiai pasirinkti VPSP formą.

³⁴ Seminaras „Naujos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės galimybės Lietuvoje“, 2006 m. Galvelė L. *Viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės apžvalga*.

2. KONCESIJOS SUTARTIES SAMPRATA EUROPOS SĄJUNGOS TEISĖJE

Terminas „Koncesija“ susiformavo Viduramžių bei Renesanso laikotarpio Prancūzijoje. Tai ankstyvasis privačios investicijos į viešąsias paslaugas pavyzdys. Po pertraukos Prancūzijos revoliucijos metu dauguma XIX a. infrastruktūros projektų, tokių kaip geležinkeliai, dujotiekiai ar elektros energijos tinklai, buvo vystomi koncesijos sutarties pagrindu. Pagal tokią koncesiją buvo pastatytas Sueco kanalas: 1854 m. privačiai kompanijai *Compagnie Universelle du Canal Maritime Suez* buvo suteikta koncesija 99 metams kanalo, jungiančio Viduržemio ir Raudonąją jūras, statybai bei valdymui. Nepaisant didžiulių kaštų bei trukmės, projektas viršijo visas prognozes ir buvo komerciškai sėkmingas. Tačiau koncesijos neatskiriamos nuo viešojo sektoriaus iki XIX a. pabaigos, kai koncesijos buvo pripažintos privačių paslaugų sutartimis su viešuoju sektoriumi³⁵.

Šiuolaikinės koncesijos sutartys yra sudėtingi projektai. Tai populiarėjantis Europoje reiškinys pastaraisiais metais, vis dažniau tampantis diskusijų ir nacionaliniu, ir Europos lygiu objektu.

2.1. Koncesijos sutarties sąvoka

Europos Bendrijos pirminėje teisėje koncesijos sutarties sąvokos nėra. Vieninteliai privalomo pobūdžio Europos Sąjungos teisės aktai, kuriuose yra pateikta koncesijos sąvoka – Europos Sąjungos viešųjų pirkimų direktyvos: 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl darbų pirkimų sutarčių, viešųjų prekių pirkimo sutarčių ir viešųjų paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo procedūrų koordinavimo³⁶ (toliau – Direktyva 2004/18/EB) bei 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/17/EB, koordinuojanti subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, pirkimų procedūras³⁷ (toliau – Direktyva 2004/17/EB).

Šiose direktyvose apibrėžiamos atskiros koncesijos rūšys – viešųjų darbų koncesija ir viešųjų paslaugų koncesija:

Viešųjų darbų koncesija – *tai tos pačios rūšies sutartis kaip ir viešųjų darbų pirkimo sutartis, išskyrus tai, kad atlygis už atliktus darbus yra tik teisė eksploatuoti darbo rezultatą arba tokia teisė kartu su mokėjimu.*

³⁵ DELMON, J. *BOT Projects and Risk*. Kluwer Law International, 2005, p. 55.

³⁶ OJ, 2004 L 134, p. 114-240.

³⁷ OJ, 2004 L 134, p. 1-113.

Viešųjų paslaugų koncesija – tai tokios pat rūšies sutartis kaip ir paslaugų teikimo sutartis, išskyrus tai, kad atlygis už suteiktas paslaugas yra tik teisė eksploatuoti paslaugą arba tokia teisė kartu su mokėjimu.

Taigi koncesija viešųjų pirkimų direktyvose apibrėžiama per kitą VPSP formą – viešojo pirkimo sutartį - tai „tokios pačios rūšies sutartis“ kaip viešųjų darbų/paslaugų pirkimo sutartis, išskyrus vieną požymį - atlygis koncesininkui yra teisė „eksploatuoti“ atliktus darbus/suteiktas paslaugas arba tokia teisė kartu su mokėjimu. Pastebėtina, kad pasirinkta koncesijos sąvokos formuluotė reikalauja papildomų paaiškinimų bei palyginimo su viešojo pirkimo sutartimi. Manytina, kad tikslingiausia atskleisti viešųjų pirkimų direktyvose pateiktos koncesijos sąvokos turinį aptariant pagrindinius koncesijos sutarties požymius – bendruosius, būdingus visoms VPSP formoms, bei specialiuosius – atskiriančius koncesijos sutartį nuo kitų VPSP formų.

2.1.1. Bendrieji koncesijos sutarties požymiai

Kadangi koncesijos sutartis yra sutartinės VPSP forma, pirmiausia jai yra būdingi jau išskirti pirmojoje šio magistro darbo dalyje bendrieji VPSP požymiai, būdingi kiekvienai VPSP formai – tai (1) susitarimas tarp viešojo ir privataus sektoriaus partnerių, kuris (2) susijęs su viešosios infrastruktūros vystymu ir/ar viešųjų paslaugų teikimu ir kuriam būdingas (3) veiklos rizikos paskirstymas.

2.1.1.1. Viešasis ir privatusis partneriai

Koncesijos sutartis yra priskirtina jau aptartos aukščiau išimtinai sutartinės (angl. - *purely contractual*) VPSP grupei. Ji pagrįsta sutartimi tarp viešojo partnerio (suteikiančiosios institucijos) ir privačiojo partnerio (koncesininko).

2000 m. Komisijos aiškinamajame komunikate dėl koncesijų pagal Bendrijos teisę³⁸ (toliau - Aiškinamasis komunikatas) teigiama, kad koncesijos, kaip ir kitos VPSP formos suteikiamos valstybės, kuri plačiaja prasme suprantama kaip visi viešieji subjektai, priklausantys valstybės organizacijai (vietinė valdžia, regionai, departamentai, autonominės bendrijos, savivaldybės), taip pat bet kuris kitas subjektas, kuris, netgi jei yra teisiškai atskirai egzistuojantis, susijęs su valstybe taip glaudžiai, kad yra laikomas valstybės organizacijos dalimi³⁹.

Direktyva 2004/18/EB, kaip jau minėta, yra taikoma viešųjų darbų koncesijai, taigi viešasis partneris (suteikiančioji institucija) viešųjų darbų koncesijos sutarties atveju turi

³⁸ OJ, 2000 C 094, p. 4-13.

³⁹ OJ, 2000 C 094, p. 4-13.

atitikti perkančiajai organizacijai numatytus reikalavimus, nustatytus Direktyvoje 2004/18/EB. Šioje direktyvoje perkančioji organizacija yra apibūdinta kaip valstybės, regionų ar vietos valdžios institucijos, įstaigos, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė, tų institucijų ir/ar įstaigų, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė, asociacijos. Įstaiga, kurios veiklą reglamentuoja viešoji teisė, reiškia bet kurią įstaigą:

- 1) skirtą specialiai viešiesiems interesams, kurie yra nepramoninio ir nekomercinio pobūdžio, tenkinti;
- 2) turinčią juridinio asmens statusą;
- 3) didžiąja dalimi finansuojamą iš valstybės, regionų ar vietos valdžios institucijų ar kitų įstaigų, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė, lėšų; arba valdomą šių institucijų ir kitų minėtų įstaigų; arba turinčią administraciją, valdymo ar priežiūros organą, kurio daugiau kaip pusė narių yra paskirti valstybės, regiono ar vietos valdžios institucijų arba kitų įstaigų, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė.

Taigi viešųjų darbų koncesiją pagal direktyvą gali suteikti valstybės ir regionų bei vietos valdžios institucijos, taip pat juridiniai asmenys, skirti viešiesiems interesams tenkinti, kurie yra kontroliuojami ar finansuojami valstybės ar regionų/vietos valdžios institucijų.

Viešųjų paslaugų koncesijos atveju subjektų, galinčių būti suteikiančiąja institucija, ratas nėra toks aiškus: viešųjų paslaugų koncesijai viešųjų pirkimų direktyvos yra netaikomos. Kaip jau buvo minėta, Komisija Aiškinamajame komunikate suteikiančiąją instituciją supranta kaip viešuosius asmenis, priklausančius valstybės organizacijai (valstybinius ir vietos valdžios subjektus) bei kitus subjektus, susijusius su valstybe „taip glaudžiai, kad yra laikomas valstybės organizacijos dalimi“. Taigi paslaugų koncesiją galėtų sudaryti valstybės, regionų, vietos valdžios institucijos, taip pat kiti viešieji juridiniai asmenys – manytina, tie, kuriuos valdžios institucijos kontroliuoja (tarptautinėje praktikoje vadinami kvazi-viešaisiais asmenimis⁴⁰). Pavyzdžiui, 2000 m. gruodžio 7 d. ETT *Telaustria* byloje⁴¹ paslaugų koncesijos sutartis buvo sudaryta tarp *Telekom Austria*, ribotos atsakomybės bendrovės, kurios visos akcijos priklauso Austrijos Respublikai, ir privačios bendrovės. Viešųjų paslaugų koncesijai bei koncesijos rūšims Direktyva 2004/18/EB nėra taikoma, bet nėra ir jokių kitų taisyklių, nustatančių reikalavimus suteikiančiajai institucijai viešųjų paslaugų

⁴⁰ AVERY, A. et al. *Public-Private Partnerships: A Practical Analysis*. London: Globe Business Publishing Ltd, 2006, p. 6.

⁴¹ ETT 2000 m. gruodžio 7 d. sprendimas byloje C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v Telekom Austria AG and Harold Business Data AG* (2000), ECR I-10475.

koncesijos atžvilgiu. Taigi iš esmės suteikiančiąja institucija galėtų būti ir valstybės kontroliuojami asmenys. Beje, šiuo atveju yra svarbu, kad tokie subjektai pagal savo kompetenciją būtų atsakingi už viešųjų paslaugų teikimą.

Koncesininko atžvilgiu jokių specialių ribojimų nėra numatyta. Tai turėtų būti teisėtai įsteigtas ir teisėtai veikiantis subjektas. Pagal Direktyvą 2004/18/EB (taigi ir viešųjų darbų koncesijos atveju) „ūkio subjektu“ gali būti bet kuris fizinis arba juridinis asmuo, viešasis subjektas arba tokių asmenų ir/arba organizacijų grupė, rinkoje siūlantys, atitinkamai, darbų ir/arba darbo įvykdymą, prekių tiekimą arba paslaugų teikimą. Manytina, kad pagal koncesijos sutarties pobūdį, sudėtingumą ir dažniausiai taikomas praktines schemas, koncesininkas turėtų būti juridinis asmuo. Iš esmės tai nebūtinai privatusis juridinis asmuo, svarbu, kad jis atitiktų suteikiančiosios institucijos nustatytus kriterijus ir pagal savo teisinę formą bei veiklos pobūdį galėtų atlikti atitinkamus darbus ar teikti paslaugas. Pavyzdžiui, 2005 m. spalio 13 d. ETT *Parking Brixen* byloje koncesininkas buvo bendrovė, kurios vienintelis akcininkas savivaldybė, tačiau savivaldybei teisė būti akcininku buvo suteikta tik dvejais metais⁴². ETT konstatavo, kad koncesininkas turėjo būti vertinamas kaip tretysis asmuo, ir, kadangi savivaldybė neturėjo pakankamai kontrolės koncesininko atžvilgiu, reikėjo skelbti konkursą dėl koncesijos suteikimo.

2.1.1.2. Ypatingas koncesijos sutarties dalykas

Kitas bendrasis koncesijos sutarties požymis – ypatingas sutarties dalykas (infrastruktūros vystymas ir/ar viešosios paslaugos). Koncesijos sutartys viešųjų pirkimų direktyvose skirstomos į dvi rūšis pagal sutarties dalyką: viešųjų darbų koncesiją ir viešųjų paslaugų koncesiją. Viešųjų darbų koncesijos atveju viešieji darbai, kurie gali būti atliekami pagal viešųjų darbų koncesijos sutartį, išvardinti Direktyvos 2004/18/EB I priede: tai statybos, civilinės inžinerijos ir kt. darbai. Praktikoje galimas mišrus variantas – koncesija, kurios dalykas yra ir viešieji darbai, ir viešosios paslaugos.

Viešųjų paslaugų koncesijai direktyvos 2004/18/EB II priede pateiktas sąrašas negalioja (netaikoma ši direktyva). Vadinasi, pagal koncesijos sutartį galėtų būti teikiamos bet kokios viešosios paslaugos (pagal nacionalinę teisę) – nei Europos Sąjungos direktyvose, nei kituose teisės aktuose nėra nustatyto sąrašo. Aiškinamajame komunikate viešosiomis paslaugomis laikomos tokios, už kurių teikimą išimtinai ar iš

⁴² BROWN, A. *The Application of the EC Treaty to a Services Concession Awarded by a Public Authority to a Wholly-owned Subsidiary: Case C-458/03 Parking Brixen*. In *Public Procurement Law Review* [interaktyvus], 2006, 2, (NA40-47) [žiūrėta 2007 03 03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.

dalies paprastai yra atsakinga suteikiančioji institucija ir kurios yra „ekonominė veikla“ pagal Europos Bendrijos steigimo sutartį (toliau - EB Sutartis). Komisijos manymu, tokios paslaugos, kai yra atliekami oficialūs įgalinimai, pavyzdžiui, notaro funkcijos, arba vykdoma tokia ekonominė veikla kaip, pavyzdžiui, taksi koncesijos, leidimai naudotis autostrada (spaudos kioskams, kavinėms) arba veikla, susijusi su vaistinėmis, benzino kolonėlėmis, negalėtų būti koncesijos dalykas.

2.1.1.3. Rizikų paskirstymas

Vykdamt didelius VPSP projektus, atitinkamas rizikas reikia priskirti tai šaliai, kuri ją geriausiai gali valdyti. Jei rizikos nėra gerai subalansuotos, kyla projekto kaina. Galima sakyti, koncesijos sutartys yra *sui generis*, t. y. niekada nebus dviejų visiškai vienodų projektų. Vadinas, nėra ir rizikų, galinčių atsirasti vykdamt projektą, galutinio sąrašo, rizikos gali būti labai įvairios ir priklausyti nuo paties projekto pobūdžio, išorinių veiksnių, pokyčių ilgu koncesijos laikotarpiu bei įvairių kitų aplinkybių⁴³.

Taigi teoriškai galimas tik bendras rizikų bei rizikų pasidalijimo skirstymas. Pavyzdžiui, vienos svarbiausių ir dažniausiai identifikuojamų yra tokios projekto rizikos⁴⁴:

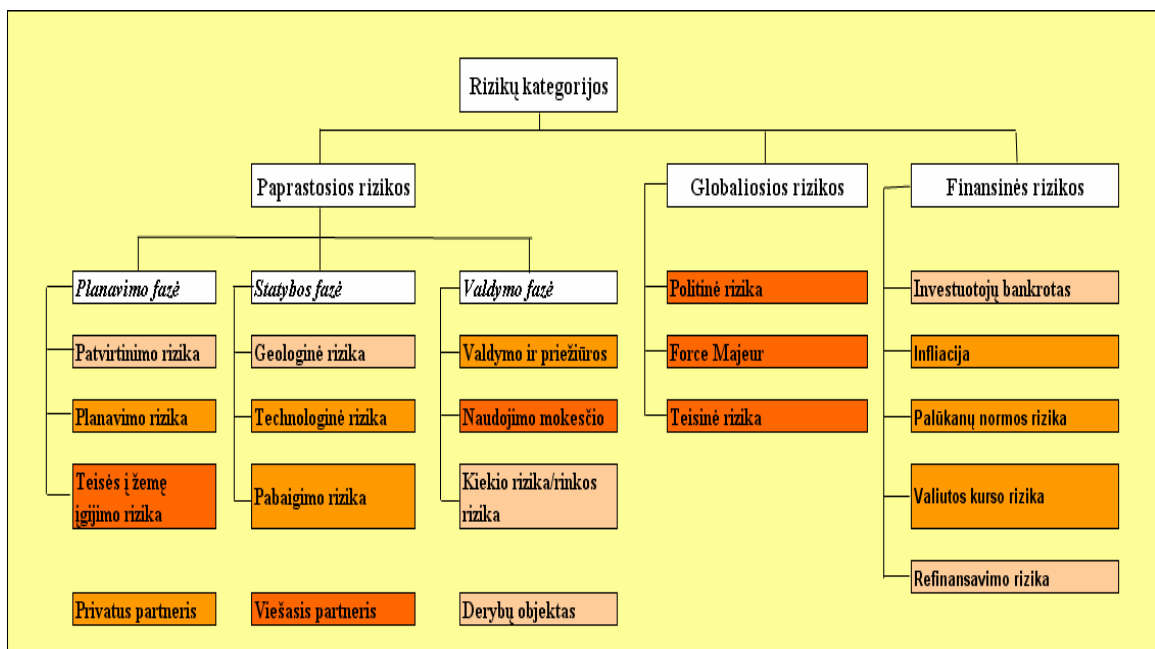
- **Politinė rizika.** Kadangi rizika priskiriama tai šaliai, kuri geriausiai gali ją valdyti, didžioji dalis politinės rizikos paprastai tenka viešajam partneriui (suteikiančiajai institucijai).
- **Projekto baigimo rizika.** Ši rizika paprastai priskiriama privačiajam partneriui (išskyrus, žinoma, atvejus, kai uždelsiama dėl suteikiančiosios institucijos kaltės). Tačiau kai kuriais atvejais dalį šios rizikos gali prisiimti ir suteikiančioji institucija. Pavyzdžiui, paprastai yra reikalaujama, kad projekto riziką, susijusią su statybos vieta, kur veiks rangovas, prisiimtų koncesininkas. Tačiau jeigu vietos rizikos kaštai yra neproporcingi ir suteikiančioji institucija gali būti tuo įtikinta, ji taip pat gali prisiimti dalį atitinkamų rizikų. Suteikiančioji institucija galbūt gali geriausiai identifikuoti riziką, susijusią su žemės tinkamumu, pavyzdžiui, tai, kad darbų metu gali būti aptikta archeologinių radinių. Archeologiniai radiniai išimtinai priklauso valstybei, yra griežti reikalavimai, kaip archeologiniai radiniai paimami. Archeologiniai radiniai numatytoje projekto vietoje, jei jų neįmanoma perkelti, taip pat gali reikšti, kad projektas yra nutraukiamas.

⁴³ DELMON, J. *Project Finance: BOT Projects and Risk*. Kluwer Law International, 2005.

⁴⁴ Ibid., p. 168-169.

