

SESV SUTARTIES 346 STRAIPSNYJE ĮTVIRTINTOS IŠIMTIES TAIKYMAS GYNYBOS IR SAUGUMO SRITIES VIEŠIESIEMS PIRKIMAMS

Vilius Kuzminskas

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Privatinės teisės katedros doktorantas
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius, Lietuva
Tel. (+370 5) 236 6170
El. paštas: <Vilius.kuzminskas@gmail.com>

Straipsnyje nagrinėjamos Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 346 straipsnyje įtvirtintos išimties taikymo prielaidos, analizuojama Europos Sąjungos Komisijos ir Europos Sąjungos Teisingumo Teismo praktika bei pirkimų gynybos ir saugumo srityje teisės doktrina dėl šiame straipsnyje nustatytos išimties taikymo ir atskleidžiama šios išimties galimų interpretacijų pagrįstumo problematika.

The article discloses in the Treaty of Function of European Union clause 346 fixed exclusion, that provides ability for the EU member states to depart from the mandatory application of European law for the procurement in defense area. Point of view to this exclusion of the European Commission, European Court of Justice and procurement in defense area doctrine are analyzed and exclusion interpretations reasonableness problems are disclosed.

Įvadas

Viešųjų pirkimų, kaip vieno iš svarbiausio valdžios institucijų nenutrūkstamą veiklą užtikrinančio ir valstybės vykdomos politikos įvairiose socialinėse srityse įgyvendinimą formuojančio instrumento, turiningas įgyvendinimas lemia sėkmingą valstybės ekonomikos veikimą ir gali gerokai prisidėti prie valstybės užsibrėžtų ilgalaikių ir trumpalaikių tikslų įgyvendinimo. Viešieji pirkimai gynybos ir saugumo srityje yra svarbi viešųjų pirkimų sudedamoji dalis, dėl ypatingos pirkimo objektų specifikos pasižyminti itin didele svarba valstybės vykdomoms viešosioms funkcijoms užtikrinti. Atskiri ypatumai, lemiantys viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje specifiką, speciali pirkimų gynybos ir saugumo srityje direktyva¹ bei ją įgyvendinantis įstatymas² yra viešųjų pirkimų *lex specialis*, įtvirtintas dėl šiems pirkimams būdingos specifikos. Viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje teisės doktrinoje pripažįstama, kad valstybės teisė įsigyti gynybai reikalingas priemones yra esminė valstybės suvereniteto dalis³, todėl bet koks šios srities viršnationalinis reguliavimas vertintinas nevienodai.

¹ 2009 m. liepos 13 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2009/81/EB dėl darbų, prekių ir paslaugų pirkimo tam tikrų sutarčių, kurias sudaro perkančiosios organizacijos ar subjektai gynybos ir saugumo srityse, sudarymo tvarkos derinimo ir iš dalies keičianti direktyvas 2004/17/EB ir 2004/18/EB. OL 2009, 216/76 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-01]. Prieiga per internetą <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0081>>.

² Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų, atliekamų gynybos ir saugumo srityje, įstatymas (su pakeitimais ir papildymais) [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-01]. Prieiga per internetą: <<https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.E838D0C06065>>.

³ BLAUBERGER, M.; WEISS, M. If you can't beat me, join me! How the Commission pushed and pulled member states into legislating defence procurement. *Journal of European Public Policy* [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-05], 2013, Vol. 20, No. 8. Prieiga per internetą: <<http://dx.doi.org/10.1080/13501763.2013.781783>>.

Viešųjų pirkimų, atliekamų gynybos ir saugumo srityje, ir vykdomų tik pagal Viešųjų pirkimų, atliekamų gynybos ir saugumo srityje, įstatymą⁴ vertė 2016 m. Lietuvoje sudarė daugiau kaip 200 mln. eurų⁵, o bendrame Europos Sąjungos (toliau – ES) kontekste, viešųjų pirkimų, atliekamų gynybos ir saugumo srityje, vertė 2011–2015 metais sudarė apie 80 milijardų eurų per vienerius kalendorinius metus⁶. Istorškai valstybių pirkimų gynybos ir saugumo srityje reguliavimas buvo atliekamas išimtinai tų valstybių teisės aktų, tačiau ES Komisijai inicijavus pirkimų gynybos ir saugumo srityje direktyvos priėmimą, situacija pasikeitė iš esmės. Šiuo metu ES valstybių narių viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje teisinis reguliavimas apibrėžiamas Europos Sąjungos pirkimų gynybos ir saugumo srityje direktyva ir ją įgyvendinančiais teisės aktais. Dalis šių viešųjų pirkimų nepatenka į direktyvos jurisdikcijos sritį dėl pačioje direktyvoje arba ES pirminiuose teisės aktuose įtvirtintų išimčių. Viena iš didžiausių kontroversiją keliančių išimčių yra įtvirtinta Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo (toliau – SESV) 346 straipsnyje (ex. EB sutarties 296 straipsnis). Būtent šiame straipsnyje įtvirtinta nuostata, kad jokia valstybė narė neprivalo teikti informacijos, kurios atskleidimą ji mano esant prieštaraujančiu gyvybiniams savo saugumo interesams, ir tai, kad kiekviena valstybė narė gali imtis priemonių, kurias mano esant būtinas gyvybiniams savo saugumo interesams, susijusiems su ginklų, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ar prekyba, apsaugoti. Šios nuostatos įtvirtinimas pirminiame ES teisės šaltinyje – SESV yra neatsiejamas tiek nuo pagrįsto ES valstybių narių noro išlaikyti savarankiškumą nacionalinės gynybos srityje, tiek su viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje specifika. Būtina paminėti ir tai, kad pirkimai gynybos ir saugumo srityje yra pamatinė valstybės saugumą užtikrinanti priemonė, kurios netinkamas veikimas ar šio veikimo didelis sutrikdymas gali lemti pačios valstybės pabaigą, t. y. žūtį.

Atlikus akademinės literatūros analizę nagrinėjama tema, konstatuotina, kad viešieji pirkimai gynybos ir saugumo srityje Lietuvoje yra iš esmės netirta viešųjų pirkimų sritis. Pažymėtina ir tai, kad ES pirkimų direktyvose įtvirtintų išimčių taikymas Europos Sąjungoje yra nagrinėjamas epizodiškai, išskiriant tik dalies išimčių taikymą, tačiau SESV 346 straipsnio 1 dalies taikymo problematika akademinėje literatūroje beveik nenagrinėta tema. Vis dėlto galima išskirti pagrindinius tyrėjus, kurie tyrė ES pirkimų gynybos ir saugumo srityje pirkimus ir SESV 346 straipsnyje nustatytos išimties taikymo problematiką ir kurių darbais remiamasi šiame straipsnyje – tai M. Trybus, B. Heuninckx, E. Aalto, M. Blauberger⁷ ir kt. Atsižvelgiant į tai, šiame straipsnyje nagrinėjamos ir analizuojamos bei lyginamos šių autorių nuomonės, ESTT praktika, ES Komisijos *soft law* dėl SESV 346 straipsnyje įtvirtintos išimties taikymo ir kiti šios išimties taikymo kontekste svarbūs dokumentai. Straipsnio tyrimo objektas – SESV 346 straipsnio 1 dalyje įtvirtintos išimties taikymo sąlygos (ES Komisijos, viešųjų pirkimų teisės doktrinos ir ESTT požiūriu).

⁴ Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų, atliekamų gynybos ir saugumo srityje, įstatymas <...>.

⁵ Viešųjų pirkimų tarnybos informacija apie 2016 m. vykdytus viešuosius pirkimus gynybos ir saugumo srityje [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-27]. Prieiga per internetą: <<http://vpt.lrv.lt/informacija-apie-2016-m-vykdytus-viesuosius-pirkimus-gynybos-ir-saugumo-srityje>>.

⁶ Commission staff working document. Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016SC0407>>.