- **Valdymo rizika.** Paprastai ši rizika tenka koncesininkui. Suteikiančioji institucija gali prisiimti riziką, kuri yra susijusi su jos atsakomybe, pavyzdžiui, kai projekto valdymas priklauso nuo esančios infrastruktūros ypatumų arba tam tikrų išteklių tiekimo galimybės. Pavyzdys galėtų būti vandens jėgainės valdymas: jėgainė neveiks, jeigu nebus užtikrintas tinkamas vandens tiekimas, taigi, jei suteikiančioji institucija yra atsakinga už vandens tiekimo funkciją, ji ir prisiima šiuo atveju riziką. Taip pat rizika gali būti priskirta suteikiančiajai institucijai ir tada, kai valdymui užtikrinti reikalingas gabenimas nacionaliniais keliais, tiltais, tuneliais, traukiniais, elektros, vandens, dujų tiekimas, licencijų, sutikimų suteikimas ir pan.
- **Leidimai ir licencijos.** Koncesijos darbams vykdyti paprastai reikia įvairių leidimų, sutikimų, licencijų, už kurių išdavimą atsakinga gali būti suteikiančioji institucija.

Viena iš rizikos paskirstymo schemų galėtų būti ir tokia⁴⁵:



Paminėtinos **statybos, tinkamumo ir paklausos rizikos**. Šias tris „bendrujų rizikų“ kategorijas yra atrinkusi Europos Bendrijų Statistikos tarnyba (Eurostat) 2004 metų vasarį išleistame nutarime „Dėl sutarčių, kurias partnerystės su nevyriausybiniais dariniais rėmuose vykdyti išpareigojo valstybiniai dariniai, traktavimo valstybės turto apskaitos tikslais“⁴⁶. Šiame nutarime teigiama, kad VPSP būdu sukuriamas turtas turėtų būti klasifikuojamas kaip ne valstybei priklausantis turtas ir todėl neapskaitomas valstybės balanse, jeigu tenkinamos abi šios sąlygos:

⁴⁵ 11th Wiener Juristengespräche. Symposium: Current Issues of PPP projects, 2006 (konferencijos medžiaga).

⁴⁶ Long term Contracts Between Government Units and Non-government partners (Public-private Partnerships). Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2004.

- 1) privatusis partneris prisiima **statybos riziką** (apima tokius atvejus kaip tiekimo vėlavimas, specifinių standartų nepaisymas, papildomi kaštai, technikos trūkumas ir neigiamas išorinis poveikis) ir
- 2) bent jau **tinkamumo riziką** (kuomet partneris gali būti nepajėgus pristatyti pagal sutartį suderintų kiekių arba neatitikti sutartyje nustatytų saugumo ar viešo atestavimo standartų, susijusių su paslaugų teikimu galutiniams vartotojams, taip pat ir tuomet, kai partneris neatitinka reikalaujamų kokybės standartų, susijusių su paslaugos teikimu, kaip nurodyta sutartyje, bei kyla iš akivaizdaus partnerio „tinkamo sutarties vykdymo“ trūkumo) arba **paklausos riziką** (apima paklausos kintamumą (didesnį arba mažesnį nei tikėtasi pasirašant sutartį), nepriklausomai nuo privataus partnerio veiksmų (valdymo organizavimo)).

Nutarime pažymima, kad jeigu statybos riziką prisiima valstybė arba jeigu privatus partneris prisiima tik statybos riziką ir jokios kitos rizikos, turtas klasifikuojamas kaip valstybinis. Tai turi svarbių pasekmių valstybės finansams deficito ir skolos atžvilgiu: pradinės kapitalo išlaidos, susijusios su turtu, bus priskiriamos valstybinio turto formavimo savikainai, tai turės neigiamą poveikį valstybės deficitui/pertekliui. Atitinkamai valstybės skola padidės partnerio „priskaičiuotos paskolos“ dalimi, o tai yra „Mastrichto skolos“ dalis. Vis dėlto šis nutarimas yra tik rekomendacinio pobūdžio ir valstybės narės, ypač tos, kurios siekia atitikti „Mastrichto kriterijus“, susiduria su problemomis dėl VPSP apskaitos taisyklių⁴⁷.

Pažymėtina, kad koncesijos sutarties atveju rizikų paskirstymas turi ypatingą reikšmę. Didžiąją dalį pagal koncesijos sutartį vykdomos veiklos rizikos turi prisiimti koncesininkas (didžioji dalis veiklos rizikos yra perkeliama koncesininkui). Šiuo aspektu tai specialusis koncesijos požymis, pagal kurį koncesijos sutartis yra kvalifikuojama ir atskiriama nuo kitų panašių VPSP formų.

2.1.2. Specialieji požymiai: atlyginimo koncesininkui pobūdis ir rizikos perkėlimas koncesininkui

Specialieji požymiai yra pagrindiniai koncesijos sutarties požymiai, pagal kuriuos koncesijos sutartis atskiriama nuo kitų VPSP formų ir pagal kuriuos nusakoma koncesijos sutarties specifiška. Ypatingas atlyginimo koncesininkui pobūdis yra įtvirtintas viešųjų pirkimų direktyvose ir išaiškintas ETT praktikoje. Didžiosios veiklos rizikos dalies perkėlimas koncesininkui – Komisijos iš atlyginimo koncesininkui pobūdžio išvedamas

⁴⁷ PriceWaterhouseCoopers. Developing Public Private Partnerships in New Europe, 2004.

požymis. Taigi šie specialieji koncesijos požymiai glaudžiai susiję tarpusavyje, todėl tikslingiausia juos aptarti lygiagrečiai.

Pagal koncesijos (tiek viešųjų darbų, tiek viešųjų paslaugų) apibrėžimą Direktyvose 2004/18/EB ir 2004/17/EB, koncesija yra „tokios pačios rūšies sutartis“ kaip ir viešųjų pirkimų sutartis, išskyrus tai, kad atlygis už atliktus darbus yra „tik teisė eksploatuoti darbo rezultata“ („teisė eksploatuoti paslaugą“) arba „tokia teisė kartu su mokėjimu“.

„Darbo rezultato eksploatavimas“ ar „paslaugų eksploatavimas“ (angl. - *exploitation of works, exploitation of services*) reiškia, kad sutarties šalis, atliekanti darbus, vietoj tiesioginio suteikiančiosios institucijos mokėjimo už darbus gauna pajamas iš darbo rezultato/paslaugų naudotojų (trečiųjų šalių). Leidžiamas ir mišrus variantas - „tokia teisė kartu su mokėjimu“ (dalį atlyginimo už atliktus darbus/suteiktas paslaugas koncesininkas gali gauti kaip tiesioginį suteikiančiosios institucijos mokėjimą).

Ši koncesijos sutarties požymį yra išskyręs ir ETT 1998 m. lapkričio 10 d. *Arnhem* byloje⁴⁸. ETT teigė, kad tuo atveju, kai sumokėtas atlyginimas susideda tikrai iš kainos ir neapima teisės gauti pajamas iš teikiamų paslaugų, viešosios koncesijos nebus. Plačiau viešųjų paslaugų koncesijos požymių ETT nepaiškino. Tačiau generalinis advokatas La Pergola savo nuomonėje šioje byloje⁴⁹ be to, kad koncesininkui suteikiamos teisės eksploatuoti paslaugas, o ne gaunamas ar didžiąja dalimi gaunamas mokėjimas, būtinu koncesijos elementu laikė didžiosios paslaugų teikimo ekonominės rizikos dalies perdavimą koncesininkui.

2000 m. gruodžio 7 d. *Telaustria* byloje⁵⁰ ETT nagrinėjo klausimą dėl viešųjų pirkimų direktyvų taikymo viešųjų paslaugų koncesijoms, tačiau, deja, taip pat aiškiai neatsakė į paslaugų koncesijos apibrėžimo klausimus ir nepateikė kriterijų, atskiriančių paslaugų koncesijos sutartis nuo įprastinės viešųjų paslaugų pirkimo sutarties. ETT laikė, kad viešųjų paslaugų koncesija yra atskiriama pagal faktą, kad koncesininkui atlyginama suteikiant teisę gauti pajamas už suteiktas paslaugas. Jokių kitų kriterijų Teismas nepaminėjo. Generalinis Advokatas Fennelly savo nuomonėje šioje byloje⁵¹ išskyrė tris svarbius kriterijus, reikšmingus apibrėžiant paslaugų koncesiją:

⁴⁸ ETT 1998 m. lapkričio 11 d. sprendimas byloje C-360/96, *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV* (1993), ECR I-06821.

⁴⁹ 1998 m. lapkričio 11 d. Generalinio advokato La Pergola nuomonė ETT byloje C-360/96, *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV* (1993), ECR I-06821.

⁵⁰ 2000 m. gruodžio 7 d. ETT sprendimas byloje C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v Telekom Austria AG and Harold Business Data AG* (2000), ECR I-10475.

⁵¹ 2000 m. gegužės 18 d. Generalinio advokato Fenelly nuomonė ETT byloje C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v Telekom Austria AG and Harold Business Data AG* (2000), ECR I-10475.

- 1) rizikos perkėlimo koncesininkui;
- 2) viešojo intereso (pagal paslaugų pobūdį ir reikšmingumą už jų teikimą yra atsakinga viešoji valdžia);
- 3) paslaugų gavėjas yra tretieji asmenys, o ne suteikiančioji institucija kaip subjektas (atlyginimą koncesininkas gauna kaip šių asmenų mokėjimus už suteiktas paslaugas).

Analizuodama viešųjų pirkimų direktyvose pateiktas viešųjų darbų koncesijos ir viešųjų paslaugų koncesijos sąvokas, Komisija taip pat pabrėžia, kad pagrindinis skiriamasis koncesijos požymis yra teisė eksploatuoti darbo rezultata/paslaugą ir tai, jog koncesininkas patiria didžiąją veiklos rizikos dalį⁵². Veiklos rizikos perkėlimą koncesininkui, kaip būtiną koncesijos sutarties elementą, Komisija išveda iš viešųjų pirkimų direktyvose nurodyto „darbo rezultato eksploatavimo“ ar „paslaugų eksploatavimo“. Šie du požymiai yra tarpusavyje susiję ir pagal juos koncesijos sutartis yra atskiriama nuo viešojo pirkimo sutarties. Pastebėtina, kad Komisijos išvestas rizikos perkėlimo požymis jau atsispindi vėlesnėje ETT praktikoje, pavyzdžiui, 2005 m. spalio 13 d. *Parking Brixen* byloje⁵³ ETT paaiškina, kad atlyginimo paslaugų teikėjui metodas, kai gaunamos sumos iš trečiųjų asmenų, reiškia, kad paslaugų teikėjas prisiima valdymo riziką, o tai būdinga paslaugų koncesijai.

Komisijos manymu, faktas, jog direktyva leidžia papildomai tiesioginį mokėjimą, situacijos nekeičia⁵⁴, kadangi teisė eksploatuoti darbo rezultata/paslaugą Komisija sieja su veiklos rizikos perkėlimu koncesininkui. Koncesijos apibrėžimas apima galimybę mokėti koncesininkui tiesiogiai, jei tai neeliminuoja koncesininko patiriamos didžiosios rizikos dalies. Komisija pastebi, kad praktikoje, kai kuriais atvejais, suteikiančioji institucija pasidalina patiriama ekonomine rizika su koncesininku, pavyzdžiui, gali prisiimti dalį eksploatavimo kainos, kad vartotojams būtų žemesnės kainos. Tačiau toks pasidalijimas nepakeičia sutarties esmės.

Koncesijos sutarties suteikiama galimybė perkelti projekto riziką ar didžiąją jos dalį koncesininkui laikoma vienu iš argumentų, kodėl viešasis sektorius turėtų pasirinkti koncesijos modelį vietoj tradicinių viešųjų pirkimų būdų. Rizikos perkėlimas ne tik lemia teisinę koncesijos sutarties kvalifikaciją, bet kartu yra ir jautriausia projekto grandis: rizikų numatymas ir teisingas paskirstymas yra vienas sudėtingiausių praktinių klausimų sudarant koncesijos sutartis.

⁵² Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law on Public Contracts, OJ, 2000 C 094, p. 4-13.

⁵³ ETT 2005 m. spalio 13 d. sprendimas byloje C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerk Brixen AG* (2005), ECR I-08612.

⁵⁴ Ibid.

2.2. Koncesijos ir viešųjų pirkimų sutarčių santykis

Apibendrinant tai, kas jau buvo išnagrinėta aukščiau, galima daryti išvadą, kad aptartuose ES teisės aktuose bei ETT praktikoje koncesijos ir viešųjų pirkimų sutartys – dvi išimtinai sutartinės VPSP formos, ypač artimos sutarties dalyku bei panašios procedūriniais dalykais (privataus partnerio atranka konkurso tvarka, derybos ir kt.). Yra renkamosi, atsižvelgiant į konkrečius poreikius, įvertinant objektyvias galimybes bei gaunamus pasiūlymus, viena iš dviejų konceptualių VPSP projekto įgyvendinimo galimybių: koncesijos sutartis ar viešojo pirkimo sutartis.

Žinoma, pirmiausia iš esmės sutampa bendrieji VPSP požymiai: sutartį sudaro viešasis ir privatusis partneriai dėl viešosios infrastruktūros vystymo ar viešųjų paslaugų teikimo ir yra paskirstomos rizikos.

Ir sudarant viešojo pirkimo, ir koncesijos sutartį, viešasis partneris išlaiko *viešosios funkcijos įgyvendinimo kontrolę* (tikrai viešųjų pirkimų atveju ją finansuoja visiškai, o koncesijos – visai ar iš dalies finansuoja privatusis partneris) bei *strateginės nuosavybės teisę*.

Viešųjų pirkimų direktyvose pateikiamuose apibrėžimuose viešųjų darbų ar viešųjų paslaugų koncesija yra „*tokios pačios rūšies sutartis*“ kaip, atitinkamai, viešųjų darbų pirkimo ar viešųjų paslaugų pirkimo sutartis. Taigi koncesininko atliekama veikla iš esmės tokia pati kaip ūkinio subjekto veikla pagal viešųjų pirkimų sutartį: viešųjų pirkimų bei koncesijų *dalykas iš esmės sutampa*. Viešųjų darbų koncesijos ir viešųjų darbų pirkimo sutarčių dalykas sutampa visiškai: tai Direktyvos 2004/18/EB I Priede nurodytos veiklos.

Rizikos paskirstymas taip pat būdingas šioms VPSP formoms, tačiau paskirstoma iš esmės skirtingai – tai kartu požymis, atskiriantis viešojo pirkimo sutartį nuo koncesijos sutarties. Koncesijos atveju viešosios funkcijos įgyvendinimas yra perleidžiamas koncesininkui, kartu visiškai ar iš dalies *perkeliant jam veiklos riziką*. Sudarant viešųjų pirkimų sutartį, viešasis partneris (perkančioji organizacija) lieka atsakingas už tam tikrą viešąją funkciją, tik jos *įgyvendinimas* perduodamas privačiajam partneriui – rizika tenka perkančiajai organizacijai.

Antras esminis požymis, atskiriantis viešojo pirkimo sutartį nuo koncesijos sutarties, - *atlyginimo koncesininkui būdas (šaltinis)*. Koncesininko atlygis už suteiktas paslaugas yra tik *teisė eksploatuoti* atliktus darbus ir/ar teikiamas paslaugas (t. y. vietoj tiesioginio suteikiančiosios institucijos mokėjimo už darbus gaunamos pajamos iš darbo rezultato ar paslaugų naudotojų - trečiųjų šalių), arba tokia teisė kartu su mokėjimu. Pagal

viešųjų pirkimų sutartis, privačiajam partneriui viešasis partneris atlygina *tikrai tiesioginiu mokėjimu*.

Aptariamų VPSP formų atskyrimas turi esminę reikšmę: nuo sutarties kvalifikavimo priklauso, kokios Europos Sąjungos teisės normos yra taikytinos: viešųjų pirkimų direktyvos (viešųjų pirkimų sutarčių ir viešųjų darbų koncesijų atveju) ar EB Sutarties bendrieji principai. Detalios tradicinių viešųjų pirkimų taisyklės reglamentuojamos antrinių ES teisės aktų - viešųjų pirkimų direktyvų, o koncesijos sutartims vieningo privalomo teisės akto ES lygiu nėra (išskyrus viešųjų darbų koncesijas, kurioms taikoma Direktyva 2004/18/EB) ir šiuo metu egzistuoja akivaizdus koncesijų teisinio aiškumo nepakankamumas. Dėl šios priežasties, ypač valstybėse narėse, kurios neturi patirties VPSP srityje ir koncesijų sutartis reguliuoja nacionaliniais teisės aktais, dažnai kyla klausimų dėl VPSP būdu sudaromos sutarties kvalifikavimo. Esminis viešųjų pirkimų procedūros pranašumas koncesijos atžvilgiu, matyt, yra Europos masto teisinis viešųjų pirkimų apibrėžtumumas. Teisinis apibrėžtumumas visada reiškia investicijų saugumą ir kartu teigiamą poveikį konkurencijai, o dabartinis koncesijų reglamentavimas, ypač paslaugų koncesijų, dažnai sukuria įspūdį, kad koncesijos sutartis yra būdas „apeiti“ griežtas viešųjų pirkimų procedūras.

2.3. Koncesijos sutarties reglamentavimas Europos Sąjungos teisės aktuose ir aiškinimas ETT praktikoje

Vien tik tai, kad koncesija yra sutartis, nepaaiškina jos prigimties ir funkcijų. Kai kurie kontinentinės Europos autoriai kalba apie „koncesijos sutartinių ypatumų laisvumą“ – tai reiškia, kad koncesija yra laisvos valios išraiškos ir viešosios valdžios funkcijų vykdymo mišinys. Prancūzijos teisės doktrinoje beveik vienareikšmiškai tvirtinama, kad koncesija yra viešojo administravimo modelis, būdas viešosios valdžios institucijoms tiekti prekes, teikti paslaugas gyventojams. Kitais žodžiais tariant, koncesininkas ne tik vykdo sutartį, bet ir yra įtrauktas į viešosios valdžios kompetenciją ir vykdo funkcijas, kurios yra reguliuojamos ne sutartimi, bet įstatymu. Koncesija reiškia išimtinumą, monopolistinę situaciją nustatytam laikotarpiui. Koncesininkas vartotojams yra viešoji valdžia⁵⁵.

Taigi koncesijos sutartis yra ypatingo pobūdžio, sukurianti ne tik jos šalių tarpusavio teises ir pareigas, bet ir paliečianti trečiųjų asmenų (vartotojų) interesus, o

⁵⁵ OJEDA, A. R. *The Concession of Public Works: Options for the Financing and Management of Public Infrastructures*. In *Public Procurement Law Review* [interaktyvus], 1994, 1, p. 47-59 [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.

koncesininko veiksmai vartotojų yra vertinami kaip viešosios valdžios veiksmai. Siekiant apsaugoti viešuosius interesus, taip pat sudaryti tinkamas teises sąlygas koncesijos modelio pritaikymui viešosios infrastruktūros bei viešųjų paslaugų sektoriuje, būtinas aiškus koncesijų teisinis reguliavimas. Šiuo metu atskiroms koncesijos rūšims taikomos skirtingos taisyklės: Direktyva 2004/18/EB viešųjų darbų koncesijai, bendrieji EB Sutarties principai - kitoms koncesijų rūšims.

2.3.1. Viešųjų pirkimų direktyvų taikymas

Direktyva 2004/18/EB yra taikoma visoms perkančiųjų organizacijų sudarytoms viešųjų darbų koncesijoms, kurių vertė lygi arba didesnė nei 5 278 000 eurų⁵⁶ – tam skirta III direktyvos dalis „Viešųjų darbų koncesijoms taikomos taisyklės“. Šios direktyvos 17 straipsnyje pažymėta, kad direktyva nėra taikoma viešųjų paslaugų koncesijoms. Direktyvos 2004/17/EB 18 straipsnis nustato, kad ši direktyva netaikoma nei darbų, nei paslaugų koncesijoms, kurias suteikia perkančiosios institucijos vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose.

Taigi koncesijų atžvilgiu yra taikoma tik Direktyva 2004/18/EB ir tik viešųjų darbų koncesijoms, kai jų vertė lygi arba viršija nustatytą sumą (5 278 000 eurų). Jei koncesijos sutartis neatitinka viešųjų darbų koncesijos sąvokos pagal Direktyvą 2004/18/EB arba sutarties vertė nesiekia nurodytos būtiniosios sumos, arba koncesija suteikta vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, viešųjų pirkimų direktyva 2004/18/EB nebus taikoma.

Ar Direktyva 92/50/EEB, koordinuojanti viešųjų paslaugų pirkimų procedūras⁵⁷ (dabar ją pakeitė Direktyva 2004/18/EB), taikoma paslaugų koncesijoms, buvo prašoma ETT paaiškinti *Telaustria* byloje⁵⁸.

Telekom Austria (priklausanti valstybei) sudarė sutartį su privačia bendrove dėl telefonų knygos išleidimo. Šiai bendrovei nebuvo mokamas atlyginimas, bet ji turėjo teisę gauti pajamų iš telefonų knygos platinimo. Į klausimą, ar paslaugų koncesijoms *a priori* netaikomos direktyvos 92/50/EEB ir 93/38/EEB⁵⁹ (dėl subjektų, veikiančių vandens, energijos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, pirkimų procedūrų, ją pakeitė Direktyva 2004/17/EB), ETT atsakė teigiamai ir pagrindė savo poziciją direktyvų

⁵⁶ Commission Regulation No 2083/2005 of 19 December 2005 amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts, OJ, 2005 L 333, p. 28-29.

⁵⁷ OJ, 1992 L 209, p. 25-45.

⁵⁸ ETT 2000 m. gruodžio 7 d. sprendimas byloje C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v Telekom Austria AG and Harold Business Data AG* (2000), ECR I-10475.

⁵⁹ OJ, 1993 L 199, p. 84-138.

92/50/EEB, 93/38/EEB ir 93/37/EEB leidybos istorija. Pirmame Komisijos pateiktame pasiūlyme į paslaugų direktyvos 92/50/EEB taikymo sritį pateko ir paslaugų koncesijos. Tačiau vėliau Komisija argumentavo, kad tokioms koncesijoms valstybėse narėse taikomas skirtingas teisinis reguliavimas ir gali susidaryti labai didelis disbalansas „atveriant“ galimybę suteikti viešųjų paslaugų koncesijas, todėl direktyvoje 92/50/EEB nebeliko nuostatų dėl jos taikymo paslaugų koncesijoms.

Remdamasis tuo, kad tokiu pačiu pagrindu Komisija neįtraukė paslaugų koncesijų ir į Direktyvą 93/38, ETT toje pačioje byloje sprendė klausimą, ar paslaugų koncesijoms yra taikomos kitos viešųjų pirkimų direktyvos. Teismas paaiškino, kad Direktyva 93/38 buvo priimta tą pačią dieną kaip ir Direktyva 93/37/EEB, kurioje yra aiškiai nurodyta, kad ši direktyva taikoma darbų koncesijoms. Tai, kad Direktyvoje 93/38/EEB nėra jokių nuostatų dėl jos taikymo paslaugų koncesijoms, suponuoja išvadą, kad ši direktyva netaikoma paslaugų koncesijoms, kitaip tai būtų aiškiai išreikšta.

Taigi *Telaustria* byloje teismas laikė, kad paslaugų koncesijos nepatenka į Europos Sąjungos viešųjų pirkimų direktyvų taikymo sritį. Tačiau ETT pažymėjo, kad nepaisant to, jog paslaugų koncesijų nereguliuoja minėtos direktyvos, susitariantys subjektai yra saistomi EB Sutarties fundamentalių principų, ypač nediskriminavimo nacionaliniu pagrindu ir skaidrumo principų.

Toks nevienodas reglamentavimas ir viešųjų paslaugų koncesijų atskyrimas yra sulaukęs įvairių vertinimų⁶⁰. Paslaugų koncesijos vaidina vis didesnę vaidmenį sudarant viešųjų paslaugų sutartis tarp viešojo ir privataus sektoriaus, ypač VPSP, susijusios su infrastruktūros vystymu, srityje. Todėl klausimas, ar paslaugų koncesijos gali būti suteiktos nesilaikant griežtų viešųjų pirkimų procedūrų, yra svarstytinas.

2.3.2. EB Sutarties principų taikymas

Aiškinamajame komunikate Komisija pakartoja ETT nuomonę, kad faktas, jog paslaugų koncesijoms ir kitoms panašioms VPSP formoms nėra taikomos viešųjų sutarčių direktyvos, nereiškia, kad netaikomi EB Sutarties principai.

EB Sutartyje nėra specialių nuostatų, liečiančių viešojo pirkimo sutartis, koncesijas ar kitas panašias VPSP formas, tačiau, atsižvelgiant į tai, kad pagal tokias sutartis yra vykdoma ekonominė veikla, kai kurios nuostatos yra taikytinos. Tai taisyklės, susijusios

⁶⁰ HAUSMANN, F. L. *Public Private Partnerships and the Award of Concessions*. In *Public Procurement Law Review* [interaktyvus], 1999, 6, p. 267-278 [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.

su tinkama veikla Bendrojoje rinkoje: EB Sutarties 43 ir 49 straipsniai. 43 straipsnyje uždraudžiami vienos valstybės narės nacionalinių subjektų įsisteigimo laisvės kitos valstybės narės teritorijoje apribojimai, o 49 straipsnyje – laisvės teikti paslaugas Bendrijoje apribojimai. ETT nuomone, minėtos EB Sutarties nuostatos apima vienodo požiūrio, skaidrumo, proporcingumo ir abipusio pripažinimo principus, kuriuos ETT vadina bendraisias Bendrijos principais. Tačiau toks ETT požiūris yra kritikuojamas kai kurių teisės mokslininkų. Jų nuomone, pirmiausia yra neįmanoma išvesti pozityvių įpareigojimų iš šių principų, pavyzdžiui, įpareigoti valstybių narių suteikiančias institucijas koncesijos sutartis skelbti viešai. Antra, teigiama, kad ETT įvardinti principai kyla ne iš EB Sutarties, bet iš viešųjų pirkimų direktyvų⁶¹. Europos Komisija Aiškinamajame komunikate visiškai palaiko ETT poziciją⁶² ir apibendrina ETT praktiką šiais klausimais.

2.3.2.1. Vienodo požiūrio principas

Vienodo požiūrio principas (angl. - *equality of treatment*) - fundamentalus Bendrijos principas, apimantis diskriminacijos pilietybės pagrindu uždraudimą ir reiškiantis, kad pateikiantieji pasiūlymą iš anksto žino taisykles ir jas visiems taiko vienodai. Šis principas reikalauja, kad vienodos situacijos nebūtų vertinamos skirtingai, nebent tai būtų daroma dėl objektyvių priežasčių.

*Storebaelt*⁶³ ir *Wallon Buses*⁶⁴ bylose ETT aiškino vienodo požiūrio principo taikymą viešosioms sutartims ir pabrėžė, kad, iš vienos pusės, šis principas reikalauja, jog visiems būtų garantuojamas objektyvus pasiūlymų palyginimas, ir, iš kitos pusės, kad šis principas pažeidžiamas, kai procedūros yra neskaidrios (suteikiančioji institucija išskiria vieną subjektą ir dėl to šis įgyja pranašumą kitų atžvilgiu).

Vienodo požiūrio principo taikymas koncesijoms ir kitoms VPSP formoms (įmanoma tuo atveju, kai suteikiančioji institucija renkasi iš kelių kandidatų) reiškia, kad suteikiančioji institucija yra laisva pasirinkti suteikimo procedūrą ir nustatyti reikalavimus, kuriuos kandidatai turi atitikti įvairiais konkurso etapais. Tačiau procedūra

⁶¹ KRUGNER, M. *The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions*. In *Public Procurement Law Review* [interaktyvus], 2003, 5, p. 181-207 [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.

⁶² WILLIAMS, R. *The European Commission's Interpretative Communication on Concessions under Community Law*. In *Public Procurement Law Review* [interaktyvus], 2000, 5, (NA105-110) [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.

⁶³ ETT 1993 m. liepos 22 d. sprendimas byloje C-243/89, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Denmark (Storebaelt)*, ECR I-3353.

⁶⁴ ETT 1996 m. balandžio 25 d. sprendimas byloje C-87/94, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium (Walloon Buses)* (1996), ECR I-2043.

turi būti nustatoma objektyviai ir skaidriai bei atitikti nustatytas taisykles ir reikalavimus. Kai tokių taisyklių nėra, pagal šį principą reikalaujama bet kuriuo atveju objektyviai pasirinkti kandidatus.

Prieštaravimu Vienodo požiūrio principui būtų laikomi tokie atvejai, kai numatyta galimybė sudaryti viešąsias sutartis tikrai valstybės arba tikrai privataus sektoriaus įmonėms arba įmonėms, kuriose valstybė arba privatus sektorius turi daugumą, taip pat praktika priimti reikalavimų neatitinkančius pasiūlymus arba papildyti, arba keisti juos po atplėšimo.

Kai kuriais atvejais suteikiančiosios institucijos negali tiksliai suformuluoti reikalavimų, nes yra siekiama įvairių sprendimų bendrai apibūdintai problemai spręsti. Tokiais atvejais, norint užtikrinti sąžiningą ir efektyvią konkurenciją, sąlygos visada turi būti nediskriminacinės ir objektyvios. Kiekvienas, pateikiantis pasiūlymą, iš anksto turi žinoti, kad yra galimybė pateikti įvairių techninių sprendimų⁶⁵.

2.3.2.2. Skaidrumo principas

Skaidrumo principą (angl. - *transparency*), kaip vieną bendrųjų Bendrijos principų, ETT yra išskyręs *Unitron Scandinavia* byloje⁶⁶. Šis principas stipriai susijęs su nediskriminavimo reikalavimu. Aiškinamajame komunikate Komisija pažymi, kad faktiškai visose valstybėse narėse taisyklės ir praktika, susijusi su koncesijomis ir kitomis panašiomis VPSP formomis, reikalauja, kad organai, norintys patikėti ekonominės veiklos valdymą trečiajai šaliai bei norėdami užtikrinti skaidrumo minimumą, privalo paskelbti apie tokį ketinimą viešai, laikantis atitinkamų taisyklių. Metodų pasirinkimas yra paliekamas suteikiančiajai institucijai. Tai gali būti daroma, pavyzdžiui, paskelbiant pranešimą apie konkursą ar išankstinę informaciją periodinėje spaudoje ar specializuotuose leidiniuose, arba išsiunčiant atitinkamus pranešimus paštu. Tokie pranešimai turi apimti informaciją, reikalingą potencialiems konkurso dalyviams nuspręsti, ar jie norėtų dalyvauti (pavyzdžiui, nustatant suteikimo ir pasirinkimo kriterijus), koncesijos objektą, paslaugų, kurių tikimasi iš koncesininko ar partnerio, esmę ir apimtį.

2.3.2.3. Proporciningumo principas

⁶⁵ Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law on Public Contracts, OJ, 2000 C 094, p. 4-13.

⁶⁶ ETT 1999 m. lapkričio 18 d. sprendimas byloje C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab v Ministeriet for Fodevarer Landbrug og Fiskeri* (1999), ECR I-08291.

Proporcingumo principas (angl. - *proportionality*) reikalauja, kad bet kurios pasirinktos priemonės būtų būtinos ir tinkamos atsižvelgiant į objektyvius siekius. Valstybė narė turi pasirinkti tokias priemones, kurios mažiausiai trukdytų siekti atitinkamos ekonominės veiklos⁶⁷. Koncesijų ir kitų VPSP formų atveju šis principas leidžia apibrėžti siekiamą tikslą, ypač vykdymo sąlygas bei technines specifikacijas, tačiau bet kokia priemonė turi būti būtina ir tinkama tam tikslui pasiekti. Taigi, pavyzdžiui, rinkdamasi kandidatus, valstybė narė negali nustatyti techninių, profesinių ar finansinių sąlygų, kurios yra perteklinės ir neproporcingos⁶⁸.

2.3.2.4. Abipusio pripažinimo principas

Abipusio pripažinimo principas (angl. - *mutual recognition*) išvystytas ETT sprendimuose dėl laisvo prekių, asmenų ir paslaugų judėjimo⁶⁹. Abipusio pripažinimo principo taikymas koncesijoms ir kitoms panašioms VPSP formoms reiškia, kad valstybė narė privalo pripažinti technines specifikacijas, kvalifikacijas, diplomus, sertifikatus, reikalaujamus kitoje valstybėje narėje, jei jie ekvivalentiškai reikalaujamiems valstybėje narėje, kurioje paslaugos yra teikiamos.

ETT bei Komisijos išaiškinimai dėl aptartųjų principų taikymo paslaugų koncesijoms sukėlė nemažai debatų, šis klausimas ypač daug pastabų sulaukė po Žaliosios knygos išleidimo. 2005 m. Komunikate⁷⁰, kuriame pateikiamos politikos kryptys ir apibendrinimai po konsultacijų dėl Žaliosios knygos, konstatuota, kad pranešti nesusipratimai, susiję su valdžios institucijų, kurios suteikia koncesijas, išipareigojimų taikymo sritimi ir turiniu, patvirtina suinteresuotųjų šalių nuomonę, jog bendrieji EB Sutarties principai, nors ir išaiškinti Aiškinamajame komunikate, nesuteikia pakankamo teisinio aiškumo. Manoma, kad šiais principais valdžios institucijoms suteikiama per daug laisvės ir dėl to negalima užtikrinti, kad visoje Europos Sąjungoje visoms įmonėms būtų taikomos vienodos sąlygos. Komisijai buvo pranešta, kad tai sukėlė didelių sunkumų konkurso dalyviams perduoti bylą dėl koncesijų suteikimo nacionalinių teismų peržiūrai.

Iš tiesų, remiantis teisės praktika ir konsultacijų dėl Žaliosios knygos duomenimis, aišku, kad nepaisant ETT pateikto paaiškinimo *Telaustria* byloje, EB Sutarties

⁶⁷ ETT 1984 m. gegužės 17 d. sprendimas byloje 15/83, *Denkavit Nederland BV v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij and Voedselvoorzienings- en verkoopbureau* (1984), ECR I-00169.

⁶⁸ Op. cit. 65.

⁶⁹ Pavyzdžiui, ETT 1991 m. liepos 25 d. sprendimas byloje C-76/90, *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd.* (1991), ECR I-04221, ETT 1991 m. gegužės 7 d. sprendimas C-340/89, *Irène Vlassopoulou v Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg* (1991), ECR I-02357.

⁷⁰ COM (2005) 569 final.

reikalavimai suprantami įvairiai, todėl, saugant konkurse koncesijų projektuose dalyvaujančių asmenų teises daugelyje valstybių narių, yra būtinas aiškus visų koncesijos formų reglamentavimas Europos Sąjungos lygiu.

2.3.3. Darbų ar paslaugų koncesija? Mišriosios koncesijos

Kadangi, kaip jau buvo minėta, Direktyvoje 2004/18/EB nustatytos taisyklės yra taikomos viešųjų darbų koncesijoms, bet ne viešųjų paslaugų koncesijoms, teisinio reguliavimo atžvilgiu yra labai svarbu atskirti viešųjų darbų koncesijas nuo viešųjų paslaugų koncesijų. Tačiau praktikoje labai dažnai sukuriamos mišrios koncesijos formos: atliekami ne tik darbai, bet ir teikiamos su jais susijusias paslaugas, pavyzdžiui, pagal sutartį koncesininkas įsipareigoja įrengti vandens nuotekų sistemą ir taip pat jam suteikiama teisė teikti tos sistemos valymo bei priežiūros paslaugas. Kyla klausimas: ar tokiai koncesijai bus taikomos viešųjų pirkimų taisyklės, kaip būtų viešųjų darbų koncesijos atveju, ar vis dėlto viešųjų pirkimų direktyvos tokių sutarčių nereguliuoja, nes sutartis būtų laikoma viešųjų paslaugų koncesija, kuriai netaikoma nei viešųjų pirkimų, nei kuri nors kita direktyva?

Aiškinamajame komunikate Komisija priėjo išvadą: kadangi Direktyva 93/37/EEB (dabar Direktyva 2004/18/EB) nustato specialią procedūrų sistemą, taikomą suteikiant viešųjų darbų koncesijas, tai viešųjų darbų atlikimo faktas nulemia koncesijos rūšį, ypač tais atvejais, kai sudaroma mišri sutartis, apimanti ir paslaugų elementą. Viešųjų darbų koncesininkas dažnai teikia paslaugas pabaigto statinio naudotojui – tai įprasta praktika. Jei pagal sutartį yra statomas statinys arba atliekami darbai ir rezultato kontrolė išlieka suteikiančiosios institucijos rankose, taikoma viešųjų pirkimų direktyva, netgi jeigu teikiamos ir paslaugos.