⁷ HEUNINCKX, B. Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives. *Public Procurement Law Review* [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-25], 2008, Nr. 17. Prieiga per internetą: <<https://nottingham.ac.uk/.../heuninckxcoherenteuropandefence.pdf>>; AALTO E, et al. Towards a European defence market. *Chaillot paper* [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-05], 2008, Nr. 113. Prieiga per internetą: <<https://www.iss.europa.eu/content/towards-european-defence-market>>; BLAUBERGER, M.; WEISS, M. If you can't beat me <...>; TRYBUS, M. European Union Law and Defence Integration [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-25], 2005. Prieiga per internetą: <https://books.google.lt/books?hl=lt&lr=&id=Ec_bBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR1&dq=trybus+defence+procurement&ots=12WPerH_Bq&sig=b8DOlas-TeKNNkCL2hqByRvS9E&redir_esc=y#v=onepage&q=trybus%20defence%20procurement&f=false>.

Straipsnyje keliama mokslinė diskusija dėl ES Komisijos pozicijos, taikant SESV 346 straipsnio 1 dalį, ši pozicija vertinama atsižvelgiant į viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje teisės doktrinos nuostatas ir ESTT praktiką. Pažymėtina, kad dėl viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje specifikos perkančiųjų organizacijų tikslai ne visada gali būti pasiekiami laikantis bendrojo Europos Sąjungos pirkimų gynybos ir saugumo srityje reguliavimo, o šios išimties įtvirtinimo pirminėje ES teisėje aktualumą patvirtina tai, kad šis punktas išliko nepakeistas Maastrichto, Amsterdamo, Nicos ir Lisabonos sutartyse. Tačiau, neatsižvelgiant į tai, 346 straipsnio 1 dalyje įtvirtintos išimties interpretavimas pasikeitė iš esmės.

Šio straipsnio tikslas – išanalizuoti, ar ES Komisijos pozicija dėl SESV 346 straipsnio 1 dalyje numatytos išimties taikymo nėra paremta pertekliniais ar papildomais ir nepagrįstais šios išimties taikymo apskundimais, atsižvelgiant į pirminėje ES teisėje įtvirtintas nuostatas ir viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje mokslinėje literatūroje įtvirtintas nuostatas.

Šiam tikslui pasiekti keliami šie uždaviniai:

1. Atskleisti SESV 346 straipsnio 1 dalyje nustatytos išimties įtvirtinimo pirminėje ES teisėje prielaidas, istorinį kontekstą ir ES Komisijos nuomonę dėl šios išimties taikymo.
2. Išanalizuoti argumentus, kuriais remiasi ES Komisija, siekdama apriboti SESV 346 straipsnio 1 dalyje įtvirtintos išimties taikymą, ir pateikti šių argumentų pagrįstumo analizę bei nustatyti sąlygas, kurioms esant, rėmimasis išimtimi galėtų būti laikytinas pagrįstu.
3. Atsižvelgiant į ESTT praktiką ir viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje teisės doktriną, įvertinti ES Komisijos pozicijos požiūrį į 346 straipsnio 1 dalies taikymą, vertinant jį per bendros vidaus rinkos bei nacionalinių saugumo interesų perspektyvą.

Straipsnyje naudojamas sisteminis, analitinis, loginės analizės ir lyginamasis metodai.

1. SESV 346 straipsnio 1 dalyje įtvirtinta išimtis ir pirkimai gynybos ir saugumo srityje

ES politikos įgyvendinimas ir vieno iš pagrindinių tikslų – bendros rinkos sukūrimo – siekimas yra neatsiejamas nuo viešųjų pirkimų liberalizavimo. Atsižvelgiant į tai, ES valstybėse narėse viešųjų pirkimų reguliavimas yra viena iš labiausiai ES teisės paveiktų sričių. Nors klasikinio sektoriaus viešųjų pirkimų reguliavimas ES prasidėjo septintajame XX amžiaus dešimtmetyje⁸, pirmieji pavykę bandymai reglamentuoti viešuosius pirkimus gynybos ir saugumo srityje galėtų būti siejami tik su 2006 m. ES Komisijos komunikatu⁹ (apie poreikį reguliuoti šią sritį Komisija yra užsiminusi ir anksčiau, pavyzdžiui, žaliojoje knygoje dėl viešųjų pirkimų gynybos srityje¹⁰). Atkreiptinas dėmesys į tai, kad direktyvos 2009/81 priėmimas buvo pirmasis pavykęs ES Komisijos bandymas reglamentuoti pirkimus gynybos ir saugumo srityje, nes ankstesni bandymai 1990 ir 2000 baigėsi nesėkmėmis¹¹. Toks sąlygiškai vėlyvas ES Komisijos bandymas reglamentuoti viešuosius pirkimus gynybos ir saugumo srityje nėra atsitiktinis – SESV įtvirtintos nuostatos imperatyviai nurodo, kad kiekviena valstybė narė gali imtis priemonių, kurias mano esant būtinas gyvybiniams savo saugumo interesams, susijusiems su ginklu, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ar prekyba, apsaugoti.

⁸ Commission Directive 70/32/EEC of 17 December 1969 on provision of goods to the State, to local authorities and other official bodies [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-01]. Prieiga per internetą: <<http://data.europa.eu/eli/dir/1970/32/oj>>.

⁹ Europos Bendrijų Komisija. Aiškinamasis komunikatas dėl Sutarties 296 straipsnio taikymo viešiesiems pirkimams gynybos srityje, Briuselis, 7.12.2006, KOM (2006) 779 galutinis [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0779>>.

¹⁰ Europos Bendrijų Komisija. Žalioji knyga viešieji pirkimai gynybos srityje (2005/C 221/12) Briuselis, 23.09.2004, KOM (2004) 608 galutinis [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <[www.europarl.europa.eu/mee-docs/2004_2009/.../_com_com\(2004\)0608_lt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/mee-docs/2004_2009/.../_com_com(2004)0608_lt.pdf)>.

¹¹ BLAUBERGER, M.; WEISS M. If you can't beat me <...>.

Neatsižvelgdama į tai, ES Komisija ėmėsi iniciatyvos reglamentuoti viešuosius pirkimus gynybos ir saugumo srityje, siekdama įgyvendinti vieną iš 2003 m. komunikate „Europos Sąjungos politikos dėl gynybos įrangos kūrimo link“¹² nurodytų priemonių ir sukurti Europos gynybos įrangos rinką. Nors SESV sutarties 346 straipsnio 1 dalimi apribota ES institucijų teisė reglamentuoti viešuosius pirkimus gynybos ir saugumo srityje, ES Komisija nusprendė siūlyti priimti specialiąją direktyvą, reglamentuojančią pirkimus gynybos ir saugumo srityje¹³. Atsižvelgiant į šį ES Komisijos sprendimą visu pirma kyla pagrįstas klausimas, ar Europos gynybos įrangos rinkai sukurti imtasi tinkamų priemonių, nes ES nėra karinė sąjunga ir net jei tikslas sukurti šią rinką galėtų būti pripažintas pagrįstu, pažymėtina, kad šiai rinkai sukurti panaudotos priemonės turėtų nevaržyti ES valstybių narių galimybių veikti gynybos srityje. Vis dėlto, kaip rodo šiandienė ESTT praktika ir ES Komisijos inicijuojamos bylos prieš valstybes nares, rezultatas greičiau yra atvirkštinis.