Jeigu pagal koncesijos sutartį nėra atliekami jokie darbai arba suteikiama tik teisė valdyti jau egzistuojantį statinį, sutartis yra paslaugų koncesija. Komisija aiškina, kad paslaugų koncesija gali būti sudaroma atskirai papildomoms paslaugoms teikti, pavyzdžiui, kelių remonto paslaugos teikiamos pagal atskirą paslaugų koncesiją, o statybos darbai ir valdymas – pagal darbų koncesiją.

Vertinant šią Aiškinamajame komunikate išreikštą Komisijos nuomonę, galima manyti, kad kiekviena koncesija, kuri apima viešuosius darbus, bus pripažįstama viešųjų darbų koncesija, nevertinant proporcijos tarp atliekamų darbų ir teikiamų paslaugų. Taigi Komisijos požiūris Aiškinamajame komunikate yra grynai formalus. Užtenka vien tik faktas, kad koncesijos sutartis apima viešuosius darbus, kad būtų laikoma viešųjų darbų koncesija ir taikomos direktyvoje nustatytos procedūros.

Vis dėlto lieka klausimas, ar toks požiūris yra suderinamas su ETT praktika. ETT *Gestion Hotelera*⁷¹ byloje nustatė, kad mišri paslaugų/darbų sutartis turi būti kvalifikuojama kaip paslaugų sutartis, kai darbai yra „nežymūs“ (angl. - *incidental*) palyginti su teikiamomis paslaugomis. Sprendimas paliko atvirą klausimą, kaip šis testas taikomas. Panašu, kad *Gestion Hotelera* byloje ETT taikė „pagrindinio objekto testą“, kuris reiškia, kad kai darbai yra pagrindinis sutarties objektas, sutartis greičiausiai bus laikoma darbų koncesija. Jei atliekami darbai mažos reikšmės ir paslaugos yra pagrindinis objektas, būtų taikomos paslaugas reguliuojančios nuostatos⁷².

Teisinėje literatūroje siūloma taikyti „pagrindinio objekto testą“ (angl. - *main object test*) kartu su „pagrindinės vertės testu“ (angl. - *main value test*)⁷³. Kai kuriais atvejais gali būti nesvarbu, kad koncesininkas atlieka darbus, kurie nėra „nežymūs“, pavyzdžiui, jei suteikiančioji institucija nusprendžia suteikti koncesiją tam tikros infrastruktūros statybai ir valdymui, valdymo vertė (bendroji apyvarta) daugeliu atveju viršys darbų vertę. Be to, jeigu suteikiančiosios institucijos pagrindinis tikslas yra viešosios pareigos valdyti infrastruktūrą perdavimas ir atitinkamo objekto statyba yra tik sąlyga valdymui, koncesija būtų laikoma paslaugų koncesija. Ir priešingai, jei koncesininkas yra įpareigojamas pastatyti statinį ir atgauna statybos kaštus, pavyzdžiui, išnuomodamas statinį valdytojui (operatoriui), koncesija bus laikoma paslaugų koncesija, patenkančia į direktyvos taikymo sritį, kadangi paslaugos nesudaro „pagrindinio objekto“⁷⁴.

Komisijos siūlymas mišriąsias koncesijas skirti į du atskirus elementus - taikyti viešųjų pirkimų direktyvą tik tai koncesijos sutarties daliai, kuri susijusi su darbais, daugeliu atveju būtų sunkiai įgyvendinamas. Praktikoje nebūtų paprasta darbų koncesiją ir paslaugų koncesiją, kurios sudaro vieningą projektą, suteikti atskirai. Be to, skelbiant du konkursus koncesininkui atrinkti, nėra garantijos, kad abu juos laimės tas pats koncesininkas.

Taigi turbūt reikėtų laikytis nuomonės, kad sprendžiant, koks reguliavimas yra taikomas mišriajai koncesijai, lemiamą reikšmę turėtų „pagrindinis objektas“. Vis dėlto praktikoje labai dažnai atskyrimo problemos, ar suteikiama koncesija yra darbų ar paslaugų, sprendimas gana sudėtingas, nes ne visada aišku, kuris mišriosios koncesijos elementas sudaro „žymią“ įsipareigojimų pagal sutartį dalį, o kuris elementas yra tik

⁷¹ ETT 1994 m. balandžio 19 d. sprendimas byloje C-331/92, *Gestion Hotelera Internacional SA v. Comunidad Autonoma de Canarias*, ECR I-1329.

⁷² HAUSMANN, F. L. *Public Private Partnerships and the Award of Concessions*. In *Public Procurement Law Review* [interaktyvus], 1999, 6, p. 267-278 [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.

⁷³ *Ibid.*, p. 277.

⁷⁴ *Ibid.*, p.277

„papildantis“. Galima manyti, kad, sprendžiant šį klausimą, reikėtų vertinti ne tik tai, kokią procentinę dalį įsipareigojimų pagal sutartį sudaro darbai ir kokią paslaugos, bet ir koks suteikiančiosios institucijos pagrindinis tikslas – infrastruktūros sukūrimas ar atitinkamų paslaugų teikimas.

2.3.4. Teisinio aiškumo ieškojimai. Žalioji knyga ir naujas Komisijos komunikatas

2004 m. balandžio 30 d. Komisija priėmė Žaliąją knygą dėl viešojo ir privataus sektoriaus partnerysčių ir Bendrijos teisės aktų, susijusių su viešosiomis sutartimis ir koncesijomis, turėdama tikslą nustatyti, ar esamą teisinį reguliavimą reikia aiškinti, pildyti ar gerinti Europos lygiu. Dėl Žaliosios knygos kilusios diskusijos buvo labai aktyvios. Komisija gavo apie beveik 200 atsakymų iš daugelio valstybių narių, labai skirtingų respondentų. Europos ekonomikos ir socialinių reikalų komitetas ir Regionų komitetas priėmė nuomones dėl Žaliosios knygos. 2005 m. gegužės mėn. buvo paskelbta ataskaita, kurioje nagrinėjami visi viešųjų konsultacijų metu pateikti atsakymai⁷⁵.

Reaguodama į dėl Žaliosios knygos kilusias diskusijas ir pareikštas pastabas, Komisija 2005 m. lapkričio 15 d. išleido Komunikatą dėl viešojo ir privačiojo sektoriaus partnerysčių ir Bendrijos teisės aktų, susijusių su viešuoju pirkimu ir koncesijomis (toliau – 2005 m. Komunikatas), kurio tikslas – „nustatyti politikos kryptis, siekiant užtikrinti veiksmingą VPSP konkurenciją be pernelyg didelių lankstumo, reikalingo inovaciniams ir dažnai sudėtingiems projektams rengti, apribojimų“. Kartu Komisija atsiriboja nuo galutinių sprendimų, kokia forma reikėtų „aiškinti, pildyti ar tobulinti“ teisinį reglamentavimą, kadangi konsultuojantis suteikta faktinė informacija ir gautos suinteresuotųjų šalių nuomonės „negali atstoti išsamaus tokios politikos poveikio vertinimo, taigi, norint galutinai nuspręsti dėl galimų teisės aktų iniciatyvų <...>, reikės atlikti poveikio vertinimą, kaip reikalaujama pagal „geresnio reglamentavimo“ principus“.

Komisija 2005 m. Komunikate pažymi, kad naujo reglamentavimo poreikiui įgyvendinti yra du būdai: 1) neprivaldomos gairės, visų pirma parengiant aiškinamąjį komunikatą; 2) teisės aktai, kuriuose būtų nurodyti pagal bendruosius EB Sutarties principus numatyti įsipareigojimai.

Vertindama suinteresuotųjų šalių pastabas, Komisija daro prielaidą, kad pirmasis variantas – aiškinamasis komunikatas – būtų nepakankama priemonė, ypač turint omenyje, kad dabartiniame Aiškinamajame Komunikate nepavyko pakankamai aiškiai

⁷⁵ SEK (2005) 629.

nurodyti EB Sutarties principų poveikio suteikiant koncesijas. Iš kai kurių suinteresuotųjų šalių atsakymų aišku, kad vis dar yra prielaidų valstybėse narėse, kad galiojanti EB teisė neįpareigoja suteikiant koncesijas vadovautis konkurencijos principu, t. y. visų pirma suteikti galimybę visoms įmonėms pareikšti savo susidomėjimą sudaryti koncesijos sutartis. Be to, aiškinamojo komunikato aiškumas yra ribotas, kadangi komunikate teisės aktas tik interpretuojamas.

Svarstydamą teisės aktų leidybos iniciatyvos galimybę, Komisija atkreipia dėmesį į tai, kad paslaugų koncesijos sutartys, pagal kurias paprastai vykdomi sudėtingi ir didelės vertės projektai, visai nenagrinėjami EB antrinės teisės aktuose. Komisija mini argumentus, kurie buvo pateikti konsultuojantis dėl Žaliosios knygos, svarstant, kodėl nėra nustatyta išsamios koncesijos sutarčių sudarymo ES lygiu. Argumentuose nurodomas lankstumas, greičiausiai reikalingas koncesijų sutartyse, ir subsidiarumo principas. Vis dėlto argumentai prieš privalomą Bendrijos iniciatyvą šioje srityje nėra įtikinami: priėmus bendrijos teisės aktus dėl koncesijų sutarčių sudarymo, nereiškia, kad, pasirinkdamos privačiojo sektoriaus partnerį viešojo ir privačiojo sektoriaus partnerystei, valstybinės valdžios institucijos prarastų lankstumą. Teisės aktų leidybos iniciatyvoje dėl koncesijos sutarčių sudarymo reikia atsižvelgti į galimą koncesijų sudėtingumą, taip pat perkančiųjų institucijų ir konkurso dalyvių poreikį derėtis. Atsižvelgiant į tai, sunku suprasti, kodėl nustačius koncesijos sutarčių sudarymo tvarkai taikytinas taisyklės, sudarant paslaugų koncesijos sutartis, būtų *per se* per daug ribojamas perkančiųjų institucijų lankstumas. Be to, tiksliai apibūdinant tokią iniciatyvą, reikėtų nustatyti, ar ji dera su subsidiarumo principu. Nėra priežasčių manyti, kad tokia iniciatyva *per se* neatitiktų šio principo.

Komisija daro išvadą, jog, išnagrinėjus dėl Žaliosios knygos gautus argumentus ir faktinę informaciją panašu, kad sprendžiant koncesijų klausimą pageidautina rinktis teisės aktų leidybos iniciatyvą. Tačiau Komisijai būtina atlikti išsamesnį tyrimą pagal “geresnio reglamentavimo” principus siekiant 1) nustatyti, ar Bendrijos iniciatyva koncesijos sutarčių sudarymo tvarkai reglamentuoti yra iš tiesų reikalinga; 2) jeigu taip, nustatyti tokios iniciatyvos formą; 3) geriau suprasti galimą jos poveikį. Galimoje Komisijos iniciatyvoje dėl koncesijų bendrus EB numatytus principus gali reikėti aiškiai apibrėžti Bendrijos teisės aktais dėl koncesijų sutarčių sudarymo tvarkos. Taip pat reikėtų aiškiai apibrėžti koncesijų ir viešųjų pirkimų sutarčių skirtumus. Todėl reikėtų tinkamai skelbti ketinimą suteikti koncesiją ir nustatyti taisyklės, reglamentuojančias koncesininkų pasirinkimą pagal objektyvius ir nediskriminuojančius kriterijus. Be to, tokia iniciatyva

būtų galima spręsti problemas, susijusias su ilgu koncesijos sutarčių galiojimu (pvz., poreikį pritaikyti jas laikui bėgant).

Tačiau 2005 m. Komunikate Komisija nesiima galutinai spręsti, koku būdu tobulinti teisinį reglamentavimą ir koks turėtų būti galimos iniciatyvos dėl bendrijos teisės aktų turinys. Komisija skelbia, kad 2006 m. Komisijos tarnybos atliks išsamų galimos teisės aktų leidybos iniciatyvos dėl koncesijų poveikio vertinimą.

Iš tiesų, remiantis Komisijos atliktų tyrimų duomenimis, teisinio koncesijų reglamentavimo poreikis šiuo metu Europos Sąjungoje yra akivaizdus. Teisinio reglamentavimo nepakankamumas Europos Sąjungos lygiu gali trukdyti įmonėms dalyvauti koncesijos sutarčių sudarymo konkursuose, mažinti konkurenciją VPSP srityje bei kelti pavojų jų sėkmei, todėl yra reikalingas visų koncesijos rūšių reglamentavimas Europos Sąjungos lygiu. Manytina, kad saugant koncesijų projektų dalyvių teises valstybės narėse, kokybinę pažangą būtų galima padaryti priimant atskirą direktyvą dėl koncesijų sutarčių. Direktyvoje numatytos priemonės būtų aiškesnės, veiksmingesnės ir tinkamesnės nei ETT nurodyti bendrieji EB sutarties principai. Konkretus antrinės Bendrijos teisės veiksmingumo pavyzdys – viešųjų darbų koncesijų reglamentavimas Direktyvoje 2004/18/EB, dėl kurio didesnių problemų valstybėse narėse nekyla.

3. KONCESIJOS SUTARTIES SAMPRATA LIETUVOS TEISĖJE

3.1. Koncesijų įstatymas

Lietuvoje atkūrus nepriklausomybę bei 1992 m. spalio 25 d. referendumu priėmus Lietuvos Respublikos Konstituciją (toliau – Konstitucija), kurioje skelbiama, kad Lietuvos ūkis grindžiamas privačios nuosavybės teise, asmens ūkine laisve ir iniciatyva⁷⁶, sparčiai kūrėsi rinkos ekonomika, vyko privatizacijos reformos. Greitai išryškėjo naujai susiformavusio privataus sektoriaus ir viešojo sektoriaus bendradarbiavimo reglamentavimo poreikis ir pradėtos svarstyti įvairios tarptautinėje praktikoje žinomos VPSP galimybės.

Koncesijų įstatymas pirmą kartą Lietuvoje priimtas 1996 m. rugsėjo 10 d.⁷⁷ Vis dėlto, nors sprendimas teisiškai reglamentuoti koncesijos sutartį priimant atskirą specialiai tam skirtą teisės aktą buvo pažangus, realiai šis Koncesijų įstatymas neveikė ir

⁷⁶ Lietuvos Respublikos Konstitucija (su pakeitimais ir papildymais), Valstybės žinios, 1992, Nr. 33-1014.

⁷⁷ Lietuvos Respublikos Koncesijų įstatymas, Valstybės žinios, 1996, Nr. I-1510.

jo galiojimo metu nebuvo pradėtas nė vienas koncesijos projektas. Įvardijamos įvairios įstatymo neveiksmingumo priežastys: netiksliai buvo apibrėžta koncesijos sutartis, privatus sektorius, susidurdamas su sudėtingomis daugiapakopėmis biurokratinėmis procedūromis, privalomomis tipinės koncesijos sutarties nuostatomis, draudimu derėtis dėl paskelbtų sąlygų atvirame konkurse (koncesija suteikiama tik atviro konkurso tvarka), buvo nesuinteresuotas dalyvauti tokiuose projektuose ir kt.⁷⁸

Siekiant pašalinti esamas kliūtis viešojo ir privataus sektoriaus bendradarbiavimui koncesijos sutarties forma bei pagerinti investicinę aplinką, padedant Europos rekonstrukcijos ir plėtros bankui (*European Bank for Reconstruction and Development*) (toliau – ERPB), 2003 m. birželio 24 d. buvo priimta nauja Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymo redakcija⁷⁹ (toliau –Koncesijų įstatymas), kuri įsigaliojo 2003 m. spalio 1 d. Šia įstatymo redakcija buvo pagilinta koncesijos samprata, patikslinta koncesininko sąvoka, nustatyta koncesininko atrankos ir koncesijų suteikimo tvarka, suteikiančiųjų institucijų ir koncesininkų teisės ir pareigos, pabrėžtas rizikos perkėlimas koncesininkui.

2005 m. ERPB vykdė Koncesijos vertinimo projektą⁸⁰, kurio tikslas – įvertinti trisdešimties pasirinktų valstybių (tarp kurių patenka ir Lietuva), koncesijų teisinio reglamentavimo suderinamumą su 2000 m. UNCITRAL parengtomis Privačiai finansuojamų infrastruktūros projektų įstatymų leidybos gairėmis (*Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*). Taip pat tyrime buvo remiamasi ir kitais tarptautiniais standartais: 2003 m. UNCITRAL Privačiai finansuojamų infrastruktūros projektų įstatymų modeliu (*UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects*), 2000 m. Komisijos aiškinamuoju komunikatu dėl koncesijų pagal Bendrijos teisę (*Commission Interpretative Communication on Concessions Under Community Law*), 2003 m. Europos Komisijos gairėmis sėkmingai viešajai-privačiajai partnerystei (*European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*), 1996 m. UNIDO BOT gairėmis (*BOT Guidelines*), 1999-2000 m. OECD Pagrindiniais koncesijos sutarčių įstatymo elementais (*Basic Elements of a Law on Concession Agreements*)⁸¹.

⁷⁸ GUDELIS, D.; ROZENBERGAIČĖ V. *Viešojo ir privataus sektorių partnerystės galimybės*. Viešojo politika ir administravimas, 2004, Nr. 8., p. 58-73.

⁷⁹ Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymas (su pakeitimais ir papildymais), Valstybės žinios, 2003, Nr. 70-3163.

⁸⁰ European Bank for Reconstruction and Development. *Concession Assesment Project. Cover Analysis Report* [interaktyvus], August 2005 [žiūrėta 2007-03-16]. Prieiga per internetą: <<http://www.ebrd.com/pubs/ar/index.htm>>.

⁸¹ Ibid.

Pažymėtina, kad šio ERPB projekto ataskaitoje iš visų tyrimui pasirinktų valstybių Lietuvos Respublikos koncesijas reglamentuojantis teisės aktas, 2003 m. Koncesijų įstatymas, įvertintas kaip turintis „labai aukštą suderinamumą“ (angl. - *very high compliance*) su tarptautiniais rekomenduojamais standartais, geriausiai parengtas koncesijų įstatymas regione. Ataskaitoje teigiama, kad Koncesijų įstatymas - vienas iš nedaugelio regione, pagal kurį koncesija apibūdinama kaip „veikla, turinti komercinį elementą“, o veiklos rizika turi būti perkeliama koncesininkui. Pastebėta, kad toks platus koncesijos apibrėžimas gali apimti daug VPSP formų, nėra ribojamos veiklos sritys, kuriose gali būti suteikiama koncesija. Be to, Koncesijų įstatymas - vienas iš nedaugelio, kuriame numatyta koncesininko teisė užtikrinti savo prievolių įvykdymą įkeičiant savo turtą bei turtines teises, taip pat teisė susitarti dėl taikytinos teisės. Vis dėlto pabrėžta, kad nors Lietuvos koncesijų įstatymas geriausiai parengtas regione, tačiau labai trūksta praktinės įstatymo taikymo patirties. Praktinės patirties trūkumas ne tik trukdo patikimai įvertinti įstatymą, bet ir gali būti didelė kliūtis investuotojams⁸².