Pirmieji direktyvos lygmeniu įtvirtinti ES Komisijos bandymai apriboti ES valstybių narių kompetenciją gynybos ir saugumo srityje vykdomiems viešiesiems pirkimais sietini su 2004 m. ES pirkimų direktyva, kurios 10 straipsnyje¹⁴ nurodyta, kad „Ši direktyva taikoma viešosioms sutartims, kurias perkančiosios organizacijos sudaro gynybos srityje remdamosi Sutarties 296 straipsniu“. Atkreiptinas dėmesys, kad vėliau ES Komisija, atsižvelgdama į viešųjų pirkimų, atliekamų gynybos ir saugumo srityje, specifiką ir, manytina, ES valstybių narių stiprų pasipriešinimą, atsitraukė nuo šio požiūrio – 2006 metų Komunikate pripažino, kad taikant EB sutarties 296 straipsnį viešiesiems pirkimams gynybos srityje, nėra taikoma Direktyva 2004/18/EB¹⁵. Toks požiūris suponavo prievolę taikyti ES pirkimų reguliavimą, kuris neatitiko šiems pirkimams būdingo specifiškumo ir neužtikrino valstybių narių pirkimų gynybos ir saugumo srityje tikslų pasiekimo. Komunikate¹⁶ ES Komisija pažymėjo, kad bet kokios leidžiančios nukrypti nuostatos taikymas pagal EB sutarties 296 straipsnį yra susijęs su pačia Europos bendrijos esme ir dėl savo pobūdžio yra teisiškai ir politiškai sudėtingas klausimas.

Pirkimų gynybos ir saugumo srityje reglamentavimo ES lygiu problemišumą atskleidžia ir tai, kad nors ES Komisija yra tos nuomonės, kad viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje procedūros turėtų būti vykdomos vadovaujantis 2009 metų pirkimų gynybos ir saugumo srityje direktyva, tačiau 2009 metų direktyvos pirkimams gynybos ir saugumo srityje taikymo instrukcijose¹⁷ pripažįsta, kad SESV 346 straipsnyje nustatytos išimties taikymas galimas tam tikrais atvejais. Vis dėlto 2016 m. ES Komisijos pranešime buvo pripažinta, kad pagrindinis 2009/81/ES direktyvos tikslas yra užtikrinti, kad viešieji pirkimai gynybos ir saugumo srityje būtų atliekami vadovaujantis ES viešųjų pirkimų taisyklėmis, o direktyva siekiama įtvirtinti teisinį gynybos ir saugumo srities pirkimų reguliavimą ir apriboti išimčių taikymą, ypač tų, kurios grindžiamos SESV 346 straipsniu¹⁸.

¹² European Commission. Communication from the Commission of 11 March 2003: Towards a European Union Defence Equipment Policy. COM(2003) 113 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-01]. Prieiga per internetą: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:n26028&from=EN>>.

¹³ 2009 m. liepos 13 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2009/81/EB <...>.

¹⁴ 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo. *OJ 2004*, L 134, p. 114–240.

¹⁵ Europos Bendrijų Komisija. Aiškinamasis komunikatas dėl Sutarties 296 straipsnio <...>.

¹⁶ Ten pat.

¹⁷ Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security Guidance: Note Field of application [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-01]. Prieiga per internetą: <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15407/attachments/1/translations/en/renditions/native>>.

¹⁸ COMMISSION NOTICE of 30.11.2016. Guidance on the award of government-to-government contracts in the fields of defence and security (Article 13.f of Directive 2009/81/EC). Brussels, 30.11.2016 C(2016) 7727 final [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-01]. Prieiga per internetą: <http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_en>.

Kaip pažymi Aalto¹⁹, gynybos ir saugumo sritis niekada nepateko į Europos Sąjungos sutarčių reguliavimo sritį, tačiau, neatsižvelgiant į tai, ES turėjo kompetenciją valstybės pagalbos ir viešųjų pirkimų reguliavimo srityse. Esminis klausimas buvo (ir yra) tai, ar ši kompetencija gali būti teisėtai išplėsta į gynybos ir saugumo sektorių. Istoriskai SESV 346 straipsnis buvo skirtas dviem pagrindinėms funkcijoms atlikti. Pirmoji sietina su siekiu suderinti bendros rinkos veikimą ir kitus ES interesus ir atskirų ES valstybių narių saugumo interesus, antroji – suteikti valstybėms narėms teisę nukrypti nuo bendros prievolės teikti informaciją ES, kai tai susiję su gyvybiniais saugumo interesais. Viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje teisės doktrinoje pažymima, kad išimtys, nurodytos SESV 36, 45, 52, 346 ir 347 straipsniuose, galėtų būti suskirstytos į 2 kategorijas – 36, 46 ir 52 straipsniuose ir 346 ir 347 straipsniuose. Pagrindinis šių išimčių skirtumas yra toks, kad 346 ir 347 straipsniuose įtvirtinta teisė nukrypti nuo ES sutarčių nuostatų yra platesnė (teisė visiškai nesilaikyti sutartyse įtvirtinto reguliavimo visa apimtimi) ir tuo, kad SESV 348 straipsnyje numatyta speciali galimų nesutarimų dėl 346 ir 347 straipsnių taikymo sprendimo tvarka. Teoriškai SESV 346 straipsnis kiekvienai ES valstybei narei suteikia galimybę visiškai nukrypti nuo SESV įtvirtintų nuostatų, jei tai susiję su ES valstybės narės saugumu. Pažymėtina, kad išimties galimybė patvirtinama ir 2009/81²⁰ direktyvos preambulės 16 straipsnyje.

Taigi konstatuotina, kad, ES Komisijos požiūriu, ES viešųjų pirkimų taisyklės yra taikytinos gynybos sektoriuje, o valstybės narės turi galimybę nuo jų nukrypti tik išimtiniais ES steigimo sutartyje numatytais atvejais ir sąlygomis. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, kyla pagrįstas klausimas, ar ES Komisijos nuomonės, išreikštos rekomendacinio pobūdžio dokumentuose ir *de facto* įtvirtintos antriniuose ES teisės šaltiniuose – pirkimų direktyvose – atitinka pirminiame ES teisės šaltinyje – SESV sutartyje – įtvirtintas nuostatas ir kokiais atvejais ES valstybės narės gali nukrypti nuo ES Komisijos įtvirtinto viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje režimo. Siekiant nustatyti sąlygas, kurioms esant valstybės narės gali nesilaikyti bendrųjų ES viešųjų pirkimų reguliavimo taisyklių, būtina išsamiai išanalizuoti ESTT formuojamą praktiką dėl SESV 346 straipsnio taikymo, kurioje ESTT yra iš dalies atsižvelgęs į ES Komisijos nuomonę dėl išimčių taikymo galimumo pirkimų gynybos ir saugumo srityje.

Kaip pažymėjo generalinė advokatė Juliane Kokott²¹ savo išvadoje, tam, kad pagal EB 296 straipsnio 1 dalies b punktą (dabartinės SESV redakcijos 346 straipsnio 1 dalies b punktą) būtų imamasi vienašalių nacionalinių priemonių, turi būti įvykdytos dvi kumuliacinės sąlygos:

1. Pirmą, šios priemonės turi būti susijusios su ginklų, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ir prekyba;
2. Antra, priemonės, kurių imamasi, yra būtinos apsaugoti gyvybinius atitinkamos valstybės narės saugumo interesus.

Atkreiptinas dėmesys į tai, kad generalinės advokatės nurodytos sąlygos iš esmės atitinka viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje doktrinoje išskiriamas ir kritikuojamas sąlygas, norint pasiremti SESV 346 straipsnyje numatyta išimtimi – konkretus saugumo intereso nurodymas, ryšio tarp šio saugumo intereso ir konkretaus sprendimo pirkti nustatymas ir pagrindimas, kodėl direktyvos taikymas pažeis šį saugumo interesą²². Vienas iš svarbiausių gynybos ir saugumo srities doktrinos mokslininkų Heuninckx²³ šias sąlygas taikant papildomai pabrėžia dar ir tai, kad šios išimties taikymas turi būti

¹⁹ AALTO E, *et al.* Towards a European defence market <...>.

²⁰ 2009 m. liepos 13 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2009/81/EB <...>.

²¹ Generalinės advokatės Juliane Kokott išvada, pateikta 2012 m. sausio 19 d. byloje *Insinöörtoimisto InsTüimi Oy*, bylos Nr. C-615/10 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-10]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=118141&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=520842>>.

²² BLAUBERGER, M.; WEISS M. If you can't beat me <...>.

²³ HEUNINCKX, B. 346, the Number of the Beast? Public Procurement Research Group. *Public Procurement: Global Revolution*. VIII. 2017.

suprantamas siaurai ir šios sąlygos taikymas neturėtų daryti poveikio prekių, sukurtų ne specialiai karo tikslams, konkurencijai.

Atsižvelgiant į tai, kyla pagrįstas klausimas, kokios priemonės gali būti laikytinos susijusiomis su ginklų, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ir prekyba ir kokios priemonės, kurių imamasi, yra laikytinos būtinomis apsaugoti gyvybinius atitinkamos valstybės narės saugumo interesus. Trečia, kyla pagrįstas klausimas, kokie ES valstybės narės saugumo interesai turėtų būti laikomi gyvybiniais saugumo interesais ir kaip atskirti šiuos interesus nuo „įprastų“ saugumo interesų.

2. Pirmoji sąlyga: sąsaja su ginklų, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ir prekyba

Pirmoji būtinoji sąlyga, norint ES valstybei narei remtis SESV 346 straipsnyje numatyta išimtimi, yra susijusi su tuo, kad perkamos priemonės turi būti susijusios su ginklų, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ir prekyba. Šios sąlygos egzistavimas visų pirma sietinas su produktais, nurodytais 1958 m. balandžio 15 d. Tarybos sprendimu 255/58 patvirtintame ginklų, amunicijos ir karinių medžiagų sąrašė. Paminėtina, kad pats Tarybos sprendimas su karinės įrangos sąrašu nebuvo skelbiamas viešai, tačiau 2008 m. ES Komisija šį sąrašą (praėjus 50 metų nuo jo priėmimo) pavišino²⁴. Viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje doktrinoje toks šio sąrašo pavišinimo būdas yra laikomas teisinio tikrumo trūkumu²⁵, nes šio sąrašo imperatyvumas yra kvestionuotinas. Pažymėtina, kad šis Tarybos sprendimu patvirtintas ginklų, amunicijos ir karinių medžiagų sąrašas neturėtų būti tapatinamas su Bendruoju karinės įrangos sąrašu, patvirtintu Lietuvos Respublikos krašto apsaugos ministro įsakymu²⁶. Akademinėje literatūroje išskiriami keli Tarybos patvirtinto sąrašo taikymo, t. y. vadovavimosi juo perkant priemones gynybos ir saugumo reikmėms, probleminiai aspektai. Heuninckx²⁷ pažymi, kad sąrašas yra per daug abstraktus, suteikiantis per didelę interpretacijos laisvę. Aalto²⁸ pažymi, kad sąrašas niekada nebuvo oficialiai paskelbtas ir tai sukuria teisinį netikrumą dėl priemonių, įtrauktų į sąrašą, bei tai, kad pats sąrašas yra pakankamai senas ir šiuo metu rinkoje yra technologijų, kurių nebuvo sąrašo tvirtinimo metu.

Reikia sutikti, kad 1958 m. balandžio 15 d. Tarybos sprendimu 255/58 patvirtintame ginklų, amunicijos ir karinių medžiagų sąrašė pateikiamas galimų įsigyti priemonių sąrašas nėra detalus, tačiau būtina pažymėti tai, kad ši kritika dėl Tarybos patvirtinto sąrašo detalumo trūkumo gali būti laikoma nepakankamai pagrįsta vien tuo pagrindu, kad Taryba, pateikdama sąlygiškai nekonkretų priemonių sąrašą, siekė dirbtinai neapriboti ES valstybių narių galimybių nesilaikyti ES sutartyse įtvirtintų nuostatų, atsižvelgiant į gynybos ir saugumo pirkimų specifiką ir į tai, kad ES nuo įsisteigimo pradžios neturėjo įgaliojimų veikti gynybos ir saugumo srityje. Būtent šis aspektas, vertinant patį 1958 m. balandžio 15 d. Tarybos sprendimu 255/58 patvirtintą ginklų, amunicijos ir karinių medžiagų sąrašą, nėra įtikinamai nuginčijamas ES Komisijos dokumentuose. Vertinant šio sąrašo sąlyginį neapibrėžtumą moksliniu požiūriu, būtent tokio sąrašo (sąlygiškai nedetalaus) patvirtinimas geriausiai atitiko bei, šio darbo autoriaus nuomone, – geriausiai atitinka ES valstybių narių poreikius. Ir, atvirkščiai, per

²⁴ Council of the European Union. Legislative acts and other instruments. Extract of the Council decision of 255/58 1958 April 15. REV4 14538/4/08 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-01]. Prieiga per internetą: <://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=EN&f=ST%2014538%202008%20REV%204>.

²⁵ AALTO E, *et al.* S. Towards a European defence market <...>.

²⁶ Lietuvos Respublikos krašto apsaugos ministro 2009 m. gruodžio 29 d. įsakymas Nr. V-1216 Dėl bendrojo karinės įrangos sąrašo patvirtinimo [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-01]. Prieiga per internetą: <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.204E30E5AB25/OZKtNWavIp>.

²⁷ HEUNINCKX, B. Towards a Coherent <...>.

²⁸ AALTO E, *et al.* Towards a European defence market <...>.

Manytina, toks Pirmosios instancijos teismo sprendimas *Fiocchi Munizioni SpA* byloje lėmė ES Komisijos poziciją dėl to, kad išimtis, nustatyta ES sutarties 346 straipsnio 1 dalyje (ex. EB sutarties 296 straipsnis), galima tik karinės paskirties priemonėms, nurodytoms 1958 m. balandžio 15 d. Tarybos sąrašė, ir tik tada, jei tos prekės bus naudojamos vien gynybos ir saugumo poreikiams. Toks ES Komisijos požiūris nepagrįstai susiaurino galimą įsigyti prekių gynybos ir saugumo reikmėms sąrašą, nes dalis prekių, nurodytų 1958 m. balandžio 15 d. Tarybos sąrašė, yra pripažįstamos dvejopos paskirties prekėmis, t. y. prekėmis, kurias galima naudoti ir karinėms, ir civilinėms reikmėms. Kita vertus, ESTT šiose bylose dėl SESV 346 straipsnio taikymo patvirtino galimybę ES valstybėms narėms nesilaikyti SESV sutarties nuostatų remiantis gyvybiniais saugumo interesais, tačiau abiem atvejais valstybių narių pateikti argumentai dėl gyvybinio saugumo intereso buvimo pripažinti nepakankamais. Tačiau vėlesnėje ESTT praktikoje pozicija dėl to, kad išimties taikymas galimas tik karinės paskirties priemonėms, nurodytoms 1958 m. balandžio 15 d. Tarybos sąrašė, ir tik tada, jei tos prekės bus naudojamos vien gynybos ir saugumo reikmėms, buvo sušvelninta.

Dėl galimybės pirkti dvejopos paskirties prekes, kurios gali būti naudojamos tiek kariniais, tiek civiliniais tikslais, ESTT pasisakė ir byloje *Italijos Respublika v. ES Komisija*³³. Byloje kilo ginčas dėl to, ar Italijos Respublikos perkami sraigtasparniai, kurių karinis panaudojimas yra tik galimas, priskirtini prie karinės įrangos ir patenka į 1958 m. Tarybos sąrašą. ESTT byloje pažymėjo, kad pagal EB 296 straipsnio 1 dalies b punktą kiekviena valstybė narė gali imtis priemonių, jos manymu, būtinų gyvybiniais jos saugumo interesams apsaugoti ir kurios susijusios su ginklu, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ar prekyba, su sąlyga, kad šios priemonės nekenkia gaminių, kurie nėra specialiai skirti karo tikslams, konkurencijos bendrojoje rinkoje sąlygoms, bei nurodė, kad būtent iš šios nuostatos formuluotės išplaukia, kad aptariamos prekės turi būti skirtos būtent karo tikslams. Iš to išeina, kad, perkant įrangą, kurios naudojimas karo tikslams nėra akivaizdus, būtinai turi būti laikomasi viešojo pirkimo sutarčių sudarymo taisyklių.