Koncesijos modelis Lietuvoje jau pradamas taikyti ir praktikoje - šiuo metu yra sudarytos Panevėžio sveikatingumo centro, Trakų šilumos ūkio, Kauno Aleksoto tilto prietilčio statybos koncesijos sutartys. Vilniaus miesto savivaldybėje svarstomi Vilniaus tramvajaus, Karoliniškių ir Naujosios Vilnios poliklinikų, Vilniaus švietimo įstaigų koncesijų projektai, Kauno miesto savivaldybėje – Kauno arenos koncesijos projektas, Klaipėdos miesto savivaldybėje – koncesijos dėl lietaus nuotekų sistemos eksploatavimo funkcijų perdavimo, komunalinių atliekų tvarkymo sistemos operatoriaus funkcijų koncesijos projektai⁸³.

3.2. Koncesijos sąvoka pagal Koncesijų įstatymą

Pagal Koncesijų įstatymo 2 straipsnio 1 dalį, „Koncesija – vadovaujantis koncesijos sutartimi ir joje nustatytais sąlygomis suteikiančiosios institucijos koncesininkui pagal šį įstatymą suteikiamas leidimas vykdyti ūkinę komercinę veiklą, susijusią su infrastruktūros objektų projektavimu, statyba, plėtra, atnaujinimu, pakeitimu, remontu, valdymu, naudojimu ir (ar) priežiūra, teikti viešąsias paslaugas, valdyti ir (ar) naudoti valstybės, savivaldybės turtą (tarp jų eksploatuoti gamtos išteklius), kai koncesininkas pagal koncesijos sutartį prisiima visą ar didžiąją dalį su tokia veikla susijusios rizikos bei atitinkamas teises ir pareigas, o koncesininko atlyginimą už tokią veiklą sudaro tik teisės užsiimti atitinkama veikla suteikimas ir pajamos iš tokios veiklos ar tokios teisės

⁸² Ibid.

⁸³ <www.vilnius.lt>; <www.kaunas.lt>; <www.klaipeda.lt> [žiūrėta 2007-03-30].

suteikimas ir pajamos iš tokios veiklos kartu su atlyginimu, mokamu koncesininkui suteikiančiosios institucijos, atsižvelgiant į jos prisiimtą riziką“. Koncesijos sutartis – suteikiančiosios institucijos, kuri veikia valstybės ar savivaldybės vardu, ir koncesininko sudaryta rašytinė sutartis, kurioje nustatomos suteikiančiosios institucijos ir koncesininko teisės ir pareigos, susijusios su koncesija⁸⁴.

Vertinant šiuos apibrėžimus, galima daryti išvadą, kad koncesijos sutarties samprata pagal Koncesijų įstatymą apima Europos Sąjungos viešųjų pirkimų direktyvų, ETT sprendimų bei Komisijos dokumentų suformuotus, pirmojoje šio darbo dalyje išskirtus ir aptartus pagrindinius koncesijos požymius – bendruosius, būdingus visoms VPSP formoms, bei specialiuosius – atskiriančius koncesijos sutartį nuo kitų VPSP formų. Šie požymiai Koncesijų įstatyme įtvirtinti tiesiogiai.

Pagal minėtą apibrėžimą koncesija laikoma specialiu leidimu, kurį *koncesininkui suteikia suteikiančioji institucija* koncesijos sutarties pagrindu. Toks leidimas suteikiamas vykdyti *ūkinę komercinę veiklą*, susijusią su trimis sritimis: (1) infrastruktūros objektų projektavimu, statyba, plėtra, atnaujinimu, pakeitimu, remontu, valdymu, naudojimu ir (ar) priežiūra, (2) viešųjų paslaugų teikimu bei (3) valstybės ar savivaldybės turto valdymu ir (ar) naudojimu (įskaitant gamtinių išteklių eksploatavimą). Koncesija yra *įforminama koncesijos sutartimi* – tai suteikiančiosios institucijos, kuri veikia valstybės ar savivaldybės vardu, ir koncesininko sudaryta rašytinė sutartis, kurioje nustatomos suteikiančiosios institucijos ir koncesininko teisės ir pareigos, susijusios su koncesija⁸⁵. Taigi koncesijų įstatyme yra įtvirtinti bendrieji koncesijos sutarties požymiai.

Taip pat koncesijos apibrėžime tiesiogiai nurodyti specialieji požymiai: koncesininkas pagal koncesijos sutartį prisiima *visą ar didžiąją dalį su tokia veikla susijusios rizikos* ir atitinkamas teises ir pareigas, o *koncesininko atlyginimą už tokią veiklą sudaro*: (1) teisės užsiimti atitinkama veikla suteikimas ir pajamos iš tokios veiklos (arba) (2) tokios teisės suteikimas ir pajamos iš tokios veiklos kartu su atlyginimu, mokamu koncesininkui suteikiančiosios institucijos, atsižvelgiant į jo prisiimtą riziką.

Siekiant įvertinti, kaip šie požymiai yra įtvirtinti Koncesijų įstatyme ir kokia specifika pasižymi, reikalinga detalesnė kiekvieno jų analizė.

3.2.1. Viešasis ir privatusis partneriai

Koncesijos sutartis, kaip ir kiekviena VPSP forma, yra sudaroma tarp viešojo ir privačiojo partnerių – tai bendrasis koncesijos požymis. Kas gali būti koncesijos sutarties

⁸⁴ Valstybės žinios, 2003, Nr. 70-3163.

⁸⁵ Koncesijų įstatymas, 2 str. 2 d.

šalimis pagal Koncesijų įstatymą, nustato 21⁽¹⁾ Koncesijų įstatymo straipsnis: koncesijos sutartį sudaro suteikiančioji institucija, veikianti valstybės ar savivaldybės vardu, ir koncesininkas.

Suteikiančioji institucija Koncesijų įstatyme apibrėžiama kaip institucija, kuri pagal savo kompetenciją ir įgaliojimus, nustatytus Lietuvos Respublikos teisės aktu, yra atsakinga už atitinkamas funkcijas ar veiklos sritis, kurios gali būti įgyvendinamos ir užtikrinamos suteikiant koncesijas: tai yra Lietuvos Respublikos Vyriausybė (toliau – Vyriausybė) ar jos įgaliota institucija, – kai koncesija suteikiama valstybės vardu, arba savivaldybės vykdomoji institucija, – kai koncesija suteikiama atitinkamos savivaldybės vardu⁸⁶.

Koncesininkas – Lietuvos Respublikos ar užsienio subjektas, kuriam atitinkama suteikiančioji institucija, vadovaudamasi šiuo Įstatymu, suteikia koncesiją. Subjektu yra laikoma: bet kokios rūšies įmonė, konsorciumas, asociacija, įstaiga, organizacija arba kitokios teisinės formos ar rūšies subjektas, įsteigtas ir veikiantis pagal taikytinus Lietuvos Respublikos ar užsienio valstybės įstatymus⁸⁷. Pagal Koncesijų įstatymą fizinis asmuo koncesininku negali būti.

Taigi koncesijos sutartį pagal Koncesijų įstatymą gali sudaryti viešasis partneris – Lietuvos Respublikos Vyriausybė (ar jos įgaliota institucija) arba savivaldybės institucija ir privatusis partneris – koncesininkas, bet kokios teisinės formos ar rūšies juridinis asmuo, įsteigtas ir veikiantis pagal taikytinus Lietuvos Respublikos ar užsienio valstybės įstatymus.

3.2.1.1. Suteikiančioji institucija

Koncesijų įstatymo 2 straipsyje įvardijami subjektai, kurie gali būti suteikiančiąja institucija:

- 1) Vyriausybė arba jos įgaliota institucija, kai koncesija suteikiama valstybės vardu, arba
- 2) savivaldybės vykdomoji institucija, kai koncesija suteikiama atitinkamos savivaldybės vardu.

Teisė valstybei ar savivaldybei dalyvauti civiliniuose santykiuose įtvirtinta Lietuvos Respublikos civilinio kodekso⁸⁸ (toliau – Civilinis kodeksas) 2.36 straipsnyje. Valstybė ir savivaldybės įgyja civilines teises, prisiima civilines pareigas ir jas įgyvendina per

⁸⁶ Ibid., 2 str. 7 d.

⁸⁷ Ibid., 2 str. 4 d.

⁸⁸ Valstybės žinios, 2000, Nr. 74-2262.

atitinkamas valstybės ir savivaldybių valdymo institucijas⁸⁹. Pagal suteikiančiosios institucijos apibrėžimą, teises ir pareigas pagal koncesijos sutartį prisiima arba pati Vyriausybė (arba Vyriausybės įgaliota institucija), arba savivaldybės vykdomoji institucija – savivaldybės taryba.

Remiantis Koncesijų įstatymo 5 straipsnio 2 dalimi, suteikiančiajai institucijai, pagal Lietuvos Respublikos įstatymus ir savo kompetenciją bei įgaliojimus *atsakingai už atitinkamą funkciją ar veiklos sritį, kuri gali būti koncesijos sutarties dalykas*, įstatymu suteikiama teisė suteikti koncesiją sudarant koncesijos sutartį (ir kitas papildomas bei susijusias sutartis, įskaitant sutartis su koncesijos projekto finansuotojais) dėl tokios funkcijos įgyvendinimo ar veiklos atitinkamoje srityje vykdymo.

Civilinio kodekso 2.84 straipsnyje yra nustatytos pasekmės, kai sandoriai yra sudaromi pažeidžiant viešojo juridinio asmens valdymo organų kompetenciją: tokie sandoriai nesukelia prievolių juridiniam asmeniui, nebent viešasis juridinis asmuo vėliau tokiam sandoriui pritartų. Vadinasi, kiekvienu konkrečiu atveju yra svarbios suteikiančiosios institucijos kompetencijos ribos: koncesiją dėl konkrečios funkcijos įgyvendinimo ar veiklos vykdymo gali suteikti tik tokia suteikiančioji institucija, kuri už tokią funkciją ar veiklos sritį yra atsakinga pagal teisės aktais nustatytą savo kompetenciją bei įgaliojimus. Pavyzdžiui, koncesijos dėl turto, kuris yra valstybės nuosavybė (įskaitant turta, kuris pagal Konstituciją išimtinė nuosavybės teise priklauso valstybei, tai yra žemės gelmės, taip pat valstybinės reikšmės vidaus vandenys, miškai, parkai, keliai, istorijos, archeologijos ir kultūros objektai, taip pat išimtinės teisės į kontinentinį šelfą ir ekonominę zoną Baltijos jūroje), valdymo ar naudojimo būtų suteikiamos valstybės vardu ir jas suteiktų Vyriausybė, kadangi Vyriausybė disponuoja valstybės turtu, nustato jo valdymo ir naudojimo tvarką, įgyvendina valstybės turto savininko funkcijas įstatymų bei kitų teisės aktų nustatyta tvarka (Lietuvos Respublikos Vyriausybės įstatymo⁹⁰ 22 str. 5 p., Lietuvos Respublikos valstybės ir savivaldybių turto valdymo, naudojimo ir disponavimo juo įstatymo⁹¹ 7 str. 1 d.). Taip pat Vyriausybė gali įgaluoti kitą instituciją suteikti konkrečią koncesiją – ministerijas, kitas Vyriausybei pavaldžias įstaigas.

Pažymėtina, kad pagal Koncesijų įstatymo 5 straipsnio 2 dalį sprendimus dėl koncesijų, pagal kurias Lietuvos Respublika prisiima *esminius turtinius įsipareigojimus*, priima Lietuvos Respublikos Seimas Vyriausybės siūlymu. Esminiu pagal Koncesijų įstatymą laikomas bet koks turtinis įsipareigojimas (taip pat ir galima civilinė atsakomybė, atsirandanti iš koncesijos sutarties), viršijantis 200 milijonų litų. Ši nuostata,

⁸⁹ Ibid., 2.36 str. 2 d.

⁹⁰ Valstybės žinios, 1998, Nr. 41-1131.

⁹¹ Valstybės žinios, 2002, Nr. 60-2412.

rengiant Koncesijų įstatymo pakeitimus, suderinta su Konstitucija⁹². Konstitucijos 128 straipsnyje sakoma, kad „sprendimus dėl valstybinės paskolos ir valstybės kitų esminių turtinių įsipareigojimų priima Seimas Vyriausybės siūlymu“. Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas 2000 m. spalio 18 d. sprendime⁹³ yra išaiškinęs, kad ši konstitucinė teisė yra išskirtinė Seimo konstitucinė prerogatyva ir todėl ji negali būti perduota jokiai kitai valdžios institucijai.

Savivaldybių funkcijos yra numatytos Lietuvos Respublikos vietos savivaldos įstatyme⁹⁴ (toliau - Vietos savivaldos įstatymas). Vietos savivaldos įstatymas išskiria savivaldybių funkcijas į tris kategorijas priklausomai nuo savarankiškumo laipsnio: 1) savarankiškosios, 2) priskirtosios (ribotai savarankiškos), 3) valstybinės (perduotos savivaldybėms) 4) sutartinės funkcijos. Savivaldybės vardu koncesija galėtų būti suteikiama tokiose veiklos srityse ar dėl tokių funkcijų vykdymo, kurios gali būti koncesijos sutarties dalykas ir kurios patenka į savivaldybės kompetencijos sritį, pavyzdžiui, savivaldybei nuosavybės teise priklausančios žemės ir kito turto valdymas, naudojimas ir disponavimas juo, šilumos ir geriamojo vandens tiekimo bei nuotėkų surinkimo ir valymo organizavimas, vietinės reikšmės kelių ir gatvių priežiūra, taisymas, tiesimas bei saugaus eismo sąlygų užtikrinimas, pirminė asmens ir visuomenės sveikatos priežiūra ir kt. Sprendimus dėl koncesijų suteikimo tikslingumo priima savivaldybės vykdomoji institucija - savivaldybės taryba. Savivaldybės taryba iki konkurso paskelbimo, gavusi savivaldybės kontrolieriaus išvadą, tvirtina koncesijos konkurso sąlygas ir pagrindines koncesijos sutarties sąlygas, nustato konkurso etapus bei, gavusi savivaldybės kontrolieriaus išvadą, iki koncesijos sutarties pasirašymo pritaria galutiniam koncesijos sutarties projektui⁹⁵.

Viešosios darbų koncesijos atveju suteikiančioji institucija pasižymi tam tikra specifika. Koncesijų įstatymo 2 str. 8 d. (viešosios darbų koncesijos sąvoka) yra specialioji norma Koncesijų įstatymo 2 str. 1 d. (koncesijos sąvokos) atžvilgiu. Viešoji darbų koncesija – „koncesija, dėl kurios suteikimo tarp koncesininko ir *suteikiančiosios institucijos, kuri atitinka Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo 4 straipsnio 1*

⁹² Lietuvos Respublikos Seimo Ekonomikos komiteto 2003 m. birželio 11 d. švada dėl Koncesijų įstatymo pakeitimo projekto IXP-2279, Nr. 21.

⁹³ Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2000 m. spalio 18 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos akcinių bendrovių „Būtingės nafta“, „Mažeikių nafta“ ir „Naftotiekis“ reorganizavimo įstatymo, Lietuvos Respublikos mokesčių administravimo įstatymo 5 straipsnio 3 dalies atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai ir dėl Lietuvos Respublikos Seimo nutarimo „Dėl strateginio investuotojo pripažinimo“ atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai ir Lietuvos Respublikos nacionalinio saugumo pagrindų įstatymui“.

⁹⁴ Valstybės žinios, 2000, Nr. 91-2832.

⁹⁵ Ibid., 17 str. 39 p.

dalies 1, 2 arba 3 punktu reikalavimus, sudaroma koncesijos sutartis dėl darbų, nurodytų Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo 2 straipsnio 26 dalyje, pirkimo <...>“.

Taigi suteikiančioji institucija turi atitikti reikalavimus, nustatytus perkančiajai organizacijai, – daroma nuoroda į Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo⁹⁶ (toliau – Viešųjų pirkimų įstatymas) 4 straipsnio 1 dalies 1, 2 arba 3 punktus, pagal kuriuos perkančioji organizacija yra:

- 1) valstybės ar savivaldybės valdymo institucija;
- 2) viešasis ar privatusis juridinis asmuo, kuris atitinka žemiau nurodytas sąlygas;
- 3) šios dalies 1 punkte nurodytų institucijų ir (ar) 2 punkte nurodytų viešųjų ar privačiųjų juridinių asmenų asociacija.

Viešasis ar privatusis juridinis asmuo (išskyrus valstybės ar savivaldybių valdymo institucijas) yra perkančioji organizacija, jeigu visa ar tam tikra jo veiklos dalis skirta specialiai viešiesiems interesams, kurie yra nekomercinio ir nepramoninio pobūdžio, tenkinti ir atitinka bent vieną iš šių sąlygų:

1) jo veikla daugiau kaip 50 procentų finansuojama iš valstybės ar savivaldybių biudžetų arba kitų valstybės ar savivaldybių fondų lėšų, arba kitų šioje dalyje nustatytų viešųjų ar privačiųjų juridinių asmenų lėšų;

2) yra kontroliuojamas (valdomas) valstybės ar savivaldybių institucijų arba kitų šioje dalyje nustatytų viešųjų ar privačiųjų juridinių asmenų;

3) turi administraciją, valdymo ar priežiūros organą, kurio daugiau kaip pusė narių skiriami valstybės ar savivaldybių institucijų arba šioje dalyje nurodytų viešųjų ar privačiųjų juridinių asmenų.

Kadangi Koncesijų įstatyme viešosios darbų koncesijos atveju suteikiančioji institucija iš esmės prilyginama perkančiajai organizacijai, viešąją darbų koncesiją gali suteikti ne tik valstybės ar savivaldybių institucijos, bet ir viešasis ar privatusis juridinis asmuo, kurį valstybė ar savivaldybė gali kontroliuoti Viešųjų pirkimų įstatyme nustatyta apimtimi.