Tolesnė prekių, kurios pripažintinos patenkančiomis į 1958 m. Tarybos sąrašą, sąvokos kaita siejama su ESTT *InsTiimi*³⁴ byla. Šioje byloje nacionalinę bylą nagrinėjantis teismas ESTT pateikė prejudicinį paklausimą, ar Direktyvos 2004/18 10 straipsnį kartu su EB 296 straipsnio 1 dalies b punktu reikia aiškinti taip, kad valstybei narei leidžiama netaikyti šioje direktyvoje numatytų procedūrų, kai perkančioji organizacija sudaro viešąją sutartį gynybos srityje dėl medžiagos, kuri nors skirta specialiai kariniams tikslams, gali būti iš esmės panašiai panaudojama civilinėje srityje, įsigijimo. ESTT nurodė, kad būtent prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar produktas, kaip antai pagrindinėje byloje aptariama besisukančios platformos sistema, gali būti priskiriamas vienai ar kitai šio sąrašo kategorijai, ir konstatavo, kad EB 296 straipsnio 1 dalies b punkte pažymima, jog priemonės, kurių gali imtis valstybės narės, neturi kenkti gaminių, kurie nėra specialiai skirti karo tikslams, konkurencijos bendrojoje rinkoje sąlygoms. Byloje ESTT pažymėjo, kad, pirma, perkančioji organizacija negali remtis EB 296 straipsnio 1 dalies b punktu, kad pateisintų nukrypstančią priemonę perkant medžiagą, kuri aiškiai naudojama civiliniams tikslams ir galbūt gali būti karinės paskirties, tuo nenukrypdamas nuo ankstesnėje *Italijos Respublikos*³⁵ byloje nurodytos pozicijos. Tačiau šioje byloje teismas konstatavo, kad net jei produktas priklausytų vienai ar kitai medžiagų kategorijai, nu-

³³ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2008 m. spalio 2 d. sprendimas *Europos Bendrijų Komisija v. Italijos Respublika* byloje C-157/06 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-18]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68913&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=700105>>.

³⁴ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2012 m. birželio 7 d. sprendimas *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy* byloje C-615/10 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123604&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=684307>>.

³⁵ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2008 m. spalio 2 d. sprendimas *Europos Bendrijų Komisija v. Italijos Respublika* byloje C-157/06 <...>.

rodytai 1958 m. balandžio 15 d. Tarybos sąrašė, jis gali būti laikomas specialiai skirtu karo tikslams, kaip tai suprantama pagal EB 296 straipsnį, tik jei tas panaudojimas yra ne vien toks, kaip jį supranta perkančioji organizacija, bet ir kuris išplaukia iš specialiai tokiems tikslams sukurtai, plėtojamai ar iš esmės pakeistai įrangai būdingų savybių. Taigi byloje ESTT paneigė ankstesnį ES Komisijos požiūrį ir patvirtino, kad dvejopos paskirties priemonės gali būti pripažįstamos tokiomis, kurios patenka į Tarybos 1958 m. sąrašė nurodytą prekių sąrašą. ESTT žengė dar toliau ir pažymėjo, kad žodis „karinė“, vartojamas 1958 m. Tarybos sąrašė 11 punkte, bei formuluotės „jeigu jie yra karinio pobūdžio“ ir „specialiai sukurti“, vartojamos šio sąrašė 14 ir 15 punktuose, rodo, kad šiuose punktuose nurodyti produktai objektyviai turi būti specialiai karinės paskirties. Byloje ESTT konstatavo, kad tokia besisukančios platformos sistema, kurią perkančioji organizacija ketina naudoti tik kariniams tikslams, turėtų būti laikoma skirta specialiai šiems tikslams, kaip tai suprantama pagal EB 296 straipsnio 1 dalies b punktą, tik jei nustatyta, kad kitaip nei panaši medžiaga, skirta naudoti civiliniams tikslams, kuriuos ieškovas nurodo pagrindinėje byloje, ši sistema dėl jai būdingų savybių, įskaitant esminius pakeitimus, gali būti laikoma specialiai sukurta ir plėtojama tokiems tikslams.

Pažymėtina, kad ESTT šioje byloje įtvirtinta „esminių pakeitimų“ sąlyga nėra iki galo aiški, o nesant naujesnės praktikos plačiau šią sąvoką atskleisti nėra galimybės. Vis dėlto būtina įvertinti tai, kad „esminių pakeitimų“ sąlyga patenka į nacionalinių teismų kompetencijos sritį, todėl šios sąlygos vertinimas galėtų būti priklausomas nuo kiekvienoje ES valstybėje narėje susiformavusios praktikos ir dėl to plačiau šiame straipsnyje nebus nagrinėjamas.

Atskirai būtina paminėti generalinės advokatės Juliane Kokott pateiktus argumentus *InsTiimi* byloje³⁶. Generalinė advokatė palaikė ES Komisijos poziciją, nurodydama, kad prekė turi būti specialios karinės paskirties ne tik pagal konkrečią perkančiosios organizacijos nurodomą paskirtį (*subjektyviu* požiūriu), bet ir pagal savo sandarą ir savybes (*objektyviu* požiūriu). Tačiau toks vertinimas, kuris iš esmės buvo išdėstytas ir pagrįstas ankstesniuose ES Komisijos *soft law* dokumentuose, ESTT sprendime nebuvo patvirtintas.

Galiausiai būtina atkreipti dėmesį į tai, kad direktyvos 2009/81 preambulės 10 straipsnyje yra įtvirtinta, kad nors į 1958 m. Tarybos sąrašą įtraukta tik ta įranga, kuri specialiai sukurta ir pagaminta kariniais tikslais, tačiau sąrašas yra bendro pobūdžio ir turėtų būti plačiai interpretuojamas turint mintyje tai, kad kinta technologijos pobūdis, pirkimų politika ir kariniai reikalavimai, todėl kuriama naujų tipų įranga, pavyzdžiui, pateikiama Europos Sąjungos bendrajame karinės įrangos sąrašė.

Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, pažymėtina, kad dvejopos paskirties prekės, kurios gali būti naudojamos tiek karinėms, tiek civilinėms reikmėms, galėtų būti pripažintos atitinkančiomis pirmąją sąlygą dėl būtinos sąsajos su ginklų, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ir prekyba, tik jei perkančioji organizacija ketina šias priemones naudoti kariniams tikslams ir šios priemonės dėl joms būdingų savybių, įskaitant esminius pakeitimus, gali būti laikomos specialiai sukurtos ir plėtojamos tokiems tikslams.

3. Antroji sąlyga: galimybės taikyti išimtį pagrindimas saugumo interesais

Antroji būtina sąlyga, norint ES valstybei narei remtis SESV 346 straipsnyje numatyta išimtimi, yra susijusi su tuo, kad priemonės, kurių imamasi, turi būti būtinos gyvybiniais atitinkamos valstybės narės saugumo interesams apsaugoti. Šios sąlygos daugiareikšmiškumas ir interpretavimo problemškumas visų pirma susijęs su pačių pirkimų gynybos ir saugumo srityje specifika – visų pirma yra sunku atskirti, kurie viešieji pirkimai gynybos srityje yra susiję su gyvybiniais saugumo interesais, o kurie viešieji pirkimai gynybos ir saugumo srityje nėra susiję su gyvybiniais saugumo interesais, t. y. susiję

³⁶ Generalinės advokatės Juliane Kokott išvada <...>.

tik su valstybės saugumo interesais. Pažymėtina, kad gyvybinių saugumo interesų sampratos apibrėžimas yra valstybės narės prerogatyva, kaip tai buvo nurodyta *Fiocchi Munizioni*³⁷ byloje ir patvirtinta daugelyje kitų ESTT bylų, pavyzdžiui, *Instimmi*³⁸, ir kt. Atkreiptinas dėmesys, kad saugumo interesas ir gyvybinis saugumo interesas nėra tapačios sąvokos, tačiau, neatsižvelgiant į tai, tiek vienos, tiek antros sąvokos apibrėžtis yra priskirtina nacionalinei teisei. Nepaisant to, ES Komisijos iniciatyva ESTT bylose yra paneigęs daugelį ES valstybių narių interpretacijų dėl to, kas gali būti pripažinta „gyvybiniu saugumo interesu“. Siekiant tai atskleisti nagrinėjamos temos kontekste, būtina išanalizuoti ESTT formuojamą praktiką dėl gyvybinių saugumo interesų ir ES valstybių narių rėmimosi šiais interesais konkrečiose bylose.

Pirmoji grupė bylų, kuriose rėmimasis SESV 346 straipsnyje įtvirtinta išimtimi buvo grindžiamas gyvybiniu saugumo interesu, sietina su karinės technikos atleidimu nuo muitų. Byloje *ES Komisija v. Suomijos Respublika*³⁹ Europos Bendrijų Komisija prašė Teisingumo Teismo pripažinti, kad 1998–2002 m. atleidusi nuo muitų karinės įrangos importą, Suomijos Respublika neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 26 straipsnį. Suomijos Respublika teigė, kad dėl jos specifinės situacijos pagal EB 296 straipsnio 1 dalies b punktą ji pagrįstai gali nukrypti nuo bendrojo muitų tarifo taikymo, kai importas susijęs su išimtinai kariniams tikslams skirta įranga ir siekiant apsaugoti gyvybinius jos saugumo interesus. Byloje ES Komisija tvirtino, kad, atsakydama mokėti muitus už aptariamą importą, Suomijos Respublika klaidingai rėmėsi EB 296 straipsniu, nes tai, kad jie renkami, nekelia grėsmės šios valstybės narės gyvybiniams saugumo interesams. Preziumuotina, kad tai vienas iš pirmųjų atvejų, kai ES Komisija teigė žinanti geriau, kas yra gyvybinis saugumo interesas, nei ES valstybė narė. Konstatuotina, jog ESTT šioje byloje patvirtino nuostatą, kad EB 296 ir 297 straipsniuose nustatytos leidžiančios nukrypti nuostatos, kaip numatyta nusistovėjusioje teismo praktikoje dėl leidžiančių nukrypti nuo pagrindinių laisvių nuostatų, turi būti aiškinamos siaurai. Teismas sprendime pažymėjo, kad EB 296 straipsnyje nurodytos priemonės, kurias valstybė narė gali laikyti būtinomis apsaugoti jos gyvybinius saugumo interesus, arba informaciją, kurios atskleidimas, jos manymu, prieštarautų šiems interesams, negali būti aiškinamas kaip suteikiantis valstybėms narėms teisę nukrypti nuo Sutarties nuostatų vien remiantis minėtais interesais. Atsižvelgiant į tai, galima daryti išvadą, kad, nors Suomijos pozicija dėl karinės technikos atleidimo nuo muitų gali būti laikoma valstybės narės saugumo interesu, tačiau, ESTT nuomone, negali būti pripažinta „gyvybiniu saugumo interesu“, kuris yra būtinas, siekiant remtis SESV 346 straipsnio 1 dalyje įtvirtinta išimtimi. Tokia pozicija galėtų būti kvestionuojama ir dėl to, kad tai, kas priskirta prie gyvybinio saugumo intereso sąvokos, kaip nurodyta pirmiau nagrinėtose bylose, ESTT priskiria nacionalinių teismų kompetencijai. Vis dėlto ESTT nagrinėjant bylas dėl muitų mokesčių, renkamų ES reikmėms, ESTT nepripažino valstybės narės nurodyto „gyvybinio saugumo intereso“, neatsižvelgiant į tai, kad šis klausimas iš esmės yra priskirtinas valstybės narės, o ne ES, kompetencijai.

Kitoje byloje dėl SESV 346 straipsnio – *ES Komisija v. Švedijos Karalystė*⁴⁰ – ESTT iš esmės atkartojo ankstesnėje byloje nurodytus argumentus, tačiau, atsižvelgiant į tai, kad ginčas byloje kilo dėl EB sutarties 296 straipsnio 1 dalies b punkte nustatytos išimties taikymo dvejopos (civilinės ir karinės)

³⁷ Europos Sąjungos Pirmosios instancijos teismas. 2003 m. rugsėjo 30 d. sprendimas *Fiocchi Munizioni* <...>.

³⁸ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2012 m. birželio 7 d. sprendimas *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy* <...>.

³⁹ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v Republic of Finland* byloje C-284/05 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-06]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76940&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=593829>>.

⁴⁰ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v Kingdom of Sweden* byloje C-294/05 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72639&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=601445>>.

paskirties prekių, ESTT pažymėjo ir tai, kad nurodyti argumentai dėl EB 296 straipsnio netaikymo išimtinai karinės įrangos importo srityje, juo labiau taikytini dvejopos (civilinės ir karinės) įrangos importui. Iš esmės identiškus argumentus ESTT pakartojo panašiose bylose dėl SESV 346 straipsnio 1 dalies b punkto išimties taikymo – *Komisija v. Italijos Respublika*⁴¹, *Komisija v. Vokietijos Federacinė Respublika*⁴², *Komisija v. Graikijos Respublika*⁴³, *Komisija v. Danijos Karalystė*⁴⁴, *Komisija v. Portugalijos Respublika*⁴⁵ ir *Komisija v. Italijos Respublika*⁴⁶. Visose nurodytose bylose valstybių narių atsisakymai mokėti atitinkamo importo muitus buvo pripažinti nepagrįstais ir konstatuota, kad valstybės narės nepagrįstai rėmėsi EB 296 straipsniu, nes muitų rinkimas, ES Komisijos nuomone, (kuriai pritarė ESTT), nekelia grėsmės valstybių narių gyvybiniams saugumo interesams. Tokių ESTT bylų sprendimų motyvai nutartyse grindžiami tuo, kad deklaracijos dėl muitų, taikomų karinei įrangai, nėra tokios išsamios, kad galėtų padaryti žalos šių valstybių interesams saugumo ir konfidencialumo srityje. Tokia ESTT pozicija, kurios laikydamasis ESTT *de facto* eliminuoja dalį ES valstybių narių kompetencijos dėl gyvybinio saugumo intereso sąvokos vertinimo, yra kritikuojama viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje teisės doktrinoje⁴⁷. Apibendrinant šiose bylose išdėstytą ESTT vertinimą, būtina konstatuoti, kad remtis SESV 346 straipsniu galima tik įrodžius esant gyvybinių saugumo interesų, tačiau ESTT praktikoje ES karinės technikos apmokestinimas ES muitais nepripažįstamas gyvybinių saugumo interesu.

Atskiru atveju, patvirtinančiu ES Komisijos nuomonę dėl įvairių mokesčių mokėjimo, galima laikyti bylą *ES Komisija v. Ispanijos Karalystė*⁴⁸, kurioje ESTT pritarė ES Komisijos nuomonei dėl iš esmės identiškos pozicijos SESV 346 straipsnyje numatytos išimties taikymo galimumo dėl pridėtinės vertės mokesčio. Byloje ESTT konstatavo įsipareigojimų neįvykdymą, nes Ispanijos Karalystė neįrodė, kad ginklų, amunicijos ir išimtinai karinės įrangos importo ir įsigijimo atleidimas nuo šio Ispanijos teisėje numatyto pridėtinės vertės mokesčio pateisinamas pagal EB 296 straipsnio 1 dalies b punktą būtinybe apsaugoti šios valstybės narės gyvybinius saugumo interesus.

⁴¹ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Italian Republic* byloje C-387/05 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76811&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=613950>>.