Reikėtų pastebėti, kad Koncesijų įstatymas ir Viešųjų pirkimų įstatymas įgyvendina Europos Sąjungos Direktyvos 2004/18/EB nuostatas. Į Koncesijų įstatymą yra perkeltos nuostatos dėl viešųjų darbų koncesijos, o šioje direktyvoje, kaip jau buvo aptarta šiame darbe, nėra atskirų reikalavimų darbų koncesiją suteikiančiai institucijai, viešasis partneris ir viešųjų pirkimų sutartyse, ir viešųjų darbų koncesijos sutartyje yra perkančioji organizacija, apibrėžiama ne tik kaip valstybės, regionų ar vietos valdžios

⁹⁶ Valstybės žinios, 2002, Nr. 118-5296.

institucijos, bet ir kaip juridiniai asmenys, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė (tokie, kurie skirti specialiai viešiesiems interesams tenkinti, didžiąja dalimi finansuojami iš valstybės, regionų ar vietos valdžios institucijų ar kitų įstaigų, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė, lėšų, arba valdomi šių institucijų ir kitų minėtų įstaigų, arba turi administraciją, valdymo ar priežiūros organą, kurio daugiau kaip pusė narių paskirti valstybės, regiono ar vietos valdžios institucijų arba kitų minėtų įstaigų).

Perkančiosios organizacijos sąvoka iš Direktyvos 2004/18/EB yra perkelta į Viešųjų pirkimų įstatymą, todėl, siekiant Koncesijų įstatyme įgyvendinti šios direktyvos nuostatas dėl viešųjų darbų koncesijos, suprantama, kad Koncesijų įstatyme daroma nuoroda į Viešųjų pirkimų įstatyme pateiktą perkančiosios organizacijos apibrėžimą.

Taigi pagal Koncesijų įstatymą Lietuvoje viešųjų darbų koncesiją galėtų suteikti ne tik Vyriausybė (jos įgaliota institucija) bei savivaldybės vykdomoji institucija, bet ir juridinis asmuo, kurio visa ar tam tikra jo veiklos dalis skirta specialiai nekomercinio ir nepramoninio pobūdžio viešiesiems interesams tenkinti ir kuris kontroliuojamas valstybės ar savivaldybės pagal Viešųjų pirkimų įstatyme suformuluotas taisykles. Tačiau jeigu koncesijos sutarties dalykas nėra viešieji darbai, suteikiančiąja institucija gali būti tik Vyriausybė (ar jos įgaliota institucija) arba savivaldybės vykdomoji institucija. Reikėtų manyti, kad toks nevienodas subjektų, galinčių būti suteikiančiąja institucija, ratas atskiroms koncesijos rūšims Europos Sąjungos teisei neprieštarauja, kadangi Direktyva 2004/18/EB taikoma tik viešųjų darbų koncesijai, o viešųjų paslaugų koncesijoms nėra taikoma. Iš kitos pusės, jei jau nėra nustatytų reikalavimų, valstybės narės gali pasirinkti, kokie subjektai gali suteikti koncesijas.

Viename Koncesijų įstatymo pakeitimo projektu⁹⁷ yra buvęs pasiūlymas, kad be suteikiančiosios institucijos koncesijos sutarties šalimi galėtų būti valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas asmuo, jei tokio asmens nuosavybės, patikėjimo teise valdomas ir (ar) naudojamas turtas perduodamas valdyti ir (ar) naudoti koncesininkui. Lietuvos Respublikos Seimo kanceliarijos Teisės departamentas išvadoje dėl šio Koncesijų įstatymo projekto⁹⁸ kritiškai įvertino tokį siūlymą ir rekomendavo palikti esamą reglamentavimą. Tokia nuomonė buvo pagrįsta dviem argumentais. Pirma, neaišku, kokių tikslų pagal koncesijos sutartį gali siekti valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas juridinis asmuo – ar jo tikslai tokie patys kaip valstybės ar ne. Nuo to

⁹⁷ Koncesijų įstatymo, vietos savivaldos įstatymo pakeitimo ir papildymo įstatymo projektas Nr. XP-1369A.

⁹⁸ Lietuvos Respublikos Seimo kanceliarijos Teisės departamento 2006 m. birželio 8 d. išvada dėl Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymo, vietos savivaldos įstatymo pakeitimo ir papildymo įstatymo projekto Nr. XP-1369A.

priklauso koncesijos sutarties, kurios šalimi yra ir valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas juridinis asmuo, rūšis (dvišalė, daugiašalė), šios sutarties vykdymo taisyklės. Antra, valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas asmuo tik perduoda savo turtą koncesininkui, bet jis nesuteikia ir negali suteikti koncesijos kaip išimtinės teisės vykdyti tam tikrą veiklą. Taigi šis pasiūlymas buvo atmestas: pagal dabar galiojantį Koncesijų įstatymą suteikiančiąja institucija gali būti tik Vyriausybė ar jos įgaliota institucija, – kai koncesija suteikiama valstybės vardu, arba savivaldybės vykdomoji institucija, – kai koncesija suteikiama atitinkamos savivaldybės vardu. Valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas asmuo negali būti nei suteikiančiąja institucija (išskyrus viešųjų darbų koncesijos atvejį pagal Viešųjų pirkimų įstatyme nustatytus kriterijus), nei savarankiška koncesijos sutarties šalimi.

Nusprendus, kad valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas asmuo negali būti koncesijos sutarties šalimi, liko neišspręstas reikšmingas praktinis tokio asmens įtraukimo į koncesijos projektą klausimas. Suteikiant koncesijas, dažnai iškyla valstybės ar savivaldybės kontroliuojamo asmens valdomas ar naudojamo turto perdavimo koncesininkui valdyti ar naudoti poreikis. Valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas asmuo, t. y. bet kurios teisinės formos juridiniai asmenys, kuriuos tiesiogiai ar netiesiogiai kontroliuoja valstybė ar savivaldybė, yra teisiškai atskiri subjektai ir valstybė ar savivaldybė negali panaudoti jų turto koncesijos projektui vien savo sprendimu. Kaip jau minėta, svarstant Koncesijų įstatymo pakeitimo projektus, buvo atsisakyta idėjos, kad valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas asmuo galėtų būti koncesijos sutarties šalimi. Tačiau tokiu atveju reikėjo kitokio problemos sprendimo būdo. Pagrindas įtraukti valstybės ar savivaldybės kontroliuojamą asmenį į koncesijos projektą buvo nustatytas įtraukiant į Koncesijų įstatymą nuostatą, kad tais atvejais, kai koncesininkui perduodamas valdyti ir (ar) naudoti valstybės ar savivaldybės kontroliuojamų asmenų nuosavybės, patikėjimo teise valdomas ir (ar) naudojamas turtas, iki konkurso suteikti koncesiją sąlygų paskelbimo turi būti priimtas šio kontroliuojamo asmens sprendimas dalyvauti koncesijos sutartyje ir perduoti koncesininkui tam tikrą savo nuosavybės ar patikėjimo teise valdomą ir (ar) naudojamą turtą, o kai koncesija suteikiama be konkurso, šis sprendimas turi būti priimtas bet kuriuo metu iki koncesijos sutarties pasirašymo⁹⁹.

Rengiant Koncesijų įstatymo pakeitimus, pateikti jau minėti kontroliuojamo asmens negalimumo būti koncesijos sutarties šalimi argumentai, kad neaišku, kokių tikslų pagal koncesijos sutartį gali siekti valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas

⁹⁹ Koncesijų įstatymas, 3 str. 6 d.

juridinis asmuo – ar jo tikslai tokie patys kaip valstybės ar ne, ir kad šis asmuo nesuteikia ir negali suteikti koncesijos kaip išimtinės teisės vykdyti tam tikrą veiklą, nėra įtikinantys. Valstybės ar savivaldybės kontroliuojamo asmens teisės ir pareigos, kurios turėtų būti susiję su jo turimo turto perdavimu koncesininkui, galėtų būti detalios nustatomos koncesijos sutartyje, o tokio asmens vaidmuo koncesijos projekte niekaip nėra susijęs su suteikiančiosios institucijos teisėmis. Koncesijų įstatyme yra griežtai apibrėžtas asmenų, galinčių būti suteikiančiąja institucija ir suteikti koncesiją, ratas. Suteikiančioji institucija – atskira koncesijos sutarties šalis, suteikianti leidimą vykdyti tam tikrą jos kompetencijoje esančią veiklą, o valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas asmuo vykdo turto perdavimo koncesijos projektui funkciją. Todėl manytina, kad iš esmės koncesijos sutarties šalimi galėtų būti ir valstybės ar savivaldybės kontroliuojamas asmuo, perduodantis tam tikrą nuosavybės ar patikėjimo teisę valdomą ir (ar) naudojamą turtą, reikalingą koncesijos projektui įgyvendinti, nors dabartinis Koncesijų įstatymas to ir neleidžia.

3.2.1.2. Koncesininkas

Koncesininkas Koncesijų įstatyme apibrėžiamas kaip Lietuvos Respublikos ar užsienio subjektas, kuriam atitinkama suteikiančioji institucija, vadovaudamasi Koncesijų įstatymu, suteikia koncesiją. Subjektu yra laikoma bet kokios rūšies įmonė, konsorciumas, asociacija, įstaiga, organizacija arba kitokios teisinės formos ar rūšies subjektas, įsteigtas ir veikiantis pagal taikytinus Lietuvos Respublikos ar užsienio valstybės įstatymus. Fizinis asmuo pagal Koncesijų įstatymą negali būti koncesininkas (Koncesijų įstatymo 2 str. 4 d.).

Koncesijų įstatyme juridinių asmenų, kurie galėtų būti koncesininkai, forma ir rūšys nėra konkretizuotos: koncesija galėtų būti suteikiama bet kokios formos ir rūšies subjektui (įsteigtam ir veikiančiam pagal Lietuvos ar užsienio valstybės įstatymus) arba jų konsorciumui ar asociacijai, atitinkančiam objektyvius suteikiančiosios institucijos reikalavimus ūkinei komercinei veiklai, kuriai vykdyti suteikiama koncesija.

Koncesininkas atrenkamas skelbiant konkursą arba be konkurso išimtiniais atvejais (tuomet, kai praktiškai nėra galimybių organizuoti konkursą: neatidėliotinas infrastruktūros poreikis, koncesijos sutartis susijusi su saugumo ir gynybos klausimais, yra tik vienas įmanomas paslaugų teikėjas ir kiti Koncesijų įstatyme nurodyti atvejai).

Pagal Koncesijų įstatymo 28 straipsnį Lietuvos koncesininkai ir koncesininkai, kurie pagal Lietuvos Respublikos investicijų įstatymą laikomi užsienio investuotojais, yra

lygūs ir, vykdydami veiklą pagal šį ir kitus Lietuvos Respublikos įstatymus, negali būti diskriminuojami. Taigi Lietuvos ir kitų Europos Sąjungos šalių asmenims turi būti sudarytos vienodos sąlygos dalyvauti koncesijų konkursuose, kvalifikaciniai reikalavimai konkurso dalyviams negali būti tokie, kad juos atitiktų tik Lietuvos asmenys, turi būti objektyvūs dalyvių vertinimo kriterijai, negalima diskriminuoti ar sudaryti išskirtinių sąlygų, riboti konkurencijos, Europos Sąjungos narių laisvės teikti paslaugas, steigtis Lietuvoje.

Atkreiptinas dėmesys, kad Koncesijų įstatymas suteikia galimybę koncesininkui specialiai koncesijos projektui įgyvendinti įsteigti juridinį asmenį, kuris turi būti kontroliuojamas visą koncesijos sutarties galiojimo laikotarpį¹⁰⁰. Toks juridinis asmuo tarptautinėje praktikoje žinomas kaip specialios paskirties bendrovė (angl. – *special purpose vehicle (SPV)*) ir yra įprastas VPSP projektuose.

Specialios paskirties bendrovės įsteigimas turi būti įtrauktas į koncesijos konkurso sąlygas. Pagal Koncesijų įstatymo 16 straipsnio 2 dalį, baigusi derybas su konkurso dalyviu, gavusiu aukščiausią įvertinimą, suteikiančioji institucija sudaro su juo (ir prireikus su jo įsteigta šiam tikslui įmone) koncesijos sutartį. Pagal Koncesijų įstatymo bendrą nuostatą (21⁽¹⁾ straipsnį) koncesijos sutartį sudaro suteikiančioji institucija, veikianti valstybės ar savivaldybės vardu, ir koncesininkas. Sistemaiškai aiškinant Koncesijų įstatymo 16 straipsnio 2 dalį ir 21⁽¹⁾ straipsnį, galima manyti, kad sutarties šalys yra suteikiančioji institucija, koncesininkas ir specialiai koncesijos projektui įsteigtas juridinis asmuo, jei toks asmuo yra steigiamas. Koncesininkas (konkursą laimėjęs ar kitaip pagal įstatymą atrinktas asmuo) bus koncesijos sutarties šalis visada. Aišku, galimi ir kiti variantai, pavyzdžiui potencialus konkurso dalyvis gali įsteigti juridinį asmenį specialiai koncesijos projektui, tada tas asmuo savo vardu dalyvauja konkurse ir, jei laimi, tampa koncesininku.

Galimybė įsteigti specialios paskirties bendrovę yra ypač svarbi siekiant, kad Koncesijų įstatymas būtų suderinamas su tarptautine rinkos praktika. Specialios paskirties bendrovės įsteigimas dažniausiai yra susijęs su projekto finansavimo klausimais. Tarptautinėje praktikoje VPSP projekto iniciatoriai paprastai nori įsteigti specialios paskirties bendrovę siekdami apriboti savo atsakomybę (angl. - *non-recourse finance*). Jei koncesijos projektas neleidžia įsteigti specialios paskirties bendrovės, tai rinkoje jis gali būti tiesiog neįdomus. Siekiant apsaugoti suteikiančiosios institucijos interesus, praktikoje tokios įmonės kontrolė ir atsakomybė gali būti užtikrinama įvairiais būdais, pavyzdžiui, suteikiančioji institucija gali reikalauti garantijos ar kitokio prievolės

¹⁰⁰ Koncesijų įstatymas, 21 (1) str.

įvykdymo užtikrinimo labiausiai rizikingu statybos etapu (sakykim, per pirmuosius 5 projekto metus), kol projektas dar negeneruoja pajamų (angl. - *limited recourse finance*). Taip pat koncesijos sutartyje gali būti numatoma, kad specialios paskirties bendrovės akcininkai (konkursą laimėję koncesijos konkurso dalyviai) būtų solidariai atsakingi pagal koncesijos sutartį kartu su specialios paskirties bendrove, svarbu, kad tokios bendrovės akcijų nebūtų galima parduoti, įkeisti ar kitaip jomis disponuoti be suteikiančiosios institucijos sutikimo¹⁰¹. Koncesijos sutarčiai įgyvendinti įsteigta įmonė gali būti reikalinga, pavyzdžiui, ir tokiu atveju, kai koncesininkas yra užsienio subjektas, o koncesijos sutarties dalykas reikalauja atlikti tokius veiksmus, kuriuos atlikti gali tik Lietuvoje registruotos įmonės¹⁰². Kitas praktinis aspektas – įsteigus specialios paskirties bendrovę, lengviau stebėti ir vertinti tokios bendrovės veiklą, kadangi paprastai yra numatoma, kad specialios paskirties bendrovė gali vykdyti tik tokią veiklą, kuri yra susijusi su konkrečiu koncesijos projektu.

Dar vienas svarbus klausimas – Koncesijų įstatyme minima koncesininko pasikeitimo galimybė. Viena iš Koncesijų įstatyme nurodytų sąlygų, kuri turi būti įtraukta į koncesijos sutartį, - aplinkybių, kuriomis suteikiančioji institucija ar tretysis asmuo gali (laikinais ar kitaip) perimti bet kurios koncesininko pareigos įgyvendinimą, siekiant užtikrinti efektyvų ir nenutrūkstamą paslaugų teikimą tuo atveju, kai koncesininkas padaro esminį savo prievolių pagal koncesijos sutartį pažeidimą¹⁰³, numatymas. Iš šios nuostatos galima suprasti, kad, pirmiausia, koncesijos sutarties pagrindu koncesininko teises ir pareigas gali perimti pati suteikiančioji institucija. Tačiau visiškai neaišku, koku pagrindu ir kokia tvarka galimas naujo koncesininko įtraukimas į projektą. Galima manyti, kad koncesijos sutartyje nurodžius koncesininko pakeitimo galimybę, jei šis padaro esminį savo prievolių pagal sutartį pažeidimą, naujas koncesininkas galėtų būti įtraukiamas pradinės koncesijos sutarties pagrindu ir naujasis koncesininkas prisiimtų visas teises ir pareigas pagal pradinę sutartį ir su ja susijusias sutartis. Taip pat sutartyje būtų galima numatyti, kad, jei koncesininkas nevykdo sutarties ir tai yra esminis sutarties pažeidimas, galėtų būti sudaromos laikino pobūdžio sutartys su trečiuoju asmeniu, atitinkančiu kriterijus, būtinus toliau vykdyti sutartį, laikotarpiui, kol vyksta ginčas.

¹⁰¹ BURGIENĖ D. *Konferencijos savivaldybėse – praktiniai aspektai*. Konferencija “Koncesijų bei viešosios ir privačiosios partnerystės (PPP) naudojimas savivaldybėse [interaktyvus], 2004 m. (konferencijos medžiaga) [žiūrėta 2006-03-16]. Prieiga per internetą: <<http://www.ukmin.lt/lt/investicijos/partneryste/>>.

¹⁰² Lietuvos Respublikos Seimo Ekonomikos komiteto 2003 m. birželio 11 d. išvada dėl Koncesijų įstatymo pakeitimo projekto IXP-2279, Nr. 21,

¹⁰³ Koncesijų įstatymas, 22 str. 1 d. 21 p.

Dar viena Koncesijų įstatyme numatyta koncesininko pakeitimo galimybė - koncesijos suteikimas be konkurso, kai galiojanti koncesijos sutartis nutraukiama dėl to, kad koncesininkas nevykdo ar netinkamai vykdo koncesijos sutartį, o tai yra esminis sutarties pažeidimas, ir sudaroma nauja koncesijos sutartis dėl to paties dalyko su kitu koncesininku, kurį bankai ar kitos finansinės institucijos, suteikusios paskolas įsipareigojimų nevykdančiam koncesininkui, pakvietė sudaryti koncesijos sutartį, ir vienas iš pagrindinių tokios naujos sutarties tikslų yra užtikrinti tokių paskolų grąžinimą iš lėšų, gaunamų naujojo koncesininko pagal koncesijos sutartį¹⁰⁴. Turint omenyje, kad koncesijos sutartys yra sudaromos ilgiems laikotarpiams ir labai dažnai paliečia trečiųjų asmenų (vartotojų) interesus, svarbi reali koncesininko pakeitimo galimybė, todėl Koncesijų įstatymo nuostatos šiuo klausimu turėtų būti detalizuotos.

3.2.2. Koncesijos sutarties dalykas

Pagal koncesijos apibrėžimą, pateiktą Koncesijų įstatyme, koncesija laikoma specialiu leidimu, kurį koncesininkui suteikia suteikiančioji institucija koncesijos sutarties pagrindu. Toks leidimas suteikiamas vykdyti ūkinę komercinę veiklą, susijusią su trimis veiklos sritimis:

- 1) infrastruktūros objektų projektavimu, statyba, plėtra, atnaujinimu, pakeitimu, remontu, valdymu, naudojimu ir (ar) priežiūra;
- 2) viešųjų paslaugų teikimu;
- 3) valstybės ar savivaldybės turto valdymu ir (ar) naudojimu (įskaitant gamtinių išteklių eksploatavimą).

Koncesijų įstatymo 3 straipsnyje pateiktas konkrečių veiklos sričių ir funkcijų, dėl kurių gali būti sudaromos koncesijų sutartys, nebaigtinis sąrašas. Leidimas vykdyti ūkinę komercinę veiklą, susijusią su infrastruktūros objektų projektavimu, statyba, plėtra, atnaujinimu, pakeitimu, remontu, valdymu, naudojimu ir (ar) priežiūra, arba teikti viešąsias paslaugas suteikiamas šiose srityse:

- 1) energetikos, įskaitant šilumos ir elektros energijos, naftos ir gamtinių dujų išgavimą, perdavimą, skirstymą, tiekimą;
- 2) geležinkelių linijų ir sistemų;
- 3) vandens ūkio, įskaitant vandens išgavimą, pakėlimą, valymą, gerinimą ir paskirstymą;

¹⁰⁴ Koncesijų įstatymas, 17 str. 5 p.

- 4) vandens nuotekų, įskaitant surinkimą, perpumpavimą, valymą ir dumblo valymą;
- 5) atliekų naudojimo, perdirbimo ir tvarkymo, kaip numatyta Lietuvos Respublikos atliekų tvarkymo įstatyme;
- 6) kelių, tiltų, tunelių, parkavimo ir kitos kelių transporto infrastruktūros;
- 7) sveikatos apsaugos sistemos;
- 8) telekomunikacijų infrastruktūros;
- 9) švietimo sistemos;
- 10) uostų ir prieklaukų infrastruktūros;
- 11) oro uostų infrastruktūros;
- 12) viešosios transporto infrastruktūros;
- 13) turizmo objektų, įrenginių ir kitos infrastruktūros;
- 14) kultūros, sporto, laisvalaikio leidimo objektų, įrenginių ir kitos infrastruktūros;
- 15) Lietuvos Respublikos Vyriausybės sprendimu – atskirais atvejais kitose srityse.

Viešųjų darbų koncesijos atveju, koncesijos sutarties dalykas yra darbų, nurodytų Viešųjų pirkimų įstatymo 2 straipsnio 26 dalyje, pirkimas¹⁰⁵: tai atlikti arba kartu suprojektuoti ir atlikti darbai, susiję su viena iš Viešųjų pirkimų įstatymo 1 priedėlyje išvardytų veiklos rūšių, arba bet kokiomis priemonėmis atlikti darbai, atitinkantys perkančiosios organizacijos nustatytus reikalavimus. Darbas apibrėžiamas kaip tam tikrų statybos darbų kaip visumos rezultatas, kuris gali savarankiškai atlikti ekonominę ar techninę funkciją¹⁰⁶. Taigi Viešųjų pirkimų įstatymo 1 priedėlyje pateikiamas viešųjų darbų sąrašas yra ir viešųjų darbų koncesijos dalykas – tokiu pačiu principu apibrėžiamas viešųjų darbų koncesijos dalykas ir Direktyvoje 2004/18/EB. Taip pat kaip ir Direktyvoje 2004/18/EB, yra nurodyta pirkimo vertė (pagal Viešųjų pirkimų įstatymo 11 str. 1 d. 5 p.), kurią turi atitikti koncesijos sutartis, kad jai būtų taikomos viešųjų darbų koncesijos taisyklės. Pagal 2005 m. gruodžio 19 d. Komisijos reglamentą dėl ribų, taikomų viešojo pirkimo sutarčių tvarkai¹⁰⁷ šiuo metu ši suma yra 5 278 000 eurų. Jeigu koncesijos sutarties vertė šios sumos nesiekia, tokie koncesijos sutarčiai būtų taikomos ne Koncesijų įstatymo šeštasis skirsnis, o bendrosios Koncesijų įstatymo taisyklės, taikytinos kitoms koncesijų rūšims.

Dar vienas dalykas, kurį reikėtų paminėti, - mišriosioms koncesijoms taikomo reglamentavimo klausimas. Pagal Koncesijų įstatymo 20⁽¹⁾ straipsnį, „kai koncesijos

¹⁰⁵ Koncesijų įstatymas, 2 str. 8 p.

¹⁰⁶ Viešųjų pirkimų įstatymas, 2 str. 26 d.

¹⁰⁷ Commission Regulation No 2083/2005 of 19 December 2005 amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts OJ, 2005 L 333, p. 28-29.

sutarties dalykas yra darbai ir viešųjų paslaugų teikimas, tokia koncesija laikoma viešąja darbų koncesija, jei pagrindinis tokios koncesijos dalykas yra darbai, o paslaugų teikimas tik papildo koncesininko įsipareigojimą atlikti darbus. Viešąja darbų koncesija nelaikoma koncesija, kurios sutarties pagrindinis dalykas yra viešųjų paslaugų teikimas, o darbai tik papildo koncesininko įsipareigojimą teikti viešąsias paslaugas“. Taigi Koncesijų įstatyme įtvirtintas ETT sprendimų suformuluotas, jau aptartas šiame darbe „pagrindinio objekto testas“¹⁰⁸ (angl. - *main object test*), pagal kurį kiekvienu konkrečiu atveju sprendžiama, ar atliekami darbai yra „pagrindiniai“ teikiamų paslaugų atžvilgiu – tai vertinamasis kriterijus, procentinė dalis ar kitoks skaičiavimas nėra nurodytas. Darbų vertė ar koncesijos tikslas pagal šį straipsnį nėra įvardinti kaip vertinimo kriterijai, bet į juos galėtų būti atsižvelgiama sprendžiant šį klausimą. Tačiau pastebėtina, kad, esant abejonėi, vis dėlto, matyt, būtų pasirinktos viešųjų darbų koncesijos suteikimo taisyklės, kadangi tai specialiosios normos, reikalaujančios griežtesnių procedūrų.

Koncesijos sutarties dalykas pagal Koncesijų įstatymą taip pat gali būti valstybės, savivaldybės ir (arba) valstybės ar savivaldybės kontroliuojamų asmenų nuosavybės, patikėjimo teise valdomas ir (ar) naudojamas turtas, įskaitant turtą, kuris pagal Lietuvos Respublikos Konstituciją išimtinė nuosavybės teise priklauso valstybei, tai yra žemės gelmės, taip pat valstybinės reikšmės vidaus vandenys, miškai, parkai, keliai, istorijos, archeologijos ir kultūros objektai. Pagal koncesijos sutartis gali būti suteiktos teisės naudotis kontinentiniu šelfu ir (ar) ekonomine zona Baltijos jūroje, į kuriuos valstybė turi išimtinės teises, taip pat Lietuvos Respublikos žemės gelmių įstatyme nustatytais žemės gelmių ištekliais (įskaitant naudingąsias iškasenas), žemės gelmių ertmėmis ir kitais gamtos ištekliais¹⁰⁹.

Svarbu yra tai, kad turtas, kuris valstybei priklauso išimtinė nuosavybės teise, turtas bei turtas, į kurį valstybė turi išimtinės teises, taip pat kitas valstybės, savivaldybės ir (arba) valstybės ar savivaldybės kontroliuojamų asmenų nuosavybės, patikėjimo teise valdomas ir (ar) naudojamas turtas gali būti perduodamas koncesininkui tik valdyti ir (ar) naudoti, neperduodant nuosavybės teisės į jį.

Koncesijos sutartyje taip pat gali būti nurodytas koncesininko įsipareigojimas sukurti naują turtą ar valdyti ir (ar) naudoti esamą turtą, nuosavybės, patikėjimo teise priklausančią koncesininkui. Tokio turto valdymo ir (ar) naudojimo bei nuosavybės teisės į jį perdavimo suteikiančiajai institucijai arba valstybės ar savivaldybės kontroliuojamiems

¹⁰⁸ ETT 1994 m. balandžio 19 d. sprendimas byloje C-331/92, *Gestion Hotelera Internacional SA v. Comunidad Autonoma de Canarias*, ECR I-1329.

¹⁰⁹ Koncesijų įstatymas, 3 str. 3 d.

asmenims ir nuosavybės teisės į tokį turtą išsaugojimo sąlygas šalys nustato koncesijos sutartyje¹¹⁰. Pastarojoje nuostatoje numatytos taisyklės taikomas tiek turto, kurį sukuria ar kuris priklauso koncesininkui, tiek nuosavybės teise valstybei ar savivaldybei priklausančio turto atžvilgiu. Be to, koncesijos sutartyje nustatomos tokio turto nuosavybės teisės perleidimo ar išsaugojimo sąlygos. Tokia Koncesijų įstatymo nuostata suteikiama galimybė pagal koncesijų įstatymą pritaikyti Lietuvoje įvairius tarptautinėje praktikoje žinomus „hibridinius projektus“ pavyzdžiui, BOO (angl. - *Build-Own-Operate* – statymas-įgijimas-valdymas), BOT (angl. - *Build-Operate-Transfer* – statymas-valdymas-perdavimas) ir kt.

Pastebėtina, kad pagal Koncesijų įstatymą nėra visiškai aišku, ar vis dėlto koks nors valstybės ar savivaldybės turtas galėtų būti perduodamas koncesininkui nuosavybės teise. Kartais tam, kad galėtų tinkamai vykdyti koncesijos sutartį, koncesininkui gali būti reikalinga turėti tam tikrą turtą nuosavybės teise. Pavyzdžiui, koncesininkui galėtų būti perleidžiamas susidėvintis turtas, reikalingas viešosios paslaugos teikimui, kuris iki koncesijos sutarties sudarymo buvo valstybės ar savivaldybės nuosavybė. Manytina, kad koncesijos sutartyje numatytais sąlygomis būtų galima tam tikrą turtą perleisti koncesininko nuosavybėn, nepažeidžiant Koncesijų įstatymo 3 straipsnio 3 dalies, nurodančios turtą, kuris gali būti perduodamas koncesininkui tik valdyti ir (arba) naudoti.

Svarbu pabrėžti, kad koncesijos sutarties dalykas pagal Koncesijų įstatymą yra labai platus. Įstatyme pateikiamas veiklos sričių bei funkcijų, dėl kurių gali būti suteikiama koncesija, sąrašas yra nebaigtinis: Vyriausybės sprendimu koncesija gali būti suteikiama ir kitose srityse. Be to, koncesijos sutarties dalykas gali būti ne tik ūkinė komercinė veikla, susijusi su infrastruktūros objektų projektavimu, statyba, plėtra, atnaujinimu, pakeitimu, remontu, valdymu, naudojimu ir (ar) priežiūra susijusiose srityse bei viešosios paslaugos (tai iš esmės atitiktų viešųjų pirkimų direktyvose pateiktą koncesijų sampratą), bet ir valstybės ar savivaldybės turto valdymas ir (ar) naudojimas, įskaitant turtą, priklausančią valstybei išimtinė nuosavybės teise, taip pat gamtinių išteklių eksploatavimą. Taigi dalyko atžvilgiu koncesijos sutartis pagal Koncesijų įstatymą yra lanksti: nėra baigtinio galimų veiklų sąrašo, įstatymas suteikia galimybę Vyriausybės sprendimu suteikti koncesijas ir kitose su infrastruktūra ar viešosiomis paslaugomis susijusiose srityse, taip pat pagal koncesijos sutartis koncesininkams gali būti perduotas valdyti ir (ar) naudoti valstybės, savivaldybės ir (arba) valstybės ar savivaldybės kontroliuojamų asmenų turtas.

¹¹⁰ Koncesijų įstatymas, 3 str. 4 d.

3.2.3. Rizikų pasidalijimas

Rizikų pasidalijimas tarp viešojo ir privačiojo partnerių - dar vienas bendrasis koncesijos sutarties požymis (rizikų pasidalijimas būdingas visoms VPSP formoms). Jokių rizikų pasidalijimo taisyklių ar galimų rizikų įvardijimo Koncesijų įstatyme nėra – tai turėtų būti identifikuojama kiekvienam konkrečiam projektui. Tačiau koncesininko ir suteikiančiosios institucijos rizikos, susijusios su koncesijos sutartyje nustatytais šalių įsipareigojimais, pasidalijimas - privaloma koncesijos sutarties sąlyga¹¹¹. Kaip jau buvo minėta šiame darbe, rizikų pasidalijimas koncesijos sutarties atžvilgiu pasižymi specifika: koncesininkui turi būti perkeliama visa arba didžioji dalis pagal koncesijos sutartį vykdomos veiklos rizikos. Šiuo aspektu tai specialusis koncesijos sutarties požymis.

3.2.4. Veiklos rizikos perkėlimas koncesininkui

Koncesijų įstatymo 2 str. 1 punkte, apibrėžiančiame koncesijos sąvoką, be kitų požymių, nurodyta, kad koncesija laikoma leidimu vykdyti komercinę veiklą, „kai koncesininkas pagal koncesijos sutartį prisiima visą ar didžiąją dalį su tokia veikla susijusios rizikos bei atitinkamas teises ir pareigas“¹¹².

Didžiosios dalies veiklos rizikos perkėlimą koncesininkui, kaip koncesijos sutarties požymį, atskiriantį koncesijos sutartį nuo viešųjų pirkimų sutarties, yra įvardijusi Komisija rekomendacinio pobūdžio Aiškinamajame komunikate¹¹³: Komisija išveda šį požymį iš kito specialiojo koncesijos sutarties požymio – atlyginimo koncesininkui pobūdžio, tiesiogiai įtvirtinto viešųjų pirkimų direktyvose pateiktose viešųjų darbų ir viešųjų paslaugų koncesijų sąvokose.

Taigi, nors viešųjų pirkimų direktyvose veiklos rizikos perkėlimas nėra įvardintas, Koncesijų įstatyme šis požymis įtvirtintas tiesiogiai. Tai atspindi Komisijos suformuotą nuomonę, kad veiklos rizikos perkėlimas koncesininkui – būtinas koncesijos sutarties požymis.

3.2.5. Atlyginimo koncesininkui pobūdis

Antrasis specialusis koncesijos sutarties požymis, tiesiogiai įtvirtintas Koncesijų įstatyme pateiktoje koncesijos sąvokoje, – specialus mokėjimo koncesininkui būdas, kai koncesininko atlyginimą už atitinkamą veiklą, kurią leidžiama vykdyti suteikiant koncesiją, sudaro:

¹¹¹ Ibid., 22 str. 1 d. 4 p., 22 str. 2 d.

¹¹² Ibid., 2 str. 1 p.

¹¹³ OJ, 2000 C 094, p. 4-13.

- 1) tik teisės užsiimti atitinkama veikla suteikimas ir pajamos iš tokios veiklos arba
- 2) tokios teisės suteikimas ir pajamos iš tokios veiklos kartu su atlyginimu, mokamu koncesininkui suteikiančiosios institucijos, atsižvelgiant į jos prisiimtą riziką.

Šia koncesijų įstatymo nuostata perkeltas viešųjų pirkimų direktyvose 2004/18/EB ir 2004/17/EB nurodytas koncesijos sutarties požymis, skiriantis ją nuo viešojo pirkimo sutarties: koncesija yra tokios pačios rūšies sutartis kaip ir darbų/paslaugų pirkimo sutartis, išskyrus tai, kad atlygis už atliktus darbus/suteiktas paslaugas – teisė gauti pajamas iš tokios veiklos arba tokia teisė kartu su užmokesčiu.

Iš šios viešųjų pirkimų direktyvose pateiktos koncesijos sąvokos galima daryti išvadą, kad atlygis, gaunamas pajamų iš vykdomos veiklos forma, yra privalomas koncesijos sutarties elementas. Viešųjų pirkimų direktyvos leidžia ir mišrų atlyginimo koncesininkui būdą: „teisė gauti pajamas iš vykdomos veiklos kartu su užmokesčiu“. Pabrėžtina, kad viešųjų pirkimų direktyvose santykis tarp „pajamų, gaunamų iš vykdomos veiklos“, ir suteikiančiosios institucijos „užmokesčio“ nėra nurodytas.

Šiame darbe jau buvo aptarta suteikiančiosios institucijos mokėjimo ir pajamų iš trečiųjų asmenų (vartotojų) santykio problema, analizuota ETT bei Komisijos: daroma išvada, kad didžiąją dalį koncesininko atlyginimo už vykdomą veiklą turi sudaryti pajamos iš tokios veiklos (pajamos iš trečiųjų asmenų).

Koncesijų įstatyme šis požymis glaudžiai susietas su kitu pagal Koncesijų įstatymą būtinu koncesijos sutarties požymiu – rizikos perkėlimu - ir tokiu būdu yra aiškiai atspindėta Komisijos pozicija: „atlyginimą už tokią veiklą sudaro tik teisės užsiimti atitinkama veikla suteikimas ir pajamos iš tokios veiklos arba tokios teisės suteikimas ir pajamos iš tokios veiklos kartu su atlyginimu, mokamu koncesininkui suteikiančiosios institucijos, *atsižvelgiant į jos prisiimtą riziką*“. Kadangi mokėjimas koncesininkui turi būti proporcingas suteikiančiosios institucijos prisiimtai rizikai, o suteikiančioji institucija gali prisiimti tik nedidelę rizikos dalį (didžiąją rizikos dalį turi prisiimti koncesininkas), aišku, kad esant mišriam atlyginimo koncesininkui būdai, pajamos iš vykdomos veiklos visais atvejais turi sudaryti didžiąją dalį koncesininko atlyginimo.

Vis dėlto iš vykdomos veiklos gaunamų pajamų ir suteikiančiosios institucijos mokamo atlyginimo santykio klausimas kai kuriais atvejais gali tapti problema. Kartais gali būti sudėtinga nuspręsti, kiek yra „didžioji dalis“. Koncesijų įstatymas proporcijos procentais ar kokios nors skaičiavimo metodikos nepateikia.