⁴² Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Federal Republic of Germany* byloje C-372/05 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76812&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=616199>>.

⁴³ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Hellenic Republic* byloje C-409/05 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76810&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=618170>>.

⁴⁴ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Kingdom of Denmark* byloje C-461/0 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76809&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=619083>>.

⁴⁵ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2010 m. kovo 4 d. sprendimas *European Commission v. Portuguese Republic* byloje C-38/06 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84467&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=622167>>.

⁴⁶ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Italian Republic* byloje C-393/06 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76808&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=625147>>.

⁴⁷ BLAUBERGER, M., WEISS, M. If you can't beat me <...>.

⁴⁸ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 1999 m. rugsėjo 16 d. sprendimas *Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain* byloje C-414/97. [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-11]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44706&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1096743>>.

Apibendrinant ESTT bylas dėl valstybių narių bandymų pripažinti muito mokesčių ar pridėtinės vertės mokesčio nemokėjamą gyvybinių saugumo interesu ir remtis SESV 346 straipsnyje įtvirtinta išimtimi, jie ESTT nebuvo akceptuoti. Pažymėtina ir tai, kad toks griežtas išimties, įtvirtintos SESV 346 straipsnyje, taikymas yra kritikuotinas. Apskritai viešųjų pirkimų doktrinoje laikomasi nuomonės, kad viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje reguliavimas visų pirma turėtų būti valstybių narių nacionalinės teisės klausimas⁴⁹. Identišką nuostatą deklaravo ir ES Komisija žaliojoje knygoje dėl viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje⁵⁰, tačiau, priėmus specialiąją direktyvą dėl pirkimų gynybos ir saugumo srityje, ES Komisijos nuomonė dėl rėmimosi SESV 346 straipsniu tapo itin griežta, o valstybių narių teisė spresti dėl pirminėje ES teisėje įtvirtintų nuostatų taikymo – itin ribota ir, kaip parodo ESTT praktika, priklausoma nuo antrinės ES teisės taikymo.

Analizuojant SESV 346 straipsnio 1 dalyje įtvirtintą išimties taikymą, būtina išanalizuoti ir *Schiebel*⁵¹ byloje ESTT nurodytus argumentus. Byloje Austrijos teismas kreipėsi į ESTT su prašymu priimti prejudicinį sprendimą dėl SESV 18, 45, 49 ir 346 straipsnio 1 dalies b punkto taikymo išaiškinimo. Byloje kilo ginčas dėl to, kad Austrijos institucija atsisakė išduoti leidimą *Schiebel Aircraft* vykdyti veiklą ginklų sektoriuje, nes *Schiebel Aircraft* neatitinko įstatyme nustatytų vertimosi šiomis veiklomis sąlygų, nes įmonių registre – greta kitų dviejų asmenų – įrašytas kaip įstatuose numatytas *Schiebel Aircraft* vadovas yra Didžiosios Britanijos pilietis, neturintis Austrijos pilietybės. ESTT, kaip ir kitose bylose dėl išimčių taikymo, pakartojo, kad, kaip numatyta nusistovėjusioje teismo praktikoje dėl nuostatų, leidžiančių nukrypti nuo pagrindinių laisvių, SESV 346 straipsnyje numatyta išimtis turi būti aiškinama siaurai. ESTT pažymėjo ir tai, kad veiklos rūšys, kurioms vykdyti reikalingo leidimo paprašė *Schiebel Aircraft*, t. y. prekyba kariniais ginklais bei karine amunicija ir tarpininkavimas sudarant karinių ginklų bei karinės amunicijos pirkimo ir pardavimo sandorius, gali patekti į SESV 346 straipsnio 1 dalies b punkte numatytos išimties taikymo sritį. ESTT nurodė, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar valstybė narė, kuri siekdama pateisinti tokias teisės nuostatas remiasi SESV 346 straipsnio 1 dalies b punktu, gali įrodyti būtinybę pasinaudoti šioje nuostatoje numatyta išimtimi, kad apsaugotų gyvybinius savo saugumo interesus.

Apibendrinant ESTT formuojamą praktiką dėl gyvybinių saugumo interesų ir rėmimosi jais pirkimų gynybos ir saugumo viešųjų pirkimų kontekste, pažymėtina tai, kad nors šios sąvokos vertinimas priskirtinas nacionalinei valstybės narės kompetencijai, ESTT ES valstybių gyvybinio saugumo intereso sąvoką neįprastai susiaurino. Atsižvelgiant į šiame straipsnyje nurodytus argumentus, ES valstybės narės gyvybinio saugumo interesu grindžiami pridėtinės vertės mokesčio ir muitų bei laisvo darbuotojų judėjimo suvaržymai yra ESTT ribojami.

Išvados

1. ES Komisijos bandymai reglamentuoti viešuosius pirkimus gynybos ir saugumo srityje ilgą laiką buvo nesėkmingi dėl viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje pirkimo objekto specifškumo ir ES valstybių narių siekio užtikrinti nacionalinio saugumo interesus. ES Komisija, inicijavusi pirkimų gynybos ir saugumo srityje direktyvos priėmimą, kaip vieną iš motyvų nurodė teisinio aiškumo

⁴⁹ NINCKX, B. Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives. *Public Procurement Law Review* [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-25], 2008, No. 17. Prieiga per internetą: <<https://nottingham.ac.uk/.../heuninckxcoherenteuropeandefence.pdf>>.

⁵⁰ Europos Bendrijų Komisija. Žalioji knyga viešieji pirkimai gynybos srityje <...>.

⁵¹ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2014 m. rugsėjo 4 d sprendimas *Schiebel Aircraft GmbH prieš Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend* byloje C – 474/12 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157353&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=683552>>.

trūkumą ir siekį nepalikti gynybos ir saugumo srities pirkimų reguliavimo ESTT sprendžiamų bylų savireguliacijai. Tokia ES Komisijos pozicija ir priimta direktyva gynybos ir saugumo srityje ES valstybių narių galėjo būti suprasta kaip „mažesnis blogis“, palyginti su sąlygiškai neprognozuojama ir ESTT bylų praktika paremta integracija. Vis dėlto griežta ES Komisijos nuomonė dėl būtinybės SESV įtvirtintą išimtį vertinti siaurai, nėra laikytina panacėja, ir dalyje bylų yra atmetama ESTT.

2. ES valstybei narei siekiant pasinaudoti SESV 346 straipsnyje įtvirtinta išimtimi siekiant atlikti pirkimą gynybos ir saugumo srityje, nesilaikant ES gynybos ir saugumo direktyvoje įtvirtintų nuostatų, būtina įvykdyti dvi kumuliacines sąlygas: pirma, perkamos priemonės turi būti susijusios su ginklų, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ir prekyba ir, antra, priemonės, kurių imamasi, turi būti pripažintinos būtinomis gyvybiniais atitinkamos valstybės narės saugumo interesams apsaugoti. Dvejopos paskirties prekės, kurios gali būti naudojamos tiek karinėms, tiek civilinėms reikmėms, galėtų būti pripažintos atitinkančiomis pirmąją sąlygą dėl būtinos sąsajos su ginklų, amunicijos ir karinės paskirties medžiagų gamyba ir prekyba, tik jei perkančioji organizacija ketina šias priemones naudoti kariniams tikslams ir šios priemonės dėl joms būdingų savybių, įskaitant esminius pakeitimus, gali būti laikomos specialiai sukurtos ir plėtojamos tokiems tikslams. Pažymėtina ir tai, kad, nors šios dvi sąlygos yra būtinos, vadovaujantis ES Komisijos nuomone, jos vis tiek gali būti nepakankamos, nes pagal šiuo metu ES Komisijos formuojamą praktiką, valstybės narės turėtų taikyti SESV 346 straipsnį įvertindamos kiekvieną konkretų atvejį ir turi būti įvertinta kiekviena konkreti pirkimo sutartis. Atkreiptinas dėmesys ir į tai, kad, nors ES Komisija laikosi griežtesnės pozicijos, ši pozicija nėra patvirtinta ESTT bylų praktikoje.
3. Viešųjų pirkimų gynybos ir saugumo srityje reguliavimo metu išryškėja trintis tarp vidaus rinkos principo ir nacionalinių saugumo interesų sudarant viešojo pirkimo sutartis. Viešieji pirkimai gynybos ir saugumo srityje visų pirma yra neatsiejami nuo valstybės suverenumo. ES pirminėje teisėje įtvirtintos nuostatos negali būti ribojamos antrinės ES teisės priemonėmis. Gyvybinių saugumo interesų sąvokos apibrėžimas visų pirma yra ES valstybės narės nacionalinės kompetencijos klausimas, todėl ES Komisijos bandymai siaurinti ES valstybių narių galimybes grįsti ES Komisijos parengto bendrojo pirkimų gynybos ir saugumo srityje režimo nesilaikymą yra kvestionuoti. Šiuo metu ESTT praktikoje nėra suformuota aiškių kriterijų, kuriais remiantis būtų galima atskirti, kurie valstybių narių saugumo interesai gali būti pripažinti gyvybiniais saugumo interesais. Vis dėlto šiuo metu ESTT formuojamoje praktikoje rinkliavų ES mokėjimai yra nepripažįstami ES valstybių narių gyvybinių saugumo interesu, pakankamu remtis SESV 346 straipsnyje nurodyta išimtimi.