IŠVADOS

Atlikus tyrimą, galima daryti šias išvadas:

1. Šiuo metu Europos Sąjungoje galiojančios vienos VPSP sąvokos nėra, tačiau atsižvelgiant į VPSP formų įvairovę ir skirtingą nacionalinį reglamentavimą, taip pat spartų VPSP vystymąsi, griežtas VPSP apibrėžimas nėra reikalingas. VPSP galima suprasti kaip bet kokią privataus sektoriaus ir viešojo sektoriaus bendradarbiavimo formą, susijusią su priemonėmis viešajai infrastruktūrai gerinti arba viešosiomis paslaugomis. Koncesijos sutartis – viena iš VPSP formų.
2. Europos Sąjungoje nėra vieningo koncesijos sutarties reglamentavimo: viešųjų paslaugų koncesijos sąvokos yra pateikiamos antriniuose Europos Sąjungos teisės aktuose - viešųjų pirkimų direktyvose, tačiau į Direktyvos 2004/18/EB taikymo sritį patenka tik viešųjų darbų koncesijos, kitoms koncesijos sutarties rūšims yra taikomi ETT praktikos suformuoti bendrieji EB Sutarties principai: skaidrumo, vienodo požiūrio, proporcingumo ir abipusio pripažinimo.
3. Nepaisant ETT pateiktų išaiškinimų bei Komisijos apibendrinimų, EB Sutarties bendrųjų principų reikalavimai praktikoje suprantami ir interpretuojami įvairiai. Teisinio reglamentavimo nepakankamumas Europos Sąjungos lygiu gali trukdyti įmonėms dalyvauti koncesijos sutarčių sudarymo konkursuose, sumažinti konkurenciją VPSP srityje bei kelti pavojų jų sėkmei, todėl yra reikalingas bendras

koncesijų reglamentavimas Europos Sąjungos lygiu. Daugelį koncesijų suteikimo problemų būtų galima išspręsti priimant atskirą direktyvą dėl koncesijų sutarčių ar bent jau naują Komisijos aiškinamąjį komunikatą.

4. Kadangi koncesijos sutartis yra sutartinės VPSP forma, pirmiausia jai yra būdingi bendrieji VPSP požymiai formai – tai (1) susitarimas tarp viešojo ir privataus sektoriaus partnerių, kuris (2) susijęs su viešosios infrastruktūros vystymu ir/ar viešųjų paslaugų teikimu ir kuriam būdingas (3) rizikų paskirstymas.
5. Pagal specialiuosius koncesijos sutarties požymius koncesijos sutartis yra atskiriama nuo viešųjų pirkimų sutarties bei kitų VPSP formų: tai (1) ypatingas atlyginimo koncesininkui pobūdis, kai koncesininkui suteikiama teisė atlyginimą už vykdomą pagal koncesijos sutartį veiklą visa apimtimi arba didžiąja dalimi gauti kaip pajamas iš trečiųjų asmenų (angl. – *exploitation right*) bei iš šio specialiojo požymio išvedamas (2) didžiosios veiklos rizikos dalies perkėlimo koncesininkui požymis.
6. Esminis viešųjų pirkimų procedūros pranašumas koncesijos atžvilgiu yra Europos masto teisinis viešųjų pirkimų apibrėžtumas. Teisinis apibrėžtumas visada reiškia investicijų saugumą ir kartu teigiamą poveikį konkurencijai, o dabartinis koncesijų reglamentavimas, ypač paslaugų koncesijų, dažnai sukuria įspūdį, kad koncesijos sutartis yra būdas „apeiti“ griežtas viešųjų pirkimų procedūras.
7. Lietuvoje koncesijų sutarčių reglamentavimas yra vieningas - Koncesijų įstatymas taikomas visoms koncesijos sutarties rūšims. Šiame įstatyme tiesiogiai įtvirtinti visi darbe išskirti koncesijos sutarties požymiai pagal Europos Sąjungos teisę – tiek bendrieji, tiek specialieji, taigi manytina, kad koncesijos sutarties samprata Lietuvos teisėje atitinka koncesijos sutarties sampratą Europos Sąjungos teisėje.
8. Koncesijų įstatymas pasižymi tam tikra specifika lyginant su Europos Sąjungos koncesijos sutarties koncepcija: koncesijos sutarties dalykas yra labai platus (koncesijos sutartis gali būti sudaroma ne tik dėl infrastruktūros vystymo bei viešųjų paslaugų teikimo, bet ir dėl valstybės/savivaldybės turto valdymo ir/ar naudojimo), taip pat skiriasi asmenų, galinčių būti suteikiančiąja institucija suteikiant viešųjų paslaugų koncesijas ir asmenų, galinčių suteikti kitas koncesijų rūšis, ratas.

LITERATŪROS SĄRAŠAS

I. Teisės norminiai aktai:

Europos Sąjungos teisės aktai:

1. Europos Bendrijos steigimo sutartis (1997 m. lapkričio 10 d. suvestinė redakcija), OJ, 1997 C 340.
2. Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, OJ, 2004 L 134, p. 114-240.
3. Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, , OJ, 2004 L 134, p. 1-113.
4. Council Directive 93/37/EEC of June 1993 concerning the co-ordination for procedures for the award of public works contracts, OJ, 1993 L 199, p. 54-83.
5. Council Directive 93/38/EEC of June 1993 concerning the co-ordination the procurement of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors, OJ, 1993 L 199, p. 84-138.
6. Council Directive 92/50/EEC of June 18, 1992 relating to the co-ordination for procedures for the award of public service contracts, OJ, 1992 L 209, p. 25-45.

7. Commission Regulation No 2083/2005 of 19 December 2005 amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts OJ, 2005 L 333, p. 28-29.

Lietuvos teisės aktai:

1. Lietuvos Respublikos Konstitucija (su pakeitimais ir papildymais), Valstybės žinios, 1992, Nr. 33-1014.
2. Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas, patvirtintas 2000 m. liepos 18 d. įstatymu Nr. VIII-1864, Valstybės žinios, 2000, Nr. 74-2262.
3. Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymas (su pakeitimais ir papildymais), Valstybės žinios, 2003, Nr. 70-3163.
4. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (su pakeitimais ir papildymais), Valstybės žinios, 2002, Nr. 118-5296.
5. Lietuvos Respublikos valstybės ir savivaldybių turto valdymo, naudojimo ir disponavimo juo įstatymas (su pakeitimais ir papildymais), Valstybės žinios, 2002, Nr. 60-2412.
6. Lietuvos Respublikos vietos savivaldos įstatymas (su pakeitimais ir papildymais), Valstybės žinios, 2000, Nr. 91-2832.
7. Lietuvos Respublikos Vyriausybės įstatymas (su pakeitimais ir papildymais), Valstybės žinios, 1998, Nr. 41-1131.

II. Spausdintiniai leidiniai:

1. AVERY, A., et al. *Public-Private Partnerships: A Practical Analysis*. London: Globe Business Publishing Ltd, 2006.
2. DELMON, J. *Project Finance: BOT Projects and Risk*. Kluwer Law International, 2005.
3. Deloitte. *Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public Private Partnerships. A Deloitte Research Study*. Deloitte Development LLC, 2006.
4. HARRIS, S. *Public private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services*. Inter-American Development Bank, Washington, D. C., s. a.
5. International Financial Services. *Public Private Partnerships. UK Expertise for International Markets*. London: 2003.

6. Long term Contracts Between Government Units and Non-government partners (Public-private Partnerships). Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2004.
7. PriceWaterhouseCoopers. *Developing Public Private Partnerships in New Europe*, 2004.
8. International Conference: Public Private Partnership in the Baltics and Europe. Alternative Means of Financing Public Energy and Infrastructure Projects, 2006 (*Konferencijos medžiaga*).
9. 11th Wiener Juristengespräche. Symposium: Current Issues of PPP projects, 2006 (*Konferencijos medžiaga*).
10. GUDELIS, D.; ROZENBERGAITĖ V. *Viešojo ir privataus sektorių partnerystės galimybės*. Viešojo politika ir administravimas, 2004, Nr. 8., p. 58-73.
11. Seminaras „Naujos viešojo ir privataus sektoriaus partnerystės galimybės Lietuvoje“, 2006 m. (*Seminaro medžiaga*).

III. Elektroniniai dokumentai:

1. BROWN, A. *Exclusion of Service Concessions from the EC procurement directives: more jurisprudence from the ECJ. Case Comment*. In Public Procurement Law Review [interaktyvus], 2002, 6, (NA119-121) [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.
2. BROWN, A. *The Application of the EC Treaty to a Services Concession Awarded by a Public Authority to a Wholly-owned Subsidiary: Case C-458/03 Parking Brixen*. In Public Procurement Law Review [interaktyvus], 2006, 2, (NA40-47) [žiūrėta 2007 03 03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.
3. HAUSMANN, F. L. *Public Private Partnerships and the Award of Concessions*. In Public Procurement Law Review [interaktyvus], 1999, 6, p. 267-278 [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.
4. DISCHENDORFER, M. *Service Concessions under the EC Procurement Directives: A Note on the Telaustria Case. Case Comment*. In Public Procurement Law Review [interaktyvus], 2001, 2, (NA57-63) [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.
5. KRUGNER, M. *The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions*. In Public Procurement

- Law Review [interaktyvus], 2003, 5, p. 181-207 [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.
6. LEVY, D. A. *BOT and Public Procurement: A Conceptual Framework*. In *Indiana International & Comparative Law Review* [interaktyvus], 1996, 7, [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.
 7. OJEDA, A. R. *The Concession of Public Works: Options for the Financing and Management of Public Infrastructures*. In *Public Procurement Law Review* [interaktyvus], 1994, 1, p. 47-59 [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.
 8. WILLIAMS, R. *The European Commission's Interpretative Communication on Concessions under Community Law*. In *Public Procurement Law Review* [interaktyvus], 2000, 5, (NA105-110) [žiūrėta 2007-03-03]. Prieiga per internetą: <www.westlaw.com>.
 9. European Bank for Reconstruction and Development. *Concession Assessment Project. Cover Analysis Report* [interaktyvus], August 2005 [žiūrėta 2007-03-16]. Prieiga per internetą: <<http://www.ebrd.com/pubs/ar/index.htm>>.
 10. UNCITRAL. *Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects* [interaktyvus]. New York, 2004 [žiūrėta 2007-03-16]. Prieiga per internetą: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2003_Model_PFIP.html>.
 11. UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* [interaktyvus]. New York, 2001 [žiūrėta 2007-03-16]. Prieiga per internetą: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001G_uide_PFIP.html>.
 12. BURGIENĖ D. *Konferencijos savivaldybėse – praktiniai aspektai*. Konferencija “Koncesijų bei viešosios ir privačiosios partnerystės (PPP) naudojimas savivaldybėse [interaktyvus], 2004 m. (*konferencijos medžiaga*) [žiūrėta 2006-03-16]. Prieiga per internetą: <<http://www.ukmin.lt/lt/investicijos/partneryste/>>.
 13. Viešojo ir privataus sektorių partnerystė ir Europos Sąjungos struktūrinių fondų naudojimas. Elektroninis leidinys [interaktyvus]. [Žiūrėta 2006-12-20]. Prieiga per internetą: <<http://www.vpvi.lt/edit/uploads/LT.pdf>>.

IV. Praktinė medžiaga:

1. ETT 2005 m. spalio 13 d. sprendimas byloje C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerk Brixen AG* (2005), ECR I-08612.
2. ETT 2005 m. sausio 11 d. sprendimas byloje C-26/03, *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (2005), ECR I-00001.
3. ETT 2000 m. gruodžio 7 d. sprendimas byloje C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v Telekom Austria AG and Harold Business Data AG* (2000), ECR I-10475.
4. ETT 1999 lapkričio 18 d. sprendimas byloje C-107/98, *Teckal Srl v. Comune di Viano, AGAC* (1999), ECR I-08121.
5. ETT 1999 m. lapkričio 18 d. sprendimas byloje C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab v Ministeriet for Fodevarer Landbrug og Fiskeri* (1999), ECR I-08291.
6. ETT 1998 m. lapkričio 11 d. sprendimas byloje C-360/96, *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV* (1993), ECR I-06821.
7. ETT 1996 m. balandžio 25 d. sprendimas byloje C-87/94, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium (Walloon Buses)* (1996), ECR I-2043.
8. ETT 1993 m. liepos 22 d. sprendimas byloje C-243/89, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Denmark (Storebaelt)*, ECR I-3353.
9. ETT 1991 m. liepos 25 d. sprendimas byloje C-76/90, *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd.* (1991), ECR I-04221.
10. ETT 1991 m. gegužės 7 d. sprendimas C-340/89, *Irène Vlassopoulou v Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg* (1991), ECR I-02357.
11. ETT 1984 m. gegužės 17 d. sprendimas byloje 15/83, *Denkavit Nederland BV v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij and Voedselvoorzienings- en verkoopbureau* (1984), ECR I-00169.
12. ETT 1994 m. balandžio 19 d. sprendimas byloje C-331/92, *Gestion Hotelera Internacional SA v. Comunidad Autonoma de Canarias*, ECR I-1329.
13. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2000 m. spalio 18 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos akcinių bendrovių „Būtingės nafta“, „Mažeikių nafta“ ir „Naftotiekis“ reorganizavimo įstatymo, Lietuvos Respublikos mokesčių administravimo įstatymo 5 straipsnio 3 dalies atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai ir dėl Lietuvos Respublikos Seimo nutarimo „Dėl strateginio

investuotojo pripažinimo" atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai ir Lietuvos Respublikos nacionalinio saugumo pagrindų įstatymui“.

14. European Parliament Resolution of 16 October 2006 on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions, 2006/2043(INI).
15. Communication from the Commission of 15 November 2005 the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on public-private partnerships and Community law on public procurement and concessions, COM (2005) 569.
16. Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public-Private partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, SEC (2005) 629.
17. Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on Public Contracts and Concessions, COM(2004)327 final.
18. Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law on Public Contracts, OJ, 2000 C 121, p. 4-13.

IV. Travaux préparatoires:

1. Generalinio advokato La Pergola nuomonė ETT 1998 m. lapkričio 11 d. byloje C-360/96, *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV* (1993), ECR I-06821.
2. Generalinio advokato Fenelly nuomonė ETT 2000 m. gruodžio 7 d. byloje C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v Telekom Austria AG and Harold Business Data AG* (2000), ECR I-10475.
3. Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymo pakeitimo projektas Nr. IXP-2279.
4. Lietuvos Respublikos Seimo Ekonomikos komiteto 2003 m. birželio 11 d. išvada dėl Koncesijų įstatymo pakeitimo projekto IXP-2279, Nr. 21.
5. Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymo, vietos savivaldos įstatymo pakeitimo ir papildymo įstatymo projektas Nr. XP-1369A.
6. Lietuvos Respublikos Seimo kanceliarijos Teisės departamento 2006 m. birželio 8 d. išvada dėl Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymo, vietos savivaldos įstatymo pakeitimo ir papildymo įstatymo projekto Nr. XP-1369A.

SANTRAUKA

Viešojo ir privataus sektorių partnerystė (VPSP) gali būti apibrėžiama kaip bendradarbiavimas tarp viešosios valdžios institucijų ir privataus sektoriaus, susijęs su infrastruktūros vystymu bei viešųjų paslaugų teikimu. Viena iš VPSP formų, koncesijos sutartis, – pastaraisiais metais Europos Sąjungoje populiarėjantis viešojo sektoriaus finansavimo būdas. Tačiau šiuo metu nėra vieningo koncesijų reglamentavimo Europos Sąjungos lygiu. EB Steigimo sutartyje koncesijos sutartis nėra minima, o specialios Direktyvos 2004/18/EB nuostatos taikomos tik viešųjų darbų koncesijoms. Šio magistro darbo tikslas - atskleisti koncesijos sutarties sampratą pagal Europos Sąjungos ir Lietuvos teisę. Pirmiausia aptariama VPSP koncepcija, argumentai už ir prieš VPSP taikymą viešajame sektoriuje bei išskiriami bendrieji VPSP bruožai, būdingi visoms VPSP formoms: tai susitarimas tarp viešojo ir privataus partnerių, ypatingas sutarties dalykas (infrastruktūros vystymas ir/ar viešųjų paslaugų teikimas), bei rizikos paskirstymas. Taip pat šiame darbe analizuojami pagrindiniai specialieji požymiai, pagal kuriuos koncesijos sutartis atskiriama nuo kitų VPSP formų (ypač viešųjų pirkimų sutarčių), t. y. faktas, kad atlyginimą koncesininkui už atliekamus darbus ar teikiamas paslaugas ar didžiąją jo dalį sudaro pajamos, gautos iš trečiųjų asmenų („eksploatavimo teisė“), bei rizikos perkėlimas koncesininkui. Paskutinė šio darbo dalis skirta koncesijos sutarties sampratai pagal Lietuvos teisę atskleisti. Daroma išvada, kad Lietuvoje koncesijos sutarties samprata atitinka Europos Sąjungoje formuojamą koncepciją ir visi aukščiau minėti koncesijos sutarties požymiai yra tiesiogiai įtvirtinti Koncesijų įstatyme.

SUMMARY

Public-Private Partnership (PPP) can be described as a contractually regulated cooperation between public authorities and the private sector to carry out infrastructure or provide public services. One of the PPP's forms, a concession agreement, over the last several years has become an increasingly important financial instrument in EU for the funding of the public sector. However, there is no integrated legislation on concessions in EU level yet. EU Treaty does not define concessions and it is only Directive 2004/18/EB that lays down specific provisions entirely for works concessions. This master thesis analyses a concept of concession agreement under EU and Lithuanian legislation. Firstly, the concept of PPP and arguments for and against the choice of various forms of PPP are analysed and the general features typical to all PPP forms, including concessions, particularly, a contractual relationship between public and private partners, specific object of a concession (public infrastructure development and/or public services provision) and distribution of risks between the public partner and the private partner are distinguished. This master thesis also analyses the key features of a concession which are the main criteria for delimitation of a concession agreement and other PPP forms (especially public procurement agreements), i.e. the fact that the concessionaire does not or does not mainly receive a payment as a consideration for the carrying out of the services or works, but the right to exploit services or works and a transfer of major risk to private partner. In the last part of this master thesis the concept of a concession agreement under Lithuanian laws is examined and the conclusion that Lithuania follows the EU concept of a concession agreement and all of the abovementioned features are directly implemented in the Law on Concessions is drawn.