LITERATŪRA

Norminiai teisės aktai

1. 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo. *OJ 2004*, L 134, p. 114–240.
2. 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB. *OL 2014*, L94/65.
3. 2009 m. liepos 13 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2009/81/EB dėl darbų, prekių ir paslaugų pirkimo tam tikrų sutarčių, kurias sudaro perkančiosios organizacijos ar subjektai gynybos ir saugumo srityse, sudarymo tvarkos derinimo ir iš dalies keičianti direktyvas 2004/17/EB ir 2004/18/EB. *OL 2009*, 216/76 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-01]. Prieiga per internetą: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0081>>.
4. Commission Directive 70/32/EEC of 17 December 1969 on provision of goods to the State, to local authorities and other official bodies [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-01]. Prieiga per internetą: <<http://data.europa.eu/eli/dir/1970/32/oj>>.

5. Lietuvos Respublikos krašto apsaugos ministro 2009 m. gruodžio 29 d. įsakymas Nr. V-1216 Dėl bendrojo karinės įrangos sąrašo patvirtinimo [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-01]. Prieiga per internetą: <<https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.204E30E5AB25/OZKtNWavIp>>.

6. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų, atliekamų gynybos ir saugumo srityje, įstatymas (su pakeitimais ir papildymais), [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-01]. Prieiga per internetą: <<https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.E838D0C06065>>.

Specialioji literatūra

7. AALTO, E., *et al.* Towards a European defence market. *Chaillot paper* [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-05], 2008, Nr. 113. Prieiga per internetą: <<https://www.iss.europa.eu/content/towards-european-defence-market>>.

8. BLAUBERGER, M.; WEISS, M. If you can't beat me, join me! How the Commission pushed and pulled member states into legislating defence procurement. *Journal of European Public Policy* [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-05], 2013, Vol. 20, No. 8. Prieiga per internetą: <<http://dx.doi.org/10.1080/13501763.2013.781783>>.

9. HEUNINCKX, B. 346, the Number of the Beast? Public Procurement Research Group. *Public Procurement: Global Revolution*. VIII. 2017.

10. HEUNINCKX, B. Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives. *Public Procurement Law Review* [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-25], 2008, Nr. 17. Prieiga per internetą: <<https://nottingham.ac.uk/.../heuninckxcoherenteuropeandefence.pdf>>.

11. TRYBUS, M. European Union Law and Defence Integration [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-25], 2005. Prieiga per internetą: <https://books.google.lt/books?hl=lt&lr=&id=Ec_bBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR1&dq=trybus+defence+procurement&ots=12WPerH_Bq&sig=b8DOIas-TeKNNktCL2hqByRvS9E&redir_esc=y#v=onepage&q=trybus%20defence%20procurement&f=false>.

Teismų praktika

12. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 1994 m. gegužės 3 d. sprendimas byloje *Komisija prieš Ispaniją* C-328/92 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-22]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-328/92&td=ALL>>.

13. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 1999 m. rugsėjo 16 d. sprendimas *Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain* byloje C-414/97 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-11]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44706&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1096743>>.

14. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2008 m. spalio 2 d. sprendimas *Europos Bendrijų Komisija v. Italijos Respublika* byloje C-157/06 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-18]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68913&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=700105>>.

15. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Italian Republic* byloje C-393/06 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76808&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=625147>>.

16. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Republic of Finland* byloje C-284/05 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-06]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76940&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=593829>>.

17. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Kingdom of Sweden* byloje C-294/05 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72639&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=601445>>.

18. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. gruodžio 15 d. sprendimas *European Commission v. Italian Republic* byloje C-387/05 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76811&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=613950>>.

32. Europos Bendrijų Komisija. Aiškinamasis komunikatas dėl Sutarties 296 straipsnio taikymo viešiesiems pirkimams gynybos srityje, Briuselis, 7.12.2006, KOM (2006) 779 galutinis [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0779>>.

33. Europos Bendrijų Komisija. Žalioji knyga viešieji pirkimai gynybos srityje (2005/C 221/12) Briuselis, 23.09.2004, KOM (2004) 608 galutinis [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-02]. Prieiga per internetą: <[www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/.../_com_com\(2004\)0608_lt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/.../_com_com(2004)0608_lt.pdf)>.

34. Generalinės advokatės Juliane Kokott išvada, pateikta 2012 m. sausio 19 d. byloje *Insinōritoimisto InsTūmi Oy*, bylos Nr. C-615/10 [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-10]. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=118141&pageIndex=0&doclang=LT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=520842>>.

35. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security, to comply with Article 73(2) of that Directive. Brussels, 30.11.2016 COM(2016) 762 final [interaktyvus. Žiūrėta 2017-11-05]. Prieiga per internetą: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/COM-2016-762-F1-EN-MAIN.PDF>>.

36. Viešųjų pirkimų tarnybos informacija apie 2016 m. vykdytus viešuosius pirkimus gynybos ir saugumo srityje [interaktyvus. Žiūrėta 2017-10-27]. Prieiga per internetą: <<http://vpt.lrv.lt/informacija-apie-2016-m-vykdytus-viesuosius-pirkimus-gynybos-ir-saugumo-srityje>>.

TFEU CLAUSE 346 APPLICATION TO DEFENCE AND SECURITY PUBLIC PROCUREMENT

Vilius Kuzminskas

S u m m a r y

The article discloses in the Treaty of Function of European Union article 346 fixed exception and examines specific conditions, applicable for the implementation of this clause. The exclusion provides ability for the EU member states to depart from the mandatory application of European law for the procurement in defense area. Point of views to the application of this exclusion for defense area procurement are analyzed and disclosed – the view of the European Commission, European Court of Justice and procurement in defense area doctrine. Primary and secondary EU law contradictions, that concerns analyzed clause, are revealed and interpretations reasonableness problems, discovered in primary and secondary EU law, are disclosed.

The main object of this article is to investigate European Commission point of view to the application of the exclusion fixed in TFEU clause 346 and conclude if this position is based on excess requirements, that burdens implementation of this exclusion and are not reasoned in primary European Union law and procurement in defense area doctrine.

With reference to the purpose of this article, analysis based to up-to-date European Court of Justice Cases, European Union Commission *softlaw* and defense area procurement doctrine contradictions are provided and analyzed. Lastly, clauses, concerned to TFEU 346 article implementation and confirmed in European Court of Justice Cases are disclosed.

Įteikta 2017 m. gruodžio 20 d.

Priimta publikuoti 2018 m. sausio 30 d